

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
(Directora)

LA VÍCTIMA EN EL
PROCESO PENAL DE MENORES
TRATAMIENTO PROCESAL
E INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA

TOMÁS FARTO PIAY
(Coordinador)

*E*tica

*J*usticia

*P*roceso



**LA VÍCTIMA EN EL
PROCESO PENAL DE MENORES**
**Tratamiento procesal
e intervención socioeducativa**

COLECCIÓN
ÉTICA, JUSTICIA Y PROCESO

DIRECTORA

SONIA CALAZA LÓPEZ
Catedrática de Derecho Procesal de la UNED

COMITÉ EDITORIAL

CORAL ARANGÜENA FANEGO
Catedrática de Derecho procesal (Universidad de Valladolid)

JOSE MARÍA ASECIO MELLADO
Catedrático de Derecho procesal (Universidad de Alicante)

IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho procesal (Universidad de Sevilla)

MAR JIMENO BULNES
Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Burgos)

MARÍA MARCOS GONZÁLEZ
Catedrática de Derecho procesal (Universidad de Alcalá de Henares)

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
Catedrática de Derecho procesal (Universidad de Vigo)

AGUSTÍN PÉREZ-CRUZ MARTÍN
Catedrático de Derecho procesal (Universidad de Oviedo)

VICENTE PÉREZ DAUDÍ
Catedrático de Derecho procesal (Universidad de Barcelona)

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
Catedrático de Derecho procesal (Universidad de Salamanca)

**LA VÍCTIMA EN EL
PROCESO PENAL DE MENORES**
**Tratamiento procesal
e intervención socioeducativa**

Esther Pillado González

Directora

Tomás Farto Piay

Coordinador

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

«Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor», subvencionado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Proyectos de I+D+I, en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i orientada a los Retos de la Sociedad, en la convocatoria de 2019, (Ref. PID2019-106700RB-I00).

© de los textos, las personas autoras

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1377-938-6
Depósito Legal: M-33379-2021

ISBN electrónico: 978-84-1122-069-9

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA JUVENIL	15
<i>M. Teresa Martínez Táboas</i>	
1. INTRODUCCIÓN	15
2. ANTECEDENTES.....	16
2.1. Antecedentes Remotos	16
2.2. Antecedentes Inmediatos	18
3. CÓDIGO PENAL DE 1995.....	22
4. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD.....	23
4.1. La LORPM	23
4.2. La Ley Orgánica 15/2003	27
4.3. Iniciativa de reforma de la LORPM	28
4.4. La Ley Orgánica 8/2006	29
5. MARCO JURÍDICO ACTUAL: ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO	31
6. LAS VÍCTIMAS MENORES EN LA LEVD	32
7. LA LEY ORGÁNICA 8/2021	35
8. CONCLUSIONES.....	36
BIBLIOGRAFÍA	37
CAPÍTULO II. ESTADÍSTICA SOBRE VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL DE MENORES	39
<i>Tamara Martínez Soto</i>	
1. INTRODUCCIÓN	39
2. CONCEPTO DE VÍCTIMA	41
2.1. La aportación del legislador nacional al concepto de víctima	43

3.	LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES	50
3.1.	La víctima en la LORPM	50
3.2.	Papel de la víctima en el proceso penal de menores	51
4.	ESTADÍSTICA SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES	52
4.1.	Menores condenados	53
4.2.	Aumento de los delitos contra libertad sexual, violencia doméstica y violencia de género en menores	54
4.3.	Especial mención al delito de violencia de género entre menores	56
5.	CONCLUSIONES.....	61
	BIBLIOGRAFÍA	62
 CAPÍTULO III. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES		 65
<i>M^a Dolores Fernández Fustes</i>		
1.	INTRODUCCIÓN	65
2.	DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN	68
2.1.	Contenido de la información.....	71
2.2.	Forma y momento de realizar la información	75
3.	DERECHO A DENUNCIAR: ESPECIAL REFERENCIA A LA DENUNCIA EN LOS DELITOS SEMIPÚBLICOS.....	77
4.	DERECHO A LA PERSONACIÓN DE LA VÍCTIMA	81
5.	LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES	84
5.1.	Fase de instrucción	84
5.2.	Fase intermedia o de alegaciones	86
5.3.	Fase de audiencia o de juicio oral.....	90
	BIBLIOGRAFÍA	92
 CAPÍTULO IV. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES		 95
<i>Pablo Grande Seara</i>		
1.	INTRODUCCIÓN	95
2.	LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA DE CARGO	99
3.	GARANTÍAS DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.....	104

3.1. Evaluación individualizada de las necesidades de protección de la víctima	104
3.2. Medidas de protección aplicables a la declaración de la víctima	105
3.3. La preconstitución de la testifical de la víctima menor de edad	112
4. LA EXENCIÓN DEL DEBER DE DECLARAR DE LA VÍCTIMA EX ART. 416 LECRIM	127
BIBLIOGRAFÍA	140
CAPÍTULO V. VÍCTIMA Y JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JUSTICIA DE MENORES	143
<i>Blanca Otero Otero</i>	
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	143
2. MARCO NORMATIVO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN MENORES	147
2.1. Normativa a nivel europeo	147
2.2. Normativa a nivel interno	149
3. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE JUSTICIA RESTAURATIVA	151
4. EL ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL DE MENORES	156
5. EL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA	158
6. PERSPECTIVAS DE FUTURO	160
6.1. Principios que rigen el procedimiento de justicia restaurativa	161
6.2. El procedimiento de justicia restaurativa	164
BIBLIOGRAFÍA	170
CAPÍTULO VI. PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA FRENTE A LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA EN LA JUSTICIA JUVENIL	173
<i>Tomás Farto Piay</i>	
1. PROCESO PENAL Y VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA	173
2. CONTEXTO HISTÓRICO-NORMATIVO	175
3. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS	182

3.1.	Derechos básicos	183
3.2.	Derechos en su participación en el proceso penal.....	185
3.3.	Derecho a la protección de la víctima.....	187
4.	MEDIDAS DE PROTECCION PREVISTAS EN EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.....	188
4.1.	Medidas de protección aplicables con carácter general: primer nivel.....	189
4.2	Medidas de protección aplicables a determinadas víctimas vulnerables: segundo nivel.....	191
4.3.	Medidas de protección específicas o aplicables a víctimas especialmente vulnerables: tercer nivel.....	194
5.	VALORACION INDIVIDUALIZADA DE LA VÍCTIMA	199
6.	PREVISIONES PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.....	202
	BIBLIOGRAFÍA	204
 CAPÍTULO VII. MEDIDAS CAUTELARES Y PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES		207

Esther Pillado González

1.	MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL DE MENORES	207
1.1.	Consideraciones generales sobre las medidas cautelares en el proceso penal de menores	207
1.2.	Las medidas cautelares personales y la protección a la víctima.....	209
2.	PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU PROTECCIÓN	213
2.1.	Legitimación de la acusación particular para instar la adopción de medidas cautelares.....	214
2.2.	Presupuestos para la adopción de las medidas cautelares ...	215
2.3.	Medidas cautelares específicamente dirigidas a la protección de la víctima	217
3.	PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE O COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA O SU ENTORNO	218
3.1	Libertad vigilada	222
3.2.	Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo y orden de alejamiento	225
4.	INTERNAMIENTO CAUTELAR.....	227

5.	ORDEN DE PROTECCIÓN.....	232
	BIBLIOGRAFÍA	237
CAPÍTULO VIII. LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA JUVENIL		241
<i>Jessica Jullien de Asís</i>		
1.	LA REPARACIÓN EN LA LORPM	241
	1.1. Una aproximación general.....	241
	1.2. Reparación económica en la LORPM	251
	1.3. Reparación no económica en la LORPM.....	255
2.	LOS INTERESES DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL DE MENORES	259
	2.1. Enfoque restaurativo en la satisfacción de intereses de las víctimas lo largo del proceso	260
	2.2. El equilibrio entre los intereses de las víctimas y los intereses de la persona menor de edad infractora	266
3.	CONCLUSIONES.....	274
	BIBLIOGRAFÍA	276
CAPÍTULO IX. CIBER VIOLENCIA DE GÉNERO Y MENORES		279
<i>Mercedes Llorente Sánchez-Arjona</i>		
1.	LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN MENORES DE EDAD.	279
2.	LA CIBER VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU PREOCUPANTE EXPANSIÓN ENTRE ADOLESCENTES.	283
3.	LA CIBER VIOLENCIA CONTRA MUJERES Y NIÑAS DESDE LA PERSPECTIVA DE INFORMES INTERNACIONALES.	287
4.	TIPOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ENTORNOS VIRTUALES	291
5.	TRATAMIENTO PROCESAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL ENTRE ADOLESCENTES CON ESPECIAL INCIDENCIA EN LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA.....	298
6.	¿ES LA MEDIACIÓN EL CAMINO?.....	306
	BIBLIOGRAFÍA	310

CAPÍTULO X. MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO..... 313

María Castro Corredoira

1.	ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS: MENORES, VIOLENCIA DE GÉNERO Y DIFICULTADES PROBATORIAS.....	313
2.	PROBLEMAS PROBATORIOS ASOCIADOS A LA DELIMITACIÓN DE LA «RELACIÓN DE AFECTIVIDAD ANÁLOGA»	316
2.1.	Regulación	316
2.2.	Criterios de las Audiencias Provinciales	320
2.3.	La posición del Tribunal Supremo	326
3.	EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO	329
3.1.	Introducción	329
3.2.	La presunción de inocencia como garantía procesal	330
3.3.	La doctrina jurisprudencial sobre las exigencias del testimonio de la víctima como prueba de cargo de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia	331
4.	ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.....	333
	BIBLIOGRAFÍA	335

CAPÍTULO XI. LA VALORACIÓN SOCIAL DE LA VÍCTIMA DURANTE EL PROCESO PENAL DE MENORES DESDE EL TRABAJO SOCIAL FORENSE..... 337

Carmen Verde-Diego - Rubén González-Rodríguez - Santiago Prado Conde - Iria Vázquez Silva

1.	INTRODUCCIÓN	338
2.	PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL TRABAJO SOCIAL EN EL “ÁMBITO SOCIO-JURÍDICO”	339
3.	LAS INTERSECCIONES DEL TRABAJO SOCIAL CON LA JUSTICIA Y EL DERECHO.....	340
4.	EL TRABAJO SOCIAL FORENSE	342
5.	JUSTIFICACIÓN NORMATIVA Y ÁMBITOS DE DESEMPEÑO DEL TRABAJO SOCIAL FORENSE EN ESPAÑA.....	345
5.1.	La normativa que ampara el trabajo social forense en España	345

5.2.	Los todavía poco conocidos ámbitos de desempeño del trabajo social forense	347
5.3.	La potencialidad del trabajo social forense	351
6.	EL PERITAJE SOCIAL	352
7.	METODOLOGÍA DEL TRABAJO SOCIAL PERICIAL	354
8.	LA IMPORTANCIA DE LAS ÁREAS E INDICADORES PARA IDENTIFICAR EL “DAÑO SOCIAL”	357
8.1.	Las áreas e indicadores de análisis en el peritaje social	357
8.2.	Conceptualización del “daño social” y de la “vulnerabilidad social”. Una propuesta de Marta Simón Gil	360
8.3.	Un ejemplo práctico de la aplicación de indicadores: la valoración social de la víctima en un caso de violencia de género	363
9.	LA VALORACIÓN SOCIAL DE LA VÍCTIMA DURANTE EL PROCESO PENAL DE MENORES	367
9.1.	La adolescencia: una etapa compleja	367
9.2.	Mitos sobre los adolescentes en conflicto con la ley	368
9.3.	Algunos delitos cometidos por los adolescentes en conflicto con la ley	369
9.4.	La valoración social de la víctima en la violencia filiparental	370
9.5.	La valoración social de la víctima en la violencia de género	372
10.	CONCLUSIONES	373
	BIBLIOGRAFÍA	374
 CAPÍTULO XII. INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA PARA PREVENIR LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ADOLESCENTES		 379
<i>Santiago Prado Conde - Iria Vázquez Silva - Carmen Verde-Diego - Rubén González-Rodríguez</i>		
1.	INTRODUCCIÓN	379
2.	VIOLENCIA DE GÉNERO: MÁSCARAS Y REALIDADES EN LA ADOLESCENCIA	381
2.1.	Violencia de género y modos de dominación	381
2.2.	Violencia de género en adolescentes: alcance del fenómeno	385

3.	INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA PARA PREVENIR LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ADOLESCENTES	394
	3.1. Acciones socioeducativas para promover la igualdad de género en adolescentes	397
4.	CONCLUSIONES: implicación y prevención para un futuro de esperanza	403
	BIBLIOGRAFÍA	404

PRÓLOGO

En el ámbito del proceso penal de menores, a la vista de sus principios inspiradores, en especial, el interés superior del menor, que lleva a buscar siempre la solución que sea más beneficiosa para la reeducación del presunto autor del delito, llevó a relegar procesalmente a la víctima, al entender que su intervención en el proceso estaba siempre motivada por un afán vindicativo, que no beneficiaba aquel interés del menor infractor.

En coherencia con ello, en la redacción originaria de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), la víctima no tenía derecho a constituirse en verdadera parte acusadora, sino que su posición era similar a la de un coadyuvante del Ministerio Fiscal. La presión social derivada de los delitos graves cometidos por menores en los primeros años de vigencia de la LORPM llevó a su modificación, primero por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre y, más tarde, por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, con el objeto de permitir la participación de la víctima en el proceso como acusación particular e incluir medidas específicas de protección, entre las que destaca la prohibición al menor investigado de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares o personas determinados por el juez.

No obstante, aún con posterioridad a las citadas reformas, el interés del menor, en cuanto principio que debe regir todas las actuaciones y decisiones que se adopten en el proceso, sigue haciendo que la posición de la víctima, incluso cuando sea también menor de edad, quede un tanto desdibujada, si la comparamos con la atención que se le presta en el proceso penal de adultos. Es cierto que, desde la aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito, por la Ley 4/2015, de 27 de abril, esta situación tiende a corregirse, pues, dado su carácter generalista, en principio, las medidas de protección previstas en su articulado se aplican también cuando se trate de delitos cometidos por un menor de edad y con independencia de la edad de la víctima. No obstante, se han suscitado dudas sobre el encaje y compatibilidad de algunas de estas medidas protectoras con los principios informadores de la justicia penal juvenil, cuestión que parece quedar zanjada a raíz de la reciente reforma del art. 4 LORPM operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia.

En este contexto, desde la Universidad de Vigo, en ejecución del proyecto de investigación «*Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor*», subvencionado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Proyectos de I+D+I, en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i orientada a los Retos de la Sociedad, en la convocatoria de 2019, (Ref. PID2019-106700RB-I00),

se ha contado con profesores e investigadores de distintas áreas de conocimiento, básicamente pertenecientes a las áreas de derecho procesal y trabajo social, para profundizar en el estudio de la posición de la víctima dentro del proceso penal de menores, con el objeto de analizar su participación a lo largo del proceso. Los resultados de esta investigación se han plasmado en la obra colectiva que tengo el honor de prologar. A lo largo de sus once capítulos, se definen las medidas de protección más adecuadas que se pueden adoptar de modo inmediato para atender a la víctima, y especialmente cuando ésta también sea menor o se halle en situación de especial vulnerabilidad. Además, se analiza la participación que debe darse a la víctima en las actuaciones procesales, fundamentalmente, con el fin de evitar la victimización secundaria y la impunidad de la conducta violenta por su negativa a declarar contra el agresor. También es objeto de atención la procedencia y conveniencia de aplicar las manifestaciones del principio de oportunidad previstas en la LORPM y, en particular, la mediación entre la víctima y el agresor. Además, se exponen las vías más adecuadas para que la víctima pueda obtener una reparación satisfactoria.

Finalmente, se dedican también varios capítulos a la violencia de género ejercida entre adolescentes con el fin de identificar factores y situaciones de riesgo que pueden propiciar tales episodios violentos; en concreto, de especial interés, debido al aumento de este tipo de violencia, es el estudio de aquella que se ejerce a través de las tecnologías de la información y la comunicación que lleva necesariamente al diseño e implantación de campañas educativas de prevención y sensibilización hacia este tipo de violencia.

A lo largo de las páginas de esta obra se incluye una visión jurídica, pero también social, sobre el tratamiento de la víctima en el proceso penal de menores, con una atención especial a los supuestos de violencia de género ejercida en ese ámbito. Con ello, se trata de llamar la atención sobre la persona que ha sufrido las consecuencias del delito y que no siempre encuentra en el proceso una respuesta reparadora en cuanto la ley sigue pensando en mayor medida en las necesidades del menor infractor.

Quiero aprovechar este momento para agradecerles a quienes han participado en esta obra, profesores y profesoras de las Universidades de Vigo, Santiago de Compostela, Carlos III de Madrid y Sevilla, su esfuerzo y dedicación a la hora de realizar sus contribuciones. Para mí, ha sido una satisfacción participar con ellos en esta monografía que confío sea de interés, no solo para quienes se dedican al estudio del status de la víctima del delito, sino también para los profesionales, que podrán encontrar en la misma respuestas a algunas de las cuestiones que les surgen en el día a día de su quehacer profesional.

En Vigo, 31 de octubre de 2021

Esther Pillado González
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA JUVENIL

M. TERESA MARTÍNEZ TÁBOAS
*Profesora Contratada Doctora de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de Vigo*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 2.1. Antecedentes Remotos. 2.2. Antecedentes Inmediatos. 2.2.1. *Legislación Internacional*. 2.2.2. *Legislación Europea*. 2.2.3. *Legislación Española*. 3. CÓDIGO PENAL DE 1995. 4. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD. 4.1 La LORPM. 4.2. La Ley Orgánica 15/2003. 4.3. Iniciativa de reforma de la LORPM. 4.4. La Ley Orgánica 8/2006. 5. MARCO JURÍDICO ACTUAL: ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO 6. LAS VÍCTIMAS MENORES EN LA LEVD. 7. LA LEY ORGÁNICA 8/2021. 8. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestra historia más reciente desde finales del siglo XX y sobre todo, en las primeras décadas del XXI encontramos una tendencia encaminada a identificar las verdaderas necesidades y preocupaciones de las víctimas como sujetos perjudicados por el delito, tratando de buscar soluciones adecuadas para ellas. Esta concienciación originó profundas modificaciones en su regulación, dándoles un mayor protagonismo y participación en el proceso penal con el fin de dispensarles una mayor información, protección, y asistencia. Téngase en cuenta que ellas suelen padecer distintas secuelas, en ocasiones difícilmente superables, derivadas de la victimización que, lamentablemente, pueden convertirse en permanentes.

Hasta hace poco tiempo las víctimas de un delito eran objeto de una escasa atención, tanto en la normativa internacional como en la interna de los estados. Los textos legales penales nacionales hacían una exigua referencia a ellas, quedando casi marginadas del proceso penal, al disponer de insuficientes garantías¹,

¹ A excepción de ciertos colectivos como las víctimas de terrorismo o de violencia de género que en nuestro país han sido objeto de una regulación específica temprana.

lo cual contrastaba con la posición del infractor² al que desde siempre se le ha prestado una mayor consideración, gozando de una especial protección legislativa³. Sin embargo, esta situación ha ido cambiando paulatinamente a consecuencia del sentir generalizado de la sociedad que fue reconociendo y consolidando la necesidad de ampliar la reparación del daño sufrido por el perjudicado, dentro del sistema punitivo.

2. ANTECEDENTES

En el presente capítulo intentaremos hacer un recorrido por la diversa normativa que a lo largo de la historia jurídica ha existido sobre la víctima del delito. Siendo conscientes de que no podríamos abarcarla en su totalidad, nos centraremos únicamente en la más importante que ha dejado palpable huella en nuestro Ordenamiento. Ello nos permitirá apreciar la evolución experimentada en el *status* jurídico de las víctimas a lo largo del tiempo.

2.1. Antecedentes Remotos

Si vemos en retrospectiva la historia jurídica más remota, observamos que uno de los textos legales más antiguos, el Código de Hammurabi⁴, ya contemplaba muy tempranamente la Ley del Tali3n, resumida popularmente en la expresi3n “ojo por ojo y diente por diente” que consistía en infligir al delincuente el mismo da3o que 3l había causado a la v3ctima.

Más tarde –coincidiendo con la etapa inicial del Derecho romano⁵ y después en el Derecho germánico⁶– se siguió admitiendo ocasionalmente aquella Ley del

² Ciertamente es que durante mucho tiempo el gran perjudicado fue el delincuente, sometido en otras épocas a duros castigos e incluso al maltrato físico. Situación modificada a partir de la etapa constitucional, al establecer las normas fundamentales de los distintos países, especiales medidas de protección para el autor del delito, como por ejemplo las establecidas en los arts. 296 y sig. de la Constitución de 1812.

³ Véanse los arts. 24 y 25 de la Constitución Española de 1978 referentes a las garantías y derechos del detenido/investigado.

⁴ Elaborado, durante el reinado de Hammurabi, rey de Babilonia entre el 1792-1750 a. de C. Son diversas las leyes de este Código que recogen la imposición de daños físicos infligidos al agresor de delitos graves, entre ellas, se pueden citar las siguientes: 195. «Si un hijo golpea a su padre, que le corten la mano». 196. «Si un hombre deja tuerto a otro, lo dejarán tuerto». 197. «Si le rompe un hueso a otro, que le rompan un hueso». 200. «Si un hombre le arranca un diente a otro hombre de igual rango, que le arranquen un diente». Tales preceptos nos sorprenden hoy en día por su aparente crueldad, aunque posiblemente pretendieran limitar el da3o, esto es, no infligir al agresor un da3o mayor que el recibido por la v3ctima. Estableciéndose así una proporcionalidad entre el da3o recibido y el que debía sufrir el infractor. Sin embargo, en otros preceptos del mismo texto, se advierte que el castigo habitual en los delitos de lesiones llevaba aparejada la imposición de penas económicas. Tal como se recoge en la ley 199 del mismo texto «Si deja tuerto al esclavo de un hombre o le rompe un hueso al esclavo de un hombre pagará la mitad de su valor».

⁵ La mayoría de los preceptos relativos al Derecho penal contenidos en la Ley de las XII Tablas (450 a. de C.) establecían compensaciones pecuniarias. No obstante, se seguía manteniendo la Ley del Tali3n para algunos supuestos, en concreto, en el delito de lesiones contenido en la Tabla VII, 11 «Si alguno rompiese a otro algún miembro, queda sujeto a la pena del Tali3n, a no ser que pactasen otra cosa el ofensor y el ofendido».

Talión. La licitud de la venganza quedaba así en manos de la propia víctima siendo dirigida contra la persona y el patrimonio del agresor⁷. Esa respuesta individual fue sustituida, posteriormente, por la legítima utilización de la venganza colectiva ejercida por el clan familiar al que pertenecía la víctima, contra el infractor y su familia, en respuesta a la comisión de un delito grave, y, sobre todo, con el fin de asegurar la paz dentro del grupo y disuadir a los individuos de la futura comisión de ciertos delitos.

En los pueblos germánicos surgió otra modalidad de castigo complementaria a la anterior, denominada “*compositio*” por la que el agresor había de pagar una cantidad compensatoria al agredido,⁸ para que éste desistiese de la venganza⁹.

No obstante, la reacción física ante el delito comenzó a ser considerada anti-jurídica y fue restringida y reemplazada gradualmente por la imposición de una pena pecuniaria.

Llegada la Edad Media, uno de nuestros textos legales más importante de nuestra historia jurídica, Las Partidas, de larga vigencia¹⁰, mantuvo aquella *compositio*. Sin embargo, admitió en varios de sus pasajes de forma parcial la auto-defensa de la víctima, ejercida por los parientes masculinos (padre, hermano, o marido) de la mujer, especialmente en relación con algunos delitos de carácter sexual¹¹. En otros, de forma explícita se sancionaba según la fórmula del Talión¹².

Con el transcurso del tiempo y la evolución experimentada en la sociedad, aquella autotutela tradicional o venganza fueron abandonadas. Y tras el nacimiento del estado moderno, éste se convirtió en el depositario del *ius puniendi* siendo el encargado de la persecución de las infracciones e imposición de las penas¹³. De modo que la víctima dejó de ser la protagonista del delito, pasando a desempeñar

Ha de tenerse en cuenta que tras la conquista de Roma, la península ibérica formó parte del territorio del imperio romano, y en ella tuvo aplicación el Derecho penal romano.

⁶ De los pueblos germánicos, el más importante fue el de los visigodos. Los principales textos legales de estos godos fueron el Código de Eurico, cuya fecha discutida por la doctrina, podría situarse en torno al 476-477; el Breviario de Alarico del año 506 (ambos continuadores del Derecho Romano) y el último de ellos el *Liber Iudiciorum* del año 654 permitía a la víctima, la elección de distintas reacciones contra el agresor. Escudero J.A. (2012). *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*. Madrid. Págs. 203 y sig.

⁷ Roig Torres. M. (2000). *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*. Tirant lo Blanch. Pág. 28.

⁸ Estimada en función de la edad, sexo, condición del agresor, y el daño ocasionado a la víctima. Antón Oneca, J., De Miguel Garcilópez, A. (1940). *Derecho Penal Parte General*. Primera edición. Págs. 317 y sig.

⁹ Roig Torres. M. (2000). *La reparación del daño ... op. cit.* Pág. 29.

¹⁰ Elaboradas en la segunda mitad del Siglo XIII y primeros años del XIV. Estuvieron vigentes hasta el siglo XIX. Escudero, J.A. (2012). *Curso ... op. cit.* Págs. 453 y 454.

¹¹ Véase la Partida VII, Tít. 17, Ley 13. Antón Oneca, J. (1986). *Derecho Penal*. Editorial AKAL.

¹² En la Partida VII dedicada al Derecho Penal se contemplan varios ejemplos inspirados en dicha Ley «... E si Escrivano de alguno Concejo fiziere carta falsa, córtenle la mano, con que la escriuio, e finque enfamado para siempre» (VII, 7, 6). «Que pena mercesce aquel que fiziere de fecho alguna cosa en denuesto de Dios: e si el que lo fiziere fuere de los menores, que non aya nada, mandamos que le corten la mano porende» (VII, 28, 5). «Que pena merescen aquellos que por fuerça sacan algund preso de la cárcel, o de la prisión: ... deue recibir tal pena, qual deuia recibir aquel que fue ende sacado por fuerça» (VII, 29, 14).

¹³ Roig Torres, M. (2000). *La reparación del daño ... op. cit.* Pág. 30.

una posición secundaria. Transformación que posiblemente obedeciera, como bien indica García Álvarez¹⁴ al interés por preservar la paz entre los distintos grupos sociales.

A finales del siglo XVIII y principios del XIX se inicia el proceso codificador en Europa, y en particular del Derecho Penal. Este proceso dio tempranos resultados en nuestro país con la promulgación de nuestro primer Código Penal de 1822¹⁵ que pese a su efímera vigencia¹⁶ representó importantes cambios con respecto a la dureza del sistema penal del Antiguo Régimen, traspasados después a los posteriores códigos penales españoles. Las innovaciones en relación con el tema que nos ocupa, pueden resumirse de forma general en la restricción de las facultades de la víctima con respecto al hecho criminal, quedando materializadas, primeramente, en la incorporación del principio de legalidad a los cuerpos penales, de modo que, la sanción a imponer tras la comisión de un delito había de estar predeterminada por la ley. En segundo lugar, se atribuyó la ejecución de la pena a la exclusiva competencia del Estado, poniendo fin a cualquier intervención de la víctima en la imposición del castigo, tan característica de épocas anteriores. Finalmente, los códigos penales modernos optaron por establecer una categórica separación entre la responsabilidad penal y civil derivada del delito.

2.2. Antecedentes Inmediatos

Ya en el siglo XX, una vez concluida la Segunda Guerra mundial y a la vista de sus devastadoras consecuencias¹⁷, surgió en la doctrina una profunda sensibilización hacia los derechos humanos con un especial interés por proteger a la víctima del delito. Ello desembocó en el desarrollo de la victimología como ciencia, que fue dando tímidos pero sólidos pasos, hasta llegar a su pleno desarrollo en la actualidad.

A la hora de examinar el marco normativo de la cuestión estudiada, hemos considerado conveniente comenzar por el estudio de la legislación internacional para continuar después con la normativa europea y luego adentrarnos en la normativa del estado español, siguiendo siempre el criterio cronológico, al objeto de apreciar la evolución legislativa en esta materia.

¹⁴ García Álvarez, P. (2014). *La víctima en el derecho penal español*, Tirant lo Blanch, pág. 22.

¹⁵ Inaugurándose el periodo codificador en nuestro país. Elaborado en las Cortes del trienio liberal e Influenciado por la ideología de la Ilustración y por el Código penal francés de 1810 que gozaba de una amplia reputación en Europa, pero también por la doctrina penalista europea, en especial de Filangieri, Beccaria y Montesquieu cuya ideología estuvo presente en las sesiones de deliberación del primer Código Penal español.

¹⁶ Antón Oneca, J. (1965). Historia del Código Penal de 1822. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*. Págs. 263-278.

¹⁷ Tanto por los millones de fallecidos, como por las constantes violaciones de derechos de las personas, genocidios, deportaciones, reclusiones en campos de concentración, etc.

2.2.1. Legislación Internacional

Mencionaremos las primeras manifestaciones normativas generales en el ámbito del Derecho internacional, elaboradas en el seno de la ONU en la segunda mitad del siglo XX y primeros años del siglo XXI que como se verá a continuación, fueron destinadas a distintas categorías de víctimas.

a) La *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y abuso de poder* aprobada por la Asamblea General, el 29 de noviembre de 1985. En dicha Asamblea se manifestaba expresamente que «millones de personas en el mundo han sufrido perjuicios a consecuencia de los delitos y de otros actos que implican un abuso de poder y los derechos de estas víctimas no han sido precisamente reconocidos». Seguidamente, se hacían las correspondientes recomendaciones para que se «adopten medidas nacionales e internacionales tendientes a garantizar el reconocimiento universal y la eficacia de los derechos de las víctimas de la criminalidad y del abuso del poder»¹⁸.

Con esta disposición se dio un importante paso en el intento de reducir la victimización en todos los estados miembros que por aquel entonces formaban parte de ONU, en donde se identifica a las “víctimas”, con «las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales ...» y se le confiere un trato «con compasión y respeto por su dignidad». Así como «el derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido»¹⁹.

b) Siete años después, surgió *La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992.

c) En los albores del siglo XXI la Resolución 2005/35 adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU refunde los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

Incluido en su texto hallamos el concepto de “víctima”²⁰ que englobaba los siguientes elementos, pues para ser considerada como tal, se requiere que la persona haya sufrido un daño o una pérdida, con independencia de si el autor ha sido identificado o no, o de si él tiene relación familiar con la víctima. En lo concerniente a los daños o pérdidas ocasionados, se incluyen tanto los causados por

¹⁸ En el inicio de esta Resolución 40/34 adoptada por la Asamblea General de la ONU se manifiesta la realidad de las víctimas y expresamente se le otorgan ciertos derechos, como el de acceso a la justicia, de reparación e indemnización.

(https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf).

¹⁹ Resolución 40/34 de la Asamblea General. Anexo 1 y 2 dedicado a las “Víctimas del delito”.

²⁰ La sección V de la Resolución 2005/35 dedicada a los Principios y Directrices Básicos, n.º. 8 y 9.

acciones positivas como por omisiones, pudiendo el daño sufrido ser individual o colectivo. Además, este documento establece que los estados han de disponer de recursos procesales efectivos para la reparación del agravio sufrido²¹.

2.2.2. *Legislación Europea*

Por lo que respecta a la legislación europea los hitos más destacados han sido los que a continuación mencionamos:

El Convenio n.º 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, ratificado por España el 31 de octubre de 2001 y vigente desde el 1 de febrero de 2002.

Con posterioridad, en las conclusiones adoptadas en el Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999), en concreto en su conclusión n.º 32, se colige la conveniencia de la elaboración de unas mínimas normas sobre la protección de las víctimas del delito, especialmente, sobre su acceso a la justicia o el derecho a una indemnización por los daños sufridos²².

La *Decisión Marco del Consejo* 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, *relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal*, supuso un importante paso en torno al reconocimiento y homologación de los derechos básicos de la víctima²³ en el espacio comunitario. Esta norma menciona el impulso de la mediación penal en los estados miembros como medida de arreglo entre las partes. Considerándola como un instrumento de protección hacia la víctima a través de la utilización del diálogo y encuentro entre el ofensor y ofendido²⁴.

Lamentablemente, esta norma no obtuvo la aplicación esperada, tal como se indica en el Informe de la Comisión Europea de 20 de abril de 2009, relativo al grado de cumplimiento de la citada Decisión Marco a lo largo de esos ocho años. En él se reveló que ningún estado miembro, por diversos motivos, había aprobado un texto legal único que recogiera sistemáticamente los derechos de la víctima y se subrayaba la necesidad de desarrollar algunos aspectos del mencionado Estatuto. Su ineficacia pudo obedecer a su ambigua redacción, a la no implantación de obligaciones concretas o a la ausencia de procedimientos para los estados

²¹ Así se establece en el Principio n.º 12. la Resolución 2005/35.

La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno.

²² Consultado en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-80644>

²³ Contenidos en los Arts. 2 y siguientes: derecho a la dignidad, respeto y reconocimiento a recibir información, a la intimidad, de audiencia, asistencia, protección, e indemnización. Consultada en DOCE núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

²⁴ Recogida en el art. 10 de la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001. DOCE núm.82, de 22 de marzo de 2001.

miembros en caso de incumplimiento²⁵. A raíz de ese informe, y al constatarse el fracaso de la anterior normativa, esta fue derogada.

Esta malograda legislación no fue obstáculo para seguir reiterando la necesidad de elaborar una norma que ofreciera un mayor apoyo y protección a las víctimas y un reconocimiento de sus derechos, que quedarían plasmados en la *Directiva 2012/29 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012* en la que fueron resueltos algunos de los puntos tratados en el referido Informe. En ella, aunque no se impulsa explícitamente la mediación penal, se manifiesta en su art. 12. 2 el acceso de las víctimas al derecho a la justicia restaurativa.

Su contenido fue incorporado progresivamente a los ordenamientos de los distintos estados miembros, transformando la posición de la víctima dentro del proceso penal. Transpuesto a nuestra legislación a través de la elaboración de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito –en adelante LEVD–, del que nos ocuparemos posteriormente.

2.2.3. *Legislación Española*

Respecto de España, aquel Informe destacaba la existencia de un marco normativo garante de los derechos de la víctima, aunque gran parte de ellos eran exclusivamente procesales o se centraban en algunos tipos muy concretos de víctimas, de acuerdo con su normativa particular. A continuación, enunciaba las leyes que en esta materia existían en nuestro país, esto es, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, *de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual* –desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Después se añadiría la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, *de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo*. No obstante, dicho informe observaba en nuestro país, una ausencia de regulación unitaria que comprendiese de manera integral a todas las víctimas.

Partiendo de nuestra vigente Constitución de 1978, en el Capítulo II bajo el título “De los derechos y libertades”, encontramos los derechos fundamentales, de aplicación a todas las personas y por supuesto a las víctimas. Entre ellos, destacamos el derecho a la integridad física y moral, a la dignidad, al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la igualdad, a la protección de

²⁵ Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M., Perrino Pérez, A. L. (2016). *La Víctima en la Justicia Penal. El Estatuto jurídico de la víctima del delito*. Dykinson S.L. Pág. 61. (https://books.google.es/books?id=c4VQDAAQBAJ&pg=PA61&lpq=PA61&dq=al+Informe+de+la+Comisi%C3%B3n+Europea+de+abril+de+2009,+relativo+al+grado+de+cumplimiento+de+la+citada+Decisi%C3%B3n+Marco&source=bl&ots=UktN9SQamd&sig=ACfU3U24_V7VjPgYpIfOvVVQtzgeBhrLwg&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwintJyrvMDzAhWBAGMBHe5aB8sQ6AF6BAgaEAM#v=onepage&q=al%20Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Europea%20de%20abril%20de%202009%2C%20relativo%20al%20grado%20de%20cumplimiento%20de%20la%20citada%20Decisi%C3%B3n%20Marco&f=false).

datos, y a los medios de prueba pertinentes. Además, nuestra Carta Magna consagra otro conjunto de derechos de gran relevancia dentro del ámbito procesal a toda víctima, tales como, el derecho a la tutela judicial efectiva, a ser informada de sus derechos, a ser oída, a la asistencia jurídica gratuita de abogado y procurador, a la igualdad, a la prueba, a la reparación mediante indemnización, restitución o justicia restaurativa, y a ser parte procesal²⁶.

La consecuencia de la constitucionalización de estos derechos tiene una especial repercusión, pues significa que las víctimas tienen acceso al amparo constitucional cuando se produzca la vulneración de los mismos.

Por otra parte, el art. 39 CE amplía la protección del menor al determinar que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

3. CÓDIGO PENAL DE 1995

Después de la entrada en vigor de la Constitución, era tarea ineludible adaptar el Derecho penal a la Norma Fundamental y a la evolución de la sociedad española que culminó con la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En su redacción inicial, eran escasas las referencias a las víctimas. Las que contiene actualmente fueron incorporadas a través de las reformas hechas en los últimos años²⁷. Entre ellas encontramos algunas en los siguientes artículos del Título III regulador del delito de lesiones. Así, en el art. 148 se establece un incremento de la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido, y a continuación en los apartados 3.º y 5º del mismo precepto, se hace una especial referencia a la imposición de dicha pena cuando la víctima fuera menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección. O se trate de una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Por otra parte, los arts. 155 y 156 del mismo título no dan validez al consentimiento otorgado por una persona menor o un incapaz en todos los delitos de lesiones regulados en él.

Igualmente, el art. 180.3 del mismo cuerpo legal al regular el delito de agresiones sexuales, contempla un incremento de la pena atendiendo al grado de vulnerabilidad de ciertas víctimas por razón de su edad, enfermedad, discapacidad u otra circunstancia.

Si bien es cierto que nuestro vigente Código Penal ha incluido algunas ideas en favor de la victimología, éstas resultan escasas e insuficientes, ocupando el in-

²⁶ Arts. 24.1, 24.2, 14, 119, 125 CE. Gómez Colomer, J.L. (2015). *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Thomson Reuters, Aranzadi, págs. 286 y 287.

²⁷ Especialmente a través de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

fractor una posición destacada frente a las víctimas. Ello lo observamos en que todavía en la tipificación de muchos delitos no se hace expresa referencia a la víctima, cayendo ésta en el olvido.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal siguiendo nuestra tradición jurídica, tampoco recogió un estatuto jurídico de la víctima, a diferencia de lo que ha sucedido con el imputado.

Poco después del Código penal fue promulgada la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, *de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual* que en su Exposición de Motivos reconocía explícitamente la realidad jurídica de estas personas al señalar que «la víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal»²⁸.

Las víctimas del terrorismo tuvieron que esperar más tiempo para ver complementados sus derechos, ya que no fue hasta 1999 cuando se aprobó la Ley 32/1999, de 8 de octubre, *de solidaridad con las víctimas del terrorismo*, en donde se fijaron las indemnizaciones o compensaciones por los daños sufridos y su tramitación. No cabe duda de que la elaboración de esta ley, significó un justo y merecido reconocimiento a la tenaz labor y esfuerzo desempeñados por las diversas asociaciones de víctimas. Tal norma contribuyó a aliviar parcialmente algunas de las drásticas consecuencias derivadas de la lacra que supuso el terrorismo en España.

Con estas disposiciones nuestro país contó con una norma específica para estos delitos, haciendo que el panorama jurídico de las víctimas comenzara a cambiar.

4. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD

A la luz de nuestro marco constitucional, surgió la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*, encargada de regular la protección de menores en el ámbito nacional e implantar el reconocimiento de los derechos instaurados en las diversas normas internacionales. Asentando uno de los principios básicos en la justicia juvenil, la primacía del interés superior del menor, frente a otros intereses legítimos.

4.1. La LORPM

Posteriormente fue promulgada la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores –en adelante LORPM– naci-

²⁸ Publicada en el B.O.E., n° 296, de 12 de diciembre de 1995. (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-26714>).

da cinco años después de que el Código Penal de 1995 en su disposición final VII anunciara su publicación. Ella puso fin a los vestigios del sistema tutelar basado en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948²⁹. Implantó un sistema de responsabilidad particular, teniendo en cuenta el sujeto infractor y menor de edad, estableciendo unas consecuencias adecuadas para ellos y distintas a las estipuladas para los adultos. En el que no se imponen penas sino medidas.

A su vez supuso una llamada de atención a los Poderes Públicos buscando un compromiso en la defensa de la infancia y de la adolescencia. Trazó un nuevo derecho penal juvenil al sustituir aquel modelo tradicional denominado “de protección” o “tutelar”, característico de las leyes anteriores, por otro calificado “de justicia” o “educativo-responsabilizador” amparado en los valores constitucionales contenidos en el art. 25.2 de la CE.

Se fundamentó, como expresa su Exposición de Motivos, en los principios generales del Derecho penal juvenil. Por ello, tiene una naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad. Hace un reconocimiento expreso de las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor. Contiene diversos y diferenciados tramos sancionadores para los infractores menores de edad, permitiendo la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas. Atribuye competencia a las entidades administrativas autonómicas de reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución³⁰. Deja manifiesta constancia de que en tal Derecho ha de primar, el superior interés del menor, que ha de estar siempre presente en el procedimiento y en las medidas a adoptar, siendo valorado por equipos de profesionales especializados.

Esta Ley estableció el denominado “amplio derecho de participación a las víctimas” brindándoles la oportunidad de intervenir en ciertas actuaciones procesales, como en la proposición y práctica de prueba, en la formulación de conclusiones e interposición de recursos. Dicha participación resultó ser un tanto limitada, al no reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales, argumentando que el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor³¹.

La LORPM reflejó la conveniencia de que los menores de edad –fueran infractores o víctimas de un delito– debían tener diferente tratamiento al de los

²⁹ En este sentido fue de gran trascendencia la St. Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, declarando inconstitucionales varios arts. de la LTTM, y en especial el art. 15 de la misma, por ser contrario a los principios procesales consagrados en el art. 24 CE, que fueron reformados por la LO 4/1992 de 5 de junio.

³⁰ Exposición de motivos II, 6 de la LORPM.

³¹ Exposición de motivos II, 8 de la LORPM.

mayores³² tendencia expresada en su preámbulo, donde se manifiesta la preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección que resulta de los diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, *la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas*, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

En lo concerniente a la minoría de edad debemos traer a colación distintas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico reguladoras de los menores de edad, comenzando por el Código Penal³³ que determinó la responsabilidad penal en adultos o mayores de 18 años, excluyendo de ésta a los menores de esa edad, remitiéndolos a lo estipulado en la LORPM en donde se dispone «los menores son aquellos que tienen más de catorce años y menos de dieciocho años»³⁴.

Estableciendo que en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos³⁵, disponiendo también medidas para los infractores menores de edad desde la perspectiva sancionadora-educativa.

La Ley Orgánica 5/2000, fue desarrollada por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, en donde se menciona la posibilidad de acudir a soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos en determinados casos, con una finalidad educativa y resocializadora para el agresor y la víctima, menor de edad o incapaz³⁶.

Esta Ley del Menor tuvo presente también el interés de la víctima, instaurando un procedimiento a tal fin³⁷.

Pero, fue a raíz de la comisión de ciertos delitos muy graves cometidos por menores cuando en la opinión pública española, conmocionada ante esta situación, comenzaron a oírse voces sobre la modificación de algunos aspectos de la

³² La distinción entre los menores y los mayores de edad en el ámbito penal es algo que ha existido desde siempre en nuestro derecho histórico y obedece a criterios cronológicos, y a la capacidad de discernimiento de las personas.

³³ Art. 19 CP «Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

³⁴ Art.1 de la LORPM.

³⁵ Exposición de Motivos II, 7 de la LORPM.

³⁶ Art. 5 Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

³⁷ Así se indica que:

Será rápido y poco formalista para el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios sufridos, dotando de amplias facultades al Juez de Menores para la incorporación a los autos de documentos y testimonios relevantes de la causa principal. Introduce el principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, si bien permitiendo la moderación judicial de la misma y recordando expresamente la aplicabilidad en su caso de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Exposición de Motivos II, 8 de la LORPM.

recién promulgada Ley Penal del Menor. Entre esos delitos, mencionaremos a aquellos que han causado un gran impacto mediático.

a) El caso conocido como “crimen de la catana” que tuvo lugar el día 1 de abril del año 2000, cuyo autor menor de edad, tal como se desprende de los hechos probados en la Sentencia de 1 de junio de 2001³⁸ fue acusado de la comisión de tres delitos de asesinato contra sus padres y hermana afectada del Síndrome de Down, mientras dormían.

En los fundamentos de derecho de la mencionada sentencia se recoge expresamente la aplicación de las circunstancias agravantes de ensañamiento y alevosía de los artículos 139.1º y 3º del Código Penal, así como la de parentesco del artículo 23 del mismo Código. Y por otra parte la eximente incompleta de enajenación mental, contemplada en el art. 20.1 del citado texto legal. La medida reeducativa impuesta al autor de tales hechos, según el fallo de la sentencia y, de conformidad entre las partes, fue de «cuatro años de internamiento en un centro terapéutico por cada uno de los tres delitos de asesinato, con la limitación establecida en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, de ocho años, seguida de dos años de Libertad Vigilada».

Esta sentencia dictada a tenor de lo dispuesto en la Ley del Menor 5/2000, que acababa de ser aprobada, fue ampliamente censurada por la sociedad y las víctimas. Sin embargo, las medidas adoptadas respondían al principio esencial del interés superior del menor y estaban orientadas a su rehabilitación y reinserción.

b) Otro de los procesos de amplia difusión en los medios de comunicación fue el calificado como el “caso Ronny Tapias” sucedido el 6 de octubre de 2003 en las inmediaciones de un instituto de Barcelona donde se produjo, por error, un delito de asesinato de un adolescente colombiano llamado Ronny, cometido con arma blanca por un grupo agresor de 5 personas por el que fueron coimputados varios mayores y menores de edad, pertenecientes a una banda juvenil latina.

Los hechos declarados probados, según expresa la sentencia, son legalmente constitutivos de un delito de asesinato tipificado en el artículo 139.1 del Código Penal, y de una falta de lesiones prevista en el artículo 617.1 del mismo Código, de los que serían responsables en concepto de coautores, tres menores a los que según lo dispuesto en la LORPM se le impuso la máxima medida de 8 años de internamiento en régimen cerrado seguidos de la medida de cuatro años de libertad vigilada³⁹. Siendo los mayores juzgados por la ley de adultos. Estos hechos originaron gran preocupación social debido a la violencia utilizada por la banda juvenil en la comisión del delito y surgió un debate social para poder atajarla, encaminado al endurecimiento de la legislación de menores.

c) Y, especialmente un hecho ocurrido en el 17 de mayo de 2003, conocido como el “caso Sandra Palo” en el que se acumularon varios delitos: de detención

³⁸ Sentencia Juzgado de Menores Murcia, Murcia, núm. 72/2001, de 1 junio.

³⁹ Sentencia Juzgado de Menores Barcelona, Barcelona, (Núm. 2), de 27 abril 2004.

ilegal, agresión sexual y asesinato cometidos con un gran ensañamiento por tres menores y un mayor de edad tipificados en los artículos 178, 179, 180.2, 139.1 y 3 y 140, del Código Penal. Este caso fue el detonante para acelerar el inicio de la reforma de la LORPM de la que se venía hablando con anterioridad. Las medidas impuestas a dos de los menores de edad fueron de ocho años de internamiento en régimen cerrado seguidos de cinco años de libertad vigilada. Respecto al tercer menor implicado, la medida fue de cuatro años de internamiento en régimen cerrado seguidos de tres de libertad vigilada.

Los hechos anteriormente expuestos, y sobre todo el mencionado en último lugar generaron un intenso debate en la opinión pública española. Y comenzaron a ponerse en marcha los mecanismos de revisión de la Ley del Menor, aprobada tan solo tres años antes, para endurecer sensiblemente las medidas impuestas.

El legislador comenzó a plantearse cambios en la normativa penal juvenil, poniéndose en duda por algunos sectores sociales la eficacia de dicha Ley, cuestionándola, a pesar de que fueron impuestas a los menores agresores las máximas medidas previstas en la LORPM⁴⁰. En la opinión pública se fraguó la percepción de que las soluciones establecidas en aquella Ley devenían insuficientes ante la comisión de casos tan graves y de que existía un enorme margen de impunidad lo que, a la postre, provocaría una inseguridad ciudadana y una alarma social.

En los seis primeros años de vigencia de esta norma fue objeto de varias modificaciones⁴¹, de las que solamente nos detendremos en las dos más importantes, encaminadas al endurecimiento de las medidas sancionadoras contra el infractor.

4.2. La Ley Orgánica 15/2003

La LO 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su Disposición Adicional segunda, párrafo segundo, dio una nueva redacción al art. 25 de la LORPM que supuso un cambio radical respecto de su redacción originaria, al disponer la personación en el procedimiento como acusación particular de las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces. Concediéndoles a los perjudicados ciertas facultades y derechos que derivan de su posición como parte del proceso. Entre los que figuran: instar la imposición de las medidas, la notificación de las diligencias que se soliciten y acuerden, proponer pruebas y participar en su práctica, ser oído en todos los incidentes tramitados durante el procedimiento así como

⁴⁰ Las medidas fueron aplicadas en función de los tramos de edad de cada persona previstos en la propia en la norma. Juzgado de Menores núm. 5. Sentencia núm. 169/2003 de 13 octubre.

⁴¹ Incluso fue modificada antes de su entrada en vigor por dos leyes: la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo y por la LO 9/2000, de 22 de diciembre.

en caso de sustitución o modificación de las medidas impuestas al menor, participar en las vistas o audiencias que se celebren y formular los recursos procedentes.

Incluso adicionó a la LORPM una disposición adicional VI en la que se dejaba entrever el anuncio de una posterior reforma al señalar que: «Evaluada la aplicación de esta ley orgánica, oídos el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las comunidades autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno procederá a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios». Esta disposición no hacía más que anticipar los aspectos de la ley que habrían de ser modificados en la siguiente reforma que había de sufrir la LORPM⁴².

4.3. Iniciativa de reforma de la LORPM

La familia de la víctima de Sandra Palo promovió la necesidad de una serie de reformas en la LORPM, encaminadas a proteger a los perjudicados de delitos graves. Estas propuestas, iniciadas desde el momento de producirse los hechos, se centraban en la personación como acusación particular de la víctima y sus familiares contra los menores agresores y en el endurecimiento de las medidas contra ellos. Tal cuestión generó un amplio debate social con gran implicación de los medios de información y se logró que las consecuencias penales de este lamentable suceso se convirtieran en una cuestión política de primer orden, para los dos grandes partidos políticos representados en el parlamento, el Partido Popular y el Partido Socialista, incluso plasmados como promesas electorales en la campaña de las elecciones generales de 2004⁴³. Los progenitores de la víctima consiguieron más de un millón de firmas que avalaban su propuesta de reformar la normativa del menor y para que las penas se cumplan en la cárcel cuando los infractores alcanzasen la mayoría de edad.

Esos gravísimos hechos delictivos junto a los sentimientos de consternación y miedo generados en la sociedad, y el decisivo impulso de los medios de comunicación social, abonaron el terreno para el planteamiento de la revisión de determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/2000 que, finalmente reformada el año 2006, amplió la pena máxima de internamiento en un centro de menores, pasando de ocho a diez años en los delitos muy graves.

⁴² Disposición Adicional segunda, párrafo tercero de la LO 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴³ Vid. <https://www.psoe.es/download.do?id=37214> y <https://www.pp.es/sites/default/files/documentos/1152-20090908162339.pdf> al respecto.

4.4. La Ley Orgánica 8/2006

Otra modificación de la LORPM, se hizo a través de LO 8/2006, con el fin de endurecer la respuesta penal frente al menor infractor. En relación con la víctima estableció la prohibición de aproximación o comunicación con ella o con sus familiares u otras personas que determine el Juez art. 7.i.⁴⁴. Esta reforma volvió a reiterar la facultad de la víctima para personarse en el proceso penal, siguiendo la línea iniciada por el anterior cambio legislativo, pero ahora lo hace con mayor detalle, al mencionar las diferentes fases y trámites procesales.

En la Exposición de Motivos de la LO 8/2006 se expresaban una serie de consideraciones jurídicas, y sociales que justificaron la iniciativa de la reforma de la LORPM. En ella, los legisladores dejaron constancia expresa de la gran preocupación social ante el aumento considerable de delitos cometidos por los menores, lo que ha causado un desgaste en la credibilidad de la Ley, dando la sensación de impunidad en las infracciones más cotidianas cometidas por estos menores, especialmente, delitos y faltas patrimoniales. A pesar de que, estadísticamente en aquel momento, la delincuencia juvenil calificada de “violenta” suponía una exigua representación, en comparación con la totalidad de los delitos cometidos por menores. Aseveraban sus redactores, que «los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social».

Esta reforma reitera la primacía del interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, no obstante, señala que es compatible con la pretensión de la búsqueda de una mayor proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del hecho cometido.

A tal efecto, dispuso una batería de medidas, dirigidas principalmente a los menores infractores, sin olvidar a los perjudicados o víctimas de los hechos, a los que le otorgó importantes derechos.

Para los primeros, la Ley prescribió un endurecimiento de las sanciones, concretado en la ampliación de los supuestos sancionados con medidas de internamiento en régimen cerrado, para los delitos graves y cometidos en grupo, en caso de que el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación⁴⁵. Otras medidas contempladas fueron la ampliación de la extensión temporal de las medidas de internamiento en régimen cerrado, la adecuación del tiempo de duración de esas medidas en función de la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores y la supresión definitiva de la aplicación de la Ley a los jóvenes entre dieciocho y veintiún años. Señalando la posibilidad de que tales jóvenes terminen de cumplir la medida de tratamiento, en un centro penitenciario de adultos, cuando alcancen la edad de dieciocho años⁴⁶.

⁴⁴ Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁴⁵ Art. 9.2 C de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁴⁶ Contendida en el Art. 14.2 de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORPM.

Asimismo, fueron añadidas nuevas medidas cautelares para los menores agresores, como la de alejamiento de la víctima, de su familia u otra persona que determine el juez, y otras ante el posible riesgo de atentado contra bienes jurídicos de la víctima. Incorporando una medida similar a la contenida en la ley penal de los adultos que prohíbe la aproximación, comunicación o contacto de aquellos con la víctima, sus familiares o las persona que señale el juez⁴⁷ similar a la existente en los delitos de violencia de género. Finalmente, cabe mencionar la ampliación del tiempo de la medida cautelar de internamiento, fijada a partir de esta reforma, en seis meses prorrogable por otros tres⁴⁸.

En definitiva, el alcance de esta modificación ha servido para endurecer la LORPM, acercándose en ciertos aspectos al régimen penal de los mayores de edad, quizás pretendiendo el legislador tranquilizar a la opinión pública, sin tener en cuenta, a nuestro juicio, las consecuencias inmediatas que podrán tener en los menores infractores.

Por lo que se refiere a las víctimas y teniendo en cuenta la anterior reforma efectuada en el año 2003 –favorable a la admisión de la víctima en el proceso penal– con la modificación operada con la Ley 8/2006 se dio entrada a la representación de la víctima en las diferentes fases y trámites del proceso. El artículo 4.3 LORPM reitera la posibilidad de personación de la víctima en el procedimiento, y a ella le atribuye expresamente otros derechos como el de información –se halle personada o no en el procedimiento–, de todas las resoluciones que le afecten, siendo el secretario judicial, denominado ahora letrado de la Administración de Justicia, el encargado de efectuar tales comunicaciones⁴⁹.

Como complemento a lo anterior se prescribió el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penal y civil, evitando posibles repeticiones en las dos jurisdicciones y teniendo en cuenta criterios de economía procesal. Por ello, la nueva redacción del art 39.1 de la LORPM dispone «en la misma sentencia se resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta con el contenido previsto en el artículo 115 del Código Penal»⁵⁰.

Otra adecuada medida protectora de las víctimas para evitar la confrontación visual con el inculpado fue la utilización de medios técnicos, como el uso de la video conferencia para la práctica de las distintas pruebas (declaración, interrogatorio)⁵¹.

⁴⁷ Art.7.i de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORPM. Medida similar a la pena contemplada en el art. 48. 2 y 3 del CP.

⁴⁸ Art. Único veintiuno de la Ley Orgánica 8/2006 que modifica el art 28.3 de la LORPM.

⁴⁹ Artículo Único tres de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica el art. 4 de la LORPM.

⁵⁰ Artículo Único 31 C de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley LORPM.

⁵¹ Disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Por la que reforma el art.707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sánchez García de Paz, I. “La reforma de la ley

Por lo expuesto, esta reforma del 2006 reforzó la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados.

5. MARCO JURÍDICO ACTUAL: ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

En el panorama jurídico vigente en la UE observamos un completo giro en esta materia. De modo que, la legislación actual ha sabido plasmar las diversas manifestaciones y reacciones sociales y jurídicas en torno a la sensibilización de las víctimas, y ello ha provocado profundas modificaciones en la reciente legislación de los distintos países europeos y entre ellos, el nuestro.

De la Directiva 2012/29/UE⁵² anteriormente citada, emergieron un conjunto de sólidas normas elaboradas con la finalidad principal de prestar una mayor protección y apoyo a estas personas. Su contenido ha sido incorporado a los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, contando la mayoría de ellos en la actualidad, con normas protectoras de las víctimas. Sin olvidar que el precedente de la presente norma comunitaria se encuentra en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal, ya referenciada en el apartado de la normativa europea.

Aquella Directiva originó en nuestro país la promulgación de dos importantes normas, la Ley 4/2015, de 27 de abril, de la Ley del Estatuto de la víctima del delito –LEVD– y junto a ella el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre que la desarrolla y establece la regulación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, en atención a los derechos recogidos en la normativa europea y en el Estatuto de la víctima del delito. De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico incorporó la legislación europea.

Este nuevo marco normativo ha servido para recuperar la posición jurídica de la víctima, otorgándole a ésta un gran protagonismo dentro del proceso penal, dispensándole unas mayores garantías procesales y extraprocesales que a la postre, se han traducido en un catálogo de importantes derechos a ejercitar. Por lo que la LEVD es la transposición, a nuestro sistema procesal-penal, del contenido de la Directiva europea.

La propia Exposición de Motivos de la LEVD confirma que su objetivo es «sentar un catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, tratando de reunir en un único texto legislativo todos los derechos de la víctima». Aunque en ocasiones se dedique simplemente a complementar o reiterar lo dispuesto en otras normas en vigor, hemos de reconocer

penal del menor por la LO 8/2006". Págs. 43 y 44 consultado en https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/7712_Sanchez_RJCL2008_Reforma.pdf

⁵² Su aplicación será supervisará periódicamente, a fin de actualizar las acciones bajo la responsabilidad de las distintas partes interesadas.

el trabajo de nuestros legisladores por compilar y sistematizar los derechos de la víctima.

6. LAS VÍCTIMAS MENORES EN LA LEVD

Contiene este Estatuto un concepto unitario y amplio de la “víctima del delito” distinguiendo entre la víctima directa e indirecta. Definiendo la primera como «toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial, lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito»⁵³. De ello se desprende que solo podrán ser reconocidas como tales, las personas físicas, sin perjuicio de que el agresor haya sido o no identificado. En consecuencia, quedan excluidas las personas jurídicas, así como otras terceras que hubieren sufrido perjuicios derivados del delito⁵⁴.

Además, el texto establece, siguiendo las normas del Derecho civil de sucesiones, qué grupo de familiares o asimilados, en caso de muerte o desaparición de una persona, serían consideradas “víctimas indirectas”. Entre éstas figuran su cónyuge, o persona que conviva con ellas, los progenitores y parientes en línea recta o colateral hasta el tercer grado, y los sujetos bajo su tutela o curatela. Y si éstos no existiesen, este concepto acogería a otros familiares más alejados, alcanzando a los demás parientes y a los hermanos, anteponiéndose aquel que ostentase la representación del agredido⁵⁵. Todos ellos actuarían en subrogación de la posición de la “víctima directa”.

La situación de la víctima en el proceso penal ha experimentado una favorable transformación en los últimos años, y en especial a partir del año 2015, momento en el que se reforzó la protección de las víctimas en general y especialmente de las más vulnerables, estableciendo diferentes medidas en atención a las necesidades personalizadas de cada víctima. Por lo que podría afirmarse que existen en la actualidad suficientes instrumentos para garantizar los derechos de las mismas a lo largo del proceso, e incluso sin haber participado en él.

Muestra esta Ley una particular atención sobre las víctimas menores de edad, por tratarse de un grupo, junto a los discapacitados, catalogados especialmente como colectivos vulnerables que por sus propias peculiaridades son merecedores de una especial y adecuada protección, dotándole de mayores garantías en el proceso penal en función de sus particulares necesidades y destinadas, en la medida de lo posible, a impedir o limitar su victimización. Lo que nos lleva a admitir que la LEVD ha materializado con acierto, un nuevo estatuto jurídico para las víctimas menores.

⁵³ Art 2 A de la LEVD.

⁵⁴ Art 2.2 de la LEVD.

⁵⁵ Art 2. 1 y 2 de la LEVD.

En la Exposición de Motivos de la LEVD el expositivo III señala «El presente Estatuto de la Víctima del Delito tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante, las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. Es por ello una obligación que, cuando se trate de menores, el interés superior del menor actúe a modo de guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación a un menor víctima de un delito durante el proceso penal. En este sentido, la adopción de las medidas de protección del Título III, y especialmente la no adopción de las mismas, deben estar fundamentadas en el interés superior del menor».

La LEVD ofrece un amplio abanico de derechos en general para todas las víctimas de delitos, pero hace una especial mención a las víctimas más frágiles (menores de edad y discapacitados) perjudicados por la comisión de un tipo penal. La protección a ellos otorgada obedece a la vulnerabilidad de estos sujetos –que hace necesario un tratamiento legal adecuado– y dispar al del adulto.

Refiriéndose especialmente a las víctimas menores de edad, se asigna a la Fiscalía el papel de «velar especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso»⁵⁶.

En esta LEVD se ha intentado minimizar el daño que la intervención en el proceso puede provocar en las víctimas menores. A tal fin, ha dispuesto una serie de indicaciones a seguir desde la fase de investigación que se prolongan en la de enjuiciamiento, obligando a las autoridades y funcionarios a adoptar las medidas necesarias en torno a la protección de la vida, integridad, intimidad y dignidad de las víctimas. Ellas, fijan los derechos atribuidos de forma general a toda persona perjudicada por el delito. Por lo que resultan también aplicables a los menores⁵⁷. Entre ellos, evitar la confrontación visual con el inculpado y las dilaciones injustificadas, a no sufrir reiteradas declaraciones, a estar acompañada por una persona de su confianza que la apoye, a la protección de su intimidad y privacidad y la de sus familiares, prohibiendo la difusión de noticias que permitan su identificación, limitando la publicidad tanto en el acto del juicio como en la publicidad de la sentencia con el fin de mantener su anonimato, así como evaluar sus necesidades y tener en cuenta sus opiniones e intereses.

Además de las medidas citadas, nos encontramos con otros preceptos dirigidos a intensificar la defensa de los menores. Así se manifiesta que a lo largo del proceso penal, la adopción de medidas de protección para las víctimas menores de edad tendrán en cuenta su situación personal, necesidades inmediatas, edad,

⁵⁶ Art. 19 de la LEVD.

⁵⁷ Arts. 20 y sig. de la LEVD.

género, discapacidad y nivel de madurez, y respetará plenamente su integridad física, mental y moral⁵⁸.

Si la víctima lo fuera de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual, se aplicarán en todo caso las medidas expresadas en las letras a), b) y c) del art. 25.1. LEVD que se traducen en el cumplimiento de las siguientes formalidades: las declaraciones han de ser realizadas en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin, ante profesionales debidamente formados en la ayuda a estas víctimas, para reducir o limitar los posibles perjuicios. Tales declaraciones ser harán, si fuera posible, ante la misma persona, salvo que se dé un perjuicio relevante en el proceso, teniendo la víctima a la hora de prestar la declaración en determinados delitos –libertad o indemnidad sexual, de trata con fines de explotación sexual o los delitos cometidos sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos– la opción de solicitar que se haga ante una persona del mismo sexo de la víctima.

Igualmente, en aras de otorgar una mayor salvaguarda, además de escucharlos, se establece que se tomará en consideración, para su evaluación, las opiniones e intereses de los menores o personas discapacitadas (art. 24.3 LEVD).

Además de las medidas desarrolladas en el art. 25, en el art. 26. 1 y 2 del citado texto legal, se quiso reforzar todavía más la protección a estas personas instaurando otras indicaciones particulares, en atención a su edad destinadas a evitar mayores perjuicios, entre las que se encuentran la grabación de las declaraciones en fase de investigación que podrán ser reproducidas en el acto del juicio, su declaración podrá ser recibida por expertos o la designación de un defensor/a judicial del menor, a instancia del Fiscal, en supuestos de conflictos de intereses con su representante legal. Como complemento a lo anterior, dispone el art. 26.3 para los casos de duda en la determinación de la edad de una víctima, la presunción de que se trata de un menor de edad y, en consecuencia, le serán de aplicación las medidas protectoras establecidas en el Estatuto.

La disposición final primera once de la LEVD incorpora al art. 433 de la LECrim un nuevo supuesto de preconstitución de la prueba para el caso de personas especialmente vulnerables. De este modo, cuando se aprecie falta de madurez en los menores de edad o personas discapacitadas, el Juez de Instrucción podrá acordar, con el fin de evitarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Pudiendo aquellos trasladar las preguntas a la víctima. Asimismo, podrá limitarse la presencia de las partes en el lugar donde se lleve a cabo su exploración. Contando las partes con la posibilidad de trasladar preguntas o aclaraciones a la víctima. Se ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales para luego repetirla en el juicio oral. Tratando de evitar los efectos negativos de decla-

⁵⁸ Art. 23.3 de la LEVD.

rar sucesivas veces sobre los mismos hechos, sobre todo, en los delitos sexuales y de lesiones que ocasionarían situaciones adversas, obligando al menor a revivir los hechos.

Con estas medidas la LEVD pretendió impedir que estas víctimas que ya sufren la llamada victimización primaria derivada de los daños del hecho delictivo, no padezcan a mayores la denominada victimización secundaria.

Esta Ley otorgó una activa participación a la víctima también en la fase de ejecución, que hasta el momento quedaba exclusivamente en manos del Estado titular del *ius puniendi*. Concediéndole el derecho a ser informada de aquellas resoluciones sustanciales que afecten a la situación personal del condenado, como su ingreso en prisión o puesta en libertad, la comunicación de su fuga, la concesión de permisos carcelarios en condenas por violencia de género. Complementariamente a lo anterior, se refuerza la posición de la víctima con la posibilidad de interponer recurso ante determinadas decisiones recaídas en esta fase procesal.

7. LA LEY ORGÁNICA 8/2021

Por último, hemos de finalizar esta exposición con una obligada referencia, aunque sea de forma sintética, a la recién promulgada *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, en la que observamos una mejora en los derechos de estas víctimas que ha venido a reforzar, aún más, la posición de la víctima menor de edad o discapacitada. Elaborada con el fin de adaptar nuestra legislación juvenil a las disposiciones internacionales y combatir la violencia sobre estas personas desde una perspectiva general.

Estableciendo un fortalecimiento de las medidas de protección, detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados y recuperación de la víctima menor de edad, tratando de evitar la victimización secundaria.

Entre los derechos contenidos en esta Ley, se encuentran ampliamente desarrollados, el de información, de asesoramiento, a ser escuchados en los procesos que sean víctimas, a la atención integral, a intervenir en el procedimiento judicial o a la asistencia jurídica gratuita⁵⁹.

En este contexto, y en aras de incrementar la protección de este colectivo, esta Ley impone la obligación genérica a todos los ciudadanos de comunicar, de forma inmediata, aquellas situaciones de violencia o indicios de ella, observadas sobre niños o adolescentes, a la autoridad competente. Deber exigido especialmente a los que por el desempeño de su cargo, profesión o actividad tengan un contacto directo y regular con aquellos, y se hallen encargados de su cuidado,

⁵⁹ Desarrollados en los Arts. 9 a 14 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

educación, o presten apoyo o protección a estas personas, entre los que figuran el personal cualificado de los centros educativos, sanitarios, deportivos, de acogida o de atención humanitaria⁶⁰.

Por otra parte, y en relación con las profesiones anteriormente reseñadas, se establece la prohibición de contratar, a quienes posean antecedentes en el registro central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos⁶¹ al objeto de evitar el posible contacto con los menores de edad.

Asimismo, la Ley ha incluido otra obligación en relación con las nuevas tecnologías al imponer a las personas físicas y jurídicas, la de poner en conocimiento de la autoridad competente, cualquier contenido disponible en Internet constitutivo de cualquier signo de violencia contra los niños y adolescentes. Y si el hecho fuera constitutivo de delito, ha de ser comunicados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial.

8. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos querido aproximarnos a la normativa sobre la víctima, partiendo de los antecedentes más remotos hasta llegar a la actualidad. Ello nos ha servido para comprobar la evolución legislativa que esta materia ha experimentado, fundamentalmente en las últimas décadas motivada por la creciente preocupación dentro de la sociedad por dar soluciones a las carencias jurídicas de estas personas, originando su transformación en sujetos activos dentro del proceso penal, gozando de la titularidad de una serie de derechos omitidos con anterioridad.

De todos es conocido que la víctima suele padecer determinadas secuelas físicas, psíquicas, o patrimoniales, en ocasiones graves y permanentes que atentan contra su dignidad. Pensemos en los agraviados por delitos de terrorismo o de carácter sexual. Es por ello, que nuestro ordenamiento jurídico tiene la obligación de brindar y garantizar a las víctimas suficientes instrumentos para que los realmente perjudicados por el delito puedan recuperarse del daño sufrido y en la medida de lo posible puedan volver a una situación de normalidad.

A día de hoy, y después de haber expuesto la distinta normativa aplicada sobre las víctimas y en especial las destinadas a los menores de edad, hemos de reconocer que ellas, han pasado de ser las grandes olvidadas a hacerse visibles en el proceso penal, quedando amparadas por la legislación estatal, europea e internacional, y esto ha supuesto un importante avance en esta materia, poniendo fin a la desigualdad histórica existente entre el agresor y la víctima, principal agraviada

⁶⁰ Arts. 15 y 16 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *op. cit.*

⁶¹ Artículo 57.4 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *op. cit.*

por el delito, otorgándole a ésta unos derechos básicos para su recuperación en el ámbito personal, familiar y patrimonial.

Estos recientes cambios legislativos han creado una normativa específica para ellas reforzando la protección de las víctimas de los más variados delitos y mostrando una especial sensibilización con ciertos colectivos especialmente vulnerables, los menores y discapacitados para los que se han arbitrado mecanismos e instrumentos adecuados en aras de garantizar sus derechos a lo largo del proceso, e incluso frente al proceso. Tratando de limitar o evitar la victimización secundaria, y consiguiendo un tratamiento más humanizado y más digno, sin menoscabo de las garantías procesales previstas para el infractor.

En España se ha dado un importante paso en esta materia con la incorporación de la Directiva 2012/29/UE plasmada en la promulgación de la LEVD destinada exclusivamente a fomentar la protección de las víctimas, a través de la consolidación de importantes derechos para ellas, lo cual resulta loable. Pero la implantación efectiva de esta norma se encuentra con ciertas dificultades económicas –creación de salas apropiadas para las víctimas, disponibilidad de medios técnicos suficientes, formación específica de profesionales– que puede llegar a retrasar su eficacia y en último caso a recortar las mejoras alcanzadas, pues el fin principal de la ley colisiona con lo dispuesto en su Disposición adicional segunda, donde se establece: «Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal».

Nuestro Derecho Penal juvenil ha sido completado por la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* que ha intensificado la protección a las víctimas menores de edad, y al mismo tiempo ha previsto un ambicioso plan de campañas informativas para lograr una mayor concienciación de los derechos de este colectivo, disponiendo a tal efecto, medidas para erradicar y prevenir la violencia en la niñez y adolescencia. Desarrollando un sistema de detección precoz con el fin de atajarla en las edades más tempranas.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. Perrino Pérez, A. L. (2016). *La Víctima en la Justicia Penal. El Estatuto jurídico de la víctima del delito*. Dykinson S.L
- Antón Oneca, J., De Miguel Garcilópez, A. (1940). *Derecho Penal Parte General*. Primera edición. Madrid.
- Antón Oneca, J. Julián Hernández, F. Beneytez Merino, L. (1986). *Derecho Penal*. Editorial AKal. Madrid.
- Antón Oneca, J. (1965). Historia del Código Penal de 1822. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*.

- Escudero J. A. (2012). *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*. Madrid.
- García Álvarez, P. (2014). *La víctima en el derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Gómez Colomer, J.L. (2015). *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona
- Roig Torres. M. (2000). *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*. Tirant lo Blanch. Valencia.

CAPÍTULO II

ESTADÍSTICA SOBRE VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

TAMARA MARTÍNEZ SOTO
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Procesal. Mediadora

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO DE VÍCTIMA. 2.1. La aportación del legislador nacional al concepto de víctima. 2.1.1. *EL concepto de víctima para el legislador penal* 2.1.2. *El concepto de víctima para el legislador procesal.* 2.1.3. *El concepto de víctima en la Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor.* 3. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES. 3.1. Carácter diferenciado. 3.2. Papel de la víctima en el proceso penal de menores. 4. ESTADÍSTICA SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES. 4.1. Menores condenados 4.2. Aumento de los delitos contra la libertad sexual, violencia doméstica y violencia de género. 4.3. Especial mención al delito de violencia de género entre menores. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (en adelante LORPM) nace con el objetivo de crear una normativa a medida de las circunstancias especiales que rodean al hecho delictivo cometido por un menor de edad. Cuando un menor de edad se encuentra inmerso en un proceso penal el interés del menor actúa como marco para la aplicación de las medidas que se vayan a tomar en relación a éste, funcionando en este caso como límite para la creación de esta regulación.

Por otro lado, la LORPM incorpora por primera vez en la legislación española los principios de Justicia Restaurativa¹, centrando sus esfuerzos en la reeducación del menor infractor, potenciando ésta con la reparación del menor hacia la víctima. Esta reparación no tiene por qué siempre traducirse en una medida de carácter económico, sino en algo menos tangible, como en una reparación del daño desde un punto de vista más educativo que suponga que el menor asuma

¹ Vid. Al respecto, Pillado González, E. (2012). La mediación en la Justicia Penal de menores, en *Sobre la mediación penal. Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del proceso Penal Español*, Aranzadi, Madrid.

su responsabilidad y se muestre dispuesto a reparar a la víctima llevando a cabo actividades concretas.

Como señala la Exposición de Motivos de la LORPM «tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse». De este modo se evidencia la existencia de una reparación material y junto a la misma se señala la necesidad de una reparación emocional, subordinada sin embargo, y así se señala expresamente, a que la víctima otorgue su perdón, siendo este un motivo para dictar un sobreseimiento y archivo de la causa. Se trata de dar una segunda oportunidad al menor que reconoce el mal de su acción.

El modelo imperante es el denominado de las “cuatro des”², despenalización, desinstitucionalización, desjudicialización³ y Derecho Penal Justo (este modelo tiene su inspiración en los modelos norteamericanos, en los que las medidas que se toman están encaminadas a la reparación entre autor y víctima).

Siguiendo este hilo, la Exposición de Motivos de la LORPM menciona el hecho de que la naturaleza de este proceso de mediación es formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa⁴, pero siempre teniendo en cuenta que tendrá como base el principio de intervención mínima (última ratio el Derecho Penal), el interés del menor, el reconocimiento expreso de todas las garantías procesales, el principio acusatorio con limitaciones, la modulación de la adopción de medidas, la publicidad limitada a las actuaciones⁵ y la intervención de equipos técnicos en el proceso⁶.

En relación a la reparación, en tanto le LORPM es el primer ejemplo de inclusión de principios de la Justicia Restaurativa en nuestra legislación, en la Exposición de Motivos, además de la importancia del interés del menor y de su reeducación como pilares básicos de este sistema, también se hace mención a las bondades de la conciliación y sus beneficios no sólo para el menor infractor sino también para la víctima. Sin embargo, es importante destacar que aunque este asunto se menciona en la Exposición de Motivos, en realidad el proceso se encuentra limitado en algunos aspectos para la actuación procesal de la víctima como acusación particular, lo

² AA.VV. *Comentarios a la Ley orgánica de Responsabilidad del Menor* (2001), Aranzadi, Madrid, pág. 300.

³ La tradicional judicialización de los conflictos generaba situaciones en las que las partes no encontraban en la solución del mismo la satisfacción de sus intereses. Solución que se creaba por un tercero, supra partes, que daba lugar en muchas ocasiones a nuevas situaciones de tensión. Vid: Carretero Morales, E. (2017). La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, (Dir. Helena Soletó), Tecnos, Madrid, pág. 26 y ss.

⁴ A pesar de que la EM haga referencia a esta naturales apunta MorenO Catena que afirma que se trata de una ley de carácter sancionador, en cuanto la responsabilidad jurídica de los menores se refiere a hechos tipificados como delitos o faltas. AA.VV., *Proceso Penal de Menores* (2008). Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 42-43.

⁵ Vid. Al respecto, AA.VV., *Proceso Penal de Menores* (2008). Tirant lo Blanch, Valencia, López Jiménez, R. pág. 253.

⁶ AA.VV. *Comentarios a la Ley orgánica de Responsabilidad del Menor* (2001), Aranzadi, Madrid, pág. 298 y ss.

cual se recoge así también en la propia Exposición de Motivos, y señala que esto ocurre en aras de proteger el interés del menor. Además, de la propia estructura práctica del proceso se deduce que existe un cierto desequilibrio entre estos aspectos (interés del menor-intereses de la víctima) en tanto los preceptos que regulan la mediación en este ámbito se centran en dos momentos principales, uno anterior al proceso, en el que se producirá un sobreseimiento por conciliación o reparación entre menor y víctima; y otro ya al finalizar el proceso, una sustitución de medidas, durante la ejecución, orientando así ese proceso conciliatorio a evitar o mitigar las consecuencias penales de la comisión del delito de un modo más exhaustivo que a la reparación a la víctima, o el darle un papel o un lugar a la víctima en el proceso de reparación del cual también es protagonista.

2. CONCEPTO DE VÍCTIMA

El concepto de víctima es una realidad cambiante, y en tanto lo observemos desde la óptica de la ciencia jurídica o de la victimología su significado adquirirá distintas dimensiones.

El asunto que nos ocupa es la víctima en el proceso penal de menores. En este caso, desde el punto de vista práctico la víctima se identificaría con el sujeto pasivo del delito, siguiendo el criterio mayoritariamente adoptado por la legislación penal, pero veremos que en función del marco desde el que se analice, incluso dentro del propio ámbito jurídico, este concepto podrá ser más amplio.

En lo que se refiere al ámbito jurídico la doctrina ha establecido diversas definiciones y clasificaciones de víctima en base a muy distintos criterios, en función de su relación con el proceso, la titularidad del bien jurídico, su intervención en el origen del hecho delictivo⁷ etc. Para SAEZ VALCÁRCEL⁸ es necesario diferenciar víctima como perjudicado, víctima que provoca el delito, víctimas ajenas, víctimas que interactúan y delitos sin víctima.

Existe toda una problemática en nuestra legislación en cuanto se manejan diversos conceptos para referirse a la misma, o similar, situación. Así existirá la figura del agraviado por el delito, el ofendido, el perjudicado, la víctima etc.

La doctrina diferencia dentro de dicho concepto de víctima dos realidades: el ámbito objetivo y el subjetivo.

Desde un punto de vista objetivo entenderemos como víctima al sujeto pasivo del delito, entendiendo “sujeto pasivo” en sentido amplio, según FERREIRO BAAMONDE⁹. Identificaríamos el sujeto pasivo del delito con el sujeto que sufre

⁷ Ferreiro Baamonde, X. (2005). *La víctima en el proceso penal*, Madrid, pág. 125.

⁸ Saez Valcárcel (2011). Mediación Penal. Reconciliación, perdón y delitos graves. La emergencia de las víctimas, en *Cuadernos Penales de José María Lidón*, núm. 8, 2011, pág. 120.

⁹ Ídem.

cualquier tipo de afectación causada por el delito, daño económico o no, lesión, puesta en peligro o menoscabo de su sentimiento de justicia como consecuencia de un delito.

En esta línea señalan algunos autores que podríamos asimilar al concepto de víctima a las víctimas de desastres naturales o víctimas del abuso de poder. Para parte de la doctrina la víctima es quien sufre el daño que causa un conflicto, o también que proviene de accidentes o desastres naturales¹⁰.

Desde el punto de vista penal HERRERA MORENO¹¹ señala que el sujeto objeto del injusto típico es el titular legítimo del bien jurídico vulnerable, es decir, aquel que sufre una merma de sus derechos, añade, sin que sea necesario que el victimario sea culpable.

En síntesis, una concepción objetiva del concepto de víctima nos llevaría a equipararla al sujeto pasivo del delito, como titular de un bien jurídico dañado.

Cuando nos referimos al ámbito subjetivo el concepto de víctima se amplía respecto de lo señalado en el ámbito objetivo que se refiere sólo a las denominadas víctimas directas. Mencionamos anteriormente los perjudicados y las víctimas ajenas. Esta diferenciación tiene correlación con los conceptos de víctima directa e indirecta, respectivamente. El ámbito subjetivo tendrá en cuenta también a aquellas denominadas víctimas indirectas, aquellas que sufran daños producidos, no como consecuencia directa del delito, sino a través de “personas interpuestas”. Es por ello que si estudiamos el concepto de víctima desde un punto de vista subjetivo, el primer paso será diferenciar entre qué es víctima y qué es un tercero ajeno.

La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Asistencia a Víctimas de Delitos violentos y contra la libertad sexual diferencia entre víctimas directas e indirectas. Para BERISTAIN IPIÑA¹² esta definición es demasiado reducida ya que sólo se hace referencia a cónyuges, hijos y padres. Según esta regulación los familiares a cargo de un fallecido como consecuencia de un delito tendrían la consideración de víctima. La legislación española les da un amplio reconocimiento como víctimas a estos sujetos, favoreciendo incluso su intervención en el proceso y contemplándolos como destinatarios de la legislación asistencial en su caso.

Podrían considerarse víctimas indirectas a colectividades, comunidades que se sienten afectadas o amenazadas por la comisión de determinados delitos, aunque no sean las víctimas directas del mismo. Nuestro Derecho da cabida a este fenómeno a través de la acción popular, como medio para reclamar de aquellas colectividades que sufren la denominada “victimización difusa”. Así estas colectividades integrarían a todas aquellas que nacen del fenómeno asociativo y también a las personas jurídicas.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Herrera Moreno, M. (1996). *La Hora de la Víctima (Compendio De Victimología)*, Madrid, pág. 328.

¹² Ibídem, pág. 120.

Algunos autores, con un planteamiento sociológico y difícilmente asumible desde un punto de vista jurídico mencionan la posibilidad de incluir dentro del concepto de víctima al ofensor, en cuanto es sujeto pasivo de la llamada victimización terciaria, en cuanto pueden ser objeto de abusos policiales, el excesivo uso de medidas cautelares, incomunicación, medidas contrarias a la dignidad humana, la estigmatización del condenado etc. En esta línea la clasificación de víctimas de BOLLE¹³, se refiere en último término a aquellos que son “víctimas de ellos mismos”.

En síntesis, el concepto de víctima de carácter objetivo reduciría demasiado el significado del término “víctima”. Resulta más adaptado a la realidad de las necesidades de aquellos que sufren un delito, ya sea de modo directo o no, una visión subjetiva del concepto de víctima, que tiene en cuenta no sólo a los directamente dañados sino también a sus familiares, o incluso englobaría colectividades, siempre en función del alcance del acto delictivo. Esta concepción de víctima permite ampliar la concesión de derechos a grupos más amplios de afectados por un daño, en definitiva, de víctimas.

Desde un punto de vista doctrinal por lo tanto podemos optar con concebir el concepto de víctima desde dos ángulos muy diferentes. Veamos cómo nuestra legislación penal lo ha tratado, comprobando si se aproxima más a una visión más objetiva o subjetiva de la misma.

2.1. La aportación del legislador nacional al concepto de víctima

En la legislación penal encontramos una serie de normas que afectan a las víctimas de los delitos. Destaca dentro de la regulación específica sobre víctimas de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, y a continuación la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. Y como normativa general, el Código Penal y numerosos preceptos de la LECrim.

«El uso del término víctima carece de tradición en la legislación española, que prefiere al sujeto pasivo del delito»¹⁴, adoptando para éste múltiples denominaciones –ofendido, agraviado, perjudicado, víctima– que no hacen sino dejar constancia de la necesidad de definir tal concepto.

2.1.1. El concepto de víctima para el legislador penal

En lo que al contenido del Código Penal se refiere, sus preceptos en relación a la institución de la víctima recogen contenido relativo a esta realidad del siguiente modo:

¹³ Beristain Ipiña, A. (2010). *La Dignidad de las Macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia*, Dykinson, Madrid, pág. 476.

¹⁴ Ferreiro Baamonde, X. (2005). *La víctima...* ob. cit., pág. 115.

- La consideración de la víctima a efectos de la determinación de la pena: apreciación de agravantes o atenuantes, clasificación y duración.
- La consideración de la víctima a efectos de la determinación de la pena privativa de libertad.
- La consideración de la víctima a efectos de la determinación de las penas privativas de derechos y/o multa.
- La consideración de la víctima a efectos reparación, protección o evitación de la reiteración delictiva.
- La consideración de la víctima en relación al proceso.

Recopilados y clasificados los preceptos en los que el Código Penal hace uso del término “víctima”, pueden deducirse distintas cuestiones:

- Por un lado, que el Código Penal no nos ofrece una definición legal de víctima, sino que se limita a usar el concepto dando por hecho un significado que extraeremos de su uso en un sentido o en otro.
- El Código Penal tiene como función principal la normación de los ilícitos, y en este marco el papel de la víctima es secundario. La norma se centra en la intención y la acción del delincuente, y sólo en algunas ocasiones en las circunstancias de la víctima.
- Se observan referencias a la víctima en cuanto a su vulnerabilidad, que agravan la reprochabilidad, elemento tradicional en toda norma penal.
- Se identifica una especial regulación en lo relativo al relativamente nuevo campo de la violencia doméstica, en el que se amplía la descripción de posibles víctimas en el mismo tipo delictivo.
- Parece que el concepto de víctima utilizado en el Código Penal se encuentra dentro de aquellos considerados desde un punto de vista objetivo. Se distingue en ocasiones entre “víctima y sus familiares”, lo que hace patente la visión de víctima como sujeto pasivo del delito, la denominada víctima directa.

CONCEPTO DE VÍCTIMA EN CP	PRECEPTOS
Contenido del precepto no determina	21, 22, 36.2, 49, 86.4, 90.2, , 90.8, 92.2, 98.3, 126.2, 127 octies, 132.1, 237, 263.1, 268
Tiende a interpretación objetiva (se extrae de su lectura)	140.1, 148, 149.2, 153.2, 156 ter, 165, 172 bis.3, 173, 177, 177 bis, 166.2, 171.5, 172.2, 181.2, 182, 184, 187, 188, 189.1, 191, 235.1, 242.3, 362 quinquies.2, 457, 577.2, 607 bis.
Objetiva	33.1,33.2, 33.3, 33.4, 39, 40, 48, 70.3, 83.1, 106.1, 250.4, 578
Subjetiva	Ø

2.1.2. *El concepto de víctima para el legislador procesal: La conceptualización de la víctima en el actual modelo de enjuiciamiento criminal*

En lo que al contenido de la LECrim se refiere, sus preceptos en relación a la institución de la víctima recogen contenido relativo a esta realidad del siguiente modo:

- Referencias a la víctima en relación con la competencia o tramitación.
- Referencias a la víctima en relación con su derecho a ser informada.
- Referencias a la reparación a la víctima.
- Referencias a la víctima ejerciendo la acción penal.
- Referencias a la víctima en lo relativo a diligencias de investigación o prueba.
- Referencias a la víctima en relación con su derecho a la intimidad.

Recopilados y clasificados los preceptos en los que la LECrim hace uso del término “víctima”, deducimos varias cuestiones:

- La LECrim es el código que más referencias contiene respecto a la víctima, contemplada desde distintos ámbitos: el de protección, información, reparación y participación. Evidentemente, en este ya más de centenario cuerpo normativo confluyen distintas políticas legislativas que tienen en común una aproximación a una víctima con un elenco creciente de derechos.
- Al igual que ocurría con el CP, la LECrim no nos ofrece una definición legal de víctima, sino que se limita a usar el concepto dando por hecho un significado que extraeremos de su uso en un sentido o en otro¹⁵.
- En la LECrim se observa una intención del legislador en proteger a la víctima, otorgándole un papel muy diverso al del CP, y regulando cuestiones derivadas del especial tratamiento a la víctima: así, la competencia se puede determinar en algunas ocasiones en relación con la víctima, la protección a la víctima justifica la adopción de medidas cautelares personales limitativas de derechos y existe una minuciosa regulación más pormenorizada en lo concerniente a la víctima de violencia de género.
- La regulación de la LECrim establece un sistema específico de participación de la víctima en el proceso como parte activa, calificándola de acusación particular a partir de la personación.
- En todo caso, el concepto de víctima utilizado en dicha ley corresponde al término víctima desde un punto de vista objetivo de forma general.

¹⁵ Es interesante el hecho de que la LECrim no menciona el término víctima hasta la reforma introducida por la LO 14/1999, de 9 de junio, de Modificación del CP de 1995, en Materia de Protección a las Víctimas de Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Fue introducido por primera vez en la LECrim en sus artículos 109 y 544bis, que hasta ese momento solo hablaban de ofendidos y perjudicados.

Es decir, se lleva a cabo una interpretación de víctima restrictiva, entendiéndola equiparada principalmente al sujeto pasivo del delito, las denominadas víctimas directas. Esta conclusión se basa en que en algunos de los preceptos se hace referencia en ocasiones a la “víctima y sus familiares”.

CONCEPTO DE VÍCTIMA EN LECRIM	PRECEPTOS
Contenido del precepto no determina	777.2, 797.2, 906
Tiende a interpretación objetiva	14, 503.1, 509.1, 544bis, 544ter.5, 544ter.6, 144 ter.8, 144 ter.9, 144 ter.11, 659, 785.3, 791.2, DA 1ª
Objetiva	15, 281, 544 ter.1, 544 ter.3, 544 ter.4, 544 ter.7, 544 ter.10, 765.1, 773.1, disposición adicional cuarta
Subjetiva	771

2.1.3. *El concepto de víctima en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*

Nos ocupa ahora el asunto concreto de la LORPM. Esta legislación, mucho menos extensa y más concreta que las anteriores, no hace un tratamiento en sí de la víctima, ya que las alusiones a ésta son mucho menos numerosas y circunscritas a preceptos muy concretos:

- Artículo 4. Derechos de las víctimas y de las personas perjudicadas.
- Artículo 19. Medidas impuestas a menores: Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.
- Art. 27 Informe del equipo técnico.
- Art.35 Asistentes y no publicidad de la audiencia.
- Art. 41. Recursos procedentes y tramitación.
- Art. 51. 3 Sustitución de medidas: La conciliación del menor con la víctima.
- Art. 61. La responsabilidad civil.

Los art. 4, art. 35 y art. 41 son realmente una reproducción del contenido de la legislación general, aunque sí se lleva a cabo una mención especial a las víctimas especialmente vulnerables en el caso de los dos primeros.

El resto del articulado, art. 19, art. 51 y art. 61 hace referencia al proceso de conciliación propio de esta legislación, su desarrollo, consecuencias y la reparación del daño a la víctima. Esta medida, característica de esta normativa, se configura como una herramienta con una doble función. Una vía a través de la cual la víctima pueda ser reparada integralmente, y también un modo de favorecer la responsabilización del menor de sus acciones, y de enmendar la situación.

Estos tres asuntos mencionados, responsabilización, reeducación y reparación son claros objetivos de esta legislación que quedan reflejados en el contenido del articulado mencionado. Además, la Exposición de Motivos de la ley hace un estupendo recorrido a través de éstos objetivos centrandó el papel del menor infractor en el contexto de la misma, pero también de la víctima.

Es importante no perder de vista que el procedimiento penal de menores nace con el objetivo de crear un escenario y una normativa adaptada a la realidad del infractor menor de edad, intentado así generar una vía a través de la cual el menor tenga la oportunidad de reencauzar su situación a través de la responsabilización de sus actos, asunción de los hechos y reparación de los daños, consiguiendo en último término acercar al proceso penal a una realidad más propicia para su reeducación, alejada de las consecuencias más propias del proceso penal de adultos.

Por todo lo expuesto esta Ley nace con la mirada puesta en el infractor menor de edad, y tal y como se menciona en su Exposición de Motivos «se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares»¹⁶.

Sin embargo, como se viene destacando en las últimas décadas desde la normativa tanto europea como nacional, la víctima no debe ser relegada a un segundo plano cumpliendo la misma función que un testigo. La víctima tiene necesidades, intereses y tanto éstos como su situación emocional deben ser tenidos en cuenta también en el procedimiento, incluso en el procedimiento penal de menores, aunque éste nazca con el objetivo de proteger al menor de sí mismo y de las consecuencias que generalmente se prevén para la comisión de los delitos, velando por su reeducación e integración social.

Por este motivo la propia Exposición de Motivos añade que:

[...] la Ley tampoco puede olvidar el interés propio del perjudicado o víctima del hecho cometido por el menor, estableciendo un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios, dotando de amplias facultades al Juez de Menores para la incorporación a los autos de documentos y testimonios relevantes de la causa principal. En este ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas, la Ley introduce el principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, si

¹⁶ Exposición de motivos LORPM punto II.6.

bien permitiendo la moderación judicial de la misma y recordando expresamente la aplicabilidad en su caso de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Asimismo la Ley regula, para procedimientos por delitos graves cometidos por mayores de dieciséis años, un régimen de intervención del perjudicado en orden a salvaguardar el interés de la víctima en el esclarecimiento de los hechos y su enjuiciamiento por el orden jurisdiccional competente, sin contaminar el procedimiento propiamente educativo y sancionador del menor.

Es común que en la legislación penal cuando se hace referencia a los intereses de las víctimas se relacione con la reparación económica, cuando lo correcto sería con una reparación integral, que englobase la parte económica pero también la emocional. En relación a lo que la Ley prevé para las víctimas en este sentido, según la propia EM:

Esta Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos. Sin embargo, esta participación se establece de un modo limitado ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor.

Como se puede observar, se trata de buscar un equilibrio entre ese interés de la víctima y el interés del menor, entendiendo éste último como la protección que merece dentro del procedimiento por esta condición, limitando algunas opciones de actuación para la víctima por este motivo.

En relación a esta cuestión cabría plantearse si por lo tanto deberíamos establecer también esa distinción entre las víctimas, y establecer un tratamiento especial para las víctimas menores de edad, del mismo modo que lo existe para delitos especialmente sensibles.

En relación a ese equilibrio buscado entre el hecho de que se haya cometido un ilícito penal, pero el infractor sea un menor, y velar por los intereses de la víctima, pero sin dejar de velar por los intereses del menor, la reparación y la reeducación etc la Exposición de Motivos señala también que

[...]la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso, haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos

de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución¹⁷.

De este modo queda reflejado el gran contenido reeducador que se atribuye a la práctica e introducción de la conciliación en la regulación. Se menciona además que en esta fase de conciliación existe

[...] un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro. La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón¹⁸.

Se atisba aquí algo más de reparación emocional que no se extraía del contenido de los apartados anteriormente mencionados, o no parecía tan evidente, ya que se mencionaba sólo la reparación económica en relación con la responsabilidad solidaria que se introducía en la regulación. Sin embargo, el hecho de reflejar que el perdón será parte del proceso es algo quizá demasiado ambicioso, en tanto el perdón es algo que se otorgará o no, y el hecho de que se produzca o no lo haga no restará importancia ni efectividad a la labor de reparación y reeducación del proceso mediatorio ya que “en la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”¹⁹.

Además, para terminar, se hace referencia a la labor de juez dentro de ese objetivo general que es la reeducación del menor, y se señala que “en la medida de amonestación, el Juez, en un acto único que tiene lugar en la sede judicial, manifiesta al menor de modo concreto y claro las razones que hacen socialmente intolerables los hechos cometidos, le expone las consecuencias que para él y para la víctima han tenido o podían haber tenido tales hechos, y le formula recomendaciones para el futuro”²⁰.

En síntesis, el tratamiento de la víctima en la LORPM es escaso. Esta norma nace con un claro objetivo que, como señalamos ya, es el interés del menor, lo cual

¹⁷ Exposición de Motivos LORPM punto II.13.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Exposición de Motivos LORPM punto 14.

viene lógicamente producido por esa especial realidad que supone que el infractor sea menor de edad. En paralelo a esto la LORPM crea un proceso de conciliación integrado o anticipado al proceso penal para que el menor pueda enmendar los hechos, reparar a la víctima y con ello aprender y conseguir esa reeducación y reintegración que lo aleje de futuros delitos y contextos menos propicios para ello como puede ser una medida de internamiento. Es cierto que el hecho de que se produzca una conciliación extiende sus efectos positivos también hacia la víctima, que verá resarcidos los daños económicos, y podrá reparar en la medida de lo posible aquello que le haya afectado a una parte más emocional, en tanto recibirá explicaciones y una petición de disculpas por parte del infractor. Sin embargo, hemos mencionado que desde el punto de vista procesal para la parte acusadora existen algunas limitaciones, motivadas por esa necesidad de velar por el interés del menor, lo que nos lleva por lo tanto a una última cuestión, que ya hemos anunciado, y es si cabría entonces entender que igualmente debería existir una diferenciación entre la realidad de la víctima menor y mayor de edad, al menos, en este procedimiento, ya que tal situación estaría igualmente rodeada de excepcionalidades.

3. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

3.1. La víctima en la LORPM

El hecho de que la LORPM haga una distinción entre infractor menor de edad y mayor de edad nos lleva a la reflexión de si por el mismo motivo sería interesante y/o necesario establecer esa distinción en la víctima del delito.

En el caso de este tipo de procedimiento tiene especial interés el estudio de las características de la víctima en tanto el infractor cumple también con unas características especiales, y debido a esta naturaleza distinta se abrirá un procedimiento diferenciado con especialidades que afectarán tanto al menor como a la víctima.

El hecho además de que el infractor sea menor de edad puede crear una expectativa de que la víctima puede en numerosas ocasiones cumplir también con esta característica.

En relación a este dato, es importante señalar que ninguno de los estudios llevados a cabo en nuestro país hasta ahora hace esta distinción de forma genérica en las víctimas de este procedimiento. Solamente podemos encontrar este dato en las estadísticas que recogen datos sobre víctimas menores de delitos de violencia de género, y en este caso solo podremos acceder al dato de las víctimas mortales.

El hecho de si aquí deberíamos hablar de víctima desde el punto de vista objetivo o subjetivo quedaría en buena parte eclipsado por ese primer asunto pendiente que sería el de la necesidad o no de distinción de la víctima menor

de edad, lo cual si se tratase estadísticamente pondría sobre la mesa datos que podrían suponer un avance a la hora de abordar las conciliaciones.

3.2. Papel de la víctima en el proceso penal de menores

Como se ha mencionado ya la víctima en este procedimiento, como acusación particular está en cierto modo limitada por la especial regulación que se desarrolla en interés del menor (infractor).

Desde un punto de vista ya no jurídico, sino victimológico, el papel fundamental de la víctima, ya sea porque la propia normativa le empuja a ello, o ya sea porque es donde la víctima tiene oportunidad de comunicarse con el responsable y de comunicar sus inquietudes, se despliega en la conciliación.

La conciliación supone para la víctima una oportunidad de:

- **Comunicación:** Comunica sus emociones, las que sienta en ese momento y en el momento de la comisión del delito: sus miedos, angustia, incertidumbre, incredulidad. Se abordan aspectos de todo tipo de esta manera, tanto emocionales como económicos, en tanto el conflicto va mucho más allá de esas cuestiones, y todas pueden ser tratadas en el marco de la conciliación.
- **Solución compartida:** La solución no viene impuesta, la víctima participa de la discusión, se delimita y se lleva a cabo a través de un consenso, y es aceptada por ambas partes.
- **Trascender del “yo gano tu pierdes” al “ganamos”:** Se le brinda a la víctima autonomía sobre la solución, lo cual ayuda a movernos del “yo gano tu pierdes” más propio de la solución judicial al proceso, y con ello se favorece la responsabilización del menor, que con esta forma de proceder también gana. Se superan en cierto modo así también los roles víctima-infractor, ya que se le da la oportunidad a la víctima de conocer la realidad del infractor e incluso apreciar sus capacidades para responsabilizarse y reparar su daño.
- **Mejora la convivencia y mira hacia el futuro:** Es positivo para la víctima porque le aporta seguridad en tanto esa posibilidad de conversar sobre lo ocurrido, despejar dudas y consensuar una solución favorecerá la no reincidencia, teniendo por lo tanto efectos terapéuticos en ambos sentidos, hacia la víctima y hacia el infractor. En el caso de que esa relación en el futuro vaya a seguir existiendo, ayuda también a mejorar el contacto entre ambas.
- **Aprendizaje para futuros conflictos.**

Si hablamos de la víctima desde un punto de vista más amplio, como sociedad o entorno social que rodea el hecho, esta conciliación ayudaría además a:

- **Transmitir seguridad a la víctima y al entorno:** Existe una respuesta eficaz a las conductas delictivas.

- Conocer otras formas de resolver conflictos.
- Incorporar conceptos como rehabilitación, reeducación, reintegración, reparación integral.. A la sociedad y a la Justicia.

4. ESTADÍSTICA SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

Como comentábamos en los apartados anteriores, es complejo encontrar un análisis del proceso penal del menor desde el punto de vista de la víctima, salvo aquellos que se centran en el menor víctima mortal de delitos de violencia de género²¹. Este hecho no hace sino ser una muestra de dos cuestiones relevantes y contradictorias con el espíritu del propio procedimiento y también de las nuevas corrientes victimológicas.

Por un lado, el procedimiento recogido por la LORPM tiene como punto central el interés del menor. Sin embargo a la hora de estudiar el mismo se hace siempre desde el punto de vista de los infractores, y sólo poniendo el foco en dichas infracciones, pero no en la celebración de conciliaciones y sus resultados.

Por otro lado, las nuevas corrientes victimológicas tienen su reflejo también en el mundo jurídico, y la Ley 4/2015 es claro ejemplo de ello, sin embargo, todavía no se trata de un sentir general y transversal en tanto no se ha llevado a cabo ningún análisis del mencionado procedimiento desde el punto de vista de la víctima.

²¹ En la web del Ministerio de Igualdad se recogen estos datos desde 2013 hasta 2021, siendo los datos de éste último provisionales todavía. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm>



En este sentido señala JULIEN DE ASIS: “En relación con la violencia sufrida de manera indirecta (a consecuencia de la victimización de la madre) y directa (como instrumentalización dentro de la violencia de género), no es hasta 2013 cuando se empezaron a incluir en los datos relativos a la violencia de género, lo que demuestra una invisibilización de esta problemática hasta fechas llamativamente recientes. Los avances en la regulación y recogida de datos en cuestión de violencia de género han repercutido positivamente en una mayor cercanía a la realidad de la infancia victimizada en este contexto, sin embargo, los datos que facilita el Observatorio contra la Violencia de Género señalan las víctimas que quedan en situación de orfandad, de forma que se encuentra una laguna en el cómputo de aquellos casos en los que no exista víctima mortal, así como víctimas menores de edad mortales, siendo por supuesto muchas más las que sufren las consecuencias de esta lacra.” Vid. JULIEN DE ASIS, J. (2020). *La participación de la víctima menor de edad en el sistema de justicia: una aproximación restaurativa* (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/30594>).

4.1. Menores condenados

En tanto no existe un estudio pormenorizado desde el punto de vista de la víctima en el proceso de menores, para poder determinar el número y tipología de las víctimas de este proceso podríamos perfilar de forma aproximada su realidad y número atendiendo a los delitos de los que en el último año han sido víctimas las personas en este procedimiento analizando los datos sobre menores condenados, aunque esto no nos indicaría el número ni circunstancias específicas de las víctimas en tanto cada una de ellas podría ser víctima de más de un delito.

El Instituto Nacional de Estadísticas (en adelante INE) nos ofrece los datos hasta 2020²². A lo largo de este último estudio se recogen estos datos referidos a los menores condenados a lo largo de 2020, en números absolutos por cada delito, por edades y categorizados en las siguientes tipologías delictivas:

EDAD	HOMICIDIOS	LESIONES	DELITOS CONTRA LA LIBERTAD	TORTURA O INTEGRIDAD MORAL	DELITOS SEXUALES	INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN	CONTRA PATRIMONIO	SEGURIDAD COLECTIVA	FALSEDAES	CONTRA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
14	4	938	350	303	135	36	1175	133	2	34
15	8	1331	484	345	132	64	1709	217	9	91
16	13	1975	533	368	114	92	2286	358	11	16
17	27	1983	603	320	96	29	2446	450	14	185

Destaca entre estos datos como en todos ellos el número de condenados aumenta a medida que aumenta la edad del infractor, salvo en el caso llamativo de los delitos contra la libertad sexual, y el caso menos significativo de los delitos contra la intimidad y la propia imagen, que desciende al acercarse a la mayoría de edad.

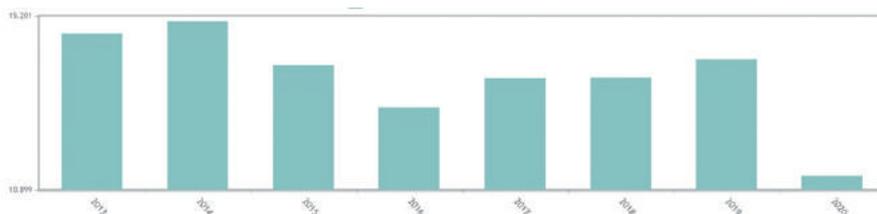
Del mismo modo destacan las condenas por delitos de tortura o contra la integridad moral (donde deducimos probablemente exista un alto porcentaje de delitos de violencia de género) que es igualmente un número muy elevado, igual que los delitos contra la libertad y las lesiones, en todas las franjas de edad.

El total de infractores asciende a 11.238, aunque según el INE las infracciones serían 20.366, lo cual evidencia que existe un clarísimo factor de reincidencia, y a su vez, un número de víctimas muy superior al que podría parecer centrándonos en el número de infractores.

De este total de 11.238 infractores, 9.082 serían hombres y 2.156 mujeres.

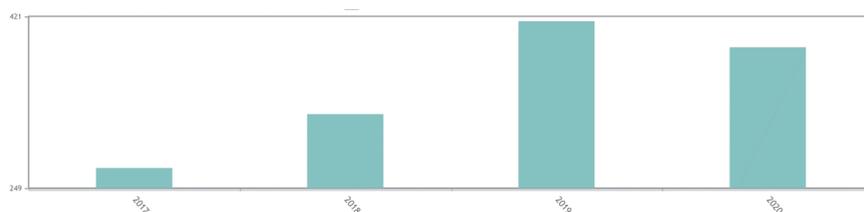
Sin embargo, a pesar de lo abultado del número de menores condenados, este gráfico muestra como en 2020 el número de menores condenados fue muy inferior al de años anteriores. A pesar de lo positivo y esperanzador del dato, es necesario tener en cuenta que el año 2020 fue un año muy excepcional debido a la pandemia, con lo cual, los datos de 2020 están claramente influidos por esa situación de confinamiento y restricciones vividas.

²² Instituto Nacional de Estadística: menores condenados (<https://www.ine.es/consul/serie.do?d=true&s=CON21545>).



Podemos encontrar además en paralelo a estos datos más generales un estudio que analiza de forma separada y pormenorizada la comisión de delitos sexuales, que nos deja una imagen nada esperanzadora, ya que a pesar de que 2020 ha sido como decíamos un año excepcional y por ello los datos de la comisión de delitos podrían verse alterados, menguando respecto de año anteriores, los datos que se refieren a 2020 en relación al número de menores condenados por delitos contra la libertad sexual son muy superiores a los datos de 2017 y 2018, y casi igual de numerosos que en 2019.

En 2020 el total de menores condenados por delitos contra la libertad sexual fueron 477, de los cuales 472 fueron hombre y 5 mujeres.



4.2. Aumento de los delitos contra libertad sexual, violencia doméstica y violencia de género en menores

A pesar de que el resultado de la primera tabla muestra que los casos de violencia contra la libertad sexual son los únicos que descienden a medida que aumenta la edad del infractor, esto no significa que el dato no sea muy preocupante. Como hemos visto, desde 2017 los casos han aumentado considerablemente, y parece que el contexto no apunta a que éste dato vaya a descender, y los casos de delitos de lesiones y delitos contra la integridad moral son elevadísimos en todas las franjas de edad a pesar de su gravedad.

En sintonía con los datos mencionados, los análisis relacionados con los delitos de violencia doméstica y violencia de género en menores no arrojan datos positivos tampoco.

En este sentido ya en 2004, la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2004²³, ponía el foco sobre el preocupante ascenso de la delincuencia juvenil

²³ Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores (https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CONS/CON_03_2004.html).

tanto en el ámbito de la violencia doméstica como en la existencia de un aumento de la incidencia en el ámbito del Derecho penal juvenil de los malos tratos familiares protagonizados por los menores, en la mayoría de los casos adolescentes varones, hacia sus progenitores, normalmente la madre, destacando también los casos de malos tratos de jóvenes hacia sus compañeras sentimentales.

En estos delitos de violencia de género o doméstica, por su componente interrelacional, la eficacia de la respuesta penal exige cuando sea posible y según la posición que ocupe cada uno de sus protagonistas una ampliación a todos ellos, que permita la solución del conflicto. Se está reclamando un papel más profundo por lo tanto para la víctima, sin embargo, en este mismo año 2004 se prohibirá la mediación en violencia de género a través de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Siguiendo con la labor de la Fiscalía en ese sentido, en 2019 en la Memoria de la Fiscalía General del Estado²⁴ se señala un “alarmante incremento” de la violencia entre los menores en el ámbito sexual y en concreto de las conductas realizadas en grupo.

«Se viene detectando un alarmante incremento de las ideas sexistas y de la violencia entre los menores y adolescentes en el entorno familiar, pero también y especialmente en el ámbito sexual, conductas realizadas en grupo y a menudo grabadas y difundidas a terceros», alertando además del hecho de que la mayoría de las agresiones provenían del entorno cercano.

En consonancia con estos datos se detecta, ya no en particular con el proceso de menores, sino en general, un aumento de los procedimientos incoados por los delitos mencionados, de los cuales en 2019 el 95% de las denuncias fueron interpuestas por mujeres de las cuales el 48% eran menores de edad.

AÑO	PROCEDIMIENTOS INCOADOS
2019	1.934
2018	1.833
2017	1.386
2016	1.271
2015	1.081

Es muy preocupante que según arrojan estos datos de cada cien denuncias que se interponen en estos casos cincuenta sean menores de edad. No podemos conocer el dato que se refiere exclusivamente al proceso penal de menores, pero llevando a cabo una comparativa de estos datos con los recogido en 2019 analiza-

²⁴ Memoria de la Fiscalía General del Estado 2019, pág. 623 y ss (<https://www.fiscal.es/documents/20142/ebc7f294-b4d8-6ca4-c7c0-3a95c371e94f>).

dos en el apartado anterior podemos colegir que una gran número de ellos fueron cometidos entre menores de edad.

4.3. Especial mención al delito de violencia de género entre menores

Desde el Ministerio de Igualdad se lleva a cabo un estudio de la situación de la violencia de género entre los menores de edad en adolescencia en España²⁵.

El análisis se desarrolla en muestra de 13.267 estudiantes entre 14 y 20 años, procedentes de diversos centros educativos. En total se trata de 336 centros educativos, de los cuales 256 son públicos y 80 privados o concertados, repartidos entre todas las comunidades autónomas y ciudades autónomas de España, salvo País Vasco.

El estudio se lleva a cabo a través de la realización de encuestas anonimizadas en las que se parte primero de una batería de preguntas sobre conductas que podrían darse en la vida cotidiana y que encajan dentro del tipo delictivo de la violencia de género, realizándose la encuesta tanto a chicas como a chicos.

Tabla 9. Frecuencia de situaciones de maltrato en la pareja que las chicas reconocen haber sufrido

Situaciones	Nunca	A veces	A menudo	Muchas veces
Me ha insultado o ridiculizado	82,6%	13,7%	1,8%	1,8%
Me ha dicho que no valía nada	91,3%	5,9%	1,4%	1,4%
Me ha aislado de las amistades	84,3%	10,3%	2,6%	2,8%
Me ha intentado controlar, decidiendo hasta el más mínimo detalle	82,9%	10,3%	3,4%	3,3%
Me ha hecho sentir miedo	90,4%	6,0%	1,8%	1,8%
Me ha pegado	96,4%	2,6%	0,4%	0,5%
Me ha amenazado con agredirme para obligarme a hacer cosas que no quería	96,7%	2,1%	0,6%	0,6%
Me ha intimidado con frases, insultos o conductas de carácter sexual	91,5%	5,8%	1,7%	1,0%
Me ha presionado para actividades de tipo sexual en las que no quería participar	88,9%	8,1%	1,7%	1,3%
Me ha culpado de provocar la violencia en alguna de las situaciones anteriores	94,8%	3,1%	1,0%	1,1%
Me ha tratado de controlar a través del móvil	85,1%	9,6%	2,6%	2,7%
Ha usado mis contraseñas para controlarme	93,4%	3,8%	1,3%	1,5%
Ha usado mis contraseñas para suplantar mi identidad	97,5%	1,6%	0,4%	0,5%
Me ha enviado mensajes a través de internet y/o móvil para insultarme, amenazarme, ofenderme o asustarme	93,7%	4,0%	1,3%	1,1%
Ha difundido mensajes, insultos o imágenes mías por internet o por teléfono móvil sin mi permiso.	96,1%	2,7%	0,7%	0,5%
Ha presumido de realizar alguna de las conductas anteriores ante amigos u otras personas.	92,0%	5,1%	1,5%	1,3%

²⁵ Ministerio de Igualdad: Menores y Violencia de Género. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2020/pdfs/Estudio_menores_final.pdf

En paralelo se lleva a cabo el mismo cuestionario con los chicos, en relación a las conductas que asumen haber llevado a cabo o no, y la frecuencia, siendo el mismo listado de conductas que se ofrece a las chicas.

Tabla 13. Frecuencia de situaciones de maltrato en la pareja que los chicos reconocen haber ejercido

Situaciones	Nunca	A veces	A menudo	Muchas veces
La he insultado o ridiculizado	93,8%	5,2%	0,3%	0,7%
Le he dicho que no valía nada	96,6%	2,6%	0,3%	0,5%
La he intentado aislar de sus amistades	95,8%	3,0%	0,6%	0,5%
La he intentado controlar, decidiendo por ella hasta el más mínimo detalle (con quien habla, lo que dice, a donde va, cómo viste...)	94,8%	3,9%	0,5%	0,8%
Le he hecho sentir miedo	96,3%	2,7%	0,6%	0,5%
La he pegado	97,7%	1,4%	0,4%	0,5%
La he amenazado con agredir para obligarla a hacer cosas que no quería	98,2%	1,0%	0,4%	0,4%
La he intimidado con frases, insultos o conductas de carácter sexual	97,1%	1,9%	0,3%	0,6%
La he presionado para que realizara conductas de tipo sexual en las que no quería participar	96,9%	2,3%	0,4%	0,5%
La he culpado de provocar mi violencia en alguna de las situaciones anteriores	96,9%	1,9%	0,6%	0,6%
He tratado de controlarla a través del móvil	94,0%	4,6%	0,9%	0,5%
He usado sus contraseñas, que ella me había dado confiadamente, para controlarla	94,0%	4,6%	0,9%	0,5%
He usado sus contraseñas, que ella me había dado confiadamente, para suplantar su identidad	96,3%	2,5%	0,6%	0,6%
He enviado mensajes a través de internet o de teléfono móvil en los que la insultaba, amenazaba, ofendía o asustaba	97,8%	1,1%	0,5%	0,5%
He difundido mensajes, insultos o imágenes suyas por internet o por teléfono móvil sin su permiso	97,2%	1,9%	0,3%	0,5%
He presumido de realizar alguna de las conductas anteriores ante amigos u otras personas	97,5%	1,3%	0,6%	0,6%

Vemos que entre la primera y la segunda tabla existe cierta desviación, teniendo la tabla de los chicos unos resultados ligeramente más positivos que la de las chicas. Es obvio que nunca serán idénticas ya que las respuestas “a veces”, “muchas veces” o “a menudo” cuentan con un componente subjetivo importante y por lo tanto sería imposible que incluso preguntando a personas que hayan vivido la misma realidad sean idénticas. Sin embargo el parámetro “nunca” no cuenta con ese carácter subjetivo tan marcado y por lo tanto ahí sí podríamos poner el foco, pero a pesar de eso, hallando la media de los resultados de esa columna, en las chicas serían alrededor del 91,1% de las respuestas “nunca”, y en el caso de los chicos en un 90,4%, de modo que la variación no es para nada significativa.

El análisis continúa llevando a cabo una nueva batería de preguntas a aquellas chicas que han respondido afirmativamente. En esta nueva encuesta se llevan a cabo cuestiones sobre la relación que tenían con esa persona que cometió el delito, y la relación que les unía a él, y viceversa, a los chicos se les pregunta sobre la relación que guardaban con la chica a la que asumen haber maltratado.

Tabla 11. Quién era el chico que ejerció el maltrato

	Número y (%)
El chico con el que salgo	419 (16,9)
El chico con el que salía	1.376 (55,5)
El chico que quería salir conmigo	478 (19,3)
El chico con quién yo quería salir	441 (17,8)

Tabla 15. Quién era la chica que recibió el maltrato

	Frecuencia (%)
La chica con la que salgo	219 (20,7)
La chica con la que salía	390 (36,8)
La chica que quería salir conmigo	203 (19,2)
La chica con quién yo quería salir	229 (21,6)

Aquí si hay una discrepancia mucho mayor. Quizá el hecho de tener que concretar provoca una disparidad mayor en el dato final de la tabla que responden los chicos.

Para terminar, en relación con la pregunta sobre el envío de mensajes a través de internet con el ánimo de insultar, amenazar, ofender o asustar a la víctima se lleva a cabo además una batería de preguntas para concretar el contenido de los mismos.

Tabla 10. Cómo eran los mensajes recibidos o conocidos por las chicas* a través de internet o móvil

	Nunca	A veces	A menudo	Muchas veces
Me ridiculizaban	41,5%	37,3%	9,2%	12,0%
Me insultaban	35,3%	39,3%	10,7%	14,7%
Me hacían sentir miedo	58,6%	23,2%	6,6%	11,7%
Me amenazaban para hacer cosas que no quería	65,3%	18,7%	7,0%	9,1%
Difundían imágenes mías comprometidas o de carácter sexual sin mi permiso	79,6%	13,6%	4,2%	2,6%
Me presionaban a actividades de tipo sexual en las que no quería participar	66,8%	19,4%	6,1%	7,8%

* Estos resultados hacen referencia al 8,1% de chicas que respondieron haber sufrido este tipo de violencia a través de internet o móvil

Tabla 14. Cómo eran los mensajes que los chicos reconocen haber enviado a través de internet o móvil

	Nunca	A veces	A menudo	Muchas veces
La ridiculizaba	57,5%	25,2%	6,6%	10,6%
La insultaba	46,2%	33,6%	9,0%	11,2%
Le hacía sentir miedo	61,9%	17,5%	10,3%	10,3%
Le amenazaba para hacer cosas que ella no quería	62,6%	17,1%	7,7%	12,6%
Difundía imágenes suyas comprometidas o de carácter sexual sin permiso	59,3%	19,9%	8,1%	12,7%
Le presionaba a actividades de tipo sexual en las que ella no quería participar	59,7%	21,7%	6,8%	11,8%

Estos resultados hacen referencia al 3,7% de chicos que respondieron haber ejercido este tipo de violencia a través de internet o móvil

En este caso los resultados son muy similares y alarmantes, ya que los valores más altos se corresponden con mensajes con el objetivo de hacer sentir miedo, amenazar para obligar a llevar a cabo acciones que ella no quería, o difundir imágenes suyas, y en relación a las actividades a las que se trata de obligar a la otra persona en la tabla se diferencia de las demás actividades aquellas de contenido sexuales en el último parámetro.

En relación a las características de las conductas más graves que a su vez el estudio arroja que son más numerosas, éstas con sometidas por menores de entre 15 y 17 años (que se corresponde en principio con los cursos académicos 3º de ESO, 1º y 2º de BACH)

Para el estudio del entorno familiar de los estudiantes se llevan a cabo también algunas preguntas sobre los estudios de sus progenitores tratando así de acercarse a la realidad de sus hogares a través de preguntas de contenido sociocultural.

Así en relación a la primera cuestión, el análisis muestra que la mayoría de los progenitores cuenta con estudios, la mayoría de Bachillerato, y algo menos de FP y Licenciatura, pero están las tres opciones muy equilibradas.

En relación a la segunda cuestión, el indicador sociocultural utilizado en estudios de este tipo (encuestas educativas en general) es la cantidad de libros que existen en sus casas. La mayoría responde entre 26 y 100, y obtienen resultados muy similares las respuestas: de 0 a 100, de 11 a 25 y de 101 a 200, siendo la respuesta más baja de 201 a 500.

Para terminar, y para entender la realidad sobre las relaciones de pareja que los estudiantes dicen tener y el contexto en el que esa vivencia se desarrolla para los estudiantes se lleva a cabo además un estudio sobre este hecho.

Resulta curioso que del 50% aproximadamente dicen haber tenido pareja ya con 14 años, yendo este número en aumento hasta casi el 100% con 20 años. Siempre este valor es más alto en el caso de las chicas que afirman tener pareja más que los chicos, por ejemplo: con 14 años el 56,3% de las chicas afirma tener o haber tenido pareja frente al 55,5% de chicos; y con 20 años el 90% de las chicas frente al 83% de los chicos.

Cuando se les pregunta si actualmente tienen pareja, el 25,8% de las chicas de 14 años y el 62% de las de 20 años afirma que sí, mientras que un 19,6% de los chicos de 14 años y el 46,2% de los de 20 años lo hacen. Es significativamente mayor el caso de las chicas de nuevo.

Existe igualmente discrepancia en relación a la duración de las relaciones y la edad de la pareja que cada uno elige.

En relación a la duración de las relaciones²⁶, las relaciones de las chicas son más duraderas, el 35,8% afirma haber tenido relaciones de al menos 6 meses, el

²⁶ Estas cifras están tomadas sobre el 92,4% de las encuestas de las chicas y el 95,9% de las encuestas de los chicos, que afirman haber tenido relaciones heterosexuales.

25% de 6 meses a 1 año y el 39,2 % de más de 1 año. En el caso de los chicos el 48,4% afirma haber tenido relaciones de menos de 6 meses, el 21% de 6 meses a 1 año y el 30,6% de más de 1 año.

En relación a la edad de sus parejas, en el caso de las chicas la pareja suele ser mayor mientras que en el caso de los chicos suele ser menor que ellos.

Para las chicas el 62,9% afirma haber tenido una relación con un chico mayor que ella, el 27,7% igual y el 9,4% menor que ellas. En el caso de los chicos las cifras de invierten. El 19,1% afirma haber tenido parejas mayores que ellos, el 44% iguales y el 37% menores que ellos.

El asunto de los delitos de violencia de género en la adolescencia y ente menores es un tema preocupante, y no sólo lo evidencian los datos que arrojan estas encuestas y la mencionada Memoria de 2019 de la Fiscalía, sino el contenido de la Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia.

En esta legislación se incluyen una serie de medidas para los procedimientos en los que un menor sea la víctima del delito (no se hace distinción entre proceso de adultos o menores), y se hace especial hincapié en los delitos contra la integridad moral y física de los menores. En relación violencia de género y su trascendencia en relación a los menores se toman las siguientes medidas:

- Aumenta plazo de prescripción de delitos contra la libertad sexual.
- Fin del perdón del ofendido.
- Fin de la dispensa sobre la obligación de denuncia para la familia directa de quien haya cometido un delito de esta índole.
- Se constituye como prueba preconstituída la declaración cuando la víctima menor 14 años (no será necesaria la declaración en sede judicial).
- Reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita.
- Planes formación de operadores jurídica pero también policía y sanitarios, para el adecuado tratamiento de la víctima.

Alrededor de este fenómeno se ha ido construyendo en el último año una serie de medidas para tratar de frenar esa situación, pero también para atender adecuadamente a las víctimas menores de edad de estos delitos. Cabe destacar, en paralelo con la redacción de la mencionada LO 8/2021 el pasado febrero de 2021 se crea en España por primera vez un juzgado de violencia contra la infancia. Como decíamos anteriormente, la víctima del proceso penal de menores no necesariamente será también menor de edad, pero es cierto que el hecho de que el infractor lo sea nos invita a suponer que en numerosas ocasiones, sobre todo si hablamos de delitos de naturaleza sexual o violencia de género esto puede ocurrir. Por todo ello es interesante señalar, en sintonía con lo ya mencionado, la creación del primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España en Canarias, que entró en funcionamiento en abril de este 2021.

5. CONCLUSIONES

El papel de la víctima y la figura de la víctima en el proceso penal de menores es un asunto todavía por analizar y mejorar.

El concepto de víctima, como en otras normas penales, no se encuentra definido, pero además, y partiendo del hecho de que el infractor es menor de edad y que por lo tanto en determinados tipos delictivos esto provoca una alta probabilidad de que la víctima también lo sea, subyace la duda de si del mismo modo que el infractor menor exige un procedimiento personalizado construido sobre la base del interés del menor, si no deberían existir también medidas homólogas del lado de la víctima menor de edad basadas igualmente en el interés del menor, ahora, víctima, en su caso.

El papel que cumple la víctima en la LORPM podría decirse que es de acompañamiento, en tanto el proceso está diseñado y más orientado a la reeducación y reinserción del menor infractor, y a la sustitución de medidas en su caso, más que a la propia reparación de la víctima. Se trata de asuntos de gran relevancia, en tanto el éxito de las medidas podría perfilar un futuro mejor o peor para ese menor, y por eso la cuestión no sería modificar estas cuestiones, sino buscar un equilibrio con los intereses de la víctima, ya sea mayor o menor de edad en dicho procedimiento.

Por otro lado, en relación a las víctimas concretas de estos procesos, conocer su número y características es altamente complicado. No existen estudios que aborden el análisis del proceso penal de menores desde el punto de vista de la víctima, sino que se desarrollan desde el punto de vista del infractor, lo cual, como ya se apuntó, no deja de ser contradictorio con el objetivo de reeducar y reintegrar el poner el foco sobre lo negativo y no sobre lo positivo. No podemos conocer el número de víctimas que han participado en una conciliación, y su satisfacción, o el éxito de la misma, y si buscamos el dato del número de víctimas en los procesos penales de menores debemos llevar a cabo un cálculo aproximado deduciendo estos datos de los recogidos sobre menores condenados.

Los datos concretos sobre víctimas los extraemos de documentos emanados de la Fiscalía General del Estado que, a pesar de no reflejar cifras concretas, sí nos informan de delitos cometidos por menores debido a su alarmante aumento, en procedimientos por delitos contra la libertad sexual, delitos de violencia doméstica y de violencia de género. Este dato nos permite perfilar una realidad, y es que, junto con el estudio analizado por el Ministerio de Igualdad sobre la violencia de género entre menores adolescentes, cada vez existe un número mayor de víctimas de estas tres tipologías delictivas en los procesos penales de menores.

Existe ya una corriente que comienza a demandar esa atención especial a las víctimas menores de edad, que como decíamos antes podrían suponer un porcentaje importante de las víctimas de estos delitos concretos en los procesos penales de menores. Así, la aprobación y posterior entrada en vigor de la LO 8/2021

de protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia y la creación del primer juzgado de violencia contra la infancia en nuestro país, en Canarias, son muestras de la preocupación y la necesidad de seguir trabajando.

Para poder tener una visión más acertada sobre la realidad de las víctimas en los procesos penales de menores se podrían establecer como valores básicos a tener en cuenta:

- Distinción entre víctimas menores y mayores de edad.
- Distinción entre hombres y mujeres.
- Casos en los que se ha llevado a cabo una conciliación, y si ésta ha tenido éxito.
- Reincidencia.

Es importante actuar rápido, ya que «el futuro de los niños es siempre hoy, mañana será demasiado tarde»²⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- Beristain Ipiña, A. (2010). *La Dignidad de las Macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia*.
- Carretero Morales, E. (2017). La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* / coord. por Emiliano Carretero Morales, Cristina Ruiz López; Helena Soletto Muñoz (dir.), Madrid.
- Ferreiro Baamonde, X. (2005). *La víctima en el proceso penal*, Madrid.
- Herrera Moreno, M. (1996). *La Hora de la Víctima* (Compendio De Victimología), Madrid.
- Julien de Asis, J. (2020). *La participación de la víctima menor de edad en el sistema de justicia: una aproximación restaurativa* (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/30594>).
- López Jiménez, R. (2008). AA.VV., *Proceso Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Martínez Rodríguez, J.A. (2001). AA.VV. *Comentarios a la Ley orgánica de Responsabilidad del Menor*, Aranzadi, Madrid.
- Moreno Catena, V. (2008). AA.VV., *Proceso Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Pillado González, E. (2012). La mediación en la Justicia Penal de menores, *Sobre la mediación penal. Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del proceso Penal Español*, Aranzadi.
- Saez Valcárcel, J.R. (2011). Mediación Penal. Reconciliación, perdón y delitos graves. La emergencia de las víctimas, en *Cuadernos Penales de José María Lidón*, núm. 8.

²⁷ Palabras de Gabriela Mistral.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

Web Ministerio de Igualdad

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm>

Instituto Nacional de Estadística: menores condenados

<https://www.ine.es/consul/serie.do?d=true&s=CON21545>

Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores

https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CONS/CON_03_2004.html

Memoria de la Fiscalía General del Estado 2019, pág 623 y ss

<https://www.fiscal.es/documents/20142/ebc7f294b4d86ca4c7c03a95c371e94f>

Ministerio de Igualdad: Menores y Violencia de Género. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2020/pdfs/Estudio_menores_final.pdf

CAPÍTULO III

PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

M^a DOLORES FERNÁNDEZ FUSTES
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Vigo*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN: 2.1. Contenido de la información. 2.2. Forma y momento de realizar la información. 3. DERECHO A DENUNCIAR: ESPECIAL REFERENCIA A LA DENUNCIA EN LOS DELITOS SEMIPÚBLICOS. 4. DERECHO A LA PERSONACIÓN DE LA VÍCTIMA. 5. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES: 5.1. Fase de instrucción. 5.2. Fase intermedia o de alegaciones: 5.2.1. *Escrito de alegaciones del acusador particular*. 5.2.2. *Escrito de alegaciones del actor civil*. 5.2.3. *Revisión del sobreseimiento a instancia de la víctima*. 5.3. Fase de audiencia o de juicio oral.

1. INTRODUCCIÓN

En el sistema de justicia penal, desde que el Estado asumió la titularidad de la persecución y castigo del hecho delictivo, la víctima fue la gran olvidada. En efecto, el legislador se preocupó, casi de forma exclusiva, del sujeto activo del delito, estableciendo en nuestro ordenamiento un amplio sistema de garantías de sus derechos y relegando un segundo plano a la víctima¹. Como consecuencia de ello, la víctima no sólo sufría el hecho delictivo, sino que volvía a padecer daños sociales, psíquicos y económicos derivados, precisamente, de su relación con la Administración de justicia, que es lo que comúnmente se denomina victimización secundaria.

No obstante, el surgimiento en el plano de la ciencia penal de la victimología, supuso un incremento en la preocupación y el interés por la víctima, procediéndose a la elaboración de programas de asistencia, auxilio e indemnización a la

¹ Coincidimos con Díez Riaza, S. y Gisbert Pomata, M. (2017). La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia, en *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia* (coord. Martínez García), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p. 244, en que «la única referencia legal para apoyar medidas de protección de la víctima se limitaba al simple art. 13 LECrim».

misma. Además, numerosos organismos internacionales se han hecho eco de esta necesidad de dotar a la víctima de una adecuada protección². Precisamente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, se ha transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 4/2015, de 17 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, en adelante LEVD, que incorpora a nuestro ordenamiento interno normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas y pretende dotar a la víctima de un estatuto de protección de sus derechos e intereses en el proceso penal.

En el proceso penal de menores, la situación de la víctima ha variado desde la aprobación de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores³. Así, inicialmente el art. 25 de la LORPM 5/2000, bajo la rúbrica participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular, condicionaba la personación de la víctima en el proceso penal de menores al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que los hechos estuvieran tipificados como delitos; b) que se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos; c) que se hubieran cometido con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas. Además, dicha personación permitía una intervención muy limitada en las actuaciones procesales⁴, por lo que se podía concluir que la intervención de la víctima en el proceso de menores no era en calidad de parte, como en

² Así, en el ámbito de la Unión Europea, se han promulgado un conjunto de normas entre las que podemos destacar: el Convenio Europeo núm. 116, de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos; la Recomendación N° R (85) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y procesal; Recomendación N° R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización; la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal; la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

³ Sobre la evolución de la situación de la víctima en el proceso penal de menores véanse, entre otros, De la Rosa Cortina, J. M. (2004). La acusación particular y proceso penal de menores, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 12, pp. 93 y ss.; Martín Ríos, M. P. (2006). La víctima en el proceso penal de menores español (Especial referencia a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre), *Anuario de justicia de menores*, núm. 6, pp. 57 y ss.; Revilla González, J. A. (2008). La víctima y el menor infractor, en *Proceso Penal de Menores* (coord. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 75 y ss.

⁴ En concreto, según el art. 25 LORPM en su redacción inicial:

el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia, con las siguientes facultades: Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden; Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor; Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción, ya sea en fase de audiencia; a estos efectos el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba

el proceso penal de adultos, sino como mero coadyuvante del Ministerio Fiscal⁵, que ostentaba el monopolio en el ejercicio de la acción penal. La propia Ley, en su Exposición de Motivos, ap. II.8, subrayaba que la participación de la víctima «se establece de modo limitado ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales» y explica que el legislador prohíbe el ejercicio de la acusación particular «porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y el Estado coincide con el interés del menor».

Posteriormente, la Disposición Adicional Segunda de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, da una nueva redacción al art. 25 de la LORPM, permitiendo que se personen en el procedimiento como acusadores particulares las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces. Sin embargo, el legislador olvidó modificar otros preceptos de la LORPM, entre ellos el art. 31, por lo que no se preveía el contenido ni el momento en que debía presentarse el escrito de alegaciones de la acusación particular. Pese a ello, podía deducirse que el legislador al reconocer al ofendido la calidad de acusador particular, le facultaba para formular escrito de alegaciones.

La LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, lo deja bien claro, ya que modifica el art. 31 y prevé expresamente que:

recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos, y demás elementos relevantes para el proceso remitidos por el Ministerio Fiscal, el Secretario del Juzgado de Menores los incorporará a las diligencias, y el Juez de Menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes.

Además, como afirma la propia Exposición de Motivos «se refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados», lo que se traduce, en el derecho a recibir información en todo momento

de careo, si ésta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.

⁵ Así lo entendía la doctrina mayoritaria, véanse, entre otros, Martín Ríos, M. P. (2006). La víctima en el proceso penal de menores..., op. cit., p. 57; Revilla González, J. A. (2008). La víctima y el menor infractor..., op. cit., p. 78.

En este mismo sentido se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, en su apdo. VI.2, al señalar que: «el perjudicado se incorpora al proceso en calidad de mero coadyuvante en el esclarecimiento de los hechos y de la participación del menor en el ejercicio de una legitimación procesal sui generis, dada su limitada capacidad de postulación y su carácter subordinado en relación con el Fiscal y, consiguientemente, respecto de las vicisitudes procesales que acompañen al genuino ejercicio del derecho de acción».

de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses, independientemente de que se haya personado o no en el proceso penal de menores; en el establecimiento del enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles; se incorpora como presupuesto para acordar una medida cautelar el riesgo de que el menor pueda atentar contra los bienes jurídicos de la víctima y se introduce la medida cautelar consistente en la «prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o su entorno» (art. 28.1 LORPM).

Así pues, el objeto del presente capítulo es exponer la participación de la víctima en el proceso penal de menores, tanto cuando opta por no personarse en el procedimiento o por personarse, ejercitando la acción penal y la acción civil conjuntamente o solo la acción civil.

2. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN

La doctrina denomina ofrecimiento de acciones a la información o instrucción a la víctima de cuáles son sus derechos⁶. La víctima tiene derecho a recibir información de los derechos que le asisten en el proceso penal de menores para, si lo considera conveniente, poder personarse como parte acusadora, ejercitando su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ejercitando la acción penal, la acción civil, por los daños y perjuicios que se le ocasionaron, o ambas conjuntamente.

Precisamente para garantizar que la víctima pueda ejercitar oportunamente sus derechos en el ámbito del proceso penal de menores, es necesario garantizar que reciba una adecuada información de cuáles son estos derechos⁷ y del procedimiento para hacerlos efectivos⁸. Es necesario, por tanto, que la víctima conozca que tiene derecho a mostrarse parte en la causa, ejercitando la acción penal y civil

⁶ En este sentido, pueden verse, entre otros, Aguilera Paz, E. (1924). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Reus, Madrid, p. 604; Aragonese Martínez, S. (1998). Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (II): Derechos; Acción penal, ayudas públicas y asistencia, *RDP*, núm. 1, pp. 17 y ss.; Etxeberriá Guridi, F. (2018). La tutela y participación de la víctima en el proceso penal, en *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (coord. Varona Martínez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 205; Gimeno Sendra, V. (2000). *Los procesos penales*. T. 2, Bosch, Barcelona, p. 111; Gómez Orbaneja, E. (1951). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, pp. 592 y ss.; Martínez Arrieta, A. (1993). La entrada en el proceso de la víctima, *La victimología*, CDJ, CGPJ, 1993, p. 71; Moreno Catena, V. (2021). *Derecho Procesal Penal*, (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 40 y ss.; Montero Aroca, J. (2018). *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, (con Gómez Colomer, Barona Vilar, Esparza Leibar y Etxeberriá Guridi), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 87; Sole Riera, J. (1997). *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, pp. 31 y ss.

⁷ Coincidimos con Planchadell Gargallo, A. (2015). La víctima en el nuevo Código procesal penal desde la perspectiva de las exigencias europeas, en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (dir. Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 160, que «presupuesto clave para toda la tutela que se prevé en la Directiva es que la víctima entienda cuál es su situación, qué consecuencias se derivan de la misma, qué derechos y medidas de apoyo tiene a su disposición y cuál puede ser su papel en el proceso penal».

⁸ Gómez Colomer, J. L. (2015). *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 225.

en el proceso penal de menores, y sus posibilidades de obtener a través del mismo la restitución o la reparación del daño que se le ha ocasionado con el hecho delictivo.

Así, la LORPM, en sus arts. 4 y 22, prevé la necesidad de informar debidamente a la víctima de los derechos que le asisten, para de este modo, evitar que, por ignorancia de sus derechos, la víctima dejara de utilizar las acciones que la ley le concede para perseguir criminalmente el hecho delictivo y para reclamar la reparación del daño que se le hubiera ocasionado. Si tenemos en cuenta que la víctima tiene derecho a personarse en la causa, como acusador, es evidente que el ofrecimiento de acciones facilita su derecho de defensa⁹.

Resulta muy ilustrativo el considerando 26 de la Directiva 2012/29/UE, al señalar que:

cuando se facilite información, se debe ofrecer el grado de detalle suficiente para garantizar que se trata a las víctimas de manera respetuosa y permitirles adoptar decisiones con conocimiento de causa sobre su participación en los procesos. A este respecto, es especialmente importante la información que permite a la víctima conocer la situación en que se encuentra cualquier procedimiento, así como la información que permita a la víctima decidir si solicitará la revisión de una decisión de no formular acusación. A menos que se exija de otro modo, la información comunicada a la víctima debe poder facilitarse verbalmente o por escrito, incluso por medios electrónicos.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos quiénes deben recibir esta información. El art. 4 LORPM dispone que el Letrado de la Administración de Justicia informará a las víctimas y las personas perjudicadas de sus derechos. Por tanto, el legislador parece utilizar el término víctima referido al ofendido o agraviado por el delito. Por su parte, el art. 22 LORPM prevé que el Ministerio Fiscal deberá notificar la incoación del expediente al Juez de Menores, al menor investigado y a quien aparezca como perjudicado.

Cómo es sabido, los términos ofendido¹⁰ y perjudicado¹¹ siempre se han utilizado con gran imprecisión en nuestro ordenamiento jurídico¹², empleándose

⁹ Escusol Barra, E. (1997). *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*, Colex, Madrid, p. 148.

¹⁰ Sobre el concepto de ofendido véase Arnaiz Serrano, A. (2006). *Partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 177; Fernández Fustes, M. D. (2004). *La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 42 y ss.; Gimeno Sendra, V. (2000). *Los procesos penales...*, T. 2, op. cit., pp. 110 y ss.

¹¹ Sobre esta cuestión véanse, más ampliamente, Arnaiz Serrano, A. (2006). *Partes civiles...*, op. cit., pp. 177 y ss.; Fernández Fustes, M. D. (2004). *La intervención de la víctima en el proceso penal...*, op. cit., pp. 42 y ss.

¹² La LEVD no ha mejorado situación pues, aun cuando en ella el legislador emplea el término víctima del delito y lo define en su art. 2, no hace lo mismo en su disposición final primera de modificación de la LECrim a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE. Basta citar a título de ejemplo el art. 109 LECrim, al que se remite el art. 4 LORPM, que, tras la reforma, sigue utilizando el término ofendido al regular el ofrecimiento de acciones.

en numerosas ocasiones como sinónimos, cuando en realidad no lo son, lo que produce problemas interpretativos. Resulta necesario no confundir ambos conceptos, pues aun cuando normalmente ambas cualidades coincidirán en la misma persona, puede no suceder así¹³.

Por ello consideramos que sería más adecuado que el legislador hubiera previsto que el titular del derecho a la información es la víctima del delito de acuerdo con la definición prevista en el art. 2 LEVD, ya que de este modo se entenderían incluidas en dicho término tanto al ofendido como al perjudicado por el delito^{14/15}.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que si la víctima fuera menor o persona con discapacidad, se realizará dicha información a su representante legal o a la persona que le asista¹⁶.

En cuanto a quién debe llevar a cabo este deber de información, según el art. 4 LORPM, el Letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo esta información. Ahora bien, también se prevé que les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente y derivará a la Oficina de atención a la Víctima competente, por tanto, al personal especializado en la asistencia a víctimas¹⁷.

Por otro lado, el art. 22 LORPM prevé que el Ministerio Fiscal deberá notificar la incoación del expediente, además de al Juez de Menores y al menor in-

¹³ En efecto, normalmente coincidirán en la misma persona la condición de ofendido y perjudicado por el delito. Sin embargo, en algunos supuestos el sujeto ofendido por el delito y el que sufre las consecuencias perjudiciales del mismo no coinciden, sino que el ofendido por el delito es un sujeto y el perjudicado, que sufre en su esfera patrimonial o moral los perjuicios ocasionados por la comisión del hecho delictivo, es otro sujeto.

¹⁴ En un sentido similar se pronuncia la Fiscalía General del Estado en el Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito, al señalar que «Se sigue utilizando la expresión “ofendido” (por el delito), que equivale al concepto de “víctima directa” que se usa en el articulado del Anteproyecto. Sería conveniente unificar la terminología». (En línea, consultado el 22 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/102607/Informe+del+Consejo+Fiscal+sobre+el+Anteproyecto+de+Ley+Org%C3%A1nica+del+Estatuto+de+las+V%C3%ADctimas+de+delito.pdf/c0af0cb8-0620-a324-7692-52d9b341d456?version=1.1&t=1531291548894>).

¹⁵ En esta misma línea se expresa el Consejo General del Poder Judicial en el Informe al anteproyecto a Ley Orgánica del Estatuto de las víctimas del delito al señalar que «debería sustituirse los términos “ofendido” e “interesados en las acciones penales y civiles” por el de víctima». Véase apartado V. 2.- Modificación de la LECrim a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29 del Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto a Ley Orgánica del Estatuto de las víctimas del delito (en línea, consultado el 21 de septiembre de 2021, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito>).

¹⁶ Véase art. 109 LECrim en su redacción dada por la Disposición Final Primera. Uno LEVD.

¹⁷ El art. 27 LEVD prevé que el gobierno y las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de Justicia organizarán las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y entre las funciones que el art. 28 LEVD atribuye a estas Oficinas están, precisamente, la información y el asesoramiento de la víctima, sobre los siguientes extremos: información general sobre sus derechos y, en particular, sobre la posibilidad de acceder a un sistema público de indemnización; información sobre los servicios especializados de atención a las víctimas, en función de sus circunstancias personales y la naturaleza del delito del que hayan sido objeto; asesoramiento sobre el procedimiento para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito y asesoramiento sobre el derecho a acceder a la justicia gratuita.

vestigado, a quien aparezca como perjudicado. Valoramos positivamente que se atribuya al Ministerio Fiscal el deber de informar a la víctima, pues resulta de gran relevancia que sea precisamente el Ministerio Fiscal el que la informe de sus derechos, especialmente de la posibilidad de personarse en el proceso en curso, y que si no se persona en la causa, esto no va a suponer una renuncia a sus derechos, ya que el propio Ministerio Fiscal actuará en defensa de sus intereses, instando la indemnización de los daños y perjuicios producidos por el hecho delictivo¹⁸. En efecto, el Ministerio Fiscal ejercitará siempre la acción para exigir responsabilidad civil, excepto cuando la víctima, haciendo uso de su poder de disposición de la acción civil, renuncie a ella, la ejercite por sí misma en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o la reserve para su ejercicio proceso civil posterior, ante la jurisdicción civil de acuerdo con los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 61 LORPM). Así las cosas, en esta información de sus derechos también el Ministerio Fiscal podrá tener conocimiento del alcance de los daños y perjuicios patrimoniales y morales ocasionados por el hecho delictivo para el futuro ejercicio de la acción civil.

Dada la trascendencia que tiene que la víctima reciba una correcta y completa información de los derechos que le asisten, lo más adecuado sería que esta instrucción fuera realizada por aquellos que mejor pueden explicarle a ésta su posición y sus derechos dentro del proceso penal, pues en la mayoría de las ocasiones la víctima no está asistida por abogado. Por tanto, dicha información debería realizarse por personal con experiencia en la atención y apoyo a las víctimas, que tuviera una formación general y específica en la protección de las víctimas, que pudiera explicar detenidamente a la víctima sus derechos y aclarar todas sus dudas¹⁹.

2.1. Contenido de la información

Antes de entrar a analizar el contenido de esta información, se plantea la cuestión sobre si la información a la víctima está prevista en nuestra legislación

¹⁸ No podemos olvidar que según prevé el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el apartado 10 del art. 3, corresponde al Ministerio Fiscal velar por la protección procesal de la víctima.

¹⁹ Precisamente el art. 30 LEVD destaca la importancia de la formación general y específica del personal que estará en contacto con las víctimas y, en particular, con las víctimas necesitadas de una especial protección. Así prevé que "1. El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación general y específica, relativa a la protección de las víctimas en el proceso penal, en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia, personal de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas que desempeñen funciones en esta materia. En estos cursos de formación se prestará particular atención a las víctimas necesitadas de especial protección, a aquellas en las que concurren factores de especial vulnerabilidad y a las víctimas menores o con discapacidad. 2. Los Colegios de Abogados y de Procuradores impulsarán la formación y sensibilización de sus colegiados en los principios de protección de las víctimas contenidos en esta Ley".

con carácter preceptivo o como simplemente facultativo. Consideramos que la información a la víctima de cuáles son sus derechos está prevista en nuestro ordenamiento jurídico con carácter preceptivo²⁰. Como sabemos, la primera nota esencial del derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de acceso a la Justicia, como necesario *prius* lógico y dicho derecho de acceso a la Justicia, sólo puede garantizarse si se pone en conocimiento de la víctima la existencia del proceso y su posibilidad de personarse en el mismo.

La LORPM no regula el contenido de la información que hay que facilitar a la víctima, se limita a remitirse a los arts. 109 y 110 de la LECrim. El art. 109 LECrim²¹ al regular el contenido de la información a la víctima u ofrecimiento de acciones señala que se le orientará «del derecho que le asiste a mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo, le informará de los derechos recogidos en la legislación vigente».

La redacción actual del art. 109 LECrim vuelve a incurrir en los mismos errores que la anterior, resultando escasa y errónea, ya que de su tenor literal parece desprenderse que el contenido esencial de esta información es poner en conocimiento de la víctima su derecho a personarse en el proceso en curso y su derecho a renunciar a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. El legislador desaprovechó la ocasión para regular adecuadamente el contenido del ofrecimiento de acciones.

Por ello, consideramos que debía haberse previsto que se informará a la víctima de sus derechos reconocidos en la legislación vigente²². De ahí que, para analizar el contenido del ofrecimiento de acciones, el artículo 109 LECrim deba ponerse en relación con los arts. 761, 771, 773 y 776 del mismo cuerpo legal. Además, debe tenerse en cuenta lo previsto en el apartado 4º del art. 15 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas a Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, según el cual la víctima debe estar informada de su posibilidad de obtener en el proceso penal la restitución y la reparación del daño causado²³.

²⁰ En este sentido se ha manifestado la mayoría de la doctrina. Véanse, entre otros, Font Serra, E. (1991). *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento Procesal*, La Ley, Madrid, p. 60; Sole Riera, J. (1997). *La tutela de la víctima...*, op. cit., p. 33.

Así lo viene entendiendo también la jurisprudencia. Así, la STC (Sala Primera) núm. 98/1993, de 22 de marzo (RTC 1993/98) señala que

La pasividad de la oficina judicial, que tenía a su disposición el nuevo domicilio de este presunto ofendido y no intentó localizarle en aquel [...] le privó de una orientación preceptiva para el pleno ejercicio de su derecho a mostrarse parte en el proceso y pedir, si así le pluguiera, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, como previene el art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²¹ Redacción dada por la Disposición Final Primera. Uno LEVD.

²² Así se recoge expresamente en el art. 773.2 LECrim, en la redacción dada por la Disposición Final Primera. Veintidós LEVD.

²³ Modificado por art. 11 de Ley núm. 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Del análisis de estos preceptos podemos concluir que la víctima deberá ser informada de los siguientes derechos:

- 1) Derecho a personarse y mostrarse parte en el proceso en curso, indicándole expresamente las posibilidades que tiene y la forma de hacerlo. Así, se le deberá informar que tiene derecho a personarse en el proceso penal de menores ejercitando la acción penal, la acción civil o ambas conjuntamente²⁴.
- 2) Derecho a solicitar la restitución de la cosa, la reparación del daño e indemnización de los perjuicios. Además, se le informará que, aún en el supuesto de que decida no personarse en el proceso penal, ello no implica la renuncia a sus derechos patrimoniales, pues el Ministerio Fiscal ejercerá la acción para exigir la responsabilidad civil en el proceso penal de menores.
- 3) Derecho nombrar abogado o a instar el nombramiento de uno de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita²⁵. Debe valorarse positivamente que el art. 16 LEVD facilite la presentación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita ante la propia autoridad o funcionario que realiza el ofrecimiento de acciones a la víctima o ante las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de la Administración de Justicia, que se encargarán de remitirla al Colegio de Abogados que corresponda.
- 4) Derecho a percibir ayudas económicas a cargo del Estado²⁶.
- 5) Derecho a que se le comuniquen aquellos actos procesales que puedan afectar a su seguridad. La finalidad de esta información es que la víctima pueda solicitar la adopción de medidas de control judicial, como podría ser una orden de alejamiento (art. 544 bis LECrim) o una orden de protección (art. 544 ter LECrim)²⁷.

Además, esta información debe completarse con la prevista en el art. 5 LEVD²⁸, según el cual la víctima tiene derecho a recibir información sobre los siguientes extremos:

²⁴ Véase *infra* ap. 4.

²⁵ Véase Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

²⁶ En los supuestos de delitos de terrorismo o de delitos violentos y contra la libertad sexual se debe informar también a la víctima de la posibilidad de solicitar ayudas públicas. En relación con las víctimas del terrorismo, véase Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (en línea, consultada el 21 de septiembre de 2021, disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15039>) y su reglamento de desarrollo aprobado por RD 671/2013, de 6 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (en línea, consultado el 21 de septiembre de 2021, disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-9680>).

Respecto a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, véase la citada Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (en línea, consultada el 21 de septiembre de 2021, disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26714>) y su reglamento de desarrollo, aprobado por el RD 738/1997, de 23 de mayo, de ayudas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (en línea, consultada el 21 de septiembre de 2021, disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-11304>).

²⁷ Gimeno Sendra, V. (2019). *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra, pp. 269 y ss.

²⁸ En el mismo sentido se manifiesta el Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito, op. cit., al señalar que además, se debería incluir dentro de

- a. Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales, y procedimiento para obtenerlas. Dentro de estas últimas se incluirá, cuando resulte oportuno, información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento alternativo.
- b. Derecho a denunciar²⁹ y, en su caso, el procedimiento para interponer la denuncia y derecho a facilitar elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación.
- c. Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente.
- d. Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo.
- e. Indemnizaciones a las que pueda tener derecho y, en su caso, procedimiento para reclamarlas.
- f. Servicios de interpretación y traducción disponibles.
- g. Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles.
- h. Procedimiento por medio del cual la víctima pueda ejercer sus derechos en el caso de que resida fuera de España.
- i. Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos.
- j. Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y cauces para comunicarse con ella.
- k. Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible.
- l. Supuestos en los que pueda obtener el reembolso de los gastos judiciales y, en su caso, procedimiento para reclamarlo.
- m. Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad.

Para garantizar que la víctima puede ejercer sus derechos, según prevé el apartado segundo de este art. 5 LEVD, la referida información será actualizada en cada fase del procedimiento.

este nuevo artículo la previsión de que por parte del Secretario Judicial se informe a la víctima de los derechos a que hace referencia el art. 5 del Estatuto de la Víctima, toda vez que el propio artículo 5 establece que esta información será actualizada en cada fase del procedimiento para garantizar a la víctima la posibilidad de ejercer sus derechos.

²⁹ Véase *infra* ap. 3.

Asimismo, según establece el último párrafo del art. 109 LECrim³⁰, en los procesos que se sigan por los delitos del art. 57 CP³¹, el Letrado de la Administración de Justicia asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

Por último, si el Ministerio Fiscal, *ex* art. 18 LORPM, desiste de la incoación del expediente de reforma, deberá comunicar inmediatamente a los ofendidos y perjudicados el decreto de desistimiento de la incoación del expediente, haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil (véase art. 4 LORPM). Por tanto, el hecho de que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente de reforma no afecta a la responsabilidad civil, que se podrá ejercitar a través del proceso declarativo que corresponda ante la jurisdicción civil.

2.2. Forma y momento de realizar la información

El art. 4 de la LORPM no prevé la forma en la que se debe informar a la víctima de sus derechos, simplemente señala que se les informará en los términos previstos en los artículos 109 y 110 de la LECrim. Si analizamos el art. 109 LECrim, en el mismo se prevé que la información de sus derechos a la víctima se realizará en el acto de recibirle declaración, de lo que se desprende que dicha información adoptará la forma oral.

Ahora bien, según dispone el art. 4 LEVD toda víctima tiene derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación, incluida la información previa a la interposición de una denuncia. De ahí, que todas las comunicaciones con las víctimas, independientemente de si son orales o escritas, se deban realizar en un lenguaje claro, sencillo y accesible. Además, la forma de realizar la información a la víctima dependerá de sus características personales y, especialmente, si se trata de un menor o de una persona con discapacidad sensorial, intelectual o mental.

En el supuesto de que la víctima no entienda o no hable ninguna de las lenguas que tengan el carácter oficial en el lugar en el que se realiza el ofrecimiento de acciones, éste se realizará en una lengua que comprenda, mediante un intérprete, cuyos gastos habrán de ser satisfechos por el Estado³². Así, el art. 9.1. a) y

³⁰ Redacción dada por la Disposición Final Primera. Uno LEVD. Valoramos positivamente que se haya previsto que sea el Secretario Judicial el que asegurará la comunicación a la víctima de aquellos actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

³¹ El art. 57 del CP se refiere a los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

³² En relación con el derecho a ser asistido por un intérprete en los casos de desconocimiento de la lengua en la que se realizan las actuaciones véase, entre otras, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de noviembre de 1978, *Case of Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany* (hudoc.echr.coe.int), (en línea, consultada el 15 de septiembre de 2021, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%2C%22appno%22:%5B%226210%2F73%22%2C%226877%2F75%22%2C%227132%2F75%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-165152%22%5D%7D>);

c) LEVD, que regula el derecho a la traducción y a la interpretación, dispone que toda víctima que no hable o no entienda el castellano o la lengua oficial que se utilice en la actuación de que se trate tendrá derecho: a) A ser asistida gratuitamente por un intérprete que hable una lengua que comprenda y c) A la traducción gratuita de aquella información que resulte esencial para el ejercicio de los derechos a que se refiere el Título II, esto es, su derecho a participar en el proceso penal. Lo mismo ocurre cuando se trata de una persona con limitaciones auditivas o de expresión oral, se designará un intérprete cualificado del lenguaje de signos.

Además, sería deseable que en el ofrecimiento de acciones, en donde se va a informar de sus derechos a la víctima, ésta estuviera asistida por un abogado, pues es precisamente el momento en el que necesita que le expliquen detalladamente la situación jurídica en que se encuentra, así como las diversas consecuencias que de la misma se pueden derivar³³.

Por lo que se refiere al momento en que se debe realizar la información a la víctima de sus derechos, debemos tener en cuenta la finalidad perseguida, que es precisamente informar a la víctima de su derecho a personarse en el proceso penal de menores y adquirir la cualidad de parte, ejercitando, si lo considera conveniente, la acción penal, la acción civil o ambas simultáneamente. Lógicamente, la víctima estará interesada en comparecer lo antes posible en el procedimiento ya en marcha, para de este modo poder tomar conocimiento de las actuaciones y solicitar la práctica de todas aquellas diligencias de investigación que le pudieran interesar.

Así las cosas, la información a la víctima de sus derechos se debería llevar a cabo lo antes posible por el Letrado de la Administración de Justicia, pues, de este modo la víctima, si se persona, podría instar la práctica de aquellas diligencias de investigación que a su derecho convengan y la adopción de todas aquellas medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la futura ejecución de la sentencia, especialmente en su aspecto patrimonial.

Asimismo, el art. 22 LORPM dispone que desde el momento en que el Ministerio Fiscal decide incoar el expediente deberá notificárselo a la víctima. Por tanto, en el caso de que sea conocida la identidad de las víctimas será necesario

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984, *Case of Öztürk v. Germany* (hudoc.echr.coe.int), (en línea, consultada el 15 de septiembre de 2021, disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:\[%22Case%20of%20C3%96zt%20C3%BCrk%20v.%20Germany%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-57553%22\]\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%22Case%20of%20C3%96zt%20C3%BCrk%20v.%20Germany%22],[%22itemid%22:[%22001-57553%22]]})); Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 3^a, de 5 de febrero de 2002, *Case of Čonka v. Belgium* (hudoc.echr.coe.int), (en línea, consultada el 3 de septiembre de 2021, disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],\[%22appno%22:\[%2251564/99%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-60026%22\]\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],[%22appno%22:[%2251564/99%22],[%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-60026%22]]})).

Asimismo, véanse, entre otras, SSTC 74/1987, de 25 de mayo (RTC 1987/74); 71/1988, de 19 de abril (RTC 1988/71); 181/1994, de 20 de junio (RTC 1994/181). También, SSTS (Sala de lo Penal) núm. 19/2008, de 17 de enero (RJ 2008/1561); núm. 1608/1998, de 2 de enero (RJ 1998/32) y núm. 867/2000, de 23 de mayo (RJ 2000/5209).

³³ Sole Riera, J. (1997). *La tutela de la víctima...*, op. cit., p. 36.

que se les comunique la iniciación del proceso penal de menores y, en caso contrario, tan pronto como conste su identidad en la instrucción del expediente.

3. DERECHO A DENUNCIAR: ESPECIAL REFERENCIA A LA DENUNCIA EN LOS DELITOS SEMIPÚBLICOS

El art. 16.2 LORPM prevé que los que tuvieran noticia de la comisión de un hecho que reviste carácter de delito cometido presuntamente por un menor de dieciocho años deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal³⁴. Por tanto, en el proceso penal de menores al igual que en el proceso de adultos (art. 259 LECrim), la denuncia constituye un deber ciudadano para todos los que presenciaron o tuvieron conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, salvo para la víctima que constituye un derecho³⁵. Asimismo, se aplicará la obligación cualificada de denunciar de aquellos que tuvieron conocimiento del delito por razón de su cargo, profesión u oficio (art. 262 LECrim) y las excepciones del deber de denunciar previstas en los arts. 260 a 263 LECrim³⁶.

La Directiva 2012/29/UE regula en su art. 5 los derechos de las víctimas cuando interpongan una denuncia, disponiendo que “1. Los Estados miembros garantizarán que las víctimas reciban una declaración por escrito que sirva de reconocimiento de la denuncia formal que hayan presentado ante las autoridades competentes de un Estado miembro, y en la que consten los elementos básicos de la infracción penal de que se trate. 2. Los Estados miembros garantizarán que las víctimas que deseen denunciar una infracción penal y no entiendan o no hablen la lengua de la autoridad competente puedan presentar la denuncia en una lengua que entiendan o recibiendo la asistencia lingüística necesaria. 3. Los Estados miembros garantizarán que las víctimas que no entiendan o no hablen la lengua de la autoridad competente reciban gratuitamente una traducción de la declaración por escrito de la denuncia que se exige en el apartado 1, previa solicitud, en una lengua que entiendan”.

Estos derechos son desarrollados en el art. 6 LEVD. El primer derecho que se le reconoce a la víctima como denunciante es el de recibir una copia de la denuncia, debidamente certificada. Esta previsión tiene importancia, ya que para muchos trámites posteriores a la comisión del delito, como puede ser la presentación de la

³⁴ La LORPM no contiene una regulación completa de la denuncia en el proceso penal de menores, excepto lo relativo a su admisión o no, por lo que se aplicará supletoriamente lo dispuesto en los arts. 259 y ss. LECrim (Véase Disposición Final Primera LORPM).

³⁵ Cortés Domínguez, V. (2021). *Derecho Procesal Penal*, (con Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 206 y ss.; Gómez Colomer, J. L. (2021). *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, (con Barona Vilar, Esparza Leibar, Etxeberria Guridi, Martínez García y Planchadell Gargallo), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 164 y ss.

³⁶ Grande Seara, P. (2008). Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción, en *Proceso Penal de menores* (coord. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 120.

correspondiente reclamación ante una compañía aseguradora, la víctima necesita algún justificante de haber interpuesto la correspondiente denuncia³⁷. De esta forma, se facilita que la víctima disponga de un justificante de la denuncia presentada, a efectos de poder realizar la oportuna reclamación a la compañía aseguradora. Esto es así, ya que muchos seguros de hogar extienden sus coberturas a situaciones que ocurren fuera de la vivienda, entre las que se encuentran los robos fuera del hogar de bienes, aunque es necesario haber presentado la oportuna denuncia. Lo mismo ocurre normalmente con los seguros de las tarjetas de crédito, que cubren el robo de la misma y los problemas derivados de su utilización fraudulenta.

Posteriormente, se regula el derecho de aquellas víctimas que no entiendan o no hablen ninguna de las lenguas que tengan el carácter oficial en el lugar en el que se presenta la denuncia. En estos supuestos se prevé, por un lado, el derecho de la víctima a recibir la asistencia lingüística gratuita. Por tanto, la víctima deberá ser asistida por un intérprete cualificado antes y durante la presentación de la denuncia.

A pesar de que el art. 6 LEVD no hace referencia a aquellos supuestos en los que la denuncia la presente una persona sorda, con discapacidad auditiva y sordociega, consideramos que en este caso se le deberá designar gratuitamente un intérprete cualificado del lenguaje de signos³⁸. Esta interpretación encuentra apoyo en el art. 4 del mismo texto legal que regula el derecho de la víctima a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de una denuncia y durante el proceso penal, incluida la información previa a la interposición de la denuncia. En el mismo se prevé, en su apartado b), que “se facilitará a la víctima, desde su primer contacto con las autoridades o con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender ante ellas, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas”.

Asimismo, se prevé que una vez interpuesta la denuncia la víctima tiene derecho a recibir la traducción escrita de la denuncia presentada. Por tanto, en estos casos la víctima además de recibir una copia de la denuncia, debidamente certificada, recibirá una traducción escrita de la misma.

A través de la interposición de la denuncia la víctima-denunciante no ejercita la acción penal, simplemente transmite la *notitia criminis*³⁹, por lo que no se

³⁷ En este sentido se pronuncia la propia directiva en su considerando número 24, al prever que: cuando denuncien un delito, las víctimas deben recibir de la policía una declaración por escrito de la denuncia en la que consten los elementos básicos del delito, como el tipo de delito, la hora y el lugar, así como cualquier perjuicio, lesión o daño que traiga causa del delito. Esta declaración debe incluir un número de expediente, así como la hora y el lugar en que se denuncia el delito, de forma que pueda servir como justificante de la denuncia, por ejemplo, para reclamaciones de seguros.

³⁸ Véase art. 9.1 a) LEVD.

³⁹ La doctrina mayoritaria lo interpreta en este sentido. Véanse, entre otros, Aguilera Paz, E. (1924). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*, op. cit., T. III, p. 101, señala que “el denunciante no ejercita acción alguna limitándose a dar conocimiento del delito cometido, no puede ser tenido como

constituye en parte acusadora. Ahora bien, una vez que se realiza la preceptiva información de sus derechos a la víctima o a su representante legal⁴⁰, la víctima-denunciante puede decidir constituirse como parte dentro del proceso penal de menores ya iniciado⁴¹.

Ahora bien, es necesario analizar las especialidades de la denuncia en los delitos semipúblicos. En esta clase de delitos solo la denuncia formulada por la persona legitimada al efecto, dará lugar a la válida iniciación del proceso penal de menores⁴², por lo que constituye un presupuesto procesal para la persecución de estos delitos⁴³. En estos casos la denuncia no solo transmite la existencia de un hecho que reviste carácter de delito, sino que también manifiesta la voluntad del denunciante de que se persiga ese hecho⁴⁴.

De ahí precisamente que la legitimación para interponer la denuncia se limite a la persona agraviada por el hecho delictivo o a su representante legal. Por tanto, solo la denuncia del ofendido, que es el sujeto pasivo y titular del bien jurídico protegido, o de su representante legal tendría el efecto de permitir la incoación del expediente de reforma en el proceso penal de menores, haciendo desaparecer la condición de procedibilidad⁴⁵.

parte en el procedimiento en dicho concepto, porque una vez hecha la denuncia desaparece su personalidad como tal denunciante para los efectos de la prosecución del procedimiento en el caso de darse lugar a él". Igualmente, Aragonese Alonso, P. (1981). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, p. 242; Fenech Navarro, M. (1982). *El proceso penal*, Madrid, T. I, p. 287; Gómez Orbaneja, E. (1987). *Derecho Procesal Penal*, (con Herce Quemada), Madrid, pp. 68 y ss.; Torres Rosell, N. (1991). *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, p. 383.

En el mismo sentido lo viene entendiendo la jurisprudencia, así, la STC núm. 115/1984, de 3 de diciembre (RTC 1984/115) señala que «la formulación de la denuncia no supone el ejercicio de la acción penal ni constituye en parte al que la formula». En idéntico sentido, entre otras, SSTC núm. 173/1987, de 3 de noviembre (RTC 1987/173); núm. 157/1990, de 18 de octubre (RTC 1990/157).

⁴⁰ Véase *supra* ap. 2.

⁴¹ Véase *infra* ap. 4.

⁴² Coincidimos con Cortés Domínguez, V. (2021). *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., p. 208, que en estos casos la denuncia es un derecho de la víctima, que condiciona la actuación del Ministerio Fiscal, que no puede actuar sin la previa denuncia, porque frente al interés del Estado de imponer penas, prima el interés de la víctima de preservar su intimidad o lo que considere son sus intereses privados.

⁴³ Moreno Catena, V. (2021). *Derecho Procesal Penal...*, p. 106. También la jurisprudencia se ha manifestado en este sentido, véanse entre otras, SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 917/2016, de 2 de diciembre (RJ 2016/5852); (Sala de lo Penal) núm. 620/2004, de 4 de junio (RJ 2004/5046); (Sala de lo Penal) núm. 694/2003, de 20 de junio (RJ 2003/4359).

⁴⁴ Gimeno Sendra, V. (2019). *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., p. 330.

⁴⁵ En este sentido se manifiesta la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, al señalar que:

en aquellos delitos o faltas que exijan como condición de procedibilidad la denuncia de la persona agraviada o de su representante, el Fiscal no podrá incoar Expediente si no se cumple dicho presupuesto, por lo que si la noticia del delito procede de autoridades, funcionarios o particulares distintos del agraviado o de su representante legal, el Fiscal deberá acordar la incoación de Diligencias Preliminares pero procederá a su inmediato archivo por no concurrir las condiciones de procedibilidad legalmente exigibles.

La persona agraviada que quiera denunciar ha de tener capacidad procesal⁴⁶, por lo que solo podrá interponer la correspondiente denuncia cuando esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles⁴⁷. En consecuencia, si no fuera así habría que acudir a los mecanismos de la representación⁴⁸, en cuyo caso podrá interponer la denuncia su representante legal⁴⁹.

Ahora bien, cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida se reconoce legitimación al Ministerio Fiscal. Así lo reconoce expresamente el art. 105.2 LECrim al señalar que «en los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquella fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida»⁵⁰.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos si en estos supuestos el Ministerio Fiscal tiene obligación de denunciar o si la denuncia es potestativa. La expresión utilizada por el legislador, «también podrá denunciar», permite interpretar que el Ministerio Fiscal no está obligado a denunciar, sino que está facultado para hacerlo. Así, el Ministerio Fiscal deberá de valorar, atendiendo al

⁴⁶ Gimeno Sendra, V. (2019). *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., pág. 331; Libano Beristain, A. (2013). La persona agraviada en las infracciones penales perseguibles a instancia de parte. Especial consideración a la víctima menor o incapaz en la incoación del proceso penal, en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* (dir. Hoyos Sancho), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 298.

⁴⁷ En los delitos públicos puede ser denunciante cualquier persona física, como se deduce del art. 260 LECrim según el cual la obligación de denunciar, prevista en el art. 259 del mismo texto legal, no alcanza a los impúberes ni a los que no gozaren del pleno uso de su razón. Sin embargo, ello no obsta, para que puedan válidamente interponer la denuncia, pues no se les prohíbe hacerlo.

⁴⁸ En el mismo sentido véase Ibáñez López-Pozas, F. (1993). *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, Dykinson, Madrid, p. 121; Libano Beristain, A. (2013). La persona agraviada en las infracciones penales perseguibles a instancia de parte..., op. cit., p. 302.

⁴⁹ Dentro de este concepto de representante legal se incluirán los siguientes supuestos: a) Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados y de los hijos que hubieran sido incapacitados (arts. 162 y 171 CC). b) el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación (art. 267 CC). c) Defensor judicial (299 CC).

⁵⁰ Redacción dada por la Disposición Final Segunda LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En la misma línea, el Código Penal, en los delitos semipúblicos, dispone en unos supuestos que «cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal» (véanse los arts. 161.2, 201, 228, 267, 287, 296 CP) y, en otros supuestos, que «cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal» (véase art. 191.1 CP).

Llama la atención la omisión a esta posibilidad en otros delitos semipúblicos así, por ejemplo, el art. 147 CP que tipifica los delitos de lesiones hace referencia a que éstos delitos sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal, pero omite cualquier referencia a la legitimación del Ministerio Fiscal si la víctima es menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida. Lo mismo ocurre en los art. 152.2, 171.7, 172.3, 172 ter.4 CP. No obstante, consideramos que esta omisión puede suplirse con la previsión del art. 105 LECrim que reconoce legitimación al Ministerio Fiscal para denunciar si la víctima fuera menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.

interés de la víctima⁵¹, la conveniencia de iniciar o no el proceso penal. Para ello, debería oír a la víctima antes de decidir si va a interponer o no la correspondiente denuncia⁵².

Finalmente, señalar que en algunos de los delitos tipificados como semipúblicos en nuestro Código Penal, no será necesaria la denuncia del ofendido para la válida iniciación del proceso penal, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas^{53 54}. Así lo establece el art. 201 para los delitos de descubrimiento y revelación de secretos; el art. 287 CP para los delitos tipificados en la Sección 3ª del capítulo XI, excepto los arts. 284 y 285 y; el art. 296 CP para los delitos societarios⁵⁵.

4. DERECHO A LA PERSONACIÓN DE LA VÍCTIMA

El art. 25 LORPM prevé que tienen derecho a personarse en el procedimiento, como acusadores particulares, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces.

Por tanto, está legitimado para constituirse como parte, en primer lugar, el ofendido por el delito, es decir, el titular del bien jurídico protegido por la norma. En segundo lugar, se hace referencia a sus padres y herederos, refiriéndose posiblemente a los supuestos de fallecimiento del ofendido, en cuyo caso sus herederos podrán personarse como acusadores particulares.

⁵¹ En el caso de que la víctima sea un menor de edad deberá valorar y considerar el interés superior del menor, *ex art.* 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

⁵² En este sentido Libano Beristain, A. (2010). La incoación del proceso penal por infracciones perseguibles a instancia de parte con víctima especialmente vulnerable: la intervención del Ministerio Fiscal, en *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (coord. Armenta Deu y Oromí Vall-Llovera), Editorial Colex, Madrid, pp. 107 y ss.

⁵³ Como acertadamente subraya la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 917/2016, de 2 de diciembre (RJ 2016/5852) «esa perseguibilidad privada es desplazada a manos de la acusación pública en el caso de que concurra un interés general relevante o cuando al afectar el delito a una pluralidad de sujetos se pondere que el conjunto de los derechos subjetivos afectados adquiere una transcendencia social que debe tutelarse con la intervención del Derecho penal».

⁵⁴ Sobre la interpretación de los términos “intereses generales” y “pluralidad de personas” véanse, entre otros, Díaz-maroto y Villarejo, J. (2000). Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios: el art. 296 del Código Penal, *La Ley*, núm. 7 (<http://diariolaley.laley.es/>); Faraldo Cabana, P. (2015). *Los delitos societarios. Incluye la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 98 y ss.; Libano Beristain, A. (2011). *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, Bosch, Barcelona, pp. 306 y ss.

⁵⁵ No entraremos a analizar el debate doctrinal que genera la consideración de estos delitos como semipúblicos al exceder del tema objeto de estudio. Simplemente señalar que un sector mayoritario de la doctrina crítica que se deje en manos del agraviado la persecución de estos delitos que afectan al orden socioeconómico. En este sentido véanse Díaz-maroto y Villarejo, J. (2000). Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios..., *op. cit.*; Faraldo Cabana, P. (2015). *Los delitos societarios...*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

En el supuesto de que la víctima fuera menor de edad y careciera, por ello, de capacidad procesal, esta falta de capacidad será suplida por sus representantes legales, esto es, sus padres o los que ejerzan legalmente esa representación. Podemos preguntarnos, que sucedería si los padres divorciados o separados, tuvieran la patria potestad compartida, pero la guarda y custodia atribuida a uno de ellos. Coincidimos con REVILLA GONZÁLEZ en que, el progenitor que no tenga la guarda y custodia no está privado de la patria potestad, por lo que no hay ningún motivo para excluirle de personarse como acusador particular. Caso distinto sería aquel en que, a pesar de que la víctima fuera menor de edad, los padres no ostentaran la representación legal. En este caso entendemos que no podrían personarse como acusación particular⁵⁶.

El art. 25 LORPM no regula la forma en que la víctima deberá mostrarse parte en la causa. Así las cosas, debemos cuestionarnos si para constituirse en parte, ejercitando las acciones penales, las acciones civiles o ambas simultáneamente, es necesario la presentación de la oportuna querrela en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II de la LECrim, o es suficiente la presentación de un escrito de personación, solicitando ser tenido como parte.

A pesar del silencio de la LORPM, por aplicación supletoria de la LECrim, la víctima podría personarse como acusación particular o actor civil tanto interponiendo la correspondiente querrela como, simplemente, presentando un escrito de personación. Con la finalidad de facilitar la personación de la víctima en el proceso penal de menores en curso, debería ser suficiente que realizará un simple acto de personación, sin necesidad de formular querrela. Incluso sería posible la personación de la víctima mediante un simple acto de personación *apud acta*.

Ahora bien, si se tratara de un delito de injurias o calumnias contra particulares, el art. 215 CP exige la interposición de una querrela por el ofendido o su representante legal, siendo éste un requisito de imprescindible cumplimiento para que pueda iniciarse válidamente el proceso, a pesar de que el delito hubiera sido cometido por un menor de edad. En este caso la querrela se presentará ante el Juez de Menores, que deberá decidir sobre su admisión a trámite y la personación de la víctima como acusador particular.

Con su personación, la víctima adquiere el estatus de acusador particular, si ejercita la acción penal y la acción civil conjuntamente, o de actor civil, en el supuesto de que sólo ejercite la acción civil. Ahora bien, esta personación no produce el efecto de retroacción de actuaciones. No obstante, desde el momento en que se persona en el proceso penal de menores, podrá tomar conocimiento de todo actuado e instar la práctica de todas aquellas diligencias de investigación que estime convenientes.

La LORPM tampoco regula el límite temporal que tiene la víctima para personarse en el proceso penal de menores, por lo que se regirá por lo previsto en

⁵⁶ Revilla González, J. A. (2008). La víctima y el menor infractor..., op. cit., pp. 86 y ss.

el art. 110 LECrim, según el cual, la víctima podrá mostrarse parte en la causa antes del trámite de calificación del delito. Del tenor literal de este artículo se colige que, en nuestro ordenamiento jurídico, el límite preclusivo para constituirse como parte en el proceso penal en curso sería el momento de la presentación de los escritos de acusación. Por lo que, en el proceso penal de menores, sería la presentación de los escritos de alegaciones.

Sin embargo, la jurisprudencia ha venido admitiendo la personación realizada fuera de este límite preclusivo. Así, la STS (Sala de lo Penal) núm. 170/2005, de 18 de febrero, afirma que:

la regulación del modo y manera en que las víctimas pueden personarse en el procedimiento ha sufrido modificación en el transcurso de este procedimiento. El antiguo artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remitía a los artículos 109 y 110 del mismo texto legal, lo que llevaba a la interpretación de que su personación sólo se podía realizar antes del trámite de calificación. Esta interpretación, excesivamente rigurosa, no encaja con el principio de igualdad de armas, tanto de la acusación como la defensa, por lo que debe ser analizado en el momento de producirse la personación cuando todavía no había entrado en vigor la actual redacción. El vigente artículo 785.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal soluciona el problema, ajustándose más a la previsión constitucional y exigiendo que, en todo caso, aunque la víctima no sea parte en el proceso deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del juicio. Con la actual regulación quedan sin efecto las previsiones del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que, si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación “*apud acta*” incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento de la sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones.

Así pues, consideramos que el legislador debió aprovechar la ocasión para modificar el art. 110 LECrim y adaptarlo a la interpretación que del mismo viene haciendo nuestro Tribunal Supremo, permitiendo a la víctima comparecer en el juicio oral con su abogado y personarse *apud acta*, incorporándose al juicio con plenitud de derechos. En el mismo sentido se expresa el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito, al señalar que «debería aprovecharse esta ocasión para adaptar el precepto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que señala que puede ejercitarse este derecho hasta el inicio del juicio oral».

5. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

Tal como acabamos de analizar, la víctima tiene derecho a personarse en el proceso penal de menores ejercitando la acción penal, la acción civil o ambas conjuntamente. Ahora bien, también puede ocurrir que la víctima no se persone en el proceso penal de menores, dejando en manos del Ministerio Fiscal el ejercicio de ambas acciones.

El art. 25 LORPM dispone que los que se personen como acusadores particulares lo harán con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes:

- a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.
- b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta ley.
- c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
- d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.
- e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.
- f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.
- g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.
- h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren.
- i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley.

Pues bien, a continuación, vamos a analizar la participación de la víctima en el proceso penal de menores tanto en aquellos supuestos en los que se haya personado, adquiriendo el estatus de parte acusadora, como cuando no se haya personado.

5.1. Fase de instrucción

En el proceso penal de menores, la fase de instrucción tiene las siguientes funciones: En primer lugar, la práctica de todas aquellas diligencias de investigación, encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y en la determinación de quien o quienes han participado en la comisión del mismo. En segundo lugar, la adopción de todas las medidas cautelares personales que se estimen procedentes para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida pro-

tección a la víctima (art. 28 LORPM) y, como especialidad en este procedimiento, la propuesta de las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor (art. 23.1 LORPM).

Una de principales especialidades del proceso penal de menores es atribuir al Ministerio Fiscal la tramitación de la fase de instrucción. Así, el Ministerio Fiscal podrá acordar la práctica de aquellas diligencias de investigación que considere necesarias para acreditar el hecho delictivo e identificar y determinar al presunto responsable criminal. No obstante, en el supuesto de que se trate de una diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales, el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo ni ordenar la práctica de las mismas, sino que deberá solicitar al Juez de Menores la práctica de las que sean necesarias para el buen fin de las investigaciones y éste autorizarlas mediante auto (art. 23.3 LORPM y art. 5 EOMF).

Como hemos adelantado, debemos distinguir, por un lado, los casos en los que la víctima se ha personado en el proceso penal, adquiriendo el estatus de parte acusadora, y, por otro lado, los casos en los que la víctima no se ha personado como acusación en el mismo.

Si la víctima opta por personarse en el proceso penal de menores, desde ese momento tendrá la consideración de parte acusadora y podrá, primero, tomar conocimiento de todas las actuaciones que se hayan llevado a cabo o que se estén practicando en ese momento⁵⁷; segundo, podrá solicitar la práctica de las diligencias de investigación que estime oportunas; y, por último, podrá intervenir en todas las diligencias del procedimiento, ya sean acordadas de oficio o a instancia de parte.

En cuanto a la solicitud de diligencias de investigación, la víctima podrá solicitar las que considere necesarias. En este caso, el Ministerio Fiscal deberá decidir sobre su admisión o no, a través de resolución motivada «que notificará al letrado del menor y a quien en su caso ejercite la acción penal y que pondrá en conocimiento del Juez de Menores»⁵⁸. Frente a esta resolución no cabe recurso alguno, pero la víctima podrá reproducir su petición ante el Juzgado de Menores, en cualquier momento (art. 26.1 LORPM).

Ahora bien, si la diligencia de investigación propuesta afectara a derechos fundamentales del menor o de otras personas, según el art. 26. 3 LORPM, la peti-

⁵⁷ Así, el art. 23.2 LORPM dispone que “el Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente (...) a quien haya ejercitado la acción penal, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquel lo solicite”.

⁵⁸ Coincidimos con Díaz Martínez, M. (2007). El Ministerio Fiscal «Director de la Investigación» en el Proceso Penal de Menores, en *El Ministerio Fiscal-Director de la Investigación* (dir. Gimeno Sendra), Iustel, Madrid, p. 67, en que los criterios que utilizará el Ministerio Fiscal para adoptar esta decisión deben ser los mismos que los que usa el Juez de Instrucción. Así, según lo previsto en los arts. 311 y 312 LECrim, el Ministerio Fiscal deberá practicar las diligencias de investigación solicitadas, excepto aquellas que sean contrarias a la Ley, innecesarias, inútiles o perjudiciales.

ción se deberá dirigir al Ministerio Fiscal y, dado que éste no puede practicar por sí mismo dicha diligencia, deberá decidir si la estima pertinente, en cuyo caso, dirigirá dicha solicitud al Juez de Menores que deberá resolver mediante auto motivado (art. 23.3 LORPM). En el caso de que la solicitud sea rechazada por el Ministerio Fiscal, la víctima podrá reproducir su solicitud ante el Juez de Menores, como acabamos de decir.

Por lo que respecta a la legitimación del acusador particular para instar la adopción de medidas cautelares, entendemos que tras la reforma del art. 28.2 por la LO 8/2006, el acusador particular podrá solicitar cualquier medida cautelar⁵⁹. En este sentido, se muestra categórica la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007 (apdo. I.2) al «propugnar el reconocimiento general de legitimación a la acusación particular para interesar medidas cautelares».

En el supuesto de que la víctima no se haya personado como acusador particular ni como actor civil, tiene derecho, *ex art. 11.b) LEVD*, a comparecer ante las autoridades que están llevando a cabo la investigación para aportarles fuentes de prueba y la información que sea relevante de cara al esclarecimiento de los hechos. Como acertadamente puntualiza el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las víctimas del delito hubiera sido adecuado establecer la posibilidad de que «la víctima no personada, de conformidad con el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 105 LECrim, acudiera al Ministerio Fiscal para proporcionarle los elementos de prueba que considere pertinentes o útiles para el ejercicio de la acción penal y la civil acumulada, para que por éste se presenten en juicio» .

5.2. Fase intermedia o de alegaciones

5.2.1. *Escrito de alegaciones del acusador particular*

La fase intermedia tiene como finalidad determinar si concurren los presupuestos necesarios para acordar la apertura del juicio oral. La vigencia del principio acusatorio exige que un sujeto distinto del que ejerce la función jurisdiccional sostenga la acusación frente a la persona que entiende que ha cometido el hecho delictivo.

Como apuntamos, en la LORPM 5/2000 la intervención de la víctima en el proceso penal de menores no era en calidad de parte, como en el proceso penal de adultos, sino como mero coadyuvante del Ministerio Fiscal, que ostentaba el monopolio en el ejercicio de la acción penal. Posteriormente, la LO 15/2003 da una nueva redacción al art. 25 de la LORPM, permitiendo que se personen en el procedimiento como acusadores particulares las personas directamente ofendi-

⁵⁹ Así se pronuncian González Pillado, E. (2008). Medidas cautelares, en *Proceso Penal de Menores* (coord. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 181; Revilla González, J. A. (2008). La víctima..., op. cit., pp. 93 y ss.

das por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces. No obstante, no se modificó el art. 31 LORPM, por lo que no se preveía el contenido ni el momento en que debía presentarse el escrito de alegaciones de la acusación particular. Pese a ello, podía deducirse que el legislador al reconocer a la víctima la condición de acusador particular, le facultaba para formular escrito de alegaciones.

La LO 8/2006, modifica el art. 31 y prevé expresamente que

recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos, y demás elementos relevantes para el proceso remitidos por el Ministerio Fiscal, el Secretario del Juzgado de Menores los incorporará a las diligencias, y el Juez de Menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes.

Pese al silencio del art. 31 acerca del contenido del escrito de alegaciones de la acusación particular, consideramos que su contenido será similar al del Ministerio Fiscal, con la única diferencia de que no podrá hacer referencia a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor. En concreto, en dicho escrito se deberá contener:

1. Descripción de los hechos punibles. Así, deberá realizar una relación circunstanciada temporal y espacial de los hechos punibles que han de constituir el objeto de la audiencia o juicio oral.
2. Valoración jurídica de los mismos, esto es calificar los hechos subsumiéndolos en alguna de las normas de las leyes penales, determinando el delito o la falta⁶⁰ que constituyan.
3. Grado de participación que en dichos hechos haya tenido el menor.
4. Proposición de alguna de las medidas previstas en la Ley.
5. Proposición de prueba. En su escrito de alegaciones la acusación particular deberá enumerar los medios de prueba de los que se intente valer en la audiencia, acompañándose las listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia, con determinación de su domicilio, e indicando si deben ser citados por el juez o tribunal o si, por el contrario, la parte proponente se encargará de su comparecencia en el juicio.

Ahora bien, debemos tener en cuenta la limitación establecida en el art. 25.d) LORPM según el cual el acusador particular podrá «proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor». Por tanto, en el escrito de alegaciones del acusador particular no se podrá hacer mención alguna

⁶⁰ Tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mención a las faltas se entenderá referida a los delitos leves.

a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor ni tampoco se podrá proponer prueba sobre estos extremos. Dichas alegaciones y pruebas estarán reservadas en exclusiva al Ministerio Fiscal y al abogado defensor del menor.

Por último, teniendo en cuenta que, tras la reforma introducida por la LO 8/2006, la pretensión civil se va a tramitar conjuntamente con la pretensión penal, el escrito de alegaciones deberá referirse a la responsabilidad civil salvo que se renuncie a ella o se la reserve para ejercitarla en un proceso civil posterior. Por tanto, habrá que expresar, por un lado, la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida y, por otro lado, la persona o personas que aparezcan como responsables civiles y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad.

5.2.2. Escrito de alegaciones del actor civil

Puede suceder que, en algunos supuestos, el ofendido no tenga interés alguno en ejercitar la acción penal, estando tan sólo interesado en ejercitar la acción civil para que se le restituya e indemnice el mal causado por el delito. Asimismo, puede ocurrir que no coincidan en la misma persona la cualidad de ofendido y perjudicado⁶¹, éste último que ha sufrido consecuencias perjudiciales para su patrimonio quiera comparecer en el procedimiento al único efecto de ser resarcido de los daños y perjuicios causados.

Como acabamos de señalar, el art. 31 LORPM prevé que se dé traslado de todo lo actuado para que presenten sus escritos de alegaciones a quienes ejerciten la acción civil. A la luz de lo previsto en este precepto y teniendo en cuenta que, tras la reforma introducida por la LO 8/2006, la pretensión civil se va a tramitar conjuntamente con la pretensión penal, el actor civil podrá formular su escrito de alegaciones, pero sólo referido a la responsabilidad civil. Por tanto, se va a limitar a determinar tanto la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida como las personas que aparecen como responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa y el hecho en virtud del cual se hubiera contraído dicha responsabilidad.

5.2.3. Revisión del sobreseimiento a instancia de la víctima

El art. 12 LEVD⁶² dispone que «la resolución de sobreseimiento será comunicada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las víctimas directas del delito que hubieran denunciado los hechos,

⁶¹ Como apuntamos, normalmente coincidirán en la misma persona las cualidades de ofendido y perjudicado. Sin embargo, también encontramos algunos supuestos en los que el sujeto ofendido por el delito y el que sufre las consecuencias perjudiciales del mismo no coinciden. Así, por ejemplo, en un delito de homicidio el ofendido es el fallecido, titular del bien jurídico protegido, mientras que perjudicados son los que sufren las consecuencias morales y económicas que se derivan del delito.

⁶² Este precepto transpone lo previsto en el art. 11 de la Directiva 2012/29/UE.

así como al resto de víctimas directas de cuya identidad y domicilio se tuviera conocimiento»⁶³.

Resulta muy ilustrativo el apartado VI. II de la Exposición de Motivos de la LEVD que señala que “se reconoce a la víctima el derecho a participar en el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim, y se refuerza la efectividad material del mismo a través de diversas medidas: por un lado, la notificación de resoluciones de sobreseimiento y archivo y el reconocimiento del derecho a impugnarlas dentro de un plazo de tiempo suficiente a partir de la comunicación, con independencia de que se haya constituido anteriormente o no como parte en el proceso”.

Por tanto, la resolución de sobreseimiento se comunicará a la víctima directa que hubiera denunciado y, también, a aquella víctima directa que no lo hubiera hecho, siempre y cuando se tuviera conocimiento de su identidad y domicilio. La finalidad de esta comunicación es, precisamente, que la víctima pueda, si lo considera oportuno, interponer el correspondiente recurso frente a la resolución de sobreseimiento.

Asimismo, en los casos de muerte o desaparición de una persona como consecuencia del delito, el párrafo 2º del art. 12.1 LEVD prevé la notificación de la resolución de sobreseimiento a las víctimas indirectas⁶⁴. Ahora bien, en estos casos cabe que el Juez o Tribunal prescinda, motivadamente, de notificar a todos los familiares en dos supuestos: por un lado, cuando ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos y, por otro lado, cuando todas las gestiones que se hubieran realizado para su localización hubieran resultado infructuosas⁶⁵.

En el proceso penal de menores, el Ministerio Fiscal podrá solicitar el sobreseimiento de las actuaciones al Juez de Menores, en primer lugar, por concurrir alguno de los motivos previstos en la LECrim para instar el sobreseimiento libre (art. 637 LECrim) o el sobreseimiento provisional (art. 641 LECrim); en segundo lugar, por conciliación entre el menor y la víctima, reparación del daño o compromiso de cumplir actividad educativa (art. 19 LORPM) y, finalmente, sobresei-

⁶³ La propia LEVD en su art. 2 nos dice que se entiende por víctima directa. Sobre el concepto de víctima directa véase, más ampliamente, Tamarit Sumalla, J. M. (2015). Los derechos de las víctimas, en *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015* (coord. Tamarit Sumalla), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 40 y ss.

⁶⁴ El art. 2 LEVD regula que se entiende por víctima indirecta.

⁶⁵ Esta previsión resulta criticable, ya que como acertadamente señala el Consejo General del Poder Judicial, en el Informe al anteproyecto a Ley Orgánica del Estatuto de las víctimas del delito, en el apartado V.I.d), op. cit., “no es respetuosa con el derecho de información ni con el subsiguiente de revisión de la decisión de no continuar el procedimiento que la Directiva 2012/29 establece sin límite ni excepción alguna. Pero, además, desde el punto de vista del imputado, podrá crear una situación indeseable, sometiéndole a la revisión del sobreseimiento y archivo de la causa penal, cuando ya creía que la resolución era firme por no haber sido recurrida por las víctimas-familiares efectivamente notificadas. Así, tiempo después podría comparecer un familiar no notificado, reclamando esa notificación, bien porque no tuviera relación con el familiar notificado, bien porque discrepe de la valoración de la desproporcionalidad de los esfuerzos de notificación, siéndole estimada su pretensión y reabriendo, entonces, los plazos para recurrir. Por ello, la falta de notificación debería limitarse solo respecto de aquellos familiares que hayan otorgado su representación al familiar notificado, sin perjuicio de la conveniencia de plantearse la limitación de los familiares que puedan ser considerados como víctimas indirectas a los efectos de esta ley”.

miento por no ser conveniente continuar la tramitación del expediente en interés del menor (art. 27.4 LORPM)⁶⁶.

El auto de sobreseimiento dictado por el Juez de Menores pone fin al procedimiento, por lo que frente al mismo cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, por los trámites previstos en la LECrim para el procedimiento abreviado.

La LORPM no prevé como se debe realizar dicha comunicación a la víctima, por lo que debemos estar a lo previsto en el art. 12.1 LEVD y el párrafo 2º del art. 636 LECrim⁶⁷, en virtud de los cuales el auto de sobreseimiento se comunicará a las víctimas del delito, en la dirección de correo electrónico que hubieran facilitado en el momento de ser informadas de sus derechos y, en su defecto, por correo ordinario a la dirección postal o domicilio que hubieran designado en ese mismo momento. Por tanto, se da preferencia al correo electrónico como vía de comunicación con las víctimas y, con carácter subsidiario, al correo ordinario. Incluso se prevé que excepcionalmente, si la víctima fuera un ciudadano residente fuera de la Unión Europea y no dispusiera de una dirección de correo electrónico o postal en la que realizar la comunicación, se remitirá la comunicación a la oficina diplomática o consular española en el país de residencia para que la publique.

Una vez transcurridos cinco días desde dicha comunicación, se considerará efectuada válidamente y, por tanto, producirá todos sus efectos y se iniciará el cómputo del plazo para recurrir. La víctima personada en el proceso penal de menores tendrá un plazo de 5 días para recurrir el auto de sobreseimiento (art. 41 LORPM). Pese al silencio de la LORPM sobre el plazo que tiene la víctima no personada para interponer dicho recurso, por aplicación supletoria de los arts. 636 *in fine* y 779.1.1^a *in fine* LECrim, entendemos que el plazo del que disponen las víctimas no personadas para recurrir el auto de sobreseimiento será de 20 días, Así, frente al plazo de cinco días del que disponen las partes personadas para recurrir el auto de sobreseimiento (art. 41 LORPM), a la víctima que no estuviera personada en el procedimiento se le concede un plazo de 20 días.

5.3. Fase de audiencia o de juicio oral

Como acabamos de mencionar, la víctima personada propondrá los medios de prueba de que intente valerse durante la fase de audiencia, en su escrito de alegaciones, adjuntando las listas de testigos y peritos que deban declarar a su instancia. No obstante, en el proceso penal de menores, la posibilidad de proponer prueba

⁶⁶ Según prevé el art. 27.4 LORPM, el Equipo Técnico puede proponer, al Ministerio Fiscal, la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor en dos supuestos: 1. Cuando se hubiera expresado suficientemente al menor el reproche que merece su conducta a través de los trámites ya practicados. Esto es, cuando se considera que el simple hecho de que el menor haya estado sometido al proceso de menores hasta este momento constituye un reproche suficiente; 2. Cuando resulte inadecuada cualquier intervención por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En este caso, debido a que ha pasado mucho tiempo desde que el menor cometió los hechos, el equipo técnico considera que carece de sentido llevar a cabo una actividad educativa.

⁶⁷ Redacción dada por la Disposición Final Primera. Quince LEVD.

no precluye con los escritos de alegaciones, ya que durante la comparecencia preliminar se podrá proponer la práctica de nuevas pruebas (art. 37.1 LORPM)⁶⁸.

La víctima personada intervendrá en los debates del juicio oral sosteniendo la pretensión penal y civil, si las hubiese ejercitado conjuntamente. Por tanto, intervendrá en toda la actividad probatoria que se practique durante los debates del juicio oral. En el caso de que la víctima hubiera ejercitado exclusivamente la acción civil, constituyéndose como actor civil, su intervención en el desarrollo de las sesiones del juicio oral se limitará a las actuaciones que sean necesarias para obtener la tutela de su derecho.

Además, en varias ocasiones la víctima interviene en el proceso únicamente en calidad de testigo. No cabe duda que su declaración tiene gran relevancia, pues se trata de la persona que ha percibido más directamente la comisión del delito y, además, en algunos supuestos es el único testigo⁶⁹.

A continuación, tras la práctica de la prueba, tiene lugar el informe oral de las partes, en el que la víctima personada informará sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas (art. 37.2 LORPM)⁷⁰.

⁶⁸ Como pone de relieve López Jiménez, R. (2008). Fase de audiencia o de juicio oral. Sentencia y recursos, en *Proceso Penal de Menores* (coord. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 257, las nuevas pruebas propuestas tienen que ser susceptibles de ser practicadas en el acto. Así, no cabe la admisión de nuevas pruebas, si no se van a poder practicar en el mismo acto de la audiencia.

⁶⁹ No entraremos a analizar la declaración de la víctima como testigo durante esta fase de audiencia al exceder del tema objeto de este trabajo y ser objeto a estudio en otro capítulo de esta obra. No obstante, consideramos importante subrayar que su testimonio, aunque sea único, ha sido considerado por reiterada jurisprudencia como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, independientemente de que la víctima-testigo se hubiera constituido en parte acusadora. En este sentido pueden consultarse, entre otras, SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 433/2018, de 28 de septiembre (RJ 2018/4611); núm. 312/2018, de 28 de junio (RJ 2018/3688); núm. 109/2018, de 7 de marzo (RJ 2018/713); núm. 6/2016, de 20 de enero (RJ 2016/19); núm. 355/2013, de 3 de mayo (RJ 2013/4648); núm. 705/2012, de 27 de septiembre (RJ 2012/9086); núm. 543/2008, de 23 de septiembre (RJ 2008/5596); núm. 817/2007, de 15 de octubre (RJ2007/6965); núm. 568/2007, de 26 de junio (RJ 2007/3959).

No obstante, se hace necesario subrayar que para que esta declaración goce de credibilidad como prueba de cargo se exige la concurrencia de tres requisitos: En primer lugar, el valor probatorio de la prueba testifical va a depender de la credibilidad del testigo-víctima, que será apreciada por el órgano judicial decisor. Esta credibilidad está directamente relacionada con la ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones previas entre el acusado y la víctima, que pongan de relieve un posible móvil de resentimiento, enemistad o venganza que impida que la declaración sea apta para la formación de la convicción inculpatoria; En segundo lugar, es necesario que el testimonio esté corroborado por otros datos objetivos obrantes en el proceso, que le otorgan validez probatoria, como por ejemplo, los informes periciales; Por último, debe existir una persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades o contradicciones.

Así lo viene exigiendo la jurisprudencia en doctrina consolidada. Pueden consultarse, entre otras, SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 355/2013, de 3 de mayo (RJ 2013/4648); núm. 485/2008, de 14 de julio (RJ 2008/4656); núm. 858/2007, de 22 de octubre (RJ 2007/7855); núm. 817/2007, de 15 de octubre (RJ2007/6965); núm. 412/2007, de 16 de mayo (RJ 2007/3140); SSTS (Sala de lo Penal) núm. 2006/623, de 1 de junio (RJ 2006/5606); núm. 1422/2005, de 2 de febrero (RJ 2005/4969); núm. 1422/2004, de 2 de febrero (RJ 2005/1131); núm. 1169/2004, de 18 de octubre (RJ 2005/781).

⁷⁰ Antes de la reforma operada por la LO 8/2006, la víctima personada no podía realizar ninguna manifestación sobre la procedencia de las medidas propuestas para el menor. Sin embargo, tras la reforma, si podrá opinar sobre la conveniencia de dichas medidas.

Finalmente, una vez dictada sentencia, el art. 25.i) LORPM prevé la posibilidad de que la víctima personada en el proceso penal de menores interponga los recursos procedentes de acuerdo a la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Paz, E. (1924). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Reus, Madrid.
- Aragoneses Alonso, P. (1981). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid.
- Arnaiz Serrano, A. (2006). *Partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Cortés Domínguez, V. (2021). *Derecho Procesal Penal*, (con Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia.
- De la Rosa Cortina, J. M. (2004). La acusación particular y proceso penal de menores, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 12.
- Díaz-maroto y Villarejo, J. (2000). Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios: el art. 296 del Código Penal, *La Ley*, núm. 7 (<http://diario-laley.laley.es/>).
- Díaz Martínez, M. (2007). El Ministerio Fiscal «Director de la Investigación», en el Proceso Penal de Menores, en *El Ministerio Fiscal-Director de la Investigación* (dir. Gimeno Sendra), Iustel, Madrid.
- Díez Riaza, S. y Gisbert Pomata, M. (2017). La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia, en *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia* (coord. Martínez García), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- Escusol Barra, E. (1997). *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*, Colex, Madrid.
- Etxeberria Guridi, F. (2018). La tutela y participación de la víctima en el proceso penal, en *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (coord. Varona Martínez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- Faraldo Cabana, P. (2015). *Los delitos societarios. Incluye la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Fenech Navarro, M. (1982). *El proceso penal*, Madrid.
- Fernández Fustes, M. D. (2004). *La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Font Serra, E. (1991). *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento Procesal*, La Ley, Madrid.
- García-Rostán Calvín, G. (2007). *El proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- Gimeno Sendra, V. (2000). *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, T. 2.
- Gimeno Sendra, V. (2019). *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra.
- Gómez Colomer, J. L. (2021). *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, (con Barona Vilar, Esparza Leibar, Etxeberria Guridi, Martínez García y Planchadell Gargallo), Tirant lo Blanch, Valencia.

- Gómez Colomer, J. L. (2015). *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- Gómez Orbaneja, E. (1987). *Derecho Procesal Penal*, (con Herce Quemada), Madrid.
- Gómez Orbaneja, E. (1951). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona.
- González Pillado, E. (2008). Medidas cautelares, en *Proceso Penal de Menores* (coord. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia.
- Grande Seara, P. (2008). Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción, en *Proceso Penal de Menores* (coord. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ibáñez López-Pozas, F. (1993). *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, Dykinson, Madrid.
- Libano Beristain, A. (2011). *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, Bosch, Barcelona.
- Libano Beristain, A. (2013). La persona agraviada en las infracciones penales perseguibles a instancia de parte. Especial consideración a la víctima menor o incapaz en la incoación del proceso penal, en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* (dir. De Hoyos Sancho), Tirant lo Blanch, Valencia.
- Libano Beristain, A. (2010). La incoación del proceso penal por infracciones perseguibles a instancia de parte con víctima especialmente vulnerable: la intervención del Ministerio Fiscal, en *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (coord. Armenta Deu y Oromí Vall-Llovera), Editorial Colex, Madrid.
- López Jiménez, R. (2008). Fase de audiencia o de juicio oral. Sentencia y recursos, en *Proceso Penal de Menores* (coord. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia.
- Martínez Arrieta, A. (1993). La entrada en el proceso de la víctima, en *La victimología*, CDJ, CGPJ.
- Martín Ríos, M. P. (2006). La víctima en el proceso penal de menores español (Especial referencia a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre), *Anuario de justicia de menores*, núm. 6, 57-76.
- Montero Aroca, J. (2018). *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, (con Gómez Colomer, Barona Vilar, Esparza Leibar y Etxeberría Guridi), Tirant lo Blanch, Valencia.
- Moreno Catena, V. (2000). *El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. III.
- Moreno Catena, V. (2021). *Derecho Procesal Penal*, (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia.
- Planchadell Gargallo, A. (2015). La víctima en el nuevo Código procesal penal desde la perspectiva de las exigencias europeas, en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (dir. Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia.
- Revilla González, J. A. (2008). La víctima y el menor infractor, en *Proceso Penal de Menores* (coord. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia.
- Sole Riera, J. (1997). *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2015). Los derechos de las víctimas, en *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015* (coord. Tamarit Sumalla), Tirant lo Blanch, Valencia.

- Tinoco Pastrana, A. (2005). La víctima en el proceso penal de menores, *La Ley*, año XXVI, núm. 6202 (<http://diariolaley.laley.es>).
- Torres Rosell, N. (1991). *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid.

CAPÍTULO IV

LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

PABLO GRANDE SEARA
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Vigo*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA DE CARGO. 3. GARANTÍAS DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. 3.1. Evaluación de las necesidades de protección de la víctima. 3.2. Medidas de protección aplicables a la declaración de la víctima. 3.2.1. *Medidas de protección aplicables a la declaración de todas las víctimas.* 3.2.2. *Medidas de protección aplicables a la declaración de las víctimas con necesidades especiales de protección.* 3.2.3. *Medidas de protección aplicables a la declaración de las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección.* 3.3. La preconstitución de la testifical de la víctima menor de edad. 4. LA EXENCIÓN DEL DEBER DE DECLARAR DE LA VÍCTIMA EXART. 416 LECRIM.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, a la denominada victimización primaria que sufre la víctima de un hecho delictivo como consecuencia del mismo, y que consiste en los daños o perjuicios personales, patrimoniales y/o morales que le ocasiona, se le une, habitualmente, la llamada «victimización secundaria», que es la expresión acuñada para referirse a los daños o efectos nocivos, principalmente psicológicos (situaciones de estrés, angustia, depresión o miedo), derivados de su contacto con el sistema policial y procesal penal¹. Tales efectos nocivos se ponen de manifiesto, en particular, a la hora de realizar determinadas actuaciones ante las instancias

¹ Sobre el concepto de “victimización secundaria”, vid., Sempere Faus, S. (2020). La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º. 13, pp. 879-881; Idem. (2019). La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria, *Revista General de Derecho Procesal*, 48, pp. 8-10; o Villacampa Estiarte, C. (2005). Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, n.º 16, p. 266. (<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2005-16-3090&dsID=PDF>).

policiales y judiciales, tales como la necesidad de identificar al investigado o de reconstruir los hechos; al tener que someterse a exámenes médicos; la necesidad de asistir al juicio en el que en ocasiones recibe un trato agresivo por parte del abogado defensor; el indebido tratamiento informativo del caso, con la publicación de datos y circunstancias relativas a la vida privada de la víctima; y, muy especialmente, al tener que soportar en diferentes momentos y ante diferentes instancias y personas reiterados interrogatorios, que le obligan a revivir la experiencia traumática sufrida, y en los que muchas veces se cuestiona su credibilidad.

En este sentido, cabe recordar que la declaración de la víctima es una de las diligencias de investigación y, en su caso, una de las pruebas más comunes y relevantes que se practican en el proceso penal, e incluso a veces la única prueba directa de la que se dispone. Tal es así que, conforme a una jurisprudencia consolidada, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, cuando concurren determinados requisitos que luego analizaremos², este testimonio de la víctima puede llegar a ser, por sí solo, prueba de cargo bastante para desvirtuar la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia de condena, en particular, en los delitos en que se aprovecha un ámbito de clandestinidad para su comisión (por ejemplo, delitos de carácter sexual o de violencia de género). Pero, como apunta Villacampa Estiarte, es precisamente esta trascendencia como prueba de cargo de la que se ha dotado a la declaración de la víctima, incluso la prestada por los menores de edad, su punto débil, ya que 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. Se trata de un momento propicio tanto para que la víctima se sienta intimidada por el hecho de tener que declarar frente al juez o tribunal, como para que el abogado del investigado o acusado, en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa, intente hacer dudar al juzgador sobre la verosimilitud de tal testimonio. Por ello, la condición de víctima del declarante debiera tomarse en consideración para dotar a su testifical de

² Podemos anticipar que tales requisitos han sido sistematizados por la jurisprudencia del siguiente modo: a) *ausencia de incredibilidad subjetiva*, es decir, ausencia en la víctima declarante de un móvil de resentimiento, enemistad, o ánimo de venganza frente al investigado o de la intención de obtener ciertas ventajas procesales; b) *verosimilitud*, esto es, que el testimonio de la víctima sea coherente y venga avalado por algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo sobre la existencia del hecho; y c) *persistencia y firmeza en la incriminación*, lo que implica que ésta ha de ser prolongada en el tiempo, sin incurrir en ambigüedades ni contradicciones, y que exista una conexión lógica entre las distintas partes del relato de la víctima. Vid., entre otras, SSTS 65/2007, de 5 de febrero (RJ 2007/1459); 310/2007, 2 de abril (RJ 2007/2855); 725/2007, de 13 de septiembre (RJ 2007/6962); 1033/2009, de 20 de octubre (RJ 2009/7781); 672/2011, de 29 de junio (RJ 2011/5227); 1016/2012, de 20 de diciembre (RJ 2013/1646); 609/2013, de 10 de julio (RJ 2013/7723); 21/2014, de 29 de enero (RJ 2014/523); 210/2014, de 14 de marzo (RJ 2014/2024); 57/2015, de 5 de febrero (RJ 2015/328); 540/2015, de 24 de septiembre (RJ 2015/4026); 92/2016, de 17 de febrero (RJ 2016/588); 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868). Vid., asimismo, SSTC 64/1994, de 28 de febrero (RTC 1994/64); 16/2000, de 31 de enero (RTC 2000/16); 195/2002, de 28 de octubre (RTC 2002/195); 347/2006, de 11 de diciembre (RTC 2006/347); o ATC 175/2007, de 27 de febrero (RTC 2007/175).

un régimen probatorio específico si se quiere evitar la tan temida victimización secundaria³.

Pese a ello, hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (EVD)⁴, no existían en nuestro ordenamiento previsiones legales específicas reguladoras de las condiciones en las que se debía recibir declaración a la víctima, sino que ésta era llamada a declarar como un testigo más. Sólo se fueron contemplando de modo aislado y disperso algunas medidas tendentes a salvaguardar el bienestar del testigo, o de algunos tipos de testigos, como los menores de edad, y de las que por extensión se podía beneficiar, en su caso, el testigo-víctima, pudiendo destacarse las siguientes:

- a. La exención del deber de declarar que se reconoce a los testigos que tengan con el investigado o acusado una determinada relación de parentesco (ascendientes, descendientes, cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la conyugal, hermanos consanguíneos o uterinos y colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil) (arts. 416.1 y 707.I LECrim).
- b. La posibilidad de evitar la confrontación visual del testigo menor de edad con el investigado o acusado, mediante la utilización de medios técnicos y audiovisuales (arts. 448 y 707 LECrim).
- c. La prohibición general de celebrar careos con testigos menores de edad (arts. 455 y 713 LECrim); y de tomarles juramento o promesa de decir verdad a los testigos menores de 14 años (art. 433.II y 706 LECrim).
- d. La posibilidad de preconstruir la prueba testifical en los supuestos previstos en los arts. 448.I, 777.2 y 797.2 LECrim.
- e. La posibilidad de que la declaración del testigo se practique a través de videoconferencia, en los términos regulados en los arts. 325 y 731 bis LECrim.
- f. Finalmente, las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que sean aplicables en relación con su declaración en el proceso.

Tal situación parece cambiar con la aprobación del referido EVD, que, en palabras de su propio Preámbulo (apdo. III), «tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos»; y cuya finalidad es «ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello

³ Vid., Villacampa Estiarte, C. (2005). Víctima menor de edad y proceso penal..., op. cit., págs. 277 a 279.

⁴ Recordemos que con esta Ley se transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

con independencia de su situación procesal» (apdo. I). Además, en su art. 2, el EVD delimita su ámbito subjetivo, precisando el concepto de víctima a estos efectos, y dando cabida en el mismo a las denominadas víctimas directas e indirectas⁵.

Como señala Arrom Loscos, se trata de una norma que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, dota de nombre y contenido como tal al Estatuto de la víctima del delito, acabando con la situación de dispersión normativa, al regular sistemáticamente el conjunto de derechos, medidas y mecanismos de protección que asisten a las víctimas⁶; y destaca en ella la gran preocupación del legislador por preservar a las víctimas del daño añadido que a éstas les genera el contacto con las instancias policiales y judiciales, y en especial, el que se puede derivar de la necesidad de prestar declaración o testificar en el juicio.

Buena muestra de ello es que el art. 19 EVD, con el que se inicia el Título III (“Protección de las víctimas”), al proclamar genéricamente el «Derecho de las víctimas a la protección», impone a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar y proteger adecuadamente la vida, la integridad, la libertad, la seguridad, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad y la dignidad de la víctimas y de sus familiares, «particularmente, cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio». De tal proclamación ya se puede intuir que buena parte de las medidas de protección que se contemplan en los artículos siguientes del EVD, y que se deben adoptar en función de las necesidades individualizadas de cada víctima, se dirigen a evitar la victimización secundaria o reiterada que puede sufrir ésta con ocasión de su declaración en el proceso⁷.

Por ello, a continuación, tras una breve referencia al relevante papel que puede jugar la declaración de la víctima como prueba testifical de cargo, en particular, cuando es la única prueba directa de la que se dispone, analizando los crite-

⁵ Recordemos que el art. 2 EVD establece que, «Las disposiciones de esta Ley serán aplicables: a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos: 1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. 2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima».

⁶ Arrom Loscos, R. (2015). La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Riedpa.com. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 3, p. 14 (<http://riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA31501.PDF>).

⁷ Vid., Gómez Colomer, J.L. (2015). ¿Es necesaria una reforma de los derechos de la víctima en el proceso penal español?. *Cuadernos de Derecho Penal*, p. 48.

rios de valoración fijados al respecto por el Tribunal Supremo, que determinan su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia, pasaremos a examinar las garantías o “medidas de protección”, como las denomina el EVD, que han de rodear dicha declaración para evitarle a la víctima los nocivos efectos de la victimización secundaria. Como veremos, el EVD regula a estos efectos tres niveles de garantías en función de las necesidades de protección de la víctima, que se han de determinar a partir de su evaluación individualizada.

Finalmente, nos detendremos en el estudio de dos medidas de protección de las que, en ciertos casos, se puede beneficiar la víctima a la hora de prestar declaración y que, aunque obedecen a fundamentos muy distintos, resultan particularmente efectivas para reducir el riesgo de victimización secundaria. Nos referimos a la posibilidad de preconstituir la testifical de la víctima menor de edad, evitando con ello la necesidad de reiterar su interrogatorio en la vista del juicio oral; y a la posibilidad de acogerse a la exención del deber de declarar por razón de parentesco, prevista en el art. 416.1 LECrim. Como veremos, son dos cuestiones que han suscitado una amplia controversia y sucesivos cambios de criterio jurisprudencial, y sobre las que, recientemente, el legislador ha querido aportar seguridad jurídica, modificando su regulación en la LECrim con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Conviene señalar, por último, que lo que aquí se diga en relación con las cuestiones apuntadas, si bien se basa en la regulación prevista en la LECrim, y por tanto, referida al proceso penal de adultos, es perfectamente aplicable a la declaración de la víctima en el proceso penal de menores, pues, como se establece en la Disposición final primera de la LORPM, en lo no regulado expresamente en esta ley, se aplican supletoriamente las previsiones de la LECrim. Además, resultan particularmente interesantes las especificidades previstas para la declaración de la víctima menor de edad, por cuanto es muy frecuente que, en el proceso penal de menores, también la víctima sea menor de edad.

2. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA DE CARGO

Como ya apuntamos, la declaración de la víctima es una de las diligencias de investigación y, en su caso, una de las pruebas más comunes y relevantes que se practican en el proceso penal, en particular, cuando se trata de procesos por delitos en los que el autor aprovechó un ámbito de clandestinidad o privacidad para su comisión, tales como los delitos de carácter sexual o de violencia de género. La experiencia demuestra que este tipo de acciones delictivas suelen realizarse en el ámbito de la intimidad familiar, sin testigos (o con testigos de muy corta edad o exentos de la obligación de declarar por sus vínculos con el agresor), y en muchas ocasiones, sin partes médicos que dejen constancia de los daños ocasionados a la

víctima. De ahí que, por la dinámica de perpetración y la propia naturaleza del hecho, sea frecuente que la declaración de la víctima constituya la única prueba de cargo directa de la que se dispone para acreditar la comisión del hecho y su autoría.

A este respecto, cabe recordar que, de acuerdo con una jurisprudencia consolidada, la declaración de la víctima tiene la consideración procesal de prueba directa, no indiciaria; y, además, es admitida como prueba testifical de cargo, siempre que se practique con las debidas garantías, y se haya introducido en el juicio oral, a efectos de su valoración por el juzgador, con arreglo a los principios de inmediación, publicidad y contradicción⁸. Pero no podemos perder de vista que la víctima no es un testigo más, es decir, un tercero ajeno al proceso y a los hechos, sino que es la persona que ha sufrido las consecuencias nocivas del delito⁹; y, por ello, la valoración probatoria de su declaración debe ser objeto de especial cuidado¹⁰, y especialmente en estos supuestos en los que sea la única prueba de cargo, y tal declaración sea contradictoria con la del acusado u otros testigos presentados por la defensa.

En este sentido, nuestra jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, se ha venido pronunciando afirmativamente sobre la idoneidad y suficiencia de la declaración de la víctima para desvirtuar la pre-

⁸ Vid. STS 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868).

⁹ En este sentido, la STS 282/2018, de 13 de junio (RJ 2018/3021), lamenta la oportunidad perdida que supuso la aprobación del EVD para habilitar una especial y privilegiada posición de la víctima del delito en el proceso penal, modificando su posición procesal al margen, o por encima, de la mera situación procesal de “testigo” dentro de los medios de prueba. En el mismo sentido, STS 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868).

¹⁰ En este sentido, la STS 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868) señala que es posible que el órgano enjuiciador avale su convicción en la versión de la víctima, pero a tal efecto desgana detalladamente los factores que debe tener en cuenta en su proceso valorativo de la credibilidad y verosimilitud de su declaración, destacando los siguientes: «1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa. 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa. 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal. 4.- “Lenguaje gestual” de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal. 5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble. 6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos. 7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos. 8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad. 9.- La declaración no debe ser fragmentada. 10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficia acerca de lo ocurrido. 11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica». Pero es posible que la víctima padezca una situación de temor o “revictimización” por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y ante el órgano instructor, por ello el tribunal enjuiciador también debe tener en cuenta estos otros factores en su proceso valorativo: «1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración. 2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido. 3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas. 4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración. 5.- Deseo al olvido de los hechos. 6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración».

sunción de inocencia y fundamentar una sentencia de condena, incluso cuando sea la única prueba de cargo¹¹. Pero, aun así, descarta que pueda ser considerada como una prueba testifical privilegiada¹², y que goce en cualquier caso de presunción de veracidad¹³. Sostiene el TS que la declaración de la víctima puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, pero ello no significa que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar la presunta certeza de la acusación formulada¹⁴.

Como destaca en su sentencia 269/2014, de 20 de marzo, en estos casos, se produce una «situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia»¹⁵; y, por ello, para atribuir tal valor probatorio a la declaración de la víctima, la jurisprudencia viene exigiendo que su valoración por el tribunal enjuiciador se sustente en la cuidadosa ponderación de ciertos criterios o parámetros orientativos que están encaminados a constatar que no existen razones

¹¹ Esta tesis ya la justifica la STS 409/2004, de 24 de marzo (RJ 2004/2812), declarando que «nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad».

¹² Vid., STS 3/2015, de 20 de enero (RJ 2015/454), en la que declara que «El tribunal de instancia cita cierta jurisprudencia de la que se desprende el criterio de que, en aquellos casos en los que la acción delictiva hubiera tenido lugar entre dos personas, sin ser percibida por nadie, habrá que atribuir especial relevancia probatoria al testimonio de la posible víctima, para evitar situaciones de impunidad. Esto, con el argumento de cierre de que nadie debe padecer el perjuicio de que hechos así transcurran en la clandestinidad. Pero es un modo de razonar que no puede admitirse, primero, por la elemental razón de que un sistema de enjuiciamiento fundado en la libre convicción del juzgador a partir de racional examen del cuadro probatorio es rigurosamente incompatible con la existencia de pruebas privilegiadas, como las que constelaron el proceso penal del Ancien Régime. En segundo término, porque en el “nadie” llamado a sufrir las consecuencias de que ciertos actos delictivos acontezcan en la clandestinidad, hay que incluir, en primerísimo término, al imputado, cuyo derecho a la presunción de inocencia no puede padecer por semejante causa. Y, en fin, porque en la vigente disciplina constitucional del proceso, la única forma legítima de evitar la impunidad pasa por despejar probatoriamente cualquier duda razonable acerca de la identidad del autor del delito».

¹³ Vid., SSTS 282/2018, de 13 de junio (RJ 2018/3021) y 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868).

¹⁴ STS 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868).

¹⁵ STS 269/2014, de 20 de marzo (RJ 2014/1920). Declara el TS en esta sentencia que «la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose el grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario». En el mismo sentido, SSTS 1346/2002, de 18 de julio (RJ 2002/8626); y 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868).

objetivas que puedan hacer dudar de la veracidad de lo que sostiene la víctima¹⁶. Pero matiza que no se trata de condiciones objetivas de la validez de la prueba, sino de criterios o parámetros a tener en cuenta por el juzgador al valorar el testimonio de la víctima, delimitando así el cauce a seguir para realizar una valoración verdaderamente razonable y controlable casacionalmente. Tales criterios o pautas orientativas son los siguientes¹⁷:

a.- Ausencia de incredibilidad subjetiva. A la hora de valorar tal criterio son relevantes dos aspectos. Por una parte, las propias características físicas o psicoorgánicas de la víctima, en particular, su grado de desarrollo y madurez o la incidencia de posibles trastornos mentales, discapacidad psíquica o enfermedades como psicopatías, el alcoholismo o la drogadicción; y, por otra, la inexistencia de motivos o móviles espurios, que hagan sospechar que la declaración inculpatoria de la víctima viene motivada por razones de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento o interés de cualquier índole (por ejemplo, la obtención de ventajas procesales en otro procedimiento pendiente contra el acusado, como puede ser un proceso de divorcio) que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre¹⁸.

Pero conviene matizar que tales sentimientos han de vincularse a hechos distintos de los que son objeto de enjuiciamiento, pues es perfectamente lógico que tales sentimientos puedan aflorar a raíz estos concretos hechos, sin que ello suponga un deterioro del valor de convicción. Así, se ha subrayado la necesidad de valorar con prudencia este requisito en los supuestos de violencia de género, pues tampoco se puede exigir a la víctima un sentimiento de solidaridad o de total indiferencia con su agresor¹⁹.

¹⁶ Vid., Gonzalo Rodríguez, M^a.T. (2020). La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 51, p. 126.

¹⁷ Vid., SSTS 65/2007, de 5 de febrero (RJ 2007/1459); 310/2007, 2 de abril (RJ 2007/2855); 725/2007, de 13 de septiembre (RJ 2007/6962); 1033/2009, de 20 de octubre (RJ 2009/7781); 672/2011, de 29 de junio (RJ 2011/5227); 1016/2012, de 20 de diciembre (RJ 2013/1646); 609/2013, de 10 de julio (RJ 2013/7723); 21/2014, de 29 de enero (RJ 2014/523); 210/2014, de 14 de marzo (RJ 2014/2024); 57/2015, de 5 de febrero (RJ 2015/328); 540/2015, de 24 de septiembre (RJ 2015/4026); 92/2016, de 17 de febrero (RJ 2016/588); 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868). Sobre estos requisitos, vid., Beltrán Montoliu, A. (2018). Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim: evolución jurisprudencial, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.º 19, pp. 24-27; Gómez Colomer, J.L. (2007). *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, pp. 201-204; Gonzalo Rodríguez, M^a.T. (2020). La declaración de la víctima de violencia de género..., op. cit., págs. 126 a 128; Sibony, R., M^a.A. Serrano Ochoa, M^a.A., Reina Toranzo, O. (2011). La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género, *Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales*, pp. 5-9 (<http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201104-23789125647522.html>).

¹⁸ Vid., STS 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868). A este respecto, puntualiza Gonzalo Rodríguez ("La declaración de la víctima de violencia de género...", op. cit., p. 126) que debe huirse de criterios apriorísticos de negación o cuestionamiento de dicha credibilidad en casos como cuando la víctima haya entablado un procedimiento de separación o divorcio; cuando no haya denunciado de forma inmediata; cuando, pese a la gravedad de los hechos, mantenga la convivencia con el acusado; o cuando haya solicitado medidas civiles en el marco de una orden de protección, o responsabilidad civil en el ámbito de las diligencias urgentes.

¹⁹ Vid., SSTS 672/2011, de 29 de junio (RJ 2011/5227) o 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868).

b.- Verosimilitud del testimonio. Supone que la declaración de la víctima debe ser lógica en sí misma, no insólita u objetivamente inverosímil por su propio contenido; y, además, que la realidad del hecho relatado pueda venir avalada por otras corroboraciones objetivas que obran en el proceso, tales como informes médicos sobre las lesiones sufridas, informes psicológicos, las declaraciones de testigos de referencia, etc., que, aunque no se refieran directamente al hecho delictivo objeto del proceso, puedan confirmar la verosimilitud del testimonio de la víctima²⁰.

Con todo, también se matiza que esta segunda exigencia debe ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración, puesto que el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica por las circunstancias concurrentes en el propio hecho²¹.

c.- Persistencia en la incriminación. Implica que el testimonio incriminatorio de la víctima se debe mantener en el tiempo sin incurrir en retractaciones, ambigüedades o contradicciones en sus aspectos fundamentales²². En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que este requisito viene conformado por tres elementos: a) la ausencia de modificaciones o contradicciones en las sucesivas declaraciones de la víctima; b) la concreción del propio testimonio, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades; y c) la coherencia del relato de la víctima, manteniendo una conexión lógica entre sus diversas partes²³.

No obstante, la jurisprudencia y la doctrina también han matizado que, estos tres elementos que acabamos de analizar no han de considerarse como “requisitos”, de modo que tuvieran que concurrir todos conjuntamente para que el órgano enjuiciador pueda dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo, sino que, como dijimos, se trata de pautas de valoración a las que el Juez deberá atender para acertar en su valoración de la prueba, debiendo efectuar en todo caso una valoración racional y en conciencia²⁴.

²⁰ Vid. SSTS 1033/2009, de 20 de octubre (RJ 2009/7781); 1016/2012, de 20 de diciembre (RJ 2013/1646) y 57/2015, de 5 de febrero (RJ 2015/328). Así se exige «la ineludible concurrencia de algún dato ajeno y externo a la persona del declarante y a sus manifestaciones que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, sirva al menos de ratificación objetiva a la versión de quien se presenta como víctima del delito».

²¹ Vid., STS 140/2004, de 9 de febrero (RJ 2004/543); y ATS 1252/2004, de 23 de septiembre (JUR 2004/280952).

²² Señala la STS 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868), que la incriminación debe ser «prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad».

²³ Vid., ATS 1252/2004, de 23 de septiembre (JUR 2004/280952).

²⁴ Vid., STS 119/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/868). En la doctrina, vid., Sibony, R.; M^a.A. Serrano Ochoa, M^a.A., y Reina Toranzo, O. (2011). La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar..., op. cit., pág. 8.

3. GARANTÍAS DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

3.1. Evaluación individualizada de las necesidades de protección de la víctima

Aunque el EVD tiene un carácter generalizador, dada su vocación de ser el catálogo general de los derechos de todas las víctimas de delitos, asume la existencia de diversas tipologías de víctimas en función de sus necesidades específicas de protección, que deben ser evaluadas individualmente conforme a lo previsto en los arts. 23 y 24 EVD. Esta evaluación individual implica, como señala Serrano Masip, que la protección no recae sobre estereotipos de víctimas, sino sobre personas concretas con problemas y necesidades específicos²⁵.

Los factores a tomar en consideración en esta evaluación individual son, especialmente, las características personales de la víctima (en particular, su edad, la existencia de alguna discapacidad, la posible relación de dependencia con el investigado, o su especial vulnerabilidad); la naturaleza y circunstancias del delito, en particular, si se trata de delitos violentos; la gravedad de los perjuicios causados; y el riesgo de reiteración delictiva (art. 23.2 EVD)²⁶.

La competencia para evaluar a la víctima a fin de determinar sus necesidades de protección depende de la fase del proceso en la que nos encontremos. Así, durante la fase de investigación del delito, la competencia le corresponde al Juez de Instrucción o al de Violencia sobre la Mujer; sin perjuicio de la evaluación provisional que deben realizar el Fiscal, en sus diligencias de investigación o en los procesos regidos por la LORPM, o los funcionarios de policía que actúan en la fase inicial de las investigaciones (arts. 24.1.a) EVD y 30.1 RD 1109/2015). Y, cuando la víctima acuda a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, éstas también realizarán una evaluación individualizada (arts. 28.2 EVD y 30.2 RD 1109/2015), tras la cual podrán emitir un informe con el consentimiento previo e informado de la víctima, que será remitido con carácter reservado a la autoridad judicial o fiscal competente para adoptar las medidas de protección que procedan. A su vez, durante la fase de enjuiciamiento, la evaluación de las necesidades de protección de la víctima le corresponde al Juez o Tribunal competente para conocer de la causa (art. 24.1.b) EVD).

La resolución que se adopte sobre las necesidades de protección de la víctima ha de estar debidamente motivada y debe reflejar las circunstancias que han

²⁵ Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección de las víctimas. *La Víctima del Delito y las Últimas Reformas Procesales Penales* (Dir. De Hoyos Sancho, M.), Thomson Reuters Aranzadi, p. 140.

²⁶ Sobre estos criterios de evaluación individual de las necesidades de protección de las víctimas, vid., ampliamente, Luaces Gutiérrez, A. I. (2016). Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, n.º. 15, pp. 146-151. (http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2016-15-5015/Derechos_ley4_abril.pdf).

sido valoradas para su adopción. Y tal evaluación ha de mantenerse actualizada durante todo el proceso, de modo que, cualquier modificación relevante de las circunstancias en que se hubiera basado determinará una revisión de la misma y, en su caso, la modificación de las medidas de protección que se hubiesen acordado para adaptarlas a las nuevas necesidades de protección (art. 24.5 EVD).

Pues bien, a partir del resultado de esta evaluación individual, que permite identificar y cuantificar los perjuicios que para una concreta víctima pueden derivarse del proceso, se aplicarán unas medidas de protección u otras, sistematizándose éstas en tres niveles diseñados tanto en función de la vulnerabilidad de las víctimas como de la potencialidad de las medidas para restringir los derechos procesales del investigado o acusado²⁷.

Así, en un primer nivel básico, se incluyen derechos y medidas de protección que le corresponden a cualquier víctima con independencia de su grado de vulnerabilidad. En el segundo nivel, se incluyen medidas que protegen más intensamente a la víctima, y correlativamente tienen mayor incidencia en los derechos procesales del encausado, por lo que solo se adoptan cuando se advierta que la víctima tiene necesidades especiales de protección. Y, finalmente, en el tercer nivel, se incluyen las medidas previstas para las víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección; se trata de medidas que limitan todavía más los derechos procesales del encausado, pero que responden a la mayor predisposición de estas víctimas a sufrir perjuicios derivados de su participación en el proceso. Por tanto, todas las víctimas deben ser objeto de esta evaluación individualizada, pero la adopción de las medidas del segundo y tercer nivel queda subordinada al resultado de tal evaluación, ya que sólo se aplicarán a las víctimas que revelen necesidades especiales de protección²⁸.

3.2. Medidas de protección aplicables a la declaración de la víctima

3.2.1. Medidas de protección aplicables a la declaración de todas las víctimas

En este primer nivel de protección, el art. 21 EVD establece las condiciones en las que se debe recibir declaración a las víctimas durante la investigación penal, siempre que ello no perjudique la eficacia del proceso. Tal declaración ha de recibirse sin dilaciones injustificadas²⁹, el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal.

²⁷ Vid., Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección de las víctimas..., op. cit., p. 140-141.

²⁸ Vid., Tinoco Pastrana, A. (2015). El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección, *Processo penale e giustizia*, n.º 6, p. 3 (<https://core.ac.uk/download/pdf/132454509.pdf>).

²⁹ Cabe destacar que, en este punto, el art. 21.a) EVD omite la referencia a la presentación de la denuncia que contenía el art. 20.a) de la Directiva. Por ello, debe entenderse que se le ha de recibir declaración a la víctima sin dilaciones injustificadas cualquiera que sea la forma en que se inicie la investigación penal (vid., Tinoco Pastrana, A., "El Estatuto español de la víctima del delito...", op. cit., pp. 8-9).

Si bien se observa, los términos tan imprecisos empleados por el legislador en la definición de estas medidas llevan a pensar que estamos más bien ante una declaración de principios que ante un verdadero reconocimiento de derechos de la víctima. Además, su aplicación efectiva queda condicionada a que «no perjudique la eficacia del proceso», lo que constituye otro concepto jurídico indeterminado que deberá concretar en cada caso la autoridad encargada de la investigación, pudiendo apartarse en su caso de estas directrices. A tal efecto, señala Serrano Masip, que esta decisión de la autoridad competente deberá fundarse en el principio de proporcionalidad, valorando hasta donde pueden restringirse los derechos de las víctimas en orden a lograr el éxito de la investigación penal³⁰.

A las citadas medidas se añade que, durante la declaración, la víctima podrá estar acompañada, además de por su representante procesal y en su caso por el representante legal, por una persona de su elección, salvo que el funcionario o autoridad encargada de la práctica de la diligencia acordase lo contrario de forma motivada para garantizar su correcto desarrollo (art. 21.c) EVD). Para el reconocimiento de este derecho, el apdo. 11 de la Disposición final primera del EVD modifica el art. 433 LECrim, disponiendo en su apartado tercero que este derecho solo se puede restringir por resolución motivada del Juez de Instrucción cuando sea necesario para garantizar el correcto desarrollo de la investigación. Si la víctima lo necesitase, esta función de acompañamiento durante sus declaraciones y a lo largo del proceso también la pueden realizar las Oficinas de Asistencia a las Víctimas (arts. 19.9, 22.a) y 28.g) RD 1109/2015).

Por lo demás, aunque, como es lógico, el EVD no los configure como medidas de protección, sino como derechos básicos de la víctima, también resultan esenciales para evitar la victimización secundaria que se puede producir con ocasión de su declaración en el proceso tanto el derecho a entender y ser entendida, como la asistencia de traductor y/o intérprete a las víctimas que no hablen o no entiendan el castellano o la lengua oficial que se utilice en la actuación de que se trate, y a aquellas que tengan limitaciones auditivas o de expresión oral.

En relación con el primero, el art. 4 EVD dispone que todas las comunicaciones orales o escritas con las víctimas se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y, especialmente, su discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad. Además, se les facilitará la asistencia y apoyos necesarios para hacerse entender ante las autoridades, incluyendo la interpretación en lenguas de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva o sordociegas.

A su vez, conforme al art. 9.1 EVD, cuando se les reciba declaración en la fase de investigación o deban declarar como testigos en el juicio las víctimas que no hablen o no entiendan el castellano o la lengua oficial que se utilice en la actua-

³⁰ Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección de las víctimas..., op. cit., p. 147.

ción de que se trate, se les proporcionará gratuitamente la asistencia de un intérprete que hable una lengua que comprendan.

3.2.2. *Medidas de protección aplicables a la declaración de las víctimas con necesidades especiales de protección*

Si, tras la evaluación individual que se le realice conforme a los arts. 23 y 24 EVD, se advierte que la víctima presenta necesidades especiales de protección, además de las medidas anteriores, integradas en el estándar de protección básico, se le puede prestar una protección reforzada, que comprende las medidas previstas en el art. 25 EVD³¹, que distingue entre medidas que se pueden adoptar en la fase de investigación y aquellas que se pueden adoptar en la fase de enjuiciamiento.

Así, durante la fase de investigación, a la víctima se le debe recibir declaración en dependencias especialmente concebidas a tal fin (art. 25.1.a) EVD); y por profesionales, o con su ayuda, que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima (art. 25.1.b) EVD). Además, todas las tomas de declaración a una misma víctima han de realizarse por la misma persona (art. 25.1.c) EVD). Y, tratándose de víctimas de violencia de género, o de delitos contra la libertad o indemnidad sexual o de víctimas de trata con fines de explotación sexual, la toma de declaración se debe llevar a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando así lo solicite (art. 25.1.d) EVD). No obstante, la adopción de estas dos últimas medidas se excepciona cuando pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o se trate de una declaración que deba tomarse directamente por un Juez o un Fiscal.

A su vez, en la fase de enjuiciamiento, se pueden adoptar medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba (art. 25.2.a) EVD)³²; así como medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas (art. 25.2.b) EVD)³³, pudiendo hacerse uso a estos efectos de las tecnologías de la comunicación y, en particular, de la videoconferencia³⁴.

³¹ Tinoco Pastrana (El Estatuto español de la víctima del delito..., op. cit., p. 10), echa en falta una mayor determinación legislativa de cuándo o cómo se adoptarán estas medidas, qué requisitos será necesario verificar o cuáles son sus límites y cómo se determinan los perjuicios relevantes para el desarrollo del proceso que permiten excluirlas, pues todo ello dificulta que las víctimas puedan exigir su adopción. Y añade que tal indeterminación no parece ser una mera consecuencia de una deficiente técnica legislativa, sino que más bien puede ser el resultado del coste económico que podrían tener algunas de estas medidas de protección.

³² Conforme al art. 25.2.II EVD, esta medida también se podrá adoptar durante la fase de investigación.

³³ Ya con anterioridad al EVD, y tratándose de la declaración testimonial de víctimas menores de edad, Villacampa Estiarte (Víctima menor de edad y proceso penal..., op. cit., pp. 281-284) analizaba hasta cuatro posibilidades para evitar la confrontación visual entre el testigo y el inculcado, prevista en los arts. 448.III y 707.II LECrim (introducidos por la LO 14/1999, de 9 de junio). En primer lugar, aun hallándose ambos en la sala, tal confrontación visual podía evitarse introduciendo algún elemento que impidiese que

Como sostiene Serrano Masip, estas medidas de protección contempladas en el EVD se deben implementar conforme a los presupuestos, requisitos y trámites previstos en la LECrim, cuyos preceptos se deben interpretar a la luz de la jurisprudencia de nuestros tribunales que establece el sentido y alcance de los principios de inmediación, contradicción y publicidad que informan la fase de plenario del proceso penal. Y, en este sentido, ya aventura que la entrada en vigor del EVD va a suponer el espaldarazo definitivo a la utilización generalizada de la videoconferencia no solo a favor de una mayor protección de las víctimas, sino de la mejor administración de justicia³⁵. Y para ello se apoya en lo dispuesto en la STS 161/2015, de 17 de marzo³⁶. Esta sentencia parte de la jurisprudencia constitucional conforme a la cual la videoconferencia sigue constituyendo un medio subsidiario o excepcional de práctica del interrogatorio de testigos, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de una causa justificada, legalmente prevista (a saber, razones de utilidad, seguridad o de orden público o cuando la comparecencia en la sede del órgano jurisdiccional resulte gravosa o perjudicial y, especialmente, cuando se trate de un menor: art. 731 bis LECrim)³⁷. Pero, además de destacar la reiterada jurisprudencia del TS que reconoce que la videoconferencia

el testigo-víctima entrase en el campo de visión del acusado (v. gr., un biombo). También podía conseguirse si el testigo-víctima se hallase fuera de la sala de vistas y prestase declaración a través de un sistema de interfono o un circuito cerrado de televisión, siempre que se permita que el tribunal pueda ver la declaración y se asegure al abogado defensor la posibilidad de interrogar al testigo. En tercer lugar, aunque menos frecuente, la confrontación visual también se puede evitar hallándose el testigo en la sala de vistas y el acusado fuera de la misma, siempre que se garantice la contradicción, permitiendo a éste que siga la declaración desde un lugar anejo mediante algún artificio técnico que permita la escucha, y asegurándole un contacto directo con su abogado defensor. Finalmente, el contacto visual entre el testigo-víctima y el inculpado también se podría evitar mediante la práctica anticipada de la testifical de aquél. No obstante, como apunta la autora, esta última posibilidad planteaba un problema de compatibilidad con la doctrina de la prueba anticipada, con la interpretación que de sus requisitos ha efectuado la jurisprudencia del TS, así como su posible contradicción con el tenor del art. 730 LECrim. Tales escollos hacían difícilmente imaginable en aquel momento la sustitución de la declaración del testigo-víctima en el acto de la vista por la prestada con anterioridad, practicada con todas las garantías, y debidamente grabada en un soporte que permita la reproducción de imagen y sonido en la vista, si antes no se operaba la correspondiente reforma del régimen de la prueba anticipada.

³⁴ Para la implementación de estas medidas de protección los apdos. 12 y 19 de la Disposición final primera del EVD modifican los arts. 448 y 707 LECrim, respectivamente, que contemplan la adopción de esta medida, de modo específico, con ocasión de la declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección.

³⁵ Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección de las víctimas..., op. cit., pp. 155-156.

³⁶ Vid. STS 161/2015, de 17 de marzo (RJ 2015/2795).

³⁷ En el párrafo quinto del apdo. D) de su fundamento jurídico segundo, señala los siguiente: «El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 120/2009, 18 de mayo de 2009 (RTC 2009, 120), FJ 6º y 2/2010, 11 de enero (RTC 2010, 2), FJ 3º ha proclamado que, si bien es cierto que “en nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)”, no es menos cierto que “cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista”».

garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción de la prueba³⁸, explica cuál es el sentido que se le debe dar al término “utilidad” como causa que justifica el uso de la videoconferencia, afirmando que, pese a que la LECrim no contiene ningún criterio de valoración de esta “utilidad”, en una lectura contextual, cabe entender que «tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables»³⁹; y añade que «el ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad»⁴⁰.

Otra de las medidas que se integran en este segundo nivel de protección es la de evitar que, tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento, se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima (art. 25.2.c) EVD). Esta medida ha dado lugar a la modificación del art. 709 LECrim, el cual, dada la trascendencia que la misma puede tener para el derecho de defensa del acusado, exige que la decisión de impedir que se formulen a la víctima tales preguntas, o que ésta las conteste en caso de que sean formuladas, se plasme en la correspondiente resolución judicial, contra la que podrá interponerse en su momento recurso de casación, si se hiciese en el acto la oportuna protesta, que constará en el acta junto con la pregunta o repregunta que se haya prohibido contestar.

Conforme al art. 25.2.d) EVD, como medida de protección de la víctima, el Juez o el Presidente del Tribunal también podrá acordar la celebración de la vista oral sin presencia de público; aunque, en tal caso, podrá autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. Esta medida se concreta en el art. 681.1 LECrim, que permite adoptarla de oficio o a instancia de parte, y previa audiencia de las partes; pudiendo consistir la misma en que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio oral se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte ne-

³⁸ En el párrafo cuarto del apdo. D) de su fundamento jurídico segundo, señala que, «Sobre su incidencia en relación con los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, hemos reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción [...]. El ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 7576), subraya que el interrogatorio de testigos mediante videoconferencia no vulnera los derechos de contradicción e inmediación de la prueba».

³⁹ Vid., párrafo séptimo del apdo. D) del fundamento jurídico segundo de la STS 161/2015, de 17 de marzo.

⁴⁰ Vid., Vid., párrafo primero del apdo. E) del fundamento jurídico segundo de la STS 161/2015, de 17 de marzo.

cesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que podrían derivarse para ellas del desarrollo ordinario del proceso. Ahora bien, tal restricción no podrá ser aplicada al Ministerio Fiscal, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores.

Finalmente, el art. 25.3 EVD dispone que, para la protección de las víctimas, también se puede acordar la adopción de alguna o algunas de las medidas referidas en el art. 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (LOTPCC). De ellas, las que pueden resultar procedentes con ocasión de la declaración de la víctima serían la de ocultar en las diligencias, al menos durante la fase de investigación, su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, o cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiéndose utilizar para ésta un número u otra clave (testigo anónimo); la de utilizar en sus comparecencias cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal (testigo oculto); y, que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano jurisdiccional interviniente, desde la que se harán llegar reservadamente al destinatario⁴¹.

No obstante, como destaca Serrano Masip, esta remisión que el art. 25.3 EVD hace a las medidas previstas en el art. 2 LOTPCC genera incertidumbre acerca de si tales medidas se hallan condicionadas por la concurrencia de los presupuestos previstos en el art. 1.2 LOTPCC (a saber, que «la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos») o si tales presupuestos pueden ser sustituidos por la consideración de que la víctima es una persona con necesidades especiales de protección apreciada en su evaluación individual *ex art. 23 EVD*. A juicio de la autora, puesto que tales medidas comportan una restricción muy importante del derecho de defensa del encausado, pues anula sus posibilidades de contradecir la veracidad del testimonio y la credibilidad del testigo, es razonable inferir que su adopción ha de estar motivada por la existencia de un peligro grave de probables presiones o represalias para la víctima o sus allegados⁴².

3.2.3. Medidas de protección aplicables a la declaración de las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección

Cuando las víctimas del delito sean menores de edad o personas con discapacidad, que presenten necesidades especiales de protección puestas de manifiesto por el resultado de su evaluación individualizada, además de las medidas de protección analizadas anteriormente, podrán beneficiarse de las medidas específicas

⁴¹ Vid., Gómez Colomer, J.L. (2015). ¿Es necesaria una reforma de los derechos de la víctima...?, op. cit., p. 51; ídem, *Estatuto Jurídico de la Víctima...*, op. cit., p. 376.

⁴² Serrano Masip, M. (2017). “Medidas de protección de las víctimas...”, op. cit., p. 156-157.

y reforzadas previstas en el art. 26.1 EVD, tendentes a evitar que sus declaraciones e interrogatorios se conviertan para ellas en una nueva fuente de perjuicios.

La primera de estas medidas consiste en la grabación por medios audiovisuales de las declaraciones prestadas por la víctima durante la fase de investigación para que puedan ser reproducidas en el juicio oral, a fin de que no tenga que volver a declarar en la vista. Pero la adopción de tal medida queda limitada a «los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal», por cuanto supone convertir dicha declaración en una prueba preconstituida. Y, a tal efecto, se modificaron los arts. 433 y 730 LECrim. No obstante, tales preceptos han vuelto a ser modificados recientemente por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que da un paso más en el refuerzo de las garantías tendentes a evitar la victimización secundaria, al establecer la obligatoriedad de preconstituir la prueba testifical de los menores de catorce años o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, haciendo excepcional su declaración en el acto del juicio oral, cuando se trate de alguno de los delitos violentos citados en el nuevo art. 449 ter LECrim⁴³. Por ello, esta medida de protección será objeto de un estudio más pormenorizado en el apartado siguiente de este trabajo, en el que se analizará su evolución legal y jurisprudencial.

La segunda de las medidas de protección contempladas en el art. 26.1 EVD consiste en la posibilidad de que a estas víctimas se les reciba declaración por medio de expertos. Esta medida también se desarrolla en el art. 433.IV LECrim, que, por una parte, subordina su adopción a que la misma se estime necesaria para evitarle graves perjuicios a la víctima a la vista de su falta de madurez, evidenciada en su evaluación individual; y, por otra, matiza que la intervención del experto puede consistir en que sea él quien directamente explore o le formule a la víctima las preguntas que le trasladen las partes. Además, dicha medida se puede complementar con la exclusión o limitación de la presencia de las partes en el lugar de exploración de la víctima.

Pero, esta disposición también ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, limitando la aplicación de esta medida de protección a los testigos menores de catorce años, además de establecer que tales expertos serán los integrantes de los equipos psicosociales que apoyen al tribunal (art. 449 ter LECrim). En estos casos, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportuno dirigirle al testigo quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas⁴⁴.

⁴³ Vid., apdos. ocho, diez, doce y trece de la Disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

⁴⁴ Vid., apdos. cinco y ocho de la Disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En esta misma línea, el art. 11.2 de la referida Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, bajo la rúbrica «Derecho de las víctimas a ser escuchadas», dispone que «Se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, meto-

Finalmente, y relacionado con el derecho de la víctima a estar acompañada en aquellas diligencias en las que deba intervenir, además de por su representante legal, por una persona de su elección, el art. 26.2 EVD prevé la designación de un defensor judicial a las víctimas menores de edad o con capacidad judicialmente modificada, en los siguientes casos:

- a. Cuando los representantes legales de la víctima tengan con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.
- b. Cuando tal conflicto de intereses exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima.
- c. Cuando la víctima no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

3.3. La preconstitución de la testifical de la víctima menor de edad

Conforme a una jurisprudencia muy consolidada, iniciada con la STC 31/1981, de 28 de julio⁴⁵, el derecho a un juicio justo implica que solo puedan considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia de condena las practicadas en el acto del juicio oral, ajustándose a los principios de concentración, oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado de modo reiterado que, “como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (...). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad”⁴⁶.

Por lo general, también la prueba testifical debe practicarse ajustándose a tales principios, es decir, ante la presencia del tribunal sentenciador. En este sentido, el art. 702 LECrim dispone que quienes están obligados a declarar «lo harán concurriendo ante el tribunal»; y el art. 446 LECrim establece la obligación del

dologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana».

⁴⁵ STC 31/1981, de 28 de julio (RTC 1981/31).

⁴⁶ Vid., STC 53/2013, de 28 de febrero (RTC 2013/53). En el mismo sentido, vid., SSTC 671/2001, de 17 de marzo (RTC 2001/671); 195/2002, de 28 de octubre (RTC 2002/195); 206/2003, de 1 de diciembre (RTC 2003/206); 1/2006, de 16 de enero (RTC 2006/1); 345/2006, de 11 de diciembre (RTC 2006/345); 134/2010, de 3 de diciembre (RTC 2010/134).

testigo que declaró en el sumario «de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello»⁴⁷. No obstante, de modo excepcional, cuando existan razones previsibles de imposibilidad o grave dificultad para la comparecencia del testigo en el juicio oral, la LECrim permite prescindir de ella, sustituyéndola por la preconstitución de la prueba testifical.

Aunque, como es sabido, existe controversia en la doctrina procesalista sobre el concepto de prueba preconstituida, y su distinción de la prueba anticipada⁴⁸, consideramos acertada la caracterización que de aquella se recoge en la STS 96/2009, de 10 de marzo, destacando los presupuestos, requisitos y exigencias que determinan la procedencia y la forma en que ha de practicarse. Señala dicha sentencia que la prueba anticipada y la preconstituida difieren por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y, especialmente, del principio de inmediación ante el tribunal juzgador. En el caso de la prueba anticipada, se salva plenamente la inmediación porque, aunque la práctica probatoria se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral, en lo demás se observan todas las reglas propias de la prueba con sometimiento a los principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el tribunal enjuiciador. En cambio, cuando se trata de la prueba preconstituida, «la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje»⁴⁹.

Pues bien, partiendo de tales consideraciones, cabe destacar que, tratándose de la testifical de un menor de edad, y en particular, cuando se trate de un menor de corta edad que ha sido víctima de un delito contra la libertad sexual o de carácter violento, los especialistas de la psicología del testimonio, de modo recurrente, han alertado de la conveniencia de la preconstitución probatoria de su declaración en la fase instructora, evitando así su comparecencia en el juicio oral para someterse a un interrogatorio cruzado y contradictorio, sobre la base de dos argumentos, fundamentalmente⁵⁰. El primero es que una declaración tardía

⁴⁷ A este respecto, como recuerda la STS 96/2009, de 10 de marzo (RJ 2009/3284), «se ha dicho con razón que la verdadera fuerza o valor probatorio de la prueba testifical descansa en el hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del Tribunal, pues la inmediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial».

⁴⁸ Sobre el concepto de anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal vid., entre otros, Guzmán Fluja, V. (2006). *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch; Idem (2008). La anticipación y aseguramiento de la prueba penal, en J.L. Gómez Colomer (Coord.) *Prueba y proceso penal. (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*, Tirant lo Blanch, pp. 183-231; Villagómez Cebrián, M. (2002). «Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en la instrucción del proceso penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, n.º 1, pp. 599-619.

⁴⁹ STS 96/2009, de 10 de marzo (RJ 2009/3284).

⁵⁰ Así se pone de manifiesto en un estudio publicado por el Defensor del Pueblo (*Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo*, Madrid, 2015, p. 45 (<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/Ver-estudio.pdf>), en el que se afirma que «con la prueba preconstituida, además de proteger los derechos de los menores y evitar su revictimización, se están protegiendo también los derechos del

o la reiteración de la misma en el juicio oral potencia el riesgo de ocasionar daños psicológicos y emocionales al menor, ralentizando o dificultando su recuperación por la necesidad de rememorar la experiencia delictiva descrita en el testimonio (victimización secundaria). Y, el segundo se basa en que la preconstitución de la testifical del menor en fase de instrucción evita el riesgo de que se pierdan elementos de prueba como consecuencia del “empobrecimiento del testimonio” del menor derivado del transcurso del tiempo o de su contaminación por la interacción de terceras personas.

También la jurisprudencia se ha manifestado en esta línea, destacando “la importancia de anticipar en ocasiones la prueba testifical del menor, lo que deriva del argumento de los especialistas de que una declaración tardía, o a veces su reiteración, potencia el riesgo de victimización que siempre acompaña a la rememoración de la experiencia delictiva descrita en el testimonio, así como que la preconstitución probatoria evita el riesgo de que los testimonios infantiles se empobrezcan por el transcurso del tiempo o, en ocasiones, se contaminen por la interacción de terceros relacionados con él”⁵¹.

Pero, pese a lo bienintencionado y acertado de estas propuestas, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, la preconstitución por los motivos expuestos de la prueba testifical de la víctima menor de edad chocaba con la literalidad de la LECrim. Como se indicó, la preconstitución de la prueba testifical sólo estaba permitida por motivos que podemos denominar de «imposibilidad material» de reproducir la fuente de prueba en el juicio oral, que se recogían en el art. 448 LECrim, referido al juicio ordinario, y en los arts. 777.2 y 797.2 LECrim, relativos al procedimiento abreviado y a los juicios rápidos, respectivamente. Tales motivos eran los siguientes: a) porque el testigo, al declarar ante el juez de instrucción ya advertía que debía ausentarse del territorio nacional; b) porque se temía la muerte o incapacidad física o mental del testigo; o, c) “por otro motivo” que permitiese temer razonablemente que la prueba no podría practicarse en el juicio oral o podría motivar su suspensión⁵².

Por tanto, a tenor de la literalidad de la ley, *a priori*, el testigo, incluso el menor de edad, que no se hallaba en alguna de estas circunstancias no podía beneficiarse de la preconstitución de la prueba testifical, debiendo declarar de nuevo

propio acusado, pues de esa forma se garantiza que la declaración del niño sea más cercana en el tiempo, y, por lo tanto, no se vaya contaminando por influencias externas que pudieran enturbiar el recuerdo. Además, una vez obtenida la declaración del menor se puede comenzar con su recuperación psicológica; revivir en juicio todo lo sucedido, supondría echar por tierra todo lo que hubiera podido avanzar con su terapia».

⁵¹ STS 44/2020, de 11 de febrero (RJ 2020/474).

⁵² Recordemos que este último supuesto ha sido introducido en los art. 777.2 y 797.2 LECrim mediante la reforma operada por el art. 1 de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

en sede de juicio oral, con el consiguiente riesgo de victimización secundaria, que puede derivarse de un interrogatorio cruzado.

Sin embargo, a raíz de la STJCE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03 (Caso Pupino)⁵³, ya antes de la aprobación del EVD, el art. 448 LECrim había sido objeto de una interpretación extensiva, tanto por el TC como por el TS, permitiéndose la preconstitución de la declaración testimonial de víctimas especialmente vulnerables, (ej., las de víctimas de muy corta edad o muy traumatizadas) con el objetivo, no sólo de reducir al mínimo el número de los interrogatorios y, con ello, evitar la victimización secundaria, sino también de evitar que se pierdan los mínimos elementos de prueba, dado el riesgo de empobrecimiento de sus testimonios por el transcurso del tiempo o por la posible contaminación de los mismos⁵⁴.

Recordemos que la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (posteriormente, sustituida por la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo), en su art. 3, disponía 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». Y, más concretamente, en su art. 8.4, disponía 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».

Pues bien, lo que venía a decir el TJCE en la referida sentencia del Caso Pupino es que, aunque las Decisiones Marco no tienen efecto directo, si tienen carácter vinculante para los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse. Ello obliga a las autoridades judiciales de los Estados miembros a interpretar las normas de su Derecho interno ajustándose a los términos de las Decisiones Marco. Por ello, se concluyó que los arts. 2, 3 y 8.4 de la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001 se debían interpretar en el sentido de que «el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen ser víctimas de malos tratos presten declaración de forma que se garantice a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia y antes de la celebración de ésta».

⁵³ STJCE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03 (TJCE 2005/184).

⁵⁴ Vid., entre otras, SSTC 174/2011, de 7 de noviembre (RTC 2011/174); 53/2013, de 28 de febrero (RTC 2013/53); o 57/2013, de 11 de marzo (RTC 2013/57). Y SSTs 151/2007, de 28 de febrero (RJ 2007/1549); 96/2009, de 10 de marzo (RJ 2009/3284); 743/2010, de 17 de junio (RJ 2010/6674); 925/2012, de 8 de noviembre (RJ 2013/30); o 19/2013, de 9 de enero (RJ 2013/4382); 470/2013, de 5 de junio (RJ 2013/7643); o 632/2014, de 14 de octubre (RJ 2014/4889).

Con fundamento en esta orientación jurisprudencial, se llevó a cabo una interpretación finalista del art. 730 LECrim, en relación con el art. 448 LECrim, dando cabida en el concepto de “imposibilidad” de reproducción en el juicio oral, recogido en aquel precepto (y referido a la “imposibilidad material”), a los supuestos de testigos menores de corta edad o especialmente traumatizados. De este modo, se admitía como prueba la declaración prestada por estos menores en la fase de instrucción (complementada, en su caso, con testimonios de referencia en el juicio oral), dispensándoles de una nueva declaración en el juicio oral, siempre que se salvaguardase el derecho a la defensa del acusado.

En este sentido, la STS 96/2009, de 10 de marzo declara que se impone «una ampliación de la idea de “imposibilidad” para testificar en Juicio Oral; ampliación 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. Éste es ya un valor incorporado al derecho positivo, y en cuanto su vulneración es repudiada por el orden jurídico, nada impide reputar como casos de imposibilidad los que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegida por la ley. Para valorar adecuadamente la necesidad de la prueba en el Juicio Oral ha de ponderarse, como subraya la Sentencia de esta Sala 151/2007 de 28 de febrero, el derecho del acusado pero también el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia»⁵⁵.

En la misma línea, el TC, en su sentencia 57/2013, de 11 de marzo, declaraba que en atención al interés del menor hemos admitido que «en estos supuestos (abusos sexuales), cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada». Y en interés del acusado que ve así modificada la forma en que puede ejercer su derecho de contradicción, añadimos: «tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral». Y, en lo relativo a la necesidad de salvaguardar el derecho de defensa del acusado y el respeto al principio de contradicción, el TC añade que «el centro de atención del debate jurídico recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víc-

⁵⁵ STS 96/2009, de 10 de marzo (RJ 2009/3284). En los mismos términos se pronuncian, entre otras, SSTS 743/2010, de 17 de junio (RJ 2010/6674) y 632/2014, de 14 de octubre (RJ 2014/4889).

tima y garantizar al acusado un juicio con todas las garantías, hemos asumido en la citada STC 174/2011 el canon a que se refiere la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia, §56, conforme a la cual “quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior”. Conocer la existencia de la exploración, acceder a su contenido mediante su grabación audiovisual y tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización o en un momento posterior (ya sea en fase de investigación o en el juicio oral), indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados, son las tres claves de la contradicción debida en estos casos»⁵⁶.

Pues bien, pese a ser éste el sentir mayoritario de la jurisprudencia en torno a la preconstitución probatoria de la declaración del menor, apoyada en los sólidos argumentos aportados desde la psicología del testimonio, hubo que esperar, como ya apuntamos, hasta la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito para que la misma encontrara plasmación legal⁵⁷.

⁵⁶ STC 57/2013, de 11 de marzo (RTC 2013/57). También la Fiscalía General del Estado, en su *Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos* (https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2009-00003.pdf) se manifestaba claramente a favor de la preconstitución de la testifical del menor ante el juez de instrucción cuando su declaración en el juicio oral comportase el riesgo de un alto grado de victimización secundaria.

⁵⁷ Tal medida de protección sí se contemplaba tanto en el *Anteproyecto de LECrim* de 2011, como en el *Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal* de 2013, aunque se configuraba de forma distinta.

El primero de estos textos prelegislativos contemplaba la posibilidad de evitar el sometimiento del testigo menor de edad al examen contradictorio de las partes en el juicio oral a través del «incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba», regulado en los arts. 504 a 515. De acuerdo con el art. 504.2.c) ALECrím 2011, tal incidente se debería iniciar en todo caso, si así se solicita, cuando se tratase de «la declaración de un testigo que, por razón de su edad o discapacidad, no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el juicio oral de conformidad con lo establecido en esta ley». Las peculiaridades de este incidente cuando se tratase de testigos menores o vulnerables se contemplaban, fundamentalmente, en los arts. 513 y 515. De acuerdo con el primero de estos preceptos, la declaración del testigo debía tomarse de forma reservada a través de perito designado por el juez, procediendo en todo caso a su grabación audiovisual. Antes de su práctica, el juez debería oír a las partes sobre las informaciones que debía aportar el testigo, trasladando al experto las preguntas que estimase pertinentes para que las incluyese en la exploración. Tal diligencia debería ser presenciada por el juez y las partes a través de medios técnicos que impidan que puedan ser vistos por el testigo. A su vez, conforme al referido art. 515, las declaraciones de los menores y discapacitados debidamente aseguradas en los términos anteriores, podrían hacerse valer en el juicio oral mediante la reproducción de lo grabado, cuando el juez o tribunal considerase que, por razón de su vulnerabilidad, no debían someterse al examen contradictorio de las partes.

A su vez, el *Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal* de 2013 regulaba a estos efectos, en sus arts. 432 a 435, la figura de la prueba anticipada. Conforme al art. 432, debía practicarse prueba anticipada «cuando exista el temor fundado de imposibilidad o grave dificultad de la práctica de la prueba en el acto de juicio oral por causa de las personas o del estado de las cosas, o cuando la reiteración de la comparecencia para declarar sobre los hechos resulte peligrosa para el desarrollo de los menores o para la salud de personas vulnerables». Y añadía que dicha prueba debía practicarse ante el Tribunal de Garantías o de Juicio que resultase competente para el conocimiento de la causa, a instancia de parte y con salvaguarda del

3.3.1. *La preconstitución de la testifical del menor tras la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*

Como ya anticipamos, el art. 26.1.a) EVD establece entre las medidas de protección reforzadas aplicables a las víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección la posible preconstitución probatoria de su declaración prestada en fase de instrucción, a fin de evitarle la comparecencia y la necesidad de reiterar tal declaración en la vista del juicio oral, con las consecuencias revictimizadoras que ello conlleva. A tenor de dicho precepto, «Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Y, en consonancia con ello, la Disposición final primera del EVD, en sus apartados once, doce y veintiuno, respectivamente, modifica los arts. 433, 448 y 730 LECrim, introduciendo así expresamente en la LECrim la posibilidad de preconstituir la prueba testifical de la víctima menor de edad.

Conforme a los referidos artículos, cuando se trate de testigos-víctimas menores de edad, si a raíz de la evaluación individual de sus necesidades de protección se aprecia que, por su falta de madurez, la declaración en el juicio oral le puede causar graves perjuicios psicológicos o emocionales, se podrá preconstituir la prueba testifical ante el Juez de Instrucción en las siguientes condiciones:

- a. Se le puede tomar declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal (art. 433.IV LECrim). Tal intervención del experto puede consistir, según el caso, en que sea él quien directamente explore o le formule al menor las preguntas que le trasladen partes (ej., el empleo de la cámara Gesell).
- b. Dicha medida se puede complementar con la exclusión o limitación de la presencia de las partes en el lugar de la declaración (art. 433.IV LECrim); y con la evitación de la confrontación visual del menor con el inculpado, a cuyo efecto se puede utilizar cualquier medio técnico que permita la práctica de la prueba (arts. 448 LECrim) (ej., mediante el recurso a la videoconferencia).
- c. Siempre que resulte posible, la declaración del menor se practicará garantizando la posibilidad de contradicción, por lo que el juez debe disponer lo necesario para facilitar que las partes puedan trasladar preguntas o pedir aclaraciones al testigo (art. 433.IV LECrim). La defensa ha de tener la posibilidad de presenciar la exploración del testigo-víctima

derecho de defensa y del principio de contradicción. Tratándose de testigos menores de edad, las garantías de su declaración se regulaban en el art. 383, que disponía la evitación de la confrontación visual del testigo con el inculpado, la posibilidad de la presencia durante de la declaración del menor de sus padres, tutores o guardadores, la posibilidad de que la declaración al menor se tomase mediante la intervención de expertos, y la necesidad de que los letrados de las partes pudiesen presenciar la declaración del testigo y dirigirle las preguntas pertinentes directamente o, en su caso, a través del experto interviniente.

y dirigirla directa o indirectamente (a través de experto) las preguntas o aclaraciones que estime precisas para su defensa⁵⁸, bien en el momento de realizar la exploración, bien en un momento posterior⁵⁹. En otro caso, tal declaración sería una mera diligencia de investigación y, *a priori*, la víctima tendría que acudir de nuevo a declarar al juicio oral⁶⁰.

- d. Se grabará la declaración por medios audiovisuales para su reproducción en el juicio oral (arts. 433.V y 730 LECrim). A este respecto, cabe destacar que la grabación de la declaración del menor por medios audiovisuales deja de ser facultativa, como lo era hasta entonces, y pasa a ser obligatoria. A su vez, el art. 730 LECrim también se modifica para añadir un inciso en el que se contempla expresamente la posibilidad de reproducir en el juicio oral, a instancia de cualquiera de las partes, las declaraciones recibidas durante la fase de investigación, y en las referi-

⁵⁸ Como señala Fernández Parro (“Como tomar declaración a un menor cuando comparece como víctima en procesos penales de adultos”, *Unirrevista*, 12 de julio de 2018 (<https://www.unir.net/derecho/revista/como-preguntar-a-un-menor-cuando-comparece-como-victima-en-procesos-penales-de-adultos/>) cuando se permita al abogado realizar directamente preguntas al menor, es necesario adecuar el lenguaje, el tono y la actitud a la edad y condición del testigo, siendo aconsejable introducir entre las preguntas que se le formulen algunas de tipo neutro (por ejemplo, relacionadas con sus estudios o sus amigos), para evitar agravar una situación ya de por sí estresante para el testigo menor; y, en aquellos casos en los que se admita la posibilidad de trasladarle preguntas por escrito, es necesario que, de forma previa a la práctica de la diligencia y en presencia de las partes, el órgano judicial resuelva sobre la pertinencia de las mismas.

⁵⁹ Se mantiene así la doctrina sentada en la STC 174/2011, de 7 de noviembre (RTC 2011/174), en la que se declaraba que «la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legítima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso». En el mismo sentido, vid., STC 57/2013, de 11 de marzo (RTC 2013/57) y SSTS 19/2013, de 9 de enero (RJ 2013/4382) y 132/2018, de 20 de marzo (RJ 2018/1629).

⁶⁰ Vid., Arrom Loscos, R. (2015). La declaración del menor víctima en el proceso penal..., op. cit., p. 43. En este sentido, la STS 354/2014, de 16 de abril (RJ 2014/2634), declaraba que «hubiese sido aconsejable que el contenido de la declaración de la menor hubiese sido grabada en forma adecuada, para que tal bagaje entrase en el plenario y pasase a conocimiento de las partes. Es buena práctica esa forma de operar alentada tanto desde el ámbito jurídico, como desde el mundo de la psicología forense, hasta el punto de propugnarse que la declaración de la víctima menor en el plenario pueda ser sustituida por la reproducción de esa grabación; siempre, claro está, que la diligencia en la fase de instrucción haya sido dotada de las notas de contradicción, judicialidad y demás garantías, con todas las peculiaridades exigidas por la naturaleza de tal actuación (interacción con la menor víctima solo a través de los profesionales; presencia no advertida por la misma...) que han de adornar cualquier prueba con vocación de fundar una acusación y una eventual sentencia condenatoria basado además en otros elementos probatorios».

das condiciones, a las víctimas menores de edad, evitando así que tengan que declarar de nuevo en el juicio oral⁶¹.

No obstante, pese a la aparente claridad de la nueva regulación, el TS ha tratado de poner coto al eventual recurso generalizado a la preconstitución de la testifical de las víctimas menores de edad. Así, en múltiples sentencias, como las SSTS 750/2016, de 11 de octubre; 178/2018, de 12 de abril; 424/2019, de 19 de septiembre; 579/2019, de 26 de noviembre; 44/2020, de 11 de febrero; o 321/2020, de 17 de junio, entre otras, configura un cuerpo de doctrina sobre el estatuto de la declaración del menor fuera del juicio oral, estableciendo los presupuestos y requisitos de validez para que dicha declaración pueda enervar legítimamente la presunción de inocencia del acusado⁶².

En este sentido, la STS 321/2020, de 17 de junio, declara que la regla general debe ser que los testigos, incluidos los menores, declaren en el juicio oral, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa. La presencia de un menor víctima del delito no supone una derogación de las garantías procesales; y, por tanto, en principio, el menor, como cualquier testigo, debe declarar tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, sin perjuicio de que se puedan adoptar medidas de protección para evitar la victimización secundaria de estos menores. Pero ello no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. Por supuesto, si se recurre a la prueba preconstituida, es necesario que en la práctica de la diligencia se respete escrupulosamente el principio de contradicción y el derecho de defensa. Pero, por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral; la plena contradicción solo es posible en el juicio oral, pues solo en este momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos de investigación empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla⁶³.

En consecuencia, siguiendo la jurisprudencia referida, plasmada de modo particularmente claro en las SSTS 750/2016, de 11 de octubre y 178/2018, de 12 de abril⁶⁴, en las que se acoge la doctrina de nuestro TC y una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, únicamente, se podrá acordar la precons-

⁶¹ Cabe señalar el error del legislador al referirse en este art. 730 LECrim a las declaraciones recibidas «de conformidad con lo dispuesto en el art. 448», cuando en realidad, como hemos señalado, las condiciones en que se han de prestar dichas declaraciones se contemplan en el art. 433 LECrim.

⁶² SSTS 750/2016, de 11 de octubre (RJ 2016/5329); 178/2018, de 12 de abril (RJ 2018/1585); 424/2019, de 19 de septiembre (RJ 2019/3796); 579/2019, de 26 de noviembre (RJ 2020/779); 44/2020, de 11 de febrero (RJ 2020/474); 321/2020, de 17 de junio (RJ 2020/1854) o 337/2021, de 22 de abril (RJ 2021/2303).

⁶³ Vid., STS 321/2020, de 17 de junio (RJ 2020/1854). En el mismo sentido, SSTS 178/2018, de 12 de abril (RJ 2018/1585); 579/2019, de 26 de noviembre (RJ 2020/779).

⁶⁴ SSTS 750/2016, de 11 de octubre (RJ 2016/5329), y 178/2018, de 12 de abril (RJ 2018/1585).

titución de la testifical del menor cuando concurren los presupuestos y requisitos para su validez, que se analizan a continuación.

A) *Presupuesto habilitante de la preconstitución de la prueba testifical del menor de edad*

El presupuesto genérico que condiciona la legitimidad de la no comparecencia del testigo menor en la vista del juicio oral consiste en la existencia de una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral.

La legitimidad de esa causa exige ponderar el derecho fundamental a la defensa del acusado con otros intereses y derechos dignos de protección, de modo que tal ponderación permita modular la regla general de la necesaria presencia del testigo en el juicio oral e introducir determinados supuestos de excepción, que deben resultar debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, deben permitir el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Entre tales intereses dignos de protección destaca la necesidad de preservar la estabilidad emocional del menor y su normal desarrollo personal, protegiéndole del riesgo que comporta su inserción en el entorno del proceso penal; y, en particular, en el fragor del debate contradictorio de las partes durante la vista del juicio oral⁶⁵.

Tal ponderación de intereses exige atender a las circunstancias del caso concreto, particularmente, la naturaleza del delito investigado y sus exigencias de una mayor garantía de intimidad (ej., delitos de carácter sexual), así como la edad del testigo en el momento de la celebración del juicio oral (no cuando ocurren los hechos objeto de enjuiciamiento), su madurez y demás condiciones concretas de su personalidad y estado emocional⁶⁶.

Por tanto, han de existir razones fundadas y explícitas, normalmente contenidas en un informe psicológico, sobre un posible y concreto riesgo para la estabilidad emocional o el desarrollo personal del menor en cuestión derivado de su obligación de comparecer en el proceso y someterse a un interrogatorio de las partes⁶⁷. Y, como señala la STS 321/2020, de 17 de junio, no existe una especie de “presunción de victimización secundaria”, sino que ésta solo debe reconocerse cuando exista un informe u otra circunstancia que permita objetivar y avalar por el tribunal la existencia del perjuicio del menor de declarar en el juicio oral. Y concluye que el juez o tribunal ha de expresar y motivar en el auto de admisión de pruebas o en cualquier otro momento posterior las razones por las que, en el caso concreto, se aprecia el riesgo de victimización para el testigo menor⁶⁸.

⁶⁵ Vid., STS 750/2016, de 11 de octubre (RJ 2016/5329).

⁶⁶ Vid., SSTS 178/2018, de 12 de abril (RJ 2018/1585); 44/2020, de 11 de febrero (RJ 2020/474); o 321/2020, de 17 de junio (RJ 2020/1854).

⁶⁷ STS 750/2016, de 11 de octubre (RJ 2016/5329).

⁶⁸ STS 321/2020, de 17 de junio (RJ 2020/1854).

Además, esta jurisprudencia aun matiza más; y es que, aun apreciándose el riesgo de victimización secundaria para el testigo menor, no se debe prescindir de su presencia en la vista del juicio oral si en él se pueden adoptar otras medidas de protección adecuadas para conjurar aquel riesgo⁶⁹.

B) Requisitos para la validez de la prueba testifical preconstituida del menor de edad

En cuanto a los requisitos para la validez del testimonio preconstituido del menor, la STS 178/2018, de 12 de abril recuerda la doctrina del TC (sentada, entre otras, en las SSTC 174/2011, de 7 de noviembre y 75/2013, de 8 de abril)⁷⁰, según la cual «el centro de atención recae sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral»⁷¹.

Y, a la hora de delimitar esas garantías mínimas que han de respetarse para dar protección a la víctima menor y al mismo tiempo preservar el derecho de defensa del acusado, destaca el canon que ya se había fijado en la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia⁷², y que se pueden sintetizar del siguiente modo.

- a. El investigado debe ser informado de que se va a oír al menor.
- b. El investigado debe tener la posibilidad de observar la exploración del menor, en el momento en que se produce, o bien, posteriormente, a través de la grabación audiovisual.
- c. El investigado debe tener la posibilidad de dirigir preguntas y pedir aclaraciones al testigo menor, de forma directa o indirecta a través del experto; y ya sea durante el desarrollo de la exploración del testigo o bien en un momento posterior, indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera que debe ser interrogado⁷³. A este respecto,

⁶⁹ Vid., SSTS 178/2018, de 12 de abril (RJ 2018/1585); o 321/2020, de 17 de junio (RJ 2020/1854).

⁷⁰ SSTC 174/2011, de 7 de noviembre (RTC 2011/174) y 75/2013, de 8 de abril (RTC 2013/75).

⁷¹ STS 178/2018, de 12 de abril (RJ 2018/1585). En el mismo sentido, SSTS 750/2016, de 11 de octubre (RJ 2016/5329); 424/2019, de 19 de septiembre (RJ 2019/ 3796); y 44/2020, de 11 de febrero (RJ 2020/474).

⁷² Vid. STEDH (Sección 4ª) de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia (JUR 2010/332112).

⁷³ Como apunta Muñoz Cuesta ("La declaración del menor en el proceso penal: en especial cuando es víctima de un delito sexual", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2013 (BIB 2013/1944), una cuestión interesante se plantea cuando en el momento de recibir declaración al menor no se conocen todos los hechos que posteriormente se van a imputar al acusado, debido a que la investigación no ha alcanzado el grado de desarrollo suficiente para tener información sobre ellos. En este caso, señala el autor, para no violentar los derechos del acusado deberá explorarse de nuevo al menor de la misma forma que se hizo con anterioridad y preguntarle sobre esos hechos desconocidos en la primera exploración, para dar plenitud al derecho de defensa del imputado, aunque ello suponga para el menor una carga adicional en su estado anímico que pueda perjudicarle por el hecho de revivir de nuevo la acción delictiva; pero sin esa nueva exploración dejaríamos al imputado indefenso sobre unos hechos que serán objeto de acusación y que no ha podido contradecir en ningún caso.

cabe precisar que lo que se exige es que se garantice la posibilidad de contradicción, no la contradicción efectiva; por lo que tal requisito se entiende cumplido cuando el abogado de la defensa haya sido debidamente citado al efecto e informado del objeto de la exploración del menor, aunque aquél no haya comparecido para dicha actuación, siempre que tal ausencia no pueda ser achacada al órgano jurisdiccional⁷⁴.

- d. La exploración del menor debe ser grabada en un soporte audiovisual para que el tribunal enjuiciador pueda ver su desarrollo y verificar que se ha preservado el derecho de la defensa a formular al menor, directa o indirectamente, las preguntas o aclaraciones que se estimen oportunas⁷⁵. A este respecto, conviene insistir en la necesidad de que en el juicio oral se proceda a la audición o visionado de la grabación, excluyendo la práctica de darla por reproducida.
- e. En el juicio oral, se debe acreditar la causa legítima que excluye la presencia y audiencia del testigo menor en el mismo. Por ello, en principio, si esa causa legítima que se apreció en la fase de instrucción, y en la que se fundamentó la preconstitución de la testifical, ha desaparecido al tiempo de la celebración del juicio oral, el testigo menor deberá comparecer y declarar de nuevo en el juicio oral. Ahora bien, como puntualiza la STS 44/2020, de 11 de febrero, la evolución del proceso y la mutabilidad de las circunstancias que justifican tal especialidad en la práctica de la prueba pueden impulsar una mutación de la naturaleza de la precaución o del motivo en que se asienta y justifica. Por ello, nada impide que una preconstitución de la testifical adoptada inicialmente para conjurar el riesgo de que el testigo menor abandone el territorio nacional se pueda utilizar válidamente en el proceso si, llegado el momento del juicio oral, el menor está disponible pero existen otras razones que justifican la no reiteración del testimonio, como puede ser el riesgo de victimización⁷⁶.

⁷⁴ En este sentido, el TS, recogiendo la jurisprudencia sentada por el TC y por el TEDH, ha declarado que, «la ausencia de contradicción carece de trascendencia si es imputable en exclusiva a las partes pasivas. Así sucede, por ejemplo, cuando el acusado se ha situado conscientemente en rebeldía, o cuando debidamente citado no ha asistido al interrogatorio efectuado en fase de destrucción. En esos casos, hubo posibilidad de contradicción; otra cosa es que no fuera aprovechada por la defensa. El principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurables. Es suficiente haber contado con la posibilidad de interrogar y no es indispensable un interrogatorio efectivo». Vid., SSTS 1002/2016, de 19 de enero (RJ 2016/30) y 19/2019, de 23 de enero (RJ 2019/167).

⁷⁵ En este sentido, la STS 19/2019, de 23 de enero (RJ 2019/167) declara que la preconstitución de la prueba testifical «ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas o aclaraciones estimen necesarias, practicada en fechas próximas a la de ocurrencia de los hechos perseguidos».

⁷⁶ STS 44/2020, de 11 de febrero (RJ 2020/474).

3.3.2. *La preconstitución de la testifical del menor tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*

La recientemente aprobada Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ha introducido una importante modificación en esta materia, al establecer la obligatoriedad de preconstituir la prueba testifical de los menores de catorce años o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, haciendo excepcional su declaración en el acto del juicio oral, cuando se trate de alguno de los delitos violentos citados en el nuevo art. 449 ter LECrim.

En este sentido, en el apdo. II de su Exposición de Motivos, ya señala que «la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Atendiendo a su especial vulnerabilidad se establece su obligatoriedad cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. En estos supuestos la autoridad judicial, practicada la prueba preconstituida, solo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral, cuando, interesada por una de las partes, se considere necesario. Por tanto, se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de catorce años o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables».

A tal efecto, en su Disposición final primera (apdos. 5 a 14) se prevén, entre otras modificaciones de la LECrim, la derogación de los actuales arts. 433.IV y 448.III LECrim y su sustitución por los nuevos arts. 449 bis y 449 ter, así como la introducción de un nuevo art. 703 bis y la modificación del art. 730 LECrim.

Conforme al art. 449 bis LECrim, cuando, en los casos legalmente previstos, la autoridad judicial de instrucción acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida, la misma deberá desarrollarse ajustándose a los siguientes requisitos:

- a. La autoridad judicial deberá garantizar el principio de contradicción en la práctica de la declaración. A tal efecto, la ausencia de la persona investigada que haya sido debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada deberá estar presente en todo caso; y, si el abogado defensor del investigado no comparece de forma injustificada o cuando existan razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con un abogado de oficio expresamente designado al efecto.

- b. La autoridad judicial asegurará la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, de forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual. A tal grabación, se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida.
- c. Para la valoración en sentencia de la prueba preconstituida así obtenida se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2 LECrim. Es decir, la parte a la que le interese valerse de dicha prueba, deberá instar la reproducción en el juicio oral de la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción.

A su vez, el art. 449 ter LECrim incorpora, y con carácter imperativo, un nuevo supuesto legal de preconstitución de la prueba testifical, el de los menores de catorce años o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección en los procesos que tengan por objeto alguno de los delitos de carácter violento relacionados en el propio precepto, incluso cuando tenga la consideración de delito leve⁷⁷. A tenor de este artículo, «Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior».

Además, en sus apdos. segundo y tercero, el art. 449 ter LECrim contempla algunas garantías especiales que se deben observar en esta toma de declaración:

- a. La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyen al tribunal. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportuno dirigirle al testigo quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo.

⁷⁷ Esta disposición se reitera en el art. 777.3 LECrim, que también ha sido introducido por el apdo. trece de la Disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

- b. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.
- c. Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia de menor, se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Finalmente, la Disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, también prevé la introducción de un art. 703 bis LECrim, que regula la reproducción en la vista del juicio oral de la grabación de la declaración del menor prestada en la fase de instrucción, y la posibilidad de que, con carácter excepcional, se acuerde la intervención del testigo en la vista.

En relación con el primer aspecto, el apdo. primero de este precepto dispone que, cuando en fase de instrucción se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, en virtud de lo dispuesto en los arts. 449 bis y siguientes LECrim, se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2 LECrim, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista.

Y añade que, en los supuestos previstos en el art. 449 ter LECrim, es decir, el de testigos menores de catorce años o con discapacidad necesitados de especial protección, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio oral, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada. Ahora bien, en todo caso, el tribunal enjuiciador, a instancia de parte, podrá acordar la intervención del testigo en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el art. 449 bis LECrim y cause indefensión a alguna de las partes⁷⁸.

⁷⁸ La posibilidad de la preconstitución probatoria en la fase de instrucción de la testifical del menor y de otras personas vulnerables también se aborda en el *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020 (vid., <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>). En él, se lleva a cabo un profundo cambio en la configuración del sistema actualmente vigente, regulándose un “incidente de aseguramiento de las fuentes de prueba” ante el Juez de Garantías, al que podrán acceder en todo momento del proceso el fiscal, la defensa y las acusaciones cuando exista un riesgo de pérdida previsible de una fuente de prueba personal (arts. 591 a 603 APLECRim). Pero, además de estos supuestos ordinarios en los que se aprecia un riesgo de pérdida de la fuente de prueba, también se contemplan dos supuestos especiales en los que se puede acudir al incidente de aseguramiento, que no obedecen a este fundamento general de la institución. Se trata de los casos de confesión judicial urgente de la persona investigada y de la declaración de personas vulnerables. Como se indica en el apdo. LXVI de la Exposición de Motivos, «ambos se caracterizan por estar desde un principio orientados a acceder al juicio oral, sin depender del riesgo de pérdida de la fuente de prueba. Es más, en el caso de la exploración del menor a través de expertos, se busca justamente evitar la práctica de un examen contradictorio en el acto del juicio oral». Y añade que, «cuando resulta absolutamente inidóneo el examen contradictorio del testigo por las propias condiciones de edad, enfermedad o discapacidad que presenta, se debe establecer un cauce especial de aseguramiento. Se incluye la colaboración de un especialista con conocimientos idóneos para entablar la adecuada comunicación con el testigo menor. Se podrán obtener de este modo los datos pertinentes evitando en lo posible la victimización secundaria».

4. LA EXENCIÓN DEL DEBER DE DECLARAR DE LA VÍCTIMA EX ART. 416 LECRIM

Como es sabido, el art. 416.1 LECrim (y, por remisión, también el art. 707.I LECrim) dispensa de la obligación de declarar como testigos en el proceso penal a aquellas personas que guarden con el investigado o acusado una determinada relación de afectividad o vínculo de parentesco que el mismo determina⁷⁹. Si bien la redacción de esta norma es confusa y, en ciertos aspectos, redundante, se puede deducir que los testigos que pueden acogerse a tal exención son los siguientes:

Pues bien, este proyectado régimen de la declaración de los testigos menores de edad en el proceso penal, que, a nuestro juicio, mejora sustancialmente la regulación actual, se diseña en esencia en los arts. 469, 600, 602, 635.6 y 672 APLECrim.

El primero de estos preceptos, bajo la rúbrica «Declaración de menor de edad», tras establecer las garantías o medidas protectoras que deben rodear la declaración de los menores de edad en la fase de instrucción (declarará acompañado de quien ejerza su patria potestad, tutela o guarda; no se le recibirá juramento ni se la hará apercibimiento alguno de incurrir en responsabilidad; el interrogatorio se realizará a la mayor brevedad desde que se tenga conocimiento del hecho delictivo; posibilidad de tomarle declaración con la intervención de un experto en psicología del testimonio; posibilidad de excluir la presencia del fiscal y de las demás partes en el lugar del interrogatorio, aunque garantizando que puedan presenciarlo a través de medios técnicos; siempre se grabará la declaración en soporte audiovisual y no se reiterará su práctica salvo que sea imprescindible para los fines de la investigación), dispone, en su apdo. 6, que «si por razón de la edad y situación de vulnerabilidad el testigo no debe ser sometido al examen contradictorio de las partes en el acto del juicio oral, se procederá a asegurar la fuente de prueba conforme a lo dispuesto en el artículo 600 de esta ley».

Este art. 600 APLECrim contempla las «Especialidades de la declaración de menores de edad o de personas con discapacidad», destacando las siguientes: a) la declaración del testigo se tomará de forma reservada a través de un perito experto en psicología del testimonio; b) la declaración se obtendrá utilizando métodos y técnicas adecuados a la edad y a las especiales condiciones de la persona que haya de declarar, pudiendo acordarse que la exploración se realice por el perito sin la intervención del fiscal ni de las demás partes, quienes, no obstante, podrán presenciarla sin ser vistos por el testigo; c) antes de comenzar la declaración, el juez oír a las partes sobre las informaciones que ha de aportar el testigo, trasladando al perito las que estime pertinentes; d) la declaración siempre será grabada y, a instancia de cualquiera de las partes, el juez podrá acordar la realización de un dictamen pericial sobre la credibilidad de la declaración.

A su vez, el art. 602 APLECrim añade que las declaraciones de menores y de personas con discapacidad efectuadas conforme a lo previsto en el artículo 600 APLECrim podrán hacerse valer en el juicio oral mediante la reproducción de lo grabado cuando el tribunal enjuiciador considere que, por razón de la edad o de las condiciones personales del testigo, no deba someterse al examen contradictorio de las partes o cuando, por el tiempo transcurrido, pueda haberse producido una merma relevante de la calidad informativa del testimonio.

Finalmente, el art. 672 APLECrim regula las especialidades que se han de aplicar cuando, pese a lo previsto en los artículos anteriores, los testigos menores de edad y las personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad hayan de prestar declaración en el juicio oral: a) La declaración se prestará con la asistencia del representante legal del menor o de quien integre la institución de apoyo de la persona con discapacidad; b) la declaración de los testigos menores de dieciséis años siempre se llevará a cabo evitando la confrontación visual con el acusado; c) cuando las condiciones del testigo lo requieran, la declaración se realizará utilizando las tecnologías de la comunicación que permitan que preste declaración en dependencias judiciales, sin estar presente en la sala de vista; d) el testigo será interrogado únicamente por el presidente del tribunal, pudiendo las partes solicitar que realice las preguntas adicionales que consideren necesarias, aunque se permitirá que las partes realicen las preguntas directamente si de ello no se deriva perjuicio alguno para el testigo.

⁷⁹ Si este vínculo sólo concurre con alguno o algunos de los investigados o acusados, el testigo está obligado a declarar respecto de los demás, salvo que con su declaración también pueda comprometer a su pariente (art. 416.2.II LECrim).

- a. Los «parientes del procesado en línea directa, ascendente y descendente», es decir, se incluyen aquí los padres e hijos, abuelos y nietos. Y también podrían incluirse los suegros, yernos y nueras, puesto que el precepto no la limita exclusivamente a la línea directa consanguínea, como sí hace a continuación respecto de los parientes colaterales hasta el segundo grado⁸⁰.
- b. El «cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial». En su redacción originaria, este inciso del art. 416.1 LECrim se refería únicamente al cónyuge, lo que suscitó la duda de si tal dispensa se podía extender o no a la pareja de hecho del investigado, dando lugar a pronunciamientos dispares de los tribunales⁸¹. Tal polémica ha quedado definitivamente zanjada tras la reforma de este precepto llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que introduce expresamente en el elenco de sujetos que pueden acogerse a esta dispensa a la «persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial»⁸². Por ello, actualmente, es pacífica la tesis de la plena equiparación a estos efectos del matrimonio y de la pareja de hecho, ya que ambas se encuentran en la misma relación *more uxorio*⁸³.
- c. Los «hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil». Es decir, podrán acogerse a esta exención tanto los hermanos que comparten padre y madre con el investigado (consanguíneos), como los hermanos hijos de la misma madre, aunque el padre sea distinto (uterinos)⁸⁴. Por lo demás, resulta redundante la referencia a los «colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil», pues éstos serían los hermanos y ya están incluidos en la categoría anterior. Por ello, la única razón de ser de esta disposición sería la de excluir expresamente a los colaterales afines, apartándose así de la regla que rige para la exención del deber de denunciar del art. 261.2º LECrim, que sí los incluye⁸⁵.

⁸⁰ Vid., Villamarín López, M^a.L. (2012). El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal, *InDret*, núm. 4/2012, p. 17. (www.indret.com). En este sentido, STS 703/2014, de 29 de octubre (RJ 2014/5422).

⁸¹ A favor de tal extensión se pronunciaron, entre otras, las SSTS 134/2007, de 22 de febrero (RJ 2007/1558); 164/2008, 8 de abril (RJ 2008/1726); y 292/2009, de 26 de marzo (RJ 2009/2377). En contra, STS 1540/2003, de 21 de noviembre (RJ 2003/9255).

⁸² Vid., apdo. 47 del artículo segundo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

⁸³ En cambio, como se dispone en la STS 556/2017, de 13 de julio (RJ 2017/3530) se excluyen del ámbito de aplicación de esta dispensa las relaciones de noviazgo sin convivencia.

⁸⁴ Pese a la redacción legal, entendemos que también podrán acogerse a esta exención del deber de declarar los hermanos por adopción, pues uno de los principios básicos que rigen la adopción es el de equiparación de la filiación adoptiva y biológica; y, además, respecto de ellos rige el mismo deber de solidaridad familiar en que se fundamenta dicha exención.

⁸⁵ Vid., Villamarín López, M^a.L. (2012). El derecho de los testigos parientes a no declarar..., op. cit., p. 18. La exclusión de los colaterales afines del ámbito de aplicación de la dispensa del art. 416.1 LECrim es pacífica en la jurisprudencia del TS, tal como se recoge en las SSTS 62/2013, de 29 de enero (RJ 2013/975) y 49/2018, de 30 de enero (RJ 2018/284).

Pese a la imprecisa redacción legal y a los vaivenes jurisprudenciales en muchos aspectos de la aplicación práctica de este precepto, a los que luego nos referiremos, hoy por hoy prevalece la tesis de que los referidos testigos podrán acogerse a esta exención del deber de declarar si la relación conyugal, parental o afectiva existía en el momento en que se cometieron los hechos que motivaron el proceso, sin que sea indispensable que subsista en el momento en el que son llamados a prestar declaración⁸⁶. Así lo ha acordado la Sala Segunda del TS en sus Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional de 24 de abril de 2013, al señalar que «La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto (...)»^{87/88}. Es decir, el momento determinante en el que ha de existir la relación conyugal o afectiva que permite al testigo acogerse a la exención del deber de declarar *ex* art. 416.1 LECrim es el de la comisión de los hechos delictivos. En este sentido, la STS 389/2020, de 10 de julio, haciéndose eco de este Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional, y reiterando lo ya dispuesto en la STS 292/2009, de 26 de marzo⁸⁹, señala que «la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento»⁹⁰.

La razón de ser de tal dispensa de declarar radica, esencialmente, en la necesidad de evitarle al testigo pariente del investigado o acusado el conflicto que se produciría entre su deber de declarar diciendo la verdad y el de solidaridad para

⁸⁶ Recordemos que, durante años, el TS se decantó por entender que la exención del deber de declarar del art. 416.1 LECrim solo era aplicable si la convivencia marital o *more uxorio* subsistía en el momento en que el testigo debía prestar declaración (vid., SSTS 134/2007, de 22 de febrero (RJ 2007/1558); 164/2008, 8 de abril (RJ 2008/1726); 13/2009, de 20 de enero (RJ 2009/1383); o 17/2010, 26 de enero (RJ 2010/1270). No obstante, a partir de la STS 292/2009, de 26 de marzo (RJ 2009/2377), cambia mayoritariamente de criterio y sostiene que el momento en el que debe subsistir el vínculo afectivo que legitima para acogerse a esta dispensa es el momento en que sucedieron o se conocieron los hechos (vid., SSTS 459/2010, de 14 de mayo (RJ 2010/5805); y 1010/2012, de 21 de diciembre (RJ 2012/11336).

⁸⁷ Vid., *Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de dos mil trece* (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-24-04-2013-sobre-la-interpretacion-del-art-416-de-la-LECRIM->).

⁸⁸ Dicho criterio ya se aplicó, por ejemplo, en la STS 304/2013, de 26 de abril (RJ 2013/4396). No obstante, más recientemente, volvemos a encontrar algunas sentencias, como la STS 556/2017, de 13 de julio (RJ 2017/3530), en las que el Alto Tribunal vuelve a la interpretación anterior, y sostiene que, para que pueda operar la dispensa del art. 416 LECrim, la relación afectiva del testigo con el investigado o acusado debe subsistir cuando aquel es llamado a declarar.

⁸⁹ STS 292/2009, de 26 de marzo (RJ 2009/2377)

⁹⁰ STS 389/2020, de 10 de julio (RJ 2020/2672). Esta tesis también se recogía tanto en el *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2011 como en el *Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal* de 2013, al prever, en sus arts. 570.1 y 370.1, respectivamente, que la exención del deber de declarar por razón de matrimonio o relación de afectividad análoga a la conyugal subsiste «*aun cuando se haya extinguido el vínculo conyugal o haya cesado la convivencia efectiva*». Y en los mismos términos se ha redactado, más recientemente, el art. 660.1 del *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2020.

con su pariente acorde a la protección de las relaciones familiares que contempla el art. 39 CE⁹¹. En este sentido, la STS 134/2007, de 22 de febrero, declara que «la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculcado»⁹².

Es decir, la exención del deber de declarar del art. 416 LECrim no está pensada para proteger al investigado dentro del proceso, sino que su razón de ser es la protección del testigo pariente que se halla en situación de conflicto entre la obligación de declarar diciendo la verdad y su interés en ocultar o silenciar a la Administración de Justicia el hecho delictivo para no inculcar a su pariente. En definitiva, se trata de evitar poner al testigo en la tesitura de tener que declarar la verdad sobre lo que conoce, inculcando a su pariente, o la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en el caso de que mienta para protegerle⁹³.

Por tanto, parece claro que, tratándose del testigo-víctima, que guarda con el investigado alguna de las referidas relaciones de parentesco o afectividad, la posibilidad de acogerse a esta exención constituye una importante medida de protección frente a la victimización secundaria que le puede comportar dicho dilema. Pese a ello, uno de los aspectos de tal exención que más controversia ha suscitado y continúa suscitando es, precisamente, si el testigo-víctima puede acogerse o no a ella y, en particular, en los delitos en los que el autor aprovecha un ámbito de

⁹¹ Vid., Alcalá Pérez-Flores, R., (2009). La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial, pp. 2-3 (http://www.poderjudicial.es/stfils/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/Alcal%C3%A1%20P%C3%A9rez-Flores,%20Rafael_1.0.0.pdf); Beltrán Montoliu, A. (2018). Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECRIM..., op. cit., p. 30; Caballero Gea, J.A. (2013). *Violencia de género. Juzgados de violencia sobre la mujer penal y civil. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, Dykinson, p. 341; Villamarín López, M^a.L. (2012). “El derecho de los testigos parientes a no declarar...”, op. cit., pp. 9-14; Yugueros García, A.J. (2018). Las dispensas procesales en el contexto de la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 79, pp. 146-150.

⁹² STS 134/2007, de 22 de febrero (RJ 2007/1558). En el mismo sentido, SSTS 385/2007, de 10 de mayo (RJ 2007/3261); 129/2009, de 10 de febrero (RJ 2009/446); 459/2010, de 14 de mayo (RJ 2010/5805); 1010/2012, de 21 de diciembre (RJ 2012/11336); 854/2013, de 30 de octubre (RJ 2013/7463); 699/2014, de 28 de octubre (RJ 2014/6445); 703/2014, de 29 de octubre (RJ 2014/5422); 209/2017, de 28 de marzo (RJ 2017/1789); 205/2018, de 25 de abril (RJ 2018/2104); 175/2021, de 25 de febrero (RJ 2021/1103); 485/2021, de 3 de junio (RJ 2021/2609), y también STC 94/2010, de 15 de noviembre (RTC 2010/94). No obstante, en ocasiones, el TS también ha añadido a esta razón de ser de la dispensa del deber de declarar, la de preservar la intimidad del ámbito familiar del testigo (vid., SSTS 292/2009, de 26 de marzo de 2009 (RJ 2009/2377) o 703/2014, de 29 de octubre (RJ 2014/5422).

⁹³ Vid., Esteve Mallent, L. (2012). La violencia de género entre adolescentes, en García González (Dir.) *La violencia de género en la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, p. 127. En este mismo sentido, la STS 699/2014, de 28 de octubre (RJ 2014/6445) declara que «conviene proclamar como punto de partida que la previsión del art. 416 LECrim es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de éste, sino de aquél. No se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva».

clandestinidad (como pueden ser los delitos de carácter sexual o los delitos de violencia doméstica o de género), que determina que el testimonio de la víctima sea la única o principal prueba de cargo, de modo que su negativa a declarar puede conllevar la impunidad del mismo.

Frecuentemente, estas agresiones se cometen en la intimidad del hogar o en lugares reservados, por lo que la víctima suele ser la única testigo, o al menos la única testigo directo de los hechos, que puede aportar al proceso los indicios suficientes para sostener la acusación contra el agresor y, en su caso, la prueba de cargo suficiente para condenarle. Por ello, si la víctima acude a la policía y presenta la denuncia, pero luego se niega a declarar ante el órgano instructor, el Fiscal se verá abocado en muchos casos a retirar la acusación, dando lugar al sobreseimiento de la causa⁹⁴.

Por esta razón, desde el momento de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, se advirtió desde múltiples instancias de la necesidad de modificar el art. 416 LECrim para excluir que la víctima de violencia de género, y en particular la víctima denunciante, se pudiese acoger a tal dispensa del deber de declarar, pues ello constituía uno de los principales obstáculos para llegar a sancionar estos hechos delictivos⁹⁵. Tales propuestas cristalizaron en el *Pacto de Estado contra la Violencia*

⁹⁴ A este respecto, señala Esteve Mallent (La violencia de género entre adolescentes..., op. cit., pp. 127-128) que, paradójicamente, en los supuestos de violencia de género, si no existe ningún otro medio de prueba apto para acreditar el delito de que se trate, nos encontramos con que el silencio del testigo que se acoge a esta exención provoca que el agresor consiga de facto el principal propósito de esta violencia: la efectiva sumisión de la víctima, que llega al extremo de renunciar a exigir justicia para evitar las consecuencias adversas que pudieran derivarse para su agresor de una eventual condena. Por ello, aunque no le corresponde al juzgador indagar en las razones últimas de la decisión del testigo-víctima de no declarar, sí que deberá constatar que la mujer actúa libre y voluntariamente, y que no ha sido presionada o coaccionada para que actúe en tal forma.

⁹⁵ En este sentido, cabe señalar, por ejemplo, que la Fiscalía General del Estado en su Memoria anual de 2013 destacaba el incremento que, año tras año, desde 2006, habían experimentado las retiradas de la acusación por acogerse la víctima a esta dispensa, llegando a ser ésta la causa determinante de la mitad de las retiradas de acusación en juicios por violencia contra la mujer (vid., *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2013*, p. 255 <https://www.fiscal.es/documents/20142/c55a2c95-a94f-3352-6065-1a1b99aaa9a3>). También el Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ ya propuso, tanto en su Informe de 2006 como en el de 2011, una modificación legislativa puntual del art. 416.1 LECrim, por la cual se estableciese que la dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos (vid., *Informe del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género y sugerencias de reforma legislativa que los abordan* (de 20 de abril de 2006), pp. 16-17 (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/>); y el *Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan* (de 11 de enero de 2011), pp. 23-25. (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/>). Y en esta misma línea se manifestaba el I Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer de 2007 (vid., Vid., *Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pp. 171-173 (http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/observatorioestatalVM/InformesAnuales/Informes_anuales/I_Informe_Anual.htm)). Por el contrario, en las Conclusiones del Seminario del CGPJ sobre *La dispensa de la*

de Género de 2017, que, entre sus medidas tendentes a erradicar las distintas formas de violencia contra la mujer, contempla modificaciones legales en este punto. Concretamente, la medida 142 consiste en «evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas»⁹⁶. Con todo, tal medida no tuvo plasmación legal hasta la reciente reforma del art. 416 LECrim, operada por la Disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, a la que luego nos referiremos.

Por su parte, durante estos años, la jurisprudencia mostró una actitud muy vacilante en torno a distintos aspectos de esta dispensa, tales como el momento en el que ha de concurrir el vínculo conyugal o afectivo que la justifica, la necesidad de advertir al testigo de la posibilidad de acogerse a tal dispensa y las circunstancias en las que se debe proporcionar tal información, las consecuencias de la renuncia por parte del testigo a acogerse a la dispensa en alguna de sus declaraciones, o la posibilidad de introducir en el juicio oral las declaraciones prestadas por el testigo en fase de instrucción si se acoge a la dispensa a la hora de declarar en el juicio oral. Pero el aspecto de la misma que suscitó más vaivenes jurisprudenciales ha sido el de su aplicabilidad al testigo-víctima y, máxime, si ha sido denunciante. Así, en ocasiones, se ha decantado por excluir la aplicación de la dispensa del art. 416.1 LECrim a las víctimas que formalizan «de forma espontánea» la denuncia contra el agresor, destacando que este precepto «contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que están vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas»⁹⁷. Es más, en alguna sentencia, el TS ha llegado a señalar que, cuando la propia víctima es la que denuncia, incluso no sería necesario hacerle las prevenciones y advertencias que contempla el art. 416.1 LECrim sobre la exención de su obligación de declarar contra el investigado o acusado⁹⁸; aunque, más recientemente, el TS sostiene el criterio de la obligatoriedad de tales advertencias

obligación de declarar del art. 416 LECrim, se dice que «La víctima mujer del acusado tiene derecho a no declarar pese a que sea la denunciante. La denuncia no supone una renuncia tácita del derecho a no declarar» (vid., Conclusiones del Seminario del CGPJ sobre *La dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim*, de 20 a 22 de mayo de 2009, Conclusión 4. (<https://www.sepin.es/procuradores/VerDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F4105&cod=0010fAIDE0HG0Lj1iR0H601g0GC09Q03D01z08V01i00n0JQQ0Le1iY0D601g1yi0DG-0FX2AG0Da2MQ1jK>).

⁹⁶ Vid., *Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso + Senado* (13 de mayo de 2019) p. 32 (https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf).

⁹⁷ Vid., entre otras, SSTS 625/2007, de 12 de julio (RJ 2007/5109); 319/2009, de 23 de marzo (RJ 2009/3062); 17/2010, de 26 de enero (RJ 2010/1270). En esta misma línea, el *Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal* de 2013, en su art. 370.1.II, referido a la «Dispensa del deber de declarar por vínculo familiar», disponía que «La dispensa prevista en este apartado no regirá para quien hubiere formulado denuncia».

⁹⁸ Vid., por ejemplo, SSTS 1225/2004, de 27 de octubre (RJ 2004/6857); 319/2009, de 23 de marzo (RJ 2009/3062); o 557/2016, de 23 de junio (RJ 2016/2833).

al testigo en todas las fases del proceso, incluso cuando haya sido víctima y denunciante del hecho⁹⁹.

Por el contrario, en otras sentencias, el TS ha optado por sostener que la dispensa del art. 416.1 LECrim es para todos los testigos que tengan con el investigado la relación prevista en dicho precepto, sin que exista exclusión alguna. Así, en la STS 134/2007, de 22 de febrero, afirma que tal dispensa del deber de declarar «tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado»¹⁰⁰.

Ante tal disparidad de criterios, la Sala Segunda del TS se ha visto obligada a adoptar el ya referido Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 24 de abril de 2013, por el que, en principio, no excluye al testigo-víctima del ámbito de la dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim, salvo en los «supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso»¹⁰¹. Es decir, la condición de víctima del testigo, y ni siquiera la de denunciante, le privan de la posibilidad de acogerse a esta dispensa del deber de declarar; en cambio, tal dispensa es incompatible con su personación en el proceso como acusación particular¹⁰².

No obstante, dicho Acuerdo No Jurisdiccional, lejos de pacificar la cuestión, suscitó de inmediato otro interrogante: si la exclusión de esta dispensa del deber de declarar solo afecta al testigo-víctima que «esté personado como acusación en el proceso», ¿recupera la posibilidad de acogerse a ella el testigo-víctima que, habiendo estado personado como acusación, ya no lo está en el momento de ser llamado a declarar?

⁹⁹ Vid., SSTS 385/2007, de 10 de mayo (RJ 2007/3261); 160/2010, de 5 de marzo (RJ 2010/4057); 1010/2012, de 21 de diciembre (RJ 2012/11336); o 49/2018, de 30 de enero (RJ 2018/284). Señala el TS que el testigo pariente del acusado no tiene la obligación de saber que está exento de denunciar o declarar, y para renunciar a este derecho debe conocer que dispone del mismo porque nadie puede renunciar a lo que desconoce; y añade que el hecho de renunciar a tal exención en un momento del proceso no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones ulteriores.

¹⁰⁰ STS 134/2007, de 22 de febrero (RJ 2007/1558). En el mismo sentido, vid., SSTS 459/2010, de 14 de mayo (RJ 2010/5805); 703/2014, de 29 de octubre (RJ 2014/5422); y STC 94/2010, de 15 de noviembre (RTC 2010/94).

¹⁰¹ Como señala la STS 205/2018, de 25 de abril (RJ 2018/2104), tal Acuerdo se justifica porque «quien ejercita la acusación reclamando del Estado una condena, no está legitimado para, al mismo tiempo, escamotear las pruebas que tiene en su mano, están a su alcance y son necesarias para que su pretensión pueda ser atendida».

¹⁰² En esta línea, ya se había pronunciado el TC en su sentencia 94/2010, de 15 de noviembre (RTC 2010/94), al considerar válida la declaración de la esposa del imputado (y madre de la víctima menor de edad) que se había personado como acusación particular y a la que no se había informado de su derecho a no declarar conforme al art. 416.1 LECrim. Entiende el TC que la concluyente actividad procesal desplegada por la acusadora es «reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim». La doctrina derivada de tal Acuerdo No Jurisdiccional ya se aplicó, entre otras, en las SSTS 304/2013, de 26 de abril (RJ 2013/4396); 854/2013, de 30 de octubre (RJ 2013/7463) o 209/2017, de 28 de marzo (RJ 2017/1786).

A priori, parecía clara la postura del TS en el sentido de negar tal intermitencia operativa de la dispensa del art. 416 LECrim, y así lo declaró expresamente en su sentencia 449/2015, de 14 de julio. En ella, el TS sostiene que, en la medida en que la víctima había ejercido la acusación particular durante un año en el periodo de instrucción, aunque luego renunció al ejercicio de acciones civiles y penales, ya no era obligatorio instruirle de su derecho a no declarar *ex art.* 416 LECrim, porque tal derecho había decaído definitivamente con el ejercicio de la acusación particular¹⁰³. Y en el mismo sentido se pronuncia la STS 209/2017, de 28 de marzo, señalando que si el testigo-víctima se persona en el proceso ejerciendo la acusación particular se sitúa fuera de las personas con derecho a la dispensa, y su *status* se equipara al de un simple testigo obligado a declarar; y añade que «la pérdida del derecho a acogerse a esa dispensa se perpetúa aunque después la víctima se hubiera retirado del proceso»¹⁰⁴.

Sin embargo, el 23 de enero de 2018, la Sala Segunda del TS adopta un nuevo Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional sobre el «Alcance de la dispensa del art. 416 LECrim», en el que cambia de criterio, concluyendo en el segundo punto del mismo que «No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición»¹⁰⁵. Y las razones que justifican este Acuerdo las ha expuesto el TS en su sentencia 205/2018, de 25 de abril, señalando que «es contradictoria la simultaneidad de una petición de condena ejercitada por quien al mismo tiempo está privando al Tribunal del material probatorio necesario para concretarla: puede parecer una burla. La situación es radicalmente diferente cuando esa persona, por las razones que sean (incluso por el deseo de no afrontar nuevamente la tensión de declarar en contra de su familiar), ha renunciado a esa pretensión desistiendo de su condición de acusación particular. No se aprecia entonces nada en sí contradictorio; solo un cambio de postura, de opinión o de estrategia o una reordenación de sus preferencias, decisiones todas ellas que el derecho debe respetar, desde el momento en que ningún particular

¹⁰³ STS 449/2015, de 14 de julio (RJ 2015/3695). No obstante, algunas Audiencias Provinciales entendieron que esta STS 449/2015, de 14 de julio era un pronunciamiento aislado, y se mostraron favorables a que, si en el momento de la declaración la víctima no está ejerciendo la acusación particular, aunque la hubiese ejercido en algún momento anterior del proceso, puede acogerse a la dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim (vid., SSAP de Madrid 731/2017, de 30 de noviembre (JUR 2018/46536) y 796/2017, de 18 de diciembre (JUR 2018/75072).

¹⁰⁴ STS 209/2017, de 28 de marzo (RJ 2017/1786).

¹⁰⁵ *Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 23-01-2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim* (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018-sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrin->). Recordemos que, en su primer punto, este Acuerdo también fija la posición de la Sala Segunda del TS sobre otro aspecto problemático de esta dispensa del deber de declarar, cuando el testigo se acoge a ella en el juicio oral, después de haber declarado en fases anteriores del proceso; al respecto señala que «El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituída».

está obligado a formular acusación (sí en muchos casos a denunciar) [...]. No hay razones plausibles para derivar de una personación como acusación particular en un momento dado la renuncia definitiva e irrevocable a acogerse a la dispensa. Podrá exigirse a quien se acoge a la dispensa que renuncie a ejercer una acusación a la que pone dificultades y trabas; pero no que por haber ostentado en algún momento la condición de acusación particular se vea ya despojado de ese derecho constitucional; al menos mientras que el legislador no prevea otra cosa. Como tampoco sería aceptable una renuncia de futuro a ese privilegio. Puede hacerse uso *in actu* de la dispensa o no: en esa medida es un derecho renunciabile. Pero no cabe la renuncia proyectada al futuro; por muy informada que sea esa renuncia»¹⁰⁶.

Pero, más recientemente, el pleno de la Sala Segunda del TS en su sentencia 389/2020, de 10 de julio¹⁰⁷, reconsidera el referido Acuerdo No Jurisdiccional de 2018, así como la jurisprudencia que lo aplicaba, y da un giro de ciento ochenta grados en el tratamiento de esta cuestión; pasando a sostener que, si la víctima de los hechos, que está personada en el proceso como acusación particular, deja de ostentar tal posición procesal, no recobra el derecho a acogerse a la exención del deber de declarar por haber renunciado al mismo al constituirse como acusación¹⁰⁸. Y, en el fundamento jurídico undécimo de dicha sentencia se exponen seis razones que justifican este cambio de postura, que se pueden sintetizar del siguiente modo:

- a. En primer lugar, porque tal derecho es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o pareja de hecho, atribuyéndole la comisión de unos hechos delictivos. Y en algunos delitos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso, por lo que pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial.
- b. En segundo lugar, porque si la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, su estatuto

¹⁰⁶ STS 205/2018, de 25 de abril (RJ 2018/2104).

¹⁰⁷ STS 389/2020, de 10 de julio (RJ 2020/2672). Esta nueva orientación jurisprudencial se recoge también en la STS 342/2021, de 23 de abril (RJ 2021/2300).

¹⁰⁸ Conviene apuntar, no obstante, que dicha sentencia ha sido objeto de algunos votos particulares que se apartan, en este punto, del criterio de la mayoría. En este sentido, resulta ilustrativo el voto particular formulado por De Porres Ortiz de Urbina, señalando que «el derecho a la dispensa nace cada vez que el testigo es llamado a declarar y así se deduce del contenido de los artículos 416 y 707 de la LECrim que reconocen ese derecho cada vez que se declare y en las distintas fases procesales. No estamos en presencia de un derecho único para todo el proceso, según sugiere la sentencia, sino de un derecho que nace cada vez que el testigo es llamado. Lo mismo puede decirse del derecho al silencio del imputado o acusado y lo mismo podríamos decir de la inviolabilidad del domicilio. Si el titular de la vivienda consiente que la policía entre en su casa a registrar, ese consentimiento no se extiende a futuras injerencias, que requerirán nuevo consentimiento o autorización judicial. No atisbo a comprender porque en el caso del derecho a la dispensa esto es distinto y desde luego la sentencia no lo explica».

tiene que ser el mismo al abandonar tal posición, sin que exista fundamento para que renazca un derecho que había sido renunciado. Al haber renunciado al ejercicio del derecho de dispensa, primero por la interposición de la denuncia y, luego, constituyéndose en acusación particular, una vez resuelto el conflicto que constituía su fundamento, no hay razón alguna para su recuperación.

- c. En tercer lugar, porque cuando la víctima decide denunciar a su agresor, sin tener obligación de hacerlo, es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado. La víctima ya ha resuelto el conflicto derivado de su vínculo con el agresor que le permitía abstenerse de declarar contra él; y, una vez que ha dado ese paso, no tiene sentido recobrar un derecho del que voluntariamente ha prescindido.
- d. En cuarto lugar, porque de esta forma, el testigo víctima no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo.
- e. En quinto lugar, porque mantener lo contrario y acogerse, o no, a la dispensa a voluntad de la persona concernida, permitiría aceptar sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro *status*, a expensas de su voluntad, lo que no es admisible. Además, lo contrario supondría convertir de facto a este tipo de delitos en perseguibles a instancia de parte, cuando son delitos públicos perseguibles de oficio; no es tolerable una especie de privatización del derecho penal.
- f. Y, en sexto lugar, porque al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa.

Pues bien, para tratar de zanjar todas estas incertidumbres suscitadas en torno a esta cuestionada exención del deber de declarar del testigo, el legislador aborda la reforma del art. 416 LECrim, a la que ya se había comprometido en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia. En el apartado cuatro de su Disposición adicional primera, modifica el art. 416.1 LECrim, en el que, además de concretar el tipo de vínculo que ha de concurrir entre el testigo y el encausado para que aquél se pueda acoger a la dispensa, y establecer el deber de informar al testigo sobre su derecho a acogerse a la misma, haciendo constar expresamente su respuesta, se contemplan cinco casos en los que tal dispensa no será de aplicación, algunos de los cuales vienen a zanjar los debates susci-

tados al respecto en la doctrina y en el jurisprudencia. Tales supuestos son los siguientes¹⁰⁹:

- 1º. Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección. Es lo que sucedería, por ejemplo, cuando la víctima sea un menor de edad que ha sido agredido por la pareja de hecho de su progenitor, y en presencia o con conocimiento de éste.
- 2º. Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Obsérvese que esta segunda exclusión, tal como está redactada, es muy amplia, de modo que excluye de la posibilidad de acogerse a la dispensa a todo testigo pariente del encausado cuando concurren estas tres circunstancias: que se trate de un delito grave, que el testigo sea mayor de edad, y que la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección; sin necesidad de que exista ningún tipo de vínculo o relación entre el testigo y la víctima. Por ello, si bien se observa, en la mayoría de los supuestos, la primera exclusión enunciada ya quedará subsumida en esta segunda, pues habitualmente, en tales casos, también concurrirán estas tres circunstancias; aunque, cabe precisar que, tratándose de un testigo que tenga atribuida la representación legal o de hecho de la víctima, la exclusión de la posibilidad de acogerse a la dispensa operará incluso cuando se impute al encausado un delito menos grave o leve.
- 3º. Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oírán previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver. Como ya apuntamos, el art. 416.1 LECrim, dispone en su inciso segundo que el Juez instructor advertirá al testigo que goce de la exención del deber de declarar, «que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas», debiendo el Letrado de la Administración de Justicia consignar la respuesta del testigo a tal advertencia. Tal disposición se entiende y resulta muy acertada para que la posibilidad de acogerse a tal dispensa (y de renunciar a ella válidamente) sea real y no una mera formalidad legal, porque los testigos no tienen por qué conocer esta exención ni sus consecuencias; y, de hecho, frecuentemente, ignoran tal derecho. Y, como declara la STS 385/2007, de 10 de mayo, para renunciar a un de-

¹⁰⁹ Tales exclusiones de la exención del deber de declarar por razón de parentesco, salvo la segunda, que es la de alcance más amplio, también se contemplan en el art. 660.2 del Anteproyecto de LECrim de 2020.

recho, debe informarse que se dispone del mismo, ya que nadie puede renunciar a algo que desconozca¹¹⁰.

Pero, como ha destacado el TS, tal advertencia sólo tiene razón de ser y puede cumplir realmente el fin que la justifica si el testigo, aun siendo menor (o adoleciendo de una discapacidad), tiene una mínima madurez que le permita comprender el significado y el alcance de la dispensa del art. 416.1 LECrim. En otro caso, dicha advertencia sería totalmente ineficaz y superflua, por lo que su omisión no debería determinar la nulidad de la declaración. Para estos supuestos, la jurisprudencia venía sosteniendo que si el testigo menor, dada su corta edad, no gozaba de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica tal dispensa, ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella, debía ser su representante legal (siempre que no tuviese conflicto de intereses con el testigo) quien decidiese si aquel debía declarar o no^{111/112}.

Pues bien, con esta reciente reforma legal, el legislador parece abandonar esta tesis jurisprudencial, estableciendo expresamente que, si por razón de su edad o discapacidad, el testigo no puede comprender el sentido de la dispensa del art. 416.1 LECrim, no se estará a lo que de-

¹¹⁰ STS 385/2007, de 10 de mayo (RJ 2007/3261). En el mismo sentido, STS 1010/2012, de 21 de diciembre (RJ 2012/11336).

¹¹¹ En este sentido, la STS 699/2014, de 28 de octubre (RJ 2014/6445) señala que, «no hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero si ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador [...]. Esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, son pretender con esto fijar fronteras claras y precisas); ha de confiarse en un juicio casuístico en otra franja de edad; y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿doce años?, algunas normas toman ese momento como referente significativo). No ostentando capacidad para determinar en ese punto la propia conducta, en principio habrá de confiarse a los representantes legales (argumento ex art. 162 Código Civil) la decisión sobre si el menor debe declarar o no en los supuestos prevenidos en el art. 416 LECrim, aunque no lo especifique así claramente la Ley Procesal Penal a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (v.gr., el británico)». Vid., asimismo, STS 730/2018, de 1 de febrero (RJ 2019/235). Esta tesis también se recogía expresamente en el *Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal* de 2013, cuyo art. 370.3 preveía que, tratándose de menores que carezcan de madurez suficiente para valorar el sentido y alcance de su decisión o de incapaces que padezcan una deficiencia psíquica relevante, la decisión de declarar o no deberá ser adoptada por sus padres o por su representante legal, salvo que el imputado fuera alguno de los progenitores o el representante legal del menor o incapaz.

¹¹² No obstante, en algunas sentencias, como las SSTS 209/2017, de 28 de marzo (RJ 2017/1786), 225/2020, de 25 de mayo (RJ 2020/1563), 329/2021, de 22 de abril (RJ 2021/1775) o 342/2021, de 23 de abril (RJ 2021/2300), el Alto Tribunal matiza que, aun tratándose de víctimas menores de edad, si tienen suficiente madurez para entender el alcance de esta dispensa del deber de declarar contra su pariente (por ejemplo, menores de 15 o 16 años) será a ellas a quienes debe hacerse dicha advertencia, y quienes deberán decidir si se acogen o no a tal dispensa, con independencia de lo que decida su representante legal, incluso cuando éste haya ejercido la acusación particular. Sobre esta problemática, vid., ampliamente, González Monje, A. (2019). *La dispensa del deber de declarar en violencia de género. Problemas planteados y soluciones propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 119-126; Maravall Buckwalter, I. (2019). *La declaración del menor en el proceso penal. Admisibilidad y práctica en el derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 247-266.

cida su representante legal, sino que no será de aplicación tal dispensa, debiendo el testigo prestar declaración; si bien, antes de tomar tal decisión, el juez debe cerciorarse sobre la madurez y aptitud del testigo para comprender el sentido de esta dispensa, dando audiencia al mismo y recabando, en su caso, el informe de peritos sobre tal extremo¹¹³.

- 4º. Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular. El legislador dota así de rango legal a la orientación jurisprudencial referida anteriormente, sentada a partir de la STS 389/2020, de 10 de julio. Y también implica que se aparta del criterio que se recogía en el art. 370.1.II del Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, conforme al cual se excluía de la posibilidad de acogerse a esta dispensa al denunciante. Si el testigo-víctima que ha formulado denuncia no se constituye luego en acusador particular, conserva su derecho a acogerse a esta exención.
- 5º. Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo¹¹⁴. El legislador parece querer zanjar así otra de las controversias que se suscitaban en torno a esta dispensa del art. 416.1 LECrim, a saber, si el testigo que, en algún momento procesal, tras ser informado de su derecho a acogerse a tal dispensa, optaba por prestar declaración, podía o no volver a acogerse a la esta exención en declaraciones posteriores.

A este respecto, cabe recordar que, aunque la LECrim únicamente refiere esta exención de los testigos parientes, y por tanto, el deber de advertirles de ella, al momento de su declaración ante el Juez de Instrucción (art. 416.1 LECrim) o en el juicio oral (art. 707 LECrim), la jurisprudencia ha extendido tal dispensa y el consiguiente deber de información a la fase policial previa, amparándose en la dispensa del deber de denunciar del art. 261 LECrim¹¹⁵. Y, además, sostiene que tal advertencia debe

¹¹³ A este respecto señala Magro Servet (“Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, *Diario La Ley*, n.º 9862, 2 de junio de 2021, (<https://diariolaley.laleynext.es>) que habrá que valorar a la fecha del juicio si el menor tiene o no la madurez suficiente para comprender el sentido de la dispensa del art. 416.1 LECrim; y, a tal efecto, se puede tomar como referencia la edad de los 14 años, ya que, por debajo de esa edad, el art. 449 ter LECrim exige al testigo de declarar en la vista del juicio oral, debiendo practicarse la audiencia del menor como prueba preconstituída. Y añade el autor que, a los efectos de esta declaración grabada, el testigo menor de 14 años no podrá ampararse en la dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim, ni el juez tendrá que advertirle de ello.

¹¹⁴ Una disposición análoga ya se contenía en el art. 570.2 del Anteproyecto de LECrim de 2011.

¹¹⁵ En este sentido, la STS 385/2007, de 10 de mayo (RJ 2007/3261), declaró prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía sin haber sido advertida de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar. En el mismo sentido, las SSTs 160/2010, de 5 de marzo (RJ 2010/4057), 1010/2012, 21 de diciembre (RJ 2012/11336), y 485/2021, de 3 de junio (RJ 2021/2609), tras hacer un análisis de la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, concluyen que el criterio jurisprudencial predominante es el de la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial como judicial, y dentro de ésta en cada una de las dos fases del proceso (instruc-

reiterarse en cada una de estas fases procesales, con independencia de la decisión que adopte el testigo en cada momento, pues el hecho de que decida declarar en alguna de estas fases no supone una renuncia tácita y definitiva a este derecho para las fases posteriores¹¹⁶.

Pues bien, con esta disposición, el legislador se desmarca de tal orientación jurisprudencial, dando a entender que, si en algún momento del proceso, ya sea en la fase de instrucción o de juicio oral, el testigo acepta prestar declaración tras haber sido informado debidamente de su derecho a no hacerlo, estará renunciando tácitamente a acogerse a esta dispensa en posteriores ocasiones en que sea llamado a declarar nuevamente¹¹⁷. Siendo así, entendemos que la información que se le dé al testigo también debe incluir expresamente este extremo, a fin de que sea plenamente consciente de que su declaración conllevará la renuncia tácita a tal dispensa de cara a ulteriores declaraciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Pérez-Flores, R. (2009). La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial, pp. 1-18 (http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/Alcal%C3%A1%20P%C3%A9rez-Florez,%20Rafael_1.0.0.pdf).
- Arrom Loscos, R. (2015). La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Riedpa.com. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 3, pp. 1-66 (<http://riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA31501.PDF>).
- Beltrán Montoliu, A. (2018). Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim: evolución jurisprudencial, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.º 19, pp. 13-46.
- Caballero Gea, J.A. (2013). *Violencia de género. Juzgados de violencia sobre la mujer penal y civil. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, Dykinson.

ción y plenario); y el efecto de la no observancia de esta obligación es la nulidad de la declaración prestada y la consiguiente imposibilidad de su valoración por el juzgador.

¹¹⁶ Vid., Villamarín López, M^o. L. (2012). El derecho de los testigos parientes a no declarar..., op. cit., pág. 26. En el mismo sentido, vid., SSTS 160/2010, de 5 de marzo (RJ 2010/4057); 1010/2012, 21 de diciembre (RJ 2012/11336); 49/2018, de 30 de enero (RJ 2018/284); y 485/2021, de 3 de junio (RJ 2021/2609).

¹¹⁷ No obstante, dado que la ley se refiere expresamente a que el testigo haya aceptado declarar «durante el procedimiento», entendemos que no debe determinar la exclusión de la posibilidad de acogerse a la dispensa el hecho de que el testigo haya aceptado declarar ante la policía en el marco de una investigación preprocesal. En este sentido, vid., Rodríguez Álvarez, A. (2021). Claves de la reforma de la dispensa del deber de declarar ex Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *Diario La Ley*, n.º 9916, (<https://diariolaley.laleynext.es>).

- Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito>).
- Defensor del Pueblo (2015). *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo*, (<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/Ver-estudio.pdf>)
- Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso + Senado* (http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_refundido_PEVG_.pdf),
- Esteve Mallent, L. (2012). La violencia de género entre adolescentes, en García González (Dir.) *La violencia de género en la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 93-156.
- Fernández Parro, J. (2018). Como tomar declaración a un menor cuando comparece como víctima en procesos penales de adultos, *Unirrevista*, (<https://www.unir.net/revista/>).
- Fiscalía General del Estado (2009). *Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos* (https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2009-00003.pdf).
- Gómez Colomer, J.L. (2015). ¿Es necesaria una reforma de los derechos de la víctima en el proceso penal español?, *Cuadernos de Derecho Penal*, pp. 13-59.
- Gómez Colomer, J.L. (2015). *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Thomson Reuters Aranzadi.
- González Monje, A. (2019). *La dispensa del deber de declarar en violencia de género. Problemas planteados y soluciones propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi.
- Gonzalo Rodríguez, M^a.T. (2020). La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 51, pp. 99-138.
- Guzmán Fluja, V. (2006). *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch.
- Guzmán Fluja, V., (2008). La anticipación y aseguramiento de la prueba penal, en J.L. Gómez Colomer (Coord.) *Prueba y proceso penal. (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*, Tirant lo Blanch, pp. 183-231.
- Luaces Gutiérrez, A. I. (2016). Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3^a época, n.º 15, pp. 139-174. (http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2016-15-5015/Derechos_ley4_abril.pdf).
- Magro Servet, V. (2021). Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, *Diario La Ley*, n.º 9862, (<https://diariolaley.laleynext.es>).
- Maravall Buckwalter, I. (2019). *La declaración del menor en el proceso penal. Admisibilidad y práctica en el derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch.
- Muñoz Cuesta, J. (2013). La declaración del menor en el proceso penal: en especial cuando es víctima de un delito sexual, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2013 (BIB 2013/1944).

- Rodríguez Álvarez, A. (2021). Claves de la reforma de la dispensa del deber de declarar ex Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio”, *Diario La Ley*, n.º 9916 (<https://diariolaley.laleynext.es>).
- Sempere Faus, S. (2019). La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria. *Revista General de Derecho Procesal*, 48, pp. 13-46.
- Sempere Faus, S. (2020). La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13, pp. 874-897.
- Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección de las víctimas, *La Víctima del Delito y las Últimas Reformas Procesales Penales* (Dir. De Hoyos Sancho, M.), Thomson Reuters Aranzadi, pp. 135-170.
- Sibony, R., Serrano Ochoa, M^a.A., Reina Toranzo, O. (2011). La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género, *Noticias jurídicas. Artículos doctrinales*, (<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4652-la-prueba-y-el-derecho-a-la-dispensa-del-deber-de-declarar-por-la-testigo-victima-en-los-procedimientos-de-violencia-de-genero/>).
- Tinoco Pastrana, A. (2015). El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección”, *Processo penale e giustizia*, n.º 6, pp. 0-14. (<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/49252/Estatuto%20espa%C3%B1ol%20de%20la%20v%C3%ADctima%20del%20delito.pdf?sequence=1>).
- Villacampa Estiarte, C. (2005). Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2^a época, n.º 16, pp. 265-299. (<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2005-16-3090&dsID=PDF>).
- Villagómez Cebrián, M. (2002). Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en la instrucción del proceso penal, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, n.º 1, pp. 599-619.
- Villamarín López, M^a.L. (2012). El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal, *InDret*, n.º 4/2012, pp. 1-40 (www.indret.com).
- Yugueros García, A.J. (2018). Las dispensas procesales en el contexto de la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 79, pp. 139-163.

CAPÍTULO V

VÍCTIMA Y JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JUSTICIA DE MENORES

BLANCA OTERO OTERO

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo

Sumario: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. MARCO NORMATIVO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN MENORES. 2.1. Normativa a nivel internacional. 2.2. Normativa a nivel interno. 3. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE JUSTICIA RESTAURATIVA. 4. EL ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL DE MENORES. 5. EL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA. 6. PERSPECTIVAS DE FUTURO. 6.1. Principios que rigen el procedimiento de justicia restaurativa. 6.1.1. *Voluntariedad*. 6.1.2. *Confidencialidad*. 6.1.3. *Gratuidad*. 6.1.4. *Oficialidad*. 6.2. El procedimiento de justicia restaurativa. 6.2.1. *Inicio del procedimiento*. 6.2.2. *Responsable de la derivación*. 6.2.3. *Momento para la derivación*. 6.2.4. *Desarrollo del procedimiento*. 6.2.5. *El equipo técnico*. 6.2.6. *El acta de reparación*.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Tal y como se ha venido constatando a lo largo de los últimos años, el proceso penal, en cuanto medio de solución de controversias no atiende adecuadamente a las necesidades de las personas implicadas en un conflicto derivado de la comisión de un hecho delictivo. En el modelo imperante, la reparación de la ofensa del delito exige una pena, una sanción y, por tanto, basándose en los postulados de la justicia retributiva, se enfatiza el castigo y la estigmatización de la víctima. El Estado adopta un rol activo para abordar el delito a través del castigo a la persona responsable. La justicia tiende más a la venganza que a la reparación, al reconocimiento y al perdón del daño causado. Así pues, puede señalarse, que la solución de este tipo de controversias no siempre alcanza el carácter reparador o resocializador de las partes e incluso para la sociedad en su conjunto. Esto es, el proceso penal, en muchos casos, ha mostrado una evidente incapacidad para dar una

respuesta satisfactoria a los requerimientos de la sociedad, de las víctimas y del infractor ante el conflicto delictivo¹.

Asimismo, el funcionamiento del sistema procesal ha puesto en evidencia una serie de disfunciones que producen una sucesión de efectos negativos tanto en los infractores, en las víctimas como en la propia sociedad. De esta forma, el sistema judicial genera diversas consecuencias en las personas implicadas, dificultando, por tanto, una solución humana, reparadora y resocializadora.

En concreto, la justicia penal no ha atendido de forma conveniente las necesidades de las víctimas. La víctima del delito ha sido la gran olvidada dentro del proceso penal y, en no pocas ocasiones, el proceso penal causa un perjuicio a la víctima; constituyendo ese paso por el sistema judicial, a menudo, una experiencia dolorosa para ella. Es así que el propio proceso puede dar lugar a lo que se ha venido llamando victimización secundaria y, en consecuencia, no ayuda a hacer frente a la reparación del daño derivado del delito. Los sistemas de justicia penal se han focalizado en la condena de los delincuentes y no han atendido profundamente la reparación efectiva del daño derivado del hecho delictivo, constriñendo a la víctima a un mero papel secundario, sin ningún tipo de justificación y con gran desacierto².

No obstante, en este contexto no resulta difícil constatar que en los últimos años se han producido importantes cambios que han ido centrando y realzando las necesidades de la víctima. La orientación de la justicia penal hacia la víctima se ha producido como consecuencia de una progresiva concienciación de la necesidad de conferirle la consideración que, ineludiblemente, debe ostentar en el proceso. Se hace necesario que a la víctima se le permita intervenir, con la finalidad de alcanzar una reparación por el daño sufrido además de recuperar un sentimiento de seguridad vital.

De esta manera, se han abierto paso determinadas corrientes tendentes a la reivindicación de la transcendencia e importancia de la víctima; en este sentido, ha irrumpido la Victimología, que ha contribuido en buena medida a paliar esta situación de olvido de la víctima³. Igualmente, diferentes movimientos tales como las teorías abolicionistas o los movimientos feministas, entre otros, han suscitado un cambio dogmático del Derecho Penal a través de la inclusión de políticas favorecedoras de la justicia restaurativa y de la víctima⁴. Además, teniendo en cuenta que el delito es un problema social que surge de la comunidad y que, por tanto, se debe resolver en la misma, es necesario que la sociedad en su conjunto, también

¹ González Pillado, E. (2012). La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, en E. González Pillado (Coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Tirant Lo Blanch, pág. 74.

² Montesdeoca Rodríguez, D. (2021). *Justicia restaurativa y sistema penal*, Tirant lo Blanch, pág. 78.

³ Vid. Montesdeoca Rodríguez, D. (2021). *Justicia restaurativa y sistema penal...*, op. cit., págs. 74-78.

⁴ Barona Vilar, S. (2019). Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la *securitización*, en H. Soletó Muñoz y A. Carrascosa Miguel (Dir.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, pág. 59.

se involucre en la prevención del delito, su tratamiento, así como en la reintegración de los delincuentes.

Pues bien, con claros vínculos a la Victimología, al Feminismo, a la Criminología Crítica, al Realismo Jurídico o a los ADR, aparece este movimiento de justicia restaurativa, que aboga por la necesidad de integrar la función restaurativa de la pena y del sistema en su conjunto, además de diseñar los vehículos de canalización de esta función, especialmente a través de los instrumentos restaurativos y en especial de la mediación penal⁵, lo que supone tratar la actuación del *ius puniendi* diversa al proceso penal configurado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos⁶.

La justicia restaurativa va a permitir dar amparo a necesidades que la justicia retributiva no alcanza, situando a la víctima y a la comunidad en una posición protagonista que le es negada en el sistema de justicia convencional, que tiene como actores principales al Estado y al victimario⁷. Ahora bien, aunque en la justicia restaurativa se parte de la víctima y de sus intereses, éstos se hacen confluír tanto con los del infractor como con los de la comunidad para entre todos ellos restablecer el diálogo y la paz que el delito quebró, quedando además fortalecida la vigencia de la norma⁸.

De esta forma, la justicia restaurativa constituye un cambio de paradigma, supone, por un lado, la aceptación en el sistema penal de la función restaurativa o reparadora y, por otra parte, la aceptación de que, además del proceso, pueden incorporarse al sistema vehículos de canalización de esta función, como la mediación, dando protagonismo en este procedimiento al binomio víctima-victimario⁹. Se trata de un nuevo modelo penal y procesal penal para cuya consecución se acude al proceso o a la mediación y a otros métodos restaurativos complementarios de la tutela procesal¹⁰.

No obstante, pese a todo lo anteriormente señalado, en estos momentos, a pesar del impulso incitado tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como de la Unión Europea¹¹; sigue sin existir en nuestro proceso penal una regulación

⁵ Vid. Barona Vilar, S. (2019). *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch.

⁶ Vid. Barona Vilar, S. (2017). *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, pág. 606.

⁷ Tamarit Sumalla, J.M. (2012). Justicia restaurativa y delitos de terrorismo: la respuesta del derecho vigente, en *Justicia para la convivencia: los puentes de Deusto. Encuentro "Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo"*, Universidad de Deusto, pág. 72.

⁸ Ríos Martín, J.C. (2012). Justicia restaurativa y mediación penal. Una respuesta por el diálogo y la disminución de la violencia, pág. 15 (<http://www.poderjudicial.es>).

⁹ Barona Vilar, S. (2017). *Proceso penal...*, op. cit., pág. 606.

¹⁰ Barona Vilar, S. (2019). *Mirada restaurativa de la justicia penal...*, op. cit., pág. 58.

¹¹ Debe reseñarse la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que establece en su art. 10.1 que los Estados miembros deben promover la mediación en las causas penales para las infracciones que sean adecuadas a este tipo de medida. De esta manera, la mediación penal, debidamente incorporada al proceso penal, atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social mediante el diálogo comunicativo y el encuentro personal entre los directamente enfrentados. Asimismo, la Directiva 2012/29/UE del

de la justicia restaurativa. Si bien, ha sido en el campo de la justicia penal juvenil, donde se descubrió el gran potencial que encierran las prácticas restaurativas, lo que ha llevado a la regulación del principal instrumento del modelo de justicia restaurativa a saber, la mediación, en nuestra Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM).

En primer lugar, debe reseñarse que la LORPM es una norma de naturaleza sancionadora, pues la imposición de las sanciones de carácter educativo que se contienen en la misma requiere la determinación de una verdadera responsabilidad para los menores infractores. Ahora bien, en nuestro modelo de justicia penal juvenil, el interés superior del menor prima como elemento determinante del procedimiento y de las medidas a adoptar. Los menores son mucho más vulnerables a la victimización que los adultos debido a su desarrollo e inmadurez. Los menores en contacto o conflicto con el sistema de justicia, ya sea como víctimas, testigos, infractores o partes en un proceso judicial se encuentran a menudo más desamparados y necesitan protección. Por tanto, es fundamental que los menores que se encuentren en contacto con el sistema de justicia se les respete tanto sus necesidades como sus derechos. A menudo, la justicia penal no está pensada de forma adecuada para ayudar y apoyar a los menores en los procesos judiciales, al contrario, en ocasiones, genera esa victimización secundaria anteriormente referenciada¹².

Por todo ello, el sistema penal de menores debe estar orientado en buscar lo que es mejor para el menor, para su reeducación y resocialización, lo que exige incorporar al proceso penal de menores una serie de adaptaciones o especialidades procesales, que permitan que la respuesta penal ante la delincuencia juvenil

Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y que sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI, continúa con la estrategia global de protección a las víctimas, pero entre sus objetivos no se sitúa específicamente el impulso de la mediación penal. Tal y como viene recogido en su art. 12.2 «Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación»; es decir, su finalidad es garantizar que las víctimas reciban la información, el apoyo y la protección adecuada y que puedan participar en procesos penales, estableciendo para ello un conjunto de derechos, entre los que se cuenta el acceso a los sistemas de justicia reparadora bajo ciertas condiciones. La Directiva viene a imponer a los Estados miembros, el impulso de la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, entre los que se encuentra la mediación penal, junto con la conciliación, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia. Por tanto, la Directiva no impone directamente la obligación de los Estados miembros de integrar la mediación penal pero sí quedan obligados a satisfacer ese derecho de las víctimas a tener acceso a sistemas de justicia restaurativa.

¹² International Juvenile Justice Observatory (IJJO) (2018). *Practical Guide Implementing Restorative Justice with Children*, págs. 14-15.

La Directiva 2012/29/UE, en su considerando 57 refiere que los menores víctimas de delito tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias. Y, por tanto, “se deberá poner especial cuidado a la hora de evaluar si tales víctimas están expuestas a riesgo de victimización, intimidación o represalias, y debe haber motivos sólidos para presumir que dichas víctimas se beneficiarán de medidas de protección especial”.

se adapte a lo que aconseja el interés del menor en cada caso¹³. En concreto, la LORPM apuesta por el principio de oportunidad reglada, estableciendo diferentes momentos en los que el expediente sancionador del menor quedará sobreseído (artículos 18,19,27.4,32 y 36 LORPM). Asimismo, a través de este principio de oportunidad, junto con los de flexibilidad e intervención mínima, se da acogida a la posible intervención de un procedimiento conciliatorio, de mediación o de reparación (artículos 19 y 50.1 LORPM)¹⁴, cuestiones todas ellas, que analizaremos a lo largo de este capítulo.

2. MARCO NORMATIVO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN MENORES

2.1. Normativa a nivel europeo

Los primeros programas de justicia restaurativa en menores tienen lugar en la década de los 70 del siglo pasado en Canadá (Ontario) y América del Norte (Minesota). Atendiendo al resultado de estas experiencias y a la búsqueda de vías alternativas al sistema de intervención penal con menores, estas prácticas se fueron extendiendo entre los distintos estados americanos y los países europeos. Ahora bien, el verdadero impulso en la materia se produce como consecuencia de la nueva orientación en la política criminal con jóvenes establecida en las normas aprobadas por la ONU y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Una revisión cronológica nos lleva a partir en primer lugar de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, “Reglas de Beijing” de 28 de noviembre de 1985, que fueron aprobadas con anterioridad a la Convención de Derechos del niño de 1989 y que tienen como finalidad atender el bienestar del menor, evitando, en la medida de lo posible, su paso por el sistema de justicia de menores y en caso contrario, procurando que sea de la manera menos perjudicial. Concretamente, la Regla 11.1 refiere que «se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente». Es así que, la Regla 11 alude a la “remisión de casos”, entendiendo que es la respuesta adecuada, atendiendo a las consecuencias que la respuesta penal pudiera tener en los menores inmersos en un conflicto penal.

Por su parte, la Convención de Derecho del niño de 1989 estableció en su artículo 40.3 b que, “Los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones

¹³ González Pillado, E. (2012). La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor ..., op. cit., pág. 59.

¹⁴ Francés Lecumberri, P. (2012). El principio de oportunidad y la justicia restaurativa, *Revista para el análisis del derecho, Indret*, Barcelona, N.º 4, pág. 5.

específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

En el ámbito de las Naciones Unidas cabe destacar las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, que en sus directrices 57 y 58 consideran la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. En este sentido, debe existir personal capacitado para remitir a los jóvenes a sistemas alternativos a la justicia penal. Y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 (Reglas de la Habana), que consideran que los menores privados de libertad son altamente vulnerables a los abusos, la victimización y a la violación de sus derechos.

Asimismo, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, ha emitido diversos documentos técnicos en relación con la justicia restaurativa dentro del sistema de justicia de menores. Muestra de ello es la Resolución 1997/30 en el Anexo Proyecto de Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal de julio de 1997 o el informe presentado a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de 7 de enero de 2002, sobre justicia restaurativa en el ámbito penal, que toma como base las resoluciones 1999/26 y 2000/14 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Otros documentos que merecen ser destacados son; las Resoluciones del Consejo Económico y Social 2007/23 y 2009/26 de apoyo a los esfuerzos nacionales e internacionales para la reforma de la justicia de menores o un proyecto de resolución de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de Naciones Unidas, de 16 de abril de 2018 sobre justicia restaurativa en asuntos penales, destinado a ser tomado en consideración por la Asamblea General de Naciones Unidas.

En el marco de la Unión Europea cumple mencionar la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa N° 78 (62), sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978, donde se recoge la posibilidad de acudir a soluciones extrajudiciales; la Recomendación N° R (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, cuya regla dos aconseja a los Estados miembros, revisar, si es preciso, su legislación y su práctica con miras a alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación [...] a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y la consecuencias derivadas de ello; la Recomendación (2003) 20, de 24 de septiembre

de 2003, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia juvenil, indica en su punto tercero que se deberían seguir desarrollando medidas alternativas a los procedimientos judiciales tradicionales o la Recomendación (2008) 11, de 5 de noviembre de 2008, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre Reglas Europeas para Menores sujetos a Sanciones o Medidas, que en su regla a. 12 menciona como la mediación y otras medidas restaurativas deberán ser incentivadas en todas las fases del tratamiento con menores.

Igualmente, las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, de 17 de noviembre de 2010, refieren que “las alternativas a los procedimientos judiciales, tales como la mediación, la desjudicialización (de mecanismos judiciales) y la resolución alternativa de conflictos deberían fomentarse cuando estas se adapten mejor al interés superior del niño. El uso cautelar de dichas alternativas no debe emplearse para obstaculizar el acceso a la justicia del menor” (N.º 24).

En definitiva, este análisis nos lleva a la conclusión de que la justicia restaurativa cuenta con una normativa y respaldo por parte de las instancias europeas, siendo necesario que los distintos Estados miembros tomen conciencia de la necesidad de una regulación específica de esta materia. Ante las críticas al olvido a la víctima por parte del sistema penal y la necesidad de una reparación real y eficaz, la justicia restaurativa debería estar integrada como un procedimiento complementario que mejorase el sistema penal de menores y, por tanto, le aportase calidad, eficiencia y efectividad; todo ello con el objetivo de favorecer una solución más humana, reparadora y resocializadora¹⁵.

2.2. Normativa a nivel interno

En cuanto al ordenamiento jurídico español, debe reseñarse que la regulación legal de la mediación penal se puso de manifiesto únicamente en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores y el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo, regulándose la mediación con una finalidad educativa y resocializadora.

Ahora bien, antes de proceder a analizar la regulación existente en materia de menores, conviene reseñar los avances en materia de justicia restaurativa que están teniendo lugar en el ámbito de la justicia penal de adultos. Es así que, en la última reforma del Código Penal operada con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal se introduce, por primera vez previsiones relativas a la mediación, aunque de una forma limitada. Así, entre otras modificaciones, en su Disposición

¹⁵ Vid. Soletto Muñoz, H. (2013). Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, N.º 9, Deusto Digital, Bilbao, (<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>), págs. 77-106.

Final 2ª, apartado 10, introduce el principio de oportunidad reglada, modificando algunos aspectos de la LECrim. Asimismo, debe destacarse la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima (en adelante LEVD), que como contiene en su Preámbulo, “con este Estatuto, España aglutinará en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española”. Con esta LEVD, se garantiza el acceso de las víctimas a servicios de justicia restaurativa (art.15) y, por tanto, se abre la posibilidad de incorporar otras prácticas diferentes a la mediación penal en nuestro sistema legal.

Y, por último, es necesaria la mención a las diferentes normas proyectadas en los diferentes Anteproyectos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los últimos años; así el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 inserta por primera vez en España ese intento de regulación de la mediación penal, el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 introduce el concepto de justicia restaurativa en su Exposición de motivos –si bien regulando en su articulado únicamente la mediación penal– y el reciente Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado el pasado 24 de noviembre de 2020 que viene a regular la garantía de acceso a las víctimas a los procedimientos de justicia restaurativa en su conjunto¹⁶.

En el ámbito de nuestra justicia juvenil fue la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, la que viene a introducir en nuestro ordenamiento la reparación del daño al perjudicado¹⁷. En este sentido, su artículo 2 comprendía la posibilidad de que el juez, a propuesta del fiscal, atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, pudiese dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones. Por su parte, el artículo 3 permitía la suspensión del fallo siempre que, de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, aceptasen una propuesta de reparación extrajudicial. De esta manera, el reconocimiento del derecho del menor a participar, a ser oído en las decisiones que le puedan afectar es especialmente representativo y nos aproxima a la filosofía participativa y deliberativa de la justicia restaurativa¹⁸.

¹⁶ Vid. Farto Piay, T. (2021). El procedimiento de justicia restaurativa en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, *La Ley Penal*, N.º 151, págs. 1-16.

¹⁷ Si bien en Cataluña, el programa de Mediación y Reparación en el ámbito de la Justicia Juvenil comienza un poco antes, en 1990, cuando aún regía la Ley de tribunales tutelares de Menores. O en el caso de la Comunidad de Madrid, aunque las primeras experiencias se remontan a 1995, será a partir de 1998 cuando se irá contando con un equipo específico y especializado de mediadores para implementar estas actuaciones, incorporado posteriormente a la Agencia para la Reeducción y Reinserción del Menor infractor de la Comunidad de Madrid en su momento de creación como organismo autónomo en 2015 (Ley 3/2004, de 10 de diciembre, de creación de la agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor infractor).

¹⁸ Bernuz Beneitez, Mª. J. (2014). Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española”), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-14, pág. 10.

Actualmente, es la LORPM, la que recoge expresamente en su Exposición de Motivos que “La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”.

Ahora bien, al igual que sucede en el ámbito del sistema penal de adultos, llama la atención que en el sistema penal de menores la legislación española limite las prácticas restaurativas; es decir, el artículo 19.3 LORPM hace referencia a que «el correspondiente equipo técnico realizará funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado» al tiempo que hace alusión a los resultados restaurativos en apartado 2 del artículo 19 LORPM cuando se refiere a la conciliación con la víctima, en el momento en que el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas y a la reparación como el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Asimismo, el artículo 51.3 LORPM refiere a la posibilidad de dejar sin efecto el cumplimiento de la medida impuesta en la sentencia del juez de menores por conciliación entre el menor y la víctima derivada de un procedimiento de mediación. Por tanto, debe reseñarse que con la regulación actual no resultan integradas todas las prácticas o mecanismos de justicia restaurativa en el ámbito de menores.

3. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE JUSTICIA RESTAURATIVA

En términos generales, la justicia restaurativa promueve la reparación del daño causado a la víctima mediante procesos cooperativos en los que intervienen las personas involucradas en el delito guiados por un facilitador¹⁹. La justicia restaurativa, también denominada, justicia reparadora recibe esta denominación en oposición a la justicia retributiva, en donde la reparación del daño exige una

¹⁹ En este sentido, en relación con el facilitador, Subijana Zunzunegui y Porres García (2013), La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, N.º 9, Deusto Digital, Bilbao, pág. 46 (<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>), indican que cumple un papel fundamental en los procesos restaurativos, pues le compete preparar el escenario del diálogo, garantizar la autonomía y equilibrio entre los intervinientes y posibilitar las estrategias de comunicación que posibilite el encuentro entre todas ellas en una solución viables y satisfactoria.

pena, una sanción equivalente y, por tanto, tiende a enfatizar el castigo penal y a estigmatizar a la víctima.

Avanzar una definición de justicia restaurativa no resulta una tarea sencilla, nos hallamos ante un concepto que ha generado diversas discusiones e interpretaciones y ante el que no hay siempre un consenso en los diferentes países²⁰. De tal manera que, a falta de una definición universalmente válida, se han podido observar dos tendencias sobre la noción de justicia restaurativa²¹. En primer lugar, debe reseñarse una concepción estricta que incide en el procedimiento llevado a cabo y en el resultado reparador²²; en este sentido, el procedimiento restaurativo perseguirá unas finalidades que podemos concretar en la idea de reparación o restauración en sentido global, atendiendo a la reparación a la víctima, la recuperación del autor del delito y la reparación a la comunidad. Debe señalarse que normas supranacionales, como la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), también parecen acoger un concepto estricto de justicia restaurativa y, en tal sentido, su art. 2, define “justicia reparadora”, como «cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial».

En segundo lugar, la anterior tendencia convive con una concepción amplia en la que se flexibiliza la idea de procedimiento, no siendo necesaria la participación de todos los actores que tengan interés en el delito cometido ni el cumplimiento de todos los objetivos reparadores²³. En este sentido, la justicia restaurativa es definida como «una óptica sobre la manera de hacer justicia, orientada prioritariamente hacia la reparación de los sufrimientos y daños causados por un delito»²⁴.

En este sentido, debe destacarse la definición contenida en la Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la Justicia Restaurativa en materia penal, que entiende por justicia restaurativa cualquier proceso que permita a aquellas personas dañadas por el delito y a los res-

²⁰ Zehr, H. (2002). *The little book of restorative justice*, Intercourse, Good Books, págs. 8-13.

²¹ Vid. Guardiola Lago, M.J. (2020). ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?, *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º 40, págs. 553-564.

²² Destaca la definición de justicia restaurativa de Marshall [*Restorative Justice. An overview*, A Report by the Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999, pág. 5 (http://www.antonio-casella.eu/restorative/Marshall_1999-b.pdf)] como “un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se reúnen para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro”.

²³ Guardiola Lago, M.J. (2020). ¿Es posible la justicia restaurativa..., op? cit., pág. 558.

²⁴ Walgrave, L. (2002). La justice restauratrice et les victimes, *Le Journal International de Victimologie* 1(4).

ponsables de ese daño, si consienten libremente, participar de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, con la ayuda de un tercero capacitado e imparcial, el facilitador. Definición que sugiere una visión amplia al menos en términos de participación, de manera que en el espacio restaurativo cabrían más agentes más allá de la víctima directa y el victimario²⁵.

En contraposición con la ausencia de una definición de justicia restaurativa, se han ido conceptualizando una serie de términos vinculados con la misma. De este modo, si tomamos como referencia el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, se han ido consagrando ciertos conceptos como son programa de justicia restaurativa, entendido como aquel programa que usa procedimientos restaurativos y busca alcanzar resultados restaurativos; procedimiento restaurativo, como cualquier procedimiento en el que la víctima y el ofensor y cuando es adecuado cualquier otro individuo o miembros de la comunidad afectados por un hecho delictivo, participan en conjunto activamente en la resolución de asuntos derivados del delito, generalmente con ayuda de un facilitador; el resultado restaurativo, como el acuerdo alcanzado como resultado de un procedimiento restaurativo, incluyendo dichos resultados, respuestas y programas como reparación, restitución y trabajos en beneficio de la comunidad, con la meta de cumplir con las necesidades individuales y colectivas y responsabilidades de las partes y para alcanzar la reintegración de la víctima y del infractor; y, finalmente, las partes y el facilitador, que hacen alusión a la víctima, el victimario y cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un hecho delictivo quien puede involucrarse en un procedimiento restaurativo y a una persona cuyo rol es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes²⁶.

Asimismo, aunque el procedimiento de justicia restaurativa más generalizado es la mediación penal, deben reseñarse otros procedimientos basados en su contenido restaurativo: prácticas plenamente restaurativas como son las *conferencing* y los círculos de pacificación; las principalmente restaurativas, como la mediación víctima-infractor, las conferencias sin víctima, las comunidades terapéuticas, los programas de apoyo comunitario a víctimas o las comisiones de verdad; y, por último, las parcialmente restaurativas como la victimoasistencia, la compensación o indemnización del daño, el tratamiento de sensibilización con víctimas, el trabajo reparador en beneficio de la comunidad o los programas de reinserción²⁷.

La mediación que supone reunir a la víctima con quien delinquiró en presencia o con la ayuda de una persona facilitadora que coordina y prepara el encuentro –si fuera posible– es, como se ha señalado, el procedimiento de justicia restaurativa más extendido tanto en los países de la Unión Europea como en

²⁵ Hernández Moura, B. (2020). Desafíos emergentes en el desarrollo de la Justicia Restaurativa, *Revista de mediación*, núm. 13, 2, pág. 2.

²⁶ *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa...*, op. cit., págs. 6-11.

²⁷ Vid. Mccold, P. y Watchtel, T. (2003). In Pursuit of Paradigm: A theory of Restorative Justice, *Paper presented at the 13 th World Congress of Criminology*, pág. 3 (<https://www.iirp.edu/pdf/paradigm.pdf>).

España. En este procedimiento intervienen de forma activa la víctima, el infractor y una persona mediadora que facilita la comunicación entre ambas personas en conflicto, con el objetivo puesto más en el diálogo que en el acuerdo²⁸. El procedimiento puede estructurarse en varias reuniones individuales de la persona mediadora tanto con la víctima como con el infractor, para ayudarles y prepararlos –de ser el caso– para una posterior fase de encuentro, o bien desarrollar todo el procedimiento a través de una mediación indirecta, cuando el contacto directo entre la víctima y el infractor no sea posible o no deseado por la víctima. Ahora bien, conviene señalar que, en este tipo de procedimientos, los menores suelen ir acompañados de sus progenitores o tutores legales para que los apoyen y se sientan acompañados en el transcurso de la mediación²⁹. La finalidad de la mediación es empoderar a la víctima, permitir la responsabilización del infractor y la reparación del daño producido. Es decir, este procedimiento tiene como objetivo abordar las necesidades de las víctimas, asegurándose la responsabilización por parte del infractor³⁰. Además, en la mediación con menores infractores debe destacarse necesariamente la transcendencia educativa que desempeña en la práctica esta figura, pues a través de la mediación se incentiva y previene de forma general que el menor de edad pueda reiterar conductas delictivas en el futuro tras conocer directamente las consecuencias negativas para las víctimas³¹.

La conferencia de grupo familiar o conferencia comunitaria se desarrolló en Nueva Zelanda y fue, en parte, un reflejo de los procesos tradicionales del pueblo maorí, la población indígena de Nueva Zelanda. La conferencia se ha ido adaptando a medida que se ha ido utilizando en otros países, conviviendo en la actualidad varias versiones de conferencias que se encuentran en países como Australia, Asia, América del Norte y Europa. La conferencia es un procedimiento de estilo mediatorio en el que, además del infractor y la víctima principal, intervienen víctimas secundarias (como familiares o amigos de la víctima), así como familiares o amigos del infractor, así como personas del entorno escolar, social o profesional, de una forma equilibrada, conducidas por una persona mediadora o facilitadora³². La inclusión del círculo social, de amistades, familiares de las personas implicadas, permite la consideración de la comunidad como parte perjudicada por el hecho delictivo, en la medida que ha supuesto una alteración de la paz social

²⁸ Soletto Muñoz, H (2013). Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España ..., op. cit., pág. 85.

²⁹ Vid. Morris, A. y Maxwell, G. (2003), *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation and circles*, Oxford. Hart Publishing, págs. 145-160.

³⁰ Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa...*, op. cit., págs. 17-18.

³¹ Colomer Hernández, I. (2012). La mediación penal con menores infractores en la LORPM, en E. González Pillado (Coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Tirant Lo Blanch, pág. 99.

³² Vid. Tamarit Sumaya, J. (2013). Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro, *Cuadernos Penales José María Lidón*, N.º 9, Deusto Digital, Bilbao, págs. 318-319, (<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>).

y de los valores de convivencia³³. El propósito de una conferencia es confrontar al infractor con las consecuencias del delito, desarrollar un plan reparador y, en casos más serios (en el modelo de Nueva Zelanda), determinar la necesidad de supervisión más restrictiva y/o custodia³⁴; si bien, tiene igualmente cabida e interés ofrecer apoyo a todos los participantes, facilitando la superación del delito e implicándose activamente en la reparación.

Los círculos son similares a las conferencias en el sentido de que amplían la participación más allá de la víctima principal y el infractor³⁵; si bien, son más amplios que las conferencias en cuanto a las personas participantes y su desarrollo en el tiempo. Implican combinaciones de participantes que incluyen a personas victimizadas, infractoras, agencias de control social, operadores jurídicos, policía y agentes sociales interesados. Cuenta igualmente con la participación de una persona supervisora que vela para que el procedimiento se realice de manera adecuada. Los círculos pueden tener finalidades diversas (resolución de conflictos, toma de decisiones, terapia, apoyo, intercambio de información, desarrollo de relaciones) y pueden solicitarse por los infractores, las víctimas o los operadores jurídicos, siendo sus efectos procesales o penológicos diversos según el sistema jurídico de referencia; es decir, no existen modelos únicos, ya que cada uno se redefine en cada territorio, Estado o comunidad de implementación³⁶.

Y, por último, se pueden señalar los paneles restaurativos que tienen como enfoque principal la reparación, si bien, la participación de la víctima y el infractor es limitada, configurándose con participación de los ciudadanos. El panel tiene amplia disponibilidad para establecer la reparación que va desde el carácter exclusivamente económico o combinándolo con medidas como trabajo para la comunidad o petición de disculpas³⁷.

A la vista de lo expuesto, y si tomamos como referencia países con una larga trayectoria en la implementación y práctica de la justicia restaurativa en el ámbito de menores, se puede observar una mayor diversidad en prácticas restaurativas. De ahí la necesidad de una regulación más precisa en la materia, es decir, una normativa en la que se recoja de forma expresa qué se entiende por justicia restaurativa y en la que resulten integradas todas las prácticas o mecanismos de justicia restaurativa.

³³ Varona Martínez, G. (2018). *Justicia restaurativa desde la Criminología: mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 65-73.

³⁴ Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa...*, op. cit, págs. 20-21.

³⁵ Morris, A. y Maxwell, G. (2003). *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation and circles...*, op. cit, págs. 8-10.

³⁶ Varona Martínez, G. (2018). *Justicia restaurativa desde la Criminología: mapas para un viaje inicial...*, op. cit., págs. 73-81.

³⁷ Soleto Muñoz, H. (2013). *Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa...*, op. cit., pág. 86.

4. EL ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL DE MENORES

Tal y como se ha analizado, la LORPM ha dado cabida a la mediación en el seno de los procesos que se siguen conforme a esta Ley para la exigencia de responsabilidad frente a menores infractores. En este sentido, la previsión contenida en el texto legal se concreta en diversas clases de mediación en atención a los efectos que producen en el proceso penal y sobre la ejecución de la medida impuesta. De tal manera que en la LORPM se puede apreciar la posibilidad de sobreseimiento del expediente penal para los casos de conciliación o reparación entre el menor y la víctima, lo que se ha venido denominando una mediación prejudicial. Y, de otra parte, la mediación judicial, vinculada con la ejecución de la medida impuesta al menor incurso en responsabilidad penal.

La primera de esas modalidades aparece recogida en el artículo 19 LORPM y en el artículo 5 RD 1774/2004. De este modo, conforme a las citadas previsiones, la mediación tiene que producir sus efectos en la fase de investigación, es decir, dentro de la fase del procedimiento que es una competencia atribuida al fiscal de menores. Su procedencia se supedita a que el hecho imputado al menos constituya delito menos grave o falta (actual delito leve)³⁸; que, bien por decisión propia bien a instancia del letrado del menor o incluso del propio equipo técnico, el Ministerio Fiscal entienda procedente derivar el conflicto hacia una solución extrajudicial, a cuyo efecto habrá de atender «a la gravedad y circunstancias del hecho y del menor» y, «de modo particular, a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos» (artículo 19.1 LORPM). Dándose estos presupuestos, la derivación del asunto a mediación comporta la suspensión de la tramitación del expediente y, eventualmente, la conclusión del proceso mediante sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

En consecuencia, éste es el efecto que se sigue si el menor alcanza un acuerdo con la víctima, que puede consistir en la conciliación –esto es, en el reconocimiento por el menor del daño ocasionado, la petición de disculpas y la aceptación de tales disculpas por parte de la víctima– o en la reparación –esto es, en el compromiso del menor de realizar determinadas prestaciones en favor de la víctima o de la comunidad, seguido de su realización efectiva–. Alcanzado pues uno u otro tipo de acuerdo, e incluso cuando la conciliación o reparación no sean posibles por causas ajenas al menor, el Ministerio Fiscal actuará conforme al principio de oportunidad, desistiendo del expediente incoado y solicitando del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones (art. 19.2 y 4 LORPM). Si bien, como queda expresamente recogido en el apartado 5 artículo 19 LORPM la falta de

³⁸ Si será posible dar eficacia al resultado alcanzado en un procedimiento de mediación penal de menores a través del desistimiento del fiscal y el posterior sobreseimiento jurisdiccional en aquellos casos en que la conducta criminal imputada al menor se castigue con penas menos graves (artículo 33.3 Código Penal) o penas leves (artículo 33.4 Código Penal).

cumplimiento de la obligación de reparación o de la actividad educativa acordada implicará que el fiscal deba continuar con la tramitación del expediente.

La segunda modalidad de mediación –la mediación judicial– no tiene ninguna incidencia sobre la tramitación del proceso. En este sentido, la mediación judicial en relación con el proceso de menores es aquella que se desarrolla de forma paralela a la tramitación del proceso, y que incluso tiene lugar después de la imposición de la medida por parte del juez de menores. De tal forma, como refiere el artículo 51.3 LORPM, su eficacia radica en dejar sin efecto la medida impuesta, lo que sucederá cuando el juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que la conciliación del menor con la víctima y el tiempo de duración de la medida ya cumplida expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Por otro lado, además de las previsiones señaladas, la mediación se contempla como un mecanismo que permite resolver los conflictos que se puedan generar en los centros de internamiento de menores, de este modo el artículo 60 RD 1774/2004 establece que «la conciliación con la persona ofendida, la restitución de los bienes, la reparación de los daños y la realización de actividades en beneficio de la colectividad del centro, voluntariamente asumidos por el menor, podrán ser valoradas por el órgano competente para el sobreseimiento del procedimiento disciplinario o para dejar sin efecto las sanciones disciplinarias impuestas».

Por último, para delimitar de forma adecuada la figura de la mediación penal con menores, se hace necesario resaltar el papel que desempeña el equipo técnico en este tipo de mediaciones. En este sentido, el equipo técnico realiza la actuación mediadora entre el menor y su víctima y es el encargado de comunicar al Ministerio Fiscal los resultados alcanzados en el procedimiento de mediación, para que este pueda en aplicación del principio de oportunidad reglada proceder a desistir de la continuación del expediente. Posteriormente, cuando se haya suspendido la fase de investigación por la voluntad de no continuar del Ministerio Fiscal, el equipo técnico es el encargado de comunicar el cumplimiento o no de lo acordado en mediación (artículo 19.3 LORPM)³⁹.

Por otra parte, la LORPM contiene otras figuras de las que la justicia restaurativa se sirve, a saber; la conciliación y la reparación. Si bien, debe manifestarse que tanto la conciliación como la reparación son dos posibilidades de solución pacificadora entre las personas en conflicto vinculadas a la realización de una actuación mediadora⁴⁰. En este sentido, la conciliación se configura como un resultado directamente derivado de la actuación mediadora y en cuanto a la reparación, el artículo 19.3 LORPM establece que «se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas

³⁹ Vid. artículo 5 RD 1774/2004.

⁴⁰ Colomer Hernández, I. (2012). La mediación penal con menores infractores en la LORPM ..., op. cit., págs. 113-114.

acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva». Por tanto, puede afirmarse que la regulación contenida en la LORPM contiene una cierta confusión terminológica; cuando de una lectura detenida de la misma, puede entenderse que el procedimiento que desarrolla es claramente el de mediación.

Ahora bien, a la vista de lo expuesto, debe reseñarse en primer lugar que cuando se analizan los momentos procesales en los cuales es posible acudir a las soluciones extrajudiciales, la legislación las sitúa en la fase de instrucción o en la fase de ejecución de la medida y por tanto deja fuera esta posibilidad durante el proceso judicial. En segundo lugar, se limita la procedencia de la mediación a que el hecho imputado al menos constituya delito menos grave o falta (actual delito leve), dejando al margen los delitos graves. Y, además, como anteriormente se ha analizado, nuestro articulado únicamente hace alusión a la mediación, a la conciliación con la víctima, reparación del daño a la víctima o a la comunidad, realización de tareas socioeducativas o prestación de servicios de la comunidad, sin desarrollar o hacer mención a otras prácticas restaurativas. Cuestiones todas ellas que abordaremos en los siguientes apartados.

5. EL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Tal y como se ha señalado la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, viene a introducir en nuestro ordenamiento la reparación del daño al perjudicado. Si bien, debe reseñarse que el foco de atención estaba puesto claramente en el menor y, por tanto, no tanto en las víctimas. Así el artículo 2.3 establecía que «para ello, oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el abogado, el Juez deberá valorar razonadamente, desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta».

Ahora bien, aunque la justicia de menores se sigue centrando de forma principal en el menor, la legislación española se abre también a los intereses de las víctimas. En este sentido, el artículo 5 a) RD 1774/2004 «si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima». Además, como refiere el citado artículo en su apartado b), se citará en primer lugar al menor, sus representantes legales y su letrado. Seguidamente, «el equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparecencia personal ante el equipo técnico, ya sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia». Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación

(consentimiento que deberá ser confirmado por sus representantes legales si la víctima fuese menor de edad o incapaz) el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. «No obstante, la conciliación y la reparación también podrán llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos».

Además, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORPM refiere que “el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”. En definitiva, deja claro que la justicia de menores aspira a ser una justicia más global en la que se tengan en cuenta otros intereses en juego, tal y como se contiene tanto en las pretensiones del Comité de Derechos del Niño o del Consejo de Europa⁴¹.

A la vista de lo expuesto, puede entenderse que el interés de las víctimas se va abriendo paso en la jurisdicción de menores y, por tanto, se van incorporando cambios que han ido centrando y realzando las necesidades de la víctima. Asimismo, no debe dejar de mencionarse el calado que la justicia restaurativa está teniendo en nuestro país. Así, la LEVD, que pretende dar respuesta a las necesidades de las víctimas, contempla en su artículo 3.1 que “toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”.

Ahora bien, si tomamos como referencia la actual regulación de la justicia restaurativa en el proceso de menores, entendemos que la atención a las víctimas va mucho más allá de su participación en un procedimiento de mediación, tanto con esa posibilidad que se le brinda de participar o no en un encuentro con el infractor⁴². Aunque la intervención de la persona mediadora con la víctima pueda generar satisfacción en la misma, al sentirse escuchada, respetada y valorada; en

⁴¹ Bernuz Beneitez, M.^a. J. (2014). Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española) ... , op. cit., pág. 17.

⁴² Vid. Las necesidades de las víctimas en Madrid Liras, S. (2019). Las víctimas en los procedimientos extrajudiciales del ámbito penal de menores infractores, en H. Soletto Muñoz y A. Carrascosa Miguel (Dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, págs. 646-661.

ocasiones, el procedimiento de mediación puede no cubrir todas sus necesidades y es cuando el mediador puede orientar hacia otro tipo de intervenciones. Por otro lado, el ofrecimiento inicial de la mediación y el rechazo por parte de la víctima –por no considerar este procedimiento como el medio más adecuado para atender sus necesidades– no debería implicar cerrar la puerta a otras formas u alternativas de justicia restaurativa. En este sentido, se hace necesario integrar otras prácticas restaurativas, a saber; círculos restaurativos o conferencia de grupo familiar o conferencia comunitaria, vinculadas a la atención a las víctimas, todo ello con la finalidad de tener en cuenta las necesidades de las víctimas frente a un acto delictivo y un proceso judicial y así, poder ofrecer respuestas más globales, integradoras y multidisciplinarias⁴³.

6. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El modelo de justicia restaurativa que se puede plantear es el mismo en adultos y menores. Si bien, aunque tiene cabida en ambos, es cierto que, en el ámbito de menores, la justicia restaurativa, con cualquiera de las prácticas restaurativas que podrían ser acogidas, puede llegar a tener un papel más relevante⁴⁴. En este contexto, se hace necesario analizar las propuestas que contempla el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado el pasado 24 de noviembre de 2020 (en adelante Anteproyecto de LECrim de 2020) para el sistema penal de adultos en relación con la justicia penal en el ámbito de menores por su relevancia y avances que suponen en la materia.

Si bien, con carácter previo, debemos realizar una contextualización y señalar que, en España, no ha sido hasta la aprobación de la LEVD, mediante la que se traspone la Directiva 2012/29/UE, cuando ha comenzado a legislarse en materia de mediación. Antes de ese momento, el Anteproyecto de LECrim de 2011 insertó por primera vez ese intento de regulación de la mediación con la introducción en el apartado XXVI de su Exposición de motivos del principio de oportunidad y la mediación penal. Posteriormente, con el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 se insertó el concepto de justicia restaurativa en su Exposición de Motivos, y su puesta en escena a través de la mediación en su Título VI sin hacer referencia a ningún otro procedimiento de justicia restaurativa⁴⁵.

⁴³ Además, como refiere la Guía de implementación de la Justicia restaurativa con niños (International Juvenile Justice Observatory (IJJO) (2018) ..., op. cit. pág. 15. "La justicia restaurativa se ha visto como una prioridad máxima tanto para los menores que están en conflicto con la Ley, sino también para los menores víctimas. Los procedimientos de justicia restaurativa tienen el potencial de producir resultados positivos tanto para los infractores como para las víctimas".

⁴⁴ Francés Lecumberri, P. (2012). El principio de oportunidad y la justicia restaurativa ..., op. cit., pág. 25.

⁴⁵ Vid. Martín Diz, F. (2015). Mediación y justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal, en V. Moreno Catena (Dir.) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, págs. 751-772.

Teniendo en cuenta que ninguno de los citados textos se ha llegado a aprobar y que la todavía vigente LECrim ni siquiera incluye referencia alguna a términos como justicia restaurativa o mediación; debe reseñarse –por el avance que supone en la materia– el reciente Anteproyecto de LECrim de 2020 que opta por introducir mecanismos alternativos, siguiendo la opción político-legislativa de los anteriores textos legales. El nuevo Anteproyecto de 2020 reproduce en esencia los contenidos del Anteproyecto de 2011 si bien, adecuándolo a la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En este sentido, el actual Anteproyecto viene a regular la garantía de acceso a las víctimas a los procedimientos de justicia restaurativa entre los que se encuentra la mediación penal junto con otros procedimientos; a saber, la conciliación, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia. Por tanto, no se contempla únicamente la mediación penal como se había optado tanto en el Anteproyecto de 2011 como en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, los cuales seguían las directrices de la Decisión Marco 2001/220/JAI, que establecía que los Estados miembros debían promover la mediación en las causas penales para las infracciones que sean adecuadas a este tipo de medidas⁴⁶.

En este sentido, el Anteproyecto dedica algunos preceptos a la justicia restaurativa, regulando sus principios, procedimiento y consecuencias; sin entrar de lleno, en la modalidad, por excelencia, de resolución alternativa, que es la mediación penal. Cuestiones todas ellas que procederemos a analizar en los siguientes apartados en relación con la justicia penal en el ámbito de menores.

6.1. Principios que rigen el procedimiento de justicia restaurativa

En primer lugar, resulta conveniente exponer cuáles son los principios básicos del procedimiento de justicia restaurativa aplicables a todo procedimiento restaurativo que tenga lugar en el ámbito de menores, a pesar de la ausencia de una regulación expresa sobre los mismos tanto en la LORPM como en el RD 1774/2004.

En este sentido, el Anteproyecto de LECrim de 2020 viene a regular los principios del procedimiento restaurativo en el art. 181; por tanto, de acuerdo con el citado precepto, toda práctica restaurativa estará sujeta a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad.

6.1.1. Voluntariedad

En lo que respecta al ámbito de menores, el artículo 5 RD 1774/2004 que establece el modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales recoge en su apar-

⁴⁶ Vid. Mollar Piquer, M.P. (2015). La mediación penal, en J.L. Gómez Colomer (Coord.) *El proceso penal en la encrucijada*. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer, Publicacions de la Universitat Jaume I, págs. 847-863.

tado c) que el equipo técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial, pudiendo el menor aceptar o no alguna de las soluciones que el equipo le propone y por otra parte, tal y como se recoge en el apartado d) «el equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación». Por tanto, el citado articulado, se limita a dejar entrever esta voluntariedad sin recoger expresamente este principio.

Por su parte, el Anteproyecto de LECrim de 2020 en su artículo 181 apartados 2 y 3 refiere que la justicia restaurativa es voluntaria, por tanto, exige la participación voluntaria e informada de cada una de las partes intervinientes. Respecto de la información, se exige la necesidad de que las partes, antes de prestar su consentimiento, estén informadas de sus derechos, de la naturaleza del procedimiento de justicia restaurativa y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo. En relación con la voluntariedad, ninguna de las partes podrá ser obligada a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa, pudiendo, en cualquier momento, apartarse del mismo. Tanto la negativa a participar en un procedimiento de justicia restaurativa, como el abandono del ya iniciado, no implicará ningún tipo de consecuencia en el proceso penal⁴⁷.

Voluntariedad que igualmente viene recogida en el art. 15 LEVD que, en su apartado 1.b), establece que «la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento», en su apartado 2.c), cuando alude a que «el infractor haya prestado su consentimiento» y, por último, en el apartado 3, al recoger que «la víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento».

6.1.2. Confidencialidad

En lo concerniente a la confidencialidad en el ámbito de la justicia restaurativa con menores, únicamente el artículo 5 RD 1774/2004 establece en su apartado g) que «el equipo técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido llevarse a efecto los compromisos alcanzados por las partes». Por tanto, se entiende que todo lo abordado en el propio procedimiento de mediación es confidencial excepto el resultado del procedimiento; es decir, si se han alcanzado o no acuerdos y el contenido de los acuerdos logrados por las partes, así como su grado de cumplimiento.

⁴⁷ Como refiere Otero Otero (2021) (*La mediación intrajudicial en supuestos de ruptura de pareja*, La Ley, pág. 205), la voluntariedad se configura como un eje fundamental de la mediación, manifestándose tanto en el inicio del procedimiento, como durante el desarrollo y finalización de este.

El artículo 181.4 Anteproyecto de LECrim de 2020 recoge expresamente que «se garantizará la confidencialidad de la información obtenida en el procedimiento de justicia restaurativa». En este sentido, el art. 15.2 LEVD establece que «los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función». En este marco, ni el Ministerio Fiscal ni el juez tendrán conocimiento de lo abordado en el procedimiento de justicia restaurativa; salvo que expresamente las partes afectadas acuerden utilizar las informaciones vertidas en el marco del procedimiento restaurativo o bien, una vez finalizado, las partes remitan lo acordado en el acta de reparación. En este sentido, el artículo 181 del Anteproyecto de LECrim de 2020, únicamente prevé la confidencialidad respecto del Ministerio Fiscal, si bien la misma, es también extensible al juez.

6.1.3. Gratuidad

El procedimiento de justicia restaurativa debe ser totalmente gratuito debido al carácter público del derecho penal; en este sentido, los gastos derivados del procedimiento de justicia restaurativa serán asumidos por la propia Administración.

6.1.4. Oficialidad

Tal y como ya se ha señalado, en el proceso penal de menores, únicamente está contemplada la derivación en la fase de instrucción y en fase de ejecución de la medida aplicada. Esto es, el Ministerio Fiscal, bien por decisión propia bien a instancia del letrado del menor o incluso del propio equipo técnico, puede entender procedente derivar el conflicto hacia una solución extrajudicial.

Por su parte, los artículos 182 y 184 Anteproyecto de LECrim de 2020 recogen que el procedimiento de justicia restaurativa se puede iniciar a instancia del Ministerio Fiscal o del órgano judicial, esto es, por derivación, o a instancia de las partes. En todo caso, el derecho de defensa debe quedar garantizado; en este sentido, el facilitador, en cualquiera de los procedimientos de justicia restaurativa, se configura como una pieza clave que viene a garantizar en el seno de todo procedimiento valores y derechos fundamentales comprometidos por su propia intervención como son la igualdad de las partes, el derecho a la presunción de inocencia o su derecho de defensa.

A la vista de lo expuesto, puede observarse que ni la LORPM ni el Anteproyecto de LECrim de 2020 hacen ningún tipo de alusión a principios como la igualdad de las partes intervinientes, la flexibilidad del procedimiento de justicia restaurativa o la imparcialidad y neutralidad del facilitador, ni tampoco

recogen ningún tipo de remisión a otro tipo de regulaciones⁴⁸. Por lo tanto, todas estas cuestiones sí deberían ser objeto de una regulación con el objetivo de dotar a este procedimiento de todas las garantías necesarias.

6.2. El procedimiento de justicia restaurativa

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que tanto la mediación como las otras prácticas restaurativas discurrirán en paralelo con el proceso judicial, al menos durante un tiempo, y esta circunstancia conlleva una serie de peculiaridades que todos los profesionales intervinientes deberían conocer. Es decir, la justicia restaurativa debería servir como complemento al sistema penal de menores establecido y no debería entenderse o interpretarse como un mecanismo encaminado a reemplazar a los sistemas existentes. Por tanto, de un modo u otro, sería conveniente que se estableciesen normas que regulen de forma pormenorizada la relación entre el procedimiento de justicia restaurativa y el proceso judicial.

6.2.1. Inicio del procedimiento de justicia restaurativa

El Anteproyecto de LECrim de 2020 viene a regular el inicio del procedimiento restaurativo en el artículo 182; es así que, «el Ministerio Fiscal, según las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima, podrá, de oficio o a instancia de parte, remitir a las partes a un procedimiento restaurativo».

Asimismo, el citado artículo 182 en su apartado 5 recoge que el juez, previa audiencia del fiscal, podrá acordar que las partes acudan a un procedimiento de justicia restaurativa durante la ejecución e, igualmente, el artículo 184 contiene que el tribunal de enjuiciamiento podrá remitir las actuaciones al procedimiento de justicia restaurativa cuando todas las partes lo soliciten.

Por otro lado, el Anteproyecto de LECrim de 2020 omite todo lo relativo a los requisitos que deben cumplir las víctimas para acceder a servicios de justicia restaurativa que se encuentran recogidos en el artículo 15 LEVD. Omisión que puede generar ciertas dudas en relación con lo establecido en el apartado 1.a) del citado precepto, al establecer como requisito la necesidad de que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad o lo dispuesto en el apartado 1.e) que refiere que no esté prohibida por la ley para el delito cometido⁴⁹; si bien, aun no habiendo recogido los requisitos señalados, se entiende que las víctimas deberán cumplir tales requisitos para acceder a servicios de justicia restaurati-

⁴⁸ Por parte de la doctrina, se ha abordado la posibilidad de remisión a los principios informadores de la mediación civil o mercantil. En este sentido, Martín Diz (Mediación y justicia penal..., op. cit., pág. 769) entiende que es inadecuada porque se sustenta sobre una injustificable, inconveniente e incongruente remisión general a la Ley 5/2012. En sentido contrario, Castillejo Manzanares, R. (2015). El procedimiento de mediación en el marco del proceso penal, en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, pág. 734.

⁴⁹ En lo que a mediación se refiere, el art. 87 *ter*.5 LOPJ veta expresamente la mediación en supuestos de violencia de género.

va, en tanto en cuanto las disposiciones del citado precepto mantengan su vigencia, sin que quepa sostener la interpretación de su derogación tácita con la nueva regulación al no resultar contradictorias ni excluyentes entre sí.

En el proceso penal de menores se contemplan dos posibilidades de iniciación del procedimiento de mediación en fase de instrucción. La primera surge con la solicitud del Ministerio Fiscal –a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor– al equipo técnico para que informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada (artículo 5 RD 1774/2004). La segunda, parte de la iniciativa del equipo técnico que observa las posibilidades en atención al artículo 27 LORPM.

Si tomamos como referencia la norma proyectada, en el proceso penal de menores también podría tener cabida que el inicio del procedimiento se pudiese tramitar a instancia del órgano judicial, al estar vinculado en la actualidad únicamente a una facultad del Ministerio Fiscal o una iniciativa del equipo técnico. Cuestión que está íntimamente ligada con las fases procesales en las cuales podría contemplarse la derivación a un procedimiento de justicia restaurativa como posteriormente analizaremos.

6.2.2. *Responsable de la derivación*

En cuanto al sistema de derivación a un procedimiento de justicia restaurativa, hace patente que la decisión del operador jurídico de remitir un asunto a un procedimiento de justicia restaurativa es sumamente trascendente en la medida que, o bien facilita, o bien cercena, la facultad de acudir a prácticas restaurativas en el seno del proceso penal. Es decir, estamos ante una cuestión íntimamente ligada a la confianza del operador jurídico respecto de los procedimientos de justicia restaurativa; es así que, la presencia de una cultura restaurativa condicionaría la remisión a las partes de un proceso penal a un procedimiento restaurativo⁵⁰.

Si tomamos como punto de partida la LORPM, la decisión de remitir el asunto a soluciones extrajudiciales también queda sujeta en este caso al Ministerio Fiscal, como contiene el apartado 1 del artículo 19 «el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente»; si bien, esta decisión queda supeditada a que el hecho imputado al menos constituya delito menos grave o falta (actual delito leve) y así mismo, habrá de atender «a la gravedad y circunstancias del hecho y del menor» y, «de modo particular, a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos» (artículo 19.1 LORPM).

⁵⁰ Subijana Zunzunegui, I.J. (2014). La Mediación Penal Intrajudicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco: Consideraciones a la Luz de los Datos Ofrecidos por la Primera Memoria Elaborada tras la Aprobación, en junio de 2011, de la Última Versión del Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 4, N.º 3, pág. 356 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2363572).

Por tanto, en la LORPM si se establecen una serie de presupuestos que en el Anteproyecto de LECrim de 2020 no aparecen contemplados. Si bien, dichos presupuestos han sido criticados por algunos autores, al entender por un lado que la imposibilidad de desistir del expediente no cambia en nada la posibilidad de derivar o no a mediación un asunto⁵¹. Y, por otro lado, también ha sido objeto de críticas, esa limitación de la mediación a delitos menos graves o delitos leves dado que impide que determinados hechos delictivos queden, por razón de su gravedad, excluidos de un procedimiento de mediación⁵².

Ahora bien, tal y como se manifiesta en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, «la inicial valoración judicial es necesaria, ya que es la puerta que conecta la mediación con los tribunales y da confianza a las partes al ser una recomendación personal del juez o del LAJ en su caso»⁵³. No obstante, no debería existir ningún tipo de limitación para el acceso a un procedimiento de mediación, más si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 27 LORPM que refiere a la posibilidad de acordarse por el equipo técnico cuando lo considere conveniente en interés del menor. Si bien, sería conveniente establecer criterios orientativos de derivación con el objetivo de reducir posibles voluntarismos o arbitrariedades por parte de los distintos operadores jurídicos.

6.2.3. *Momento para la derivación*

En relación a las fases procesales en las cuales tiene cabida la remisión a un procedimiento de justicia restaurativa, el Anteproyecto de LECrim de 2020 recoge en su artículo 182.1 que el Ministerio Fiscal, podrá, de oficio o a instancia de parte, remitir a las partes a un procedimiento restaurativo; es decir, la derivación puede efectuarse en la fase de investigación (artículo 521 Anteproyecto de LECrim de 2020). Por otra parte, el artículo 182.5 contiene que el juez, de conformidad con lo establecido en este precepto, previa audiencia del fiscal, podrá acordar que las partes acudan a un procedimiento de justicia restaurativa durante la ejecución; igualmente, el artículo 184 recoge que el tribunal de enjuiciamiento podrá remitir las actuaciones al procedimiento de justicia restaurativa cuando todas las partes lo soliciten y por último, el artículo 185 se refiere a que el sometimiento a justicia restaurativa en el proceso por delitos leves interrumpirá el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal. Se omite la fase intermedia, si bien también en esta fase no habría ningún inconveniente para su remisión. Es así que la norma contiene la posibilidad de remisión a un procedimiento de justicia restaurativa en las fases de investigación, enjuiciamiento y ejecución.

⁵¹ Vid. Francés Lecumberri, P. (2012). El principio de oportunidad y la justicia restaurativa ..., op. cit., pág. 25.

⁵² Vid. Bernuz Beneitez, M.^a J. (2014). Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española) ..., op. cit., pág. 14.

⁵³ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, (2016). pág. 56 (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>).

En lo referente al proceso por delitos leves, a fin de facilitar el procedimiento de justicia restaurativa, el artículo 185 ALECrím regula la interrupción del plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal. En el Protocolo de mediación penal de la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* contemplaba que el juzgado de instrucción, a fin de facilitar el procedimiento de justicia restaurativa y dentro de los plazos legalmente establecidos, a fin de impedir la prescripción, podrá fijar el señalamiento atendiendo a las necesidades temporales de la práctica restaurativa, pudiendo para ello solicitar informe al servicio de prácticas restaurativas sobre el desarrollo del procedimiento. Cuestión que con las previsiones de esta norma quedaría resuelta.

Siguiendo la línea de lo proyectado, en el proceso penal de menores, además de contemplarse la derivación en la fase de instrucción o en la fase de ejecución de la medida debería contemplarse esta posibilidad durante el proceso judicial. En este sentido, podría establecerse la derivación en la fase intermedia o en la fase de audiencia, atendiendo sobre todo al elevado número de conformidades en justicia de menores⁵⁴.

6.2.4. *Desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa*

En relación con esta cuestión, debe reseñarse que el artículo 19.3 LORPM recoge que el equipo técnico informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. Más concretamente, en el artículo 5 g) RD 1774/2004 se establece toda la actuación del equipo técnico, en el sentido de que «el equipo técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido llevarse a efecto los compromisos alcanzados por las partes». En definitiva, no se recoge nada en relación a la configuración de unas reglas procedimentales que configuren el procedimiento restaurativo, si no que únicamente se recoge lo relativo al resultado del procedimiento de mediación.

Siguiendo la misma línea, el Anteproyecto de LECrím de 2020 no recoge unas reglas procedimentales que configuren el procedimiento restaurativo –a diferencia de lo previsto en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 que hacía alusión a las diferentes etapas de un procedimiento de mediación al serle de aplicación una serie de normas establecidas en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, según el artículo 144 del citado Código– sino que únicamente regula unos requisitos imprescindibles con el objeto de establecer las garantías mínimas para que el acta de reparación que en

⁵⁴ En este sentido, como señala Ortiz González, Á. (2013). La Justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario, *Cuadernos Penales José María Lidón*, N.º 9, Deusto Digital, Bilbao, pág. 237 (<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>) “durante los últimos años se han ido dictando cada vez más las llamadas sentencias de conformidad; su número alcanza el 50% de toda las que se dictan”.

su caso se alcance pueda ser válido y eficaz. Es así que el artículo 183 ALECRim establezca que, concluido el procedimiento, los servicios de justicia restaurativa emitirán un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad realizada, acompañando, en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos a los que las partes hayan llegado; no aludiendo dichos informes a ningún contenido relativo a las comunicaciones mantenidas entre las partes, ni expresar opinión, valoración o juicio sobre el comportamiento de las mismas durante el desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa, en aras de garantizar los principios recogidos en el artículo 181 ALECRim.

En definitiva, teniendo en cuenta la libertad de forma que rigen los procedimientos restaurativos, es difícil catalogar una serie de etapas e incluso un procedimiento tipo. De ahí la conveniencia de estipular unos requisitos imprescindibles con el objeto de establecer las garantías mínimas para que el acuerdo que en su caso se alcance pueda ser válido y eficaz. Todo esto en coherencia con la flexibilidad que debe inspirar todo procedimiento restaurativo.

6.2.5 *El equipo técnico*

Tal y como se ha señalado, el equipo técnico realiza la actuación mediadora entre el menor y su víctima y es el encargado de comunicar al Ministerio Fiscal los resultados alcanzados en el procedimiento de mediación, para que este pueda en aplicación del principio de oportunidad reglada proceder a desistir de la continuación del expediente. Posteriormente, cuando se haya suspendido la fase de investigación por la voluntad de no continuar del Ministerio Fiscal, el equipo técnico es el encargado de comunicar el cumplimiento o no de lo acordado en mediación (artículo 19.3 LORPM)⁵⁵.

Ahora bien, estas facultades de mediación atribuidas a los equipos técnicos también podrán ser llevadas a cabo por personas mediadoras pertenecientes a equipos de mediación puestos a disposición del Ministerio Fiscal y de los juzgados de menores por las diferentes entidades públicas (artículo 8. 7. RD 1774/2004).

Si analizamos con detalle todas las funciones del equipo técnico contempladas en el artículo 27 LORPM, y esa dependencia del Ministerio Fiscal, puede observarse que muchas de estas funciones, a saber; propuesta de intervención socioeducativa con el menor o de actividad conciliadora o reparadora con indicación expresa del contenido y finalidad de la mencionada actividad, además de la propuesta de conveniencia de la continuación de la tramitación del expediente o no; interfieren con la propia actuación de toda persona mediadora y más en concreto, con los principios del procedimiento de mediación anteriormente descritos. Es decir, principios como la confidencialidad, voluntariedad, imparcialidad y neutralidad del mediador pueden verse reducidos por encontrarse las funciones

⁵⁵ Vid. artículo 5 RD 1774/2004.

del equipo técnico en una situación complicada con respecto a los principios y exigencias que se requieren a la persona mediadora⁵⁶.

A la vista de lo expuesto, entendiendo las dificultades que suponen para el equipo técnico conjugar este tipo de funciones, se debería optar por servicios –que incluyesen todos los procedimientos de justicia restaurativa, no sólo la mediación– integrados en la nueva Oficina Judicial; pero eso sí, con una dotación presupuestaria al efecto, que permita el establecimiento de equipos multidisciplinares especializados en prácticas restaurativas con menores, estables y remunerados⁵⁷. Además, con esta organización se avalaría la formación especializada de la persona facilitadora que actuaría en este tipo de procedimientos, garantizándose por tanto la calidad de estas prácticas restaurativas.

6.2.6. *El acta de reparación*

Finalmente, el Anteproyecto de LECrim 2020 viene a reproducir la regulación contenida en el artículo 159 del Anteproyecto de 2011. En este sentido, en su artículo 183 ALECrim hace alusión a las consecuencias del procedimiento restaurativo, recogiendo de forma específica las facultades del Ministerio Fiscal en el supuesto de que las partes alcancen acuerdos, de una forma más extensa y precisa a lo contenido en el BCPP de 2013. Así, el fiscal, valorando los acuerdos a los que las partes hayan llegado, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento, podrá decretar el archivo por oportunidad, imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes, en estos supuestos no serán de aplicación los requisitos establecidos en las letras a) y b) del artículo 175.1 ALECrim, o proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad y en estos supuestos, serán oídas siempre las víctimas, aun cuando no se hubieran personado, y se incluirá en la sentencia de conformidad los términos del acta de reparación.

Por tanto, los efectos del procedimiento restaurativo se traducirían en el archivo o suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, conforme se estipula en los artículos 175 y 176 ALECrim. Asimismo, y como se ha señalado, otra de las consecuencias del procedimiento de justicia restaurativa atañe a la aplicación de las reglas especiales del procedimiento de conformidad, contenido en los artículos 164 a 174 ALECrim.

Por último, conforme establece el artículo 184 ALECrim, el tribunal de enjuiciamiento podrá remitir las actuaciones al procedimiento de justicia restaurativa cuando todas las partes lo soliciten. En ese caso, para el supuesto en que se alcan-

⁵⁶ Francés Lecumberri, P. (2012). El principio de oportunidad y la justicia restaurativa ..., op. cit., pág. 30.

⁵⁷ A partir de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

zara un acuerdo, dispone que las conclusiones definitivas y la sentencia incluirán la atenuante de reparación⁵⁸.

En lo que respecta al proceso penal de menores, tal y como hemos analizado, el artículo 19 LORPM establece que el Ministerio Fiscal actuará conforme al principio de oportunidad, desistiendo del expediente incoado y solicitando del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Si bien, como queda expresamente recogido en el artículo 19.5 LORPM la falta de cumplimiento de la obligación de reparación o de la actividad educativa acordada implicará que el fiscal deba continuar con la tramitación del expediente. Asimismo, en lo referente a la mediación judicial, el artículo 51.3 LORPM, refiere que se podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que la conciliación del menor con la víctima y el tiempo de duración de la medida ya cumplida expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Por otro lado, si atendemos a la posibilidad de la derivación a procedimientos de justicia restaurativa en otras fases procesales, como anteriormente se ha analizado, debería entenderse que habiéndose alcanzado un acuerdo, éste se pueda tener en cuenta a la hora de determinar una medida concreta, para una posible conformidad o cuando el resultado de un procedimiento de justicia restaurativa permitiese la suspensión o sustitución de la medida, incluso la atenuante de reparación del daño anteriormente mencionada de los procedimientos de justicia restaurativa de adultos⁵⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- Barona Vilar, S. (2019). Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la *securitización*, en H. Soleto Muñoz y A. Carrascosa Miguel (Dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2019). *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2017). *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch.
- Bernuz Beneitez, M^a. J. (2014). Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 16-14.

⁵⁸ Vid. Farto Piay, T. (2021). El procedimiento de justicia restaurativa en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 ..., op. cit., pág. 15.

⁵⁹ Francés Lecumberri, P. (2012). El principio de oportunidad y la justicia restaurativa ..., op. cit., pág. 26.

- Castillejo Manzanares, R. (2015). El procedimiento de mediación en el marco del proceso penal, en V. Moreno Catena (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch.
- Colomer Hernández, I. (2012). La mediación penal con menores infractores en la LORPM, en E. González Pillado (Coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Tirant Lo Blanch.
- Farto Piay, T. (2021). El procedimiento de justicia restaurativa en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, *La Ley Penal*, N.º 151.
- Francés Lecumberri, P. (2012). El principio de oportunidad y la justicia restaurativa, *Revista para el análisis del derecho, Indret*, Barcelona, N.º 4.
- González Pillado, E. (2012). La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, en E. González Pillado (Coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Tirant Lo Blanch.
- Guardiola Lago, M.J. (2020). ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?, *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º 40.
- Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. (2016) (<http://www.poderjudicial.es/>).
- Hernández Moura, B. (2020). Desafíos emergentes en el desarrollo de la Justicia Restaurativa, *Revista de mediación*, N.º 13, 2.
- Madrid Liras, S. (2019). Las víctimas en los procedimientos extrajudiciales del ámbito penal de menores infractores, en H. Soleto Muñoz y A. Carrascosa Miguel (Dir.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch.
- Marshall, T.F. (1999). *Restorative Justice. An overview*, Report by the Home Office Research Development and Statistics Directorate (http://www.antonioacasella.eu/restorative/Marshall_1999-b.pdf).
- Martín Diz, F. (2015). Mediación y justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal, en V. Moreno Catena (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch.
- Mccold, P. y Watchtel, T. (2003). In Pursuit of Paradigm: A theory of Restorative Justice, *Paper presented at the 13 th World Congress of Criminology* (<https://www.iirp.edu/pdf/paradigm.pdf>).
- Mollar Piquer, M.P. (2015). La mediación penal, en J.L. Gómez Colomer (Coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana.
- Montesdeoca Rodríguez, D. (2021). *Justicia restaurativa y sistema penal*, Tirant lo Blanch.
- Morris, A. y Maxwell, G. (2003). *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation and circles*, Oxford. Hart Publishing.
- Otero Otero, B. (2021). *La mediación intrajudicial en supuestos de ruptura de pareja*, La Ley.
- Ortín González, Á. (2013). La justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario. *Cuadernos Penales José María Lidón*, N.º 9, Deusto Digital, Bilbao, 2013 (<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>).

- Ríos Martín, J.C. (2012). Justicia restaurativa y mediación penal. Una respuesta por el diálogo y la disminución de la violencia. (<http://www.poderjudicial.es>).
- Soletto Muñoz, H. (2013). Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España, *Cuadernos Penales José María Lidón*, N.º 9, Deusto Digital, Bilbao (<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>).
- Subijana Zunzunegui, I.J. (2014). La Mediación Penal Intrajudicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco: Consideraciones a la Luz de los Datos Ofrecidos por la Primera Memoria Elaborada tras la Aprobación, en junio de 2011, de la Última Versión del Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 4, N.º 3. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2363572).
- Subijana Zunzunegui, I.J. y Porres García, I. (2013). La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico, *Cuadernos Penales José María Lidón*, N.º 9, Deusto Digital, Bilbao (<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>).
- Tamartit Sumaya, J. (2013). Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro, *Cuadernos Penales José María Lidón*, N.º 9, Deusto Digital, Bilbao (<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>).
- Tamartit Sumaya, J. (2012). Justicia restaurativa y delitos de terrorismo: la respuesta del derecho vigente, en *Justicia para la convivencia: los puentes de Deusto. Encuentro "Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo"*, Universidad de Deusto.
- Varona Martínez, G. (2018). *Justicia restaurativa desde la Criminología: mapas para un viaje inicial*, Dykinson.
- Walgrave, L. (2002). La justice restauratrice et les victimes, *Le Journal International de Victimologie* 1 (4).
- Zehr, H. (2002). *The little book of restorative justice*, Intercourse, Good Books.

CAPÍTULO VI

PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA FRENTE A LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA EN LA JUSTICIA JUVENIL

TOMÁS FARTO PIAY
*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Vigo*

Sumario: 1. PROCESO PENAL Y VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA. 2. CONTEXTO HISTÓRICO-NORMATIVO. 3. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. 3.1. Derechos básicos. 3.2. Derechos en su participación en el proceso penal. 3.3. Derecho a la protección. 4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN PREVISTAS EN EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO. 4.1. Medidas de protección aplicables con carácter general: primer nivel. 4.2. Medidas de protección aplicables a determinadas víctimas vulnerables: segundo nivel. 4.3. Medidas de protección específicas o aplicables a víctimas especialmente vulnerables: tercer nivel. 5. VALORACION INDIVIDUALIZADA DE LA VÍCTIMA. 6. PREVISIONES PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.

1. PROCESO PENAL Y VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

No resulta difícil constatar que en los últimos años se han producido importantes cambios que han ido centrando y realzando las necesidades de la víctima. El sistema de justicia penal ha estado orientado hacia la figura del victimario o acusado y ha dejado en un segundo plano a la víctima.

Es así, que la orientación de la justicia penal hacia la víctima se ha producido como consecuencia de una progresiva concienciación de la necesidad de conferirle la consideración que, ineludiblemente, debe ostentar en el proceso.

En tal sentido, no en pocas ocasiones, el proceso penal causa un perjuicio a la víctima, de tal forma que puede señalarse que la víctima es una especie de perdedor por partida doble, en el sentido de que sufre, en primer lugar, al infractor

y, después sufre al Estado¹. De esta manera, el propio proceso puede dar lugar a lo que se ha venido llamando victimización secundaria, y, en consecuencia, no ayuda a hacer frente a la reparación del daño derivado del delito. En este sentido, pueden señalarse diversas medidas que protegen a las víctimas *en o a través* del proceso penal, como pueden ser las que consisten en ofrecerles la oportunidad de ser oídas o mantener su vida privada e identidad al margen de la opinión pública. Y, por otro lado, estarían las medidas de protección *frente* a los perjuicios que les causa el propio proceso; muestra de ello, serían las que evitan que las víctimas estén en contacto directo con el infractor en las dependencias judiciales o las que prevén que las vistas se celebren, total o parcialmente a puerta cerrada. Es decir, todo ese conjunto de medidas que persiguen reducir los costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento².

De esta forma, se han abierto paso determinadas corrientes tendentes a la reivindicación de la transcendencia e importancia de la víctima; en este sentido, ha irrumpido la Victimología, que ha contribuido en buena medida a paliar esta situación de olvido de la víctima³. De este modo, se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimización y desvictimización, a la que concierne el estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimización (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales, tendentes a la reparación y reintegración social de la víctima⁴. Igualmente, diferentes movimientos tales como las teorías abolicionistas o los movimientos feministas, entre otros, han suscitado un cambio dogmático del Derecho Penal a través de la inclusión de políticas favorecedoras de la justicia restaurativa y de la víctima⁵. Además, teniendo en cuenta que el delito es un problema social que surge de la comunidad y que, por tanto, se debe resolver en la misma, es necesario que la sociedad en su conjunto, también se involucre en la prevención del delito, su tratamiento, así como en la reintegración de los delincuentes.

Pese a las múltiples reformas procesales que han intentado conferirle en el proceso la posición que a la víctima le corresponde, no ha sido hasta fechas re-

¹ González Pillado, E. (2012). La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, en E. González Pillado (Coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Tirant Lo Blanch, pág. 76.

² Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección de las víctimas, en M. De Hoyos Sancho (Dir.) *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters, Aranzadi, págs. 135-137.

³ Vid. Montesdeoca Rodríguez, D. (2021). *Justicia restaurativa y sistema penal*, Tirant lo Blanch, págs. 74-78.

⁴ Tamarit Sumalla, J. M.^a (2006). La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas, en E. Echeburúa Odriozola, E. Baca Baldomero y J. M.^a Tamarit Sumalla, (Coords.). *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, págs. 17-50.

⁵ Barona Vilar, S. (2019). Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la *securitización*, en H. Soletó Muñoz y A. Carrascosa Miguel (Dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, pág. 59.

cientes cuando nuestra legislación interna, a partir del hito de la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima, en adelante LEVD, y las diversas reformas operadas en la normativa procesal penal, LECrim y, en menor medida, en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en adelante LORPM, se ha otorgado un estatuto de protección de la víctima, no ya en el plano sustantivo sino con su plasmación en la regulación procesal, dotándola de unas garantías que le confieren de la protección precisa para la efectividad de sus derechos como víctima, especialmente de aquellas que resultan más vulnerables⁶.

2. CONTEXTO HISTÓRICO-NORMATIVO

Todos estos desarrollos que suponen el asentamiento de la necesidad de protección, y por tanto de una tutela reforzada, de la víctima han obtenido su reflejo normativo en el ámbito europeo y en nuestra legislación.

En el seno de la UE, se procuró la adopción de un estatuto de la víctima en el proceso penal y, asimismo, de unas normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos⁷. En ese sentido, debe destacarse la aprobación de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal⁸, y la posterior Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y que sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI⁹.

⁶ Es preciso destacar, en este aspecto, las reformas procesales introducidas en la LECrim derivadas de la aprobación de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Asimismo, por la disposición final undécima de la LO 8/2021 se modifica el art. 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, referido a los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por personas menores de edad, a fin de configurar nuevos derechos de las víctimas de delitos de violencia de género cuando el autor de los hechos sea una persona menor de dieciocho años, adaptando lo previsto en el precepto al art. 7.3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

⁷ También se encuentran normas sobre protección de víctimas, pero de determinados delitos, como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE L 101 de 15 abril de 2011) o la a la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE L 335 de 17 de diciembre de 2011).

⁸ DOCE L 82 de 22 de marzo de 2001.

⁹ DOUE L 315 de 14 de noviembre de 2012. Sobre esta Directiva, vid. De Hoyos Sancho, M. (2014). Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34, págs. 1-53; Oromí Vall-Llovera, S. (2013). Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, págs. 1-31.

Esta Decisión Marco 2001/220/JAI explicita la conveniencia de que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales y reglamentarias en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren; que es necesario armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, prestando especial atención al respeto de su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en un Estado miembro distinto del de la comisión del delito; y, se reconoce la importancia de concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimación secundaria¹⁰.

Además, de la armonización de las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, aspectos relevantes de esta Decisión Marco son evitar la llamada victimización secundaria; paliar los efectos del delito antes, durante y después de la comisión del mismo; favorecer la indemnización; garantizar la intervención de los servicios y organismos especializados de apoyo a las víctimas; mejorar las garantías de comunicación e información; y, establecer un sistema de cooperación entre Estados¹¹.

Esta Decisión Marco contempla, en su art. 8, distintas medidas de protección a las víctimas. Así, los Estados miembros han de garantizar un nivel adecuado de protección a las víctimas, por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada así como han de velar por que, en las dependencias judiciales, pueda evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera, y a tal fin, si ha lugar, los Estados miembros han de disponer progresivamente lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas.

Asimismo, también recoge que los Estados miembros han de garantizar que, en caso necesario, sea posible adoptar, en el marco de un proceso judicial, las medidas adecuadas para proteger la intimidad o la imagen física de la víctima, y también, 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.

¹⁰ Vid. sus Cdos. 4 y 5 Directiva 2012/29/UE. Sobre ello, vid. Armenta Deu, M^a. T. (2011). *Código de buenas prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables*, Colex.

¹¹ Vid. Pereira Puigvert, S. (2018). La víctima especialmente vulnerable en el proceso penal: Su condición de especialidad y protección, *Derecho y proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Vol. 3, pág. 1934.

Por su parte, como consecuencia de la falta de eficacia de la Decisión Marco 2001/220/JAI al incumplirse lo dispuesto en la misma¹², la Directiva 2012/29/UE supuso un nuevo impulso por parte de la UE en relación a la protección a la víctima del delito a fin de evitar la victimización secundaria o reiterada, y así va a recoger, con un carácter de norma de mínimos¹³, unas medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen, y ello sin perjuicio de los derechos de la defensa¹⁴. De la regulación de la Directiva se colige la existencia de tres niveles de protección que entroncan o emanan de la situación individualizada de vulnerabilidad: a) un primer grado que abarca derechos comunes a todas las víctimas con independencia de su vulnerabilidad; b) un segundo nivel relativo a las víctimas con algún grado de vulnerabilidad; c) el tercer nivel de protección referido a víctimas menores de edad¹⁵.

Esta Directiva recoge específicamente que debe disponerse de medidas que protejan la seguridad y la dignidad de las víctimas y sus familiares de la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, como las medidas cautelares o las órdenes de protección o alejamiento. Así, sin perjuicio de los derechos de la defensa, los Estados miembros velarán por que se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen. Cuando sea necesario, esas medidas podrán incluir también procedimientos establecidos en el Derecho nacional para la protección física de las víctimas y sus familiares¹⁶.

Y también se considera que el riesgo de victimización secundaria o reiterada, de intimidación o de represalias por el infractor o como resultado de la participación en un proceso penal debe limitarse llevando a cabo actuaciones de forma coordinada y con respeto, permitiendo a las víctimas ganar confianza en las autoridades. Se prevé que se debe facilitar al máximo la interacción con las autoridades competentes, al tiempo que limitar el número de interacciones innecesarias que la víctima haya de mantener con ellas, recurriendo, por ejemplo, a grabar en vídeo las

¹² El grado de cumplimiento de dicha Decisión Marco fue objeto del Informe de la Comisión Europea de abril de 2009, que puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacó la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del mencionado Estatuto.

¹³ Vid. Cdos. 2 y 11 Directiva 2012/29/UE.

¹⁴ Sobre esta cuestión, vid. De Hoyos Sancho, M. (2014). Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE..., op. cit., págs. 17-33; Fiodorova, A. (2020). Derechos de la víctima del delito en el marco de la unión europea, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, págs. 15-19; Llorente Sánchez-Arjona, M. (2014). La protección de las víctimas de delitos en el marco de la Unión Europea, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, págs. 322-332.

¹⁵ Sobre los niveles de protección de la víctima en la DIR 2012/29/UE, vid. Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección..., op. cit., pág. 141; Villacampa Estiarte, C. (2015). La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID, en J.M. Tamarit Sumalla (Coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, pág. 246.

¹⁶ Vid. Cdo. 52 y art. 18 Directiva 2012/29/UE.

declaraciones y permitiendo su uso en los procesos judiciales. Se indica que se debe poner a disposición de los profesionales del Derecho la más amplia gama de medidas posible con objeto de evitar angustia a la víctima en el transcurso del proceso judicial, especialmente como resultado del contacto visual con el delincuente, su familia, sus colaboradores o el público en general, si bien, a tal efecto, simplemente prevé que se ha de animar a los Estados miembros a que introduzcan, especialmente en las dependencias judiciales y las comisarías de policía, medidas prácticas y viables para que las dependencias cuenten con instalaciones como entradas y salas de espera separadas para las víctimas, así como que los Estados miembros deberán, en la medida de lo posible, planificar los procesos penales evitando el contacto entre las víctimas y sus familiares y los infractores, por ejemplo citando a las víctimas y a los infractores a audiencias en momentos distintos¹⁷.

De esta forma, a fin de evitar el contacto entre víctima e infractor, se recoge que los Estados miembros establecerán las condiciones necesarias para evitar el contacto entre, por una parte, las víctimas y sus familiares, y, por otra, el infractor, en las dependencias donde se celebre el proceso penal, salvo que este lo requiera, y que garantizarán que toda nueva dependencia de los tribunales cuente con salas de espera separadas para las víctimas. Por otra parte, a fin de garantizar la protección de las víctimas durante las investigaciones penales se prevé que velarán por que, durante las investigaciones penales, la toma de declaración de las víctimas se lleve a cabo sin dilaciones injustificadas, una vez que se haya presentado ante la autoridad competente la denuncia de una infracción penal; que el número de declaraciones de las víctimas sea el menor posible y solo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones penales; que las víctimas puedan ir acompañadas de su representante legal y de una persona de su elección, a menos que se haya adoptado una resolución motivada en contrario; y, que cualquier reconocimiento médico se reduzca al mínimo y se efectúe únicamente si es necesario para los fines del proceso penal¹⁸.

Asimismo, también se considera que proteger la intimidad de la víctima puede ser un medio importante de evitar la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, y puede lograrse mediante una serie de medidas como la prohibición o la limitación de la difusión de información relativa a la identidad y el paradero de la víctima. Se pone énfasis en que esta protección reviste especial importancia para las víctimas que sean menores, e incluye la prohibición de difundir el nombre del menor. Así, los Estados miembros velarán por que, durante el proceso penal, las autoridades competentes puedan tomar las medidas adecuadas para proteger la intimidad, incluidas las características personales de la víctima tenidas en cuenta en la evaluación individual contemplada en el art. 22, así como las imágenes de las víctimas y de sus familiares. Además, los Estados miembros garantizarán que las autoridades competentes puedan tomar todas las

¹⁷ Vid. Cdo. 53 Directiva 2012/29/UE.

¹⁸ Vid. arts. 19 y 20 Directiva 2012/29/UE.

medidas legales para impedir la difusión de cualquier información que pudiera llevar a la identificación de las víctimas menores de edad¹⁹.

Por otra parte, toda vez que, durante los procesos penales, algunas víctimas están especialmente expuestas al riesgo de victimización secundaria o reiterada, de intimidación o de represalias por parte del infractor y que estos riesgos derivan en general de las características personales de la víctima, o del tipo, la naturaleza o las circunstancias del delito, se recoge que es necesario evaluaciones individuales, efectuadas lo antes posible, para poder determinar con eficacia este riesgo y que estas evaluaciones se deberán efectuar respecto de todas las víctimas, a fin de determinar si están expuestas al mismo y decidir qué medidas especiales de protección necesitan²⁰. Por lo tanto, en la Directiva no aparece ninguna definición de víctima necesitada de especial protección o de víctima especialmente vulnerable lo que se deberá determinar por medio de evaluaciones individuales y actualizadas *ex art.* 22²¹.

Las evaluaciones individuales deben tomar en consideración las características personales de la víctima, como edad, sexo, identidad o expresión de género, etnia, raza, religión, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, estatuto de residente, dificultades de comunicación, relación con el infractor o dependencia del mismo, experiencia anterior de delitos²². Deben tener en cuenta, asimismo, el tipo o la naturaleza del delito y las circunstancias del mismo, por ejemplo, si se trata de un delito por motivos de odio, prejuicios o discriminación, la violencia sexual, la violencia en el marco de las relaciones personales, si el infractor estaba en situación de control, si la víctima reside en una zona con una elevada tasa de delincuencia o dominada por bandas, o si el país de origen de la víctima no coincide con el del Estado miembro en que se cometió el delito²³.

De otro lado, las víctimas de trata de seres humanos, terrorismo, delincuencia organizada, violencia en el marco de las relaciones personales, violencia o explotación sexual, violencia de género, delitos por motivos de odio, las víctimas con discapacidad y los menores víctimas de delito tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias. Se deberá poner especial cuidado a la hora de evaluar si tales víctimas están expuestas a riesgo de

¹⁹ Vid. Cdo. 54 y art. 21 Directiva 2012/29/UE. El art 21.2 señala que, respetando la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo, los Estados miembros instarán a dichos medios a aplicar medidas de autorregulación con el fin de proteger la intimidad, la integridad personal y los datos personales de las víctimas.

²⁰ Vid. Cdo. 55 Directiva 2012/29/UE.

²¹ De Hoyos Sancho, M. (2014). Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE..., op. cit., pág. 19; Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección..., op. cit., págs. 140-145.

²² Sobre esta cuestión, vid. De Hoyos Sancho, M. (2014). Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE..., op. cit., págs. 19-20. Esta autora añade también aquellos casos en que la especial vulnerabilidad de la víctima radica, entre otras cosas, en que ni siquiera es capaz de denunciar los hechos que padece.

²³ Vid. Cdo. 56 Directiva 2012/29/UE.

victimización, intimidación o represalias, y debe haber motivos sólidos para presumir que dichas víctimas se beneficiarán de medidas de protección especial²⁴.

En este sentido, el art. 22.4 de la Directiva dispone que se dará por supuesto que las víctimas menores de edad tienen necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias, y que se someterán a una evaluación individual conforme a lo establecido en el apartado 1 del mismo precepto a fin de determinar si deben beneficiarse de medidas especiales conforme a lo establecido en los arts. 23 y 24 y en qué medida. Asimismo, el art. 22.6 de la Directiva establece que las evaluaciones individuales se efectuarán con la estrecha participación de las víctimas y deberán tener en cuenta sus deseos, incluso cuando este sea el de no beneficiarse de las medidas especiales que establecen los arts. 23 y 24²⁵.

De esta forma, se prevé que los Estados miembros garantizarán que las víctimas con necesidades especiales de protección que se benefician de medidas especiales determinadas a raíz de una evaluación individual, puedan disfrutar de las medidas establecidas en el propio art. 23 de la Directiva, así como que las medidas especiales que se proyecten a raíz de evaluaciones individuales podrán no ofrecerse si se dan limitaciones operativas o prácticas que lo hacen imposible, o si existe una necesidad urgente de tomar declaración a la víctima y si, de no procederse a esta declaración, la víctima u otra persona podría resultar lesionada o el curso del proceso verse perjudicado.

En concreto, se recoge que, durante las investigaciones penales, las víctimas con necesidades especiales de protección determinadas de conformidad con lo establecido en el art. 22, apartado 1, tendrán a su disposición las siguientes medidas: se tomará declaración a la víctima en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin; la toma de declaración a la víctima será realizada por profesionales con formación adecuada a tal efecto o con su ayuda; todas las tomas de declaración a la víctima serán realizadas por las mismas personas a menos que sea contrario a la buena administración de la justicia; todas las tomas de declaración a las víctimas de violencia sexual, violencia de género o violencia en el marco de las relaciones personales, a menos que sean realizadas por un fiscal o un juez, serán realizadas por una persona del mismo sexo que la víctima, siempre que la víctima así lo desee y si ello no va en detrimento del desarrollo del proceso.

²⁴ Vid. Cdo. 57 Directiva 2012/29/UE. Al respecto el Cdo. 58 se deben ofrecer medidas adecuadas a las víctimas que hayan sido consideradas vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, con el fin de protegerlas durante el proceso penal. La naturaleza exacta de tales medidas debe determinarse mediante la evaluación individual, teniendo en cuenta los deseos de la víctima. La magnitud de cualquier medida de este tipo deberá determinarse sin perjuicio de los derechos de la defensa y de conformidad con las normas de discrecionalidad judicial. Las inquietudes y miedos de la víctima en relación con las actuaciones deben ser un factor esencial a la hora de determinar si necesitan alguna medida específica.

²⁵ Sobre esta cuestión, vid. De Hoyos Sancho, M. (2014). Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE..., op. cit., pág. 24.

Durante el proceso ante los tribunales, las víctimas con necesidades especiales de protección determinadas de conformidad con lo establecido en el art. 22, apartado 1, tendrán a su disposición las siguientes medidas: medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor, incluso durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación; medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, especialmente mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas; medidas para evitar que se formulen preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima sin relación con la infracción penal; y, medidas que permitan la celebración de una audiencia sin la presencia de público²⁶.

Por último, en relación a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal, se recoge que, además de las medidas anteriores, cuando las víctimas sean menores los Estados miembros garantizarán que, en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales, y se dispone que las normas procesales de las grabaciones audiovisuales y el uso de las mismas se determinarán en el Derecho nacional; en las investigaciones y en los procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente, las autoridades competentes designen a un representante para la víctima menor de edad en caso de que, de conformidad con el Derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para representar a la víctima menor de edad de resultas de un conflicto de intereses entre ellos y la víctima menor de edad, o cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o que esté separada de la familia; y, cuando la víctima menor de edad tenga derecho a un abogado, el menor tendrá derecho a asistencia letrada y representación legal, en su propio nombre, en los procesos en los que exista, o pudiera existir, un conflicto de intereses entre la víctima menor de edad y los titulares de responsabilidad parental²⁷.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, debe reseñarse que la LEVD, como contiene en su Preámbulo, advierte que «con este Estatuto, España aglutinará en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española»²⁸. La LEVD incorpora a nuestro ordenamiento interno dichas normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas y pretende dotar a la víctima de un estatuto de protección de sus derechos e intereses en el proceso penal, cuestiones que desa-

²⁶ Vid. art. 23 Directiva 2012/29/UE.

²⁷ Vid. art. 24.1 Directiva 2012/29/UE. El art. 24.2 prevé que “Cuando no se conozca con certeza la edad de una víctima y haya motivos para pensar que es menor de edad, se presumirá, a efectos de la presente Directiva, que dicha víctima es menor de edad”.

²⁸ Vid. De Hoyos Sancho, M. (2017). El tratamiento procesal de las víctimas tras las reformas de 2015. En O. Fuentes Soriano (Dir.), *El proceso penal: Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, págs. 201-218.

rollaremos, en cuanto criterios y principios rectores e interpretativos a aplicar en el proceso penal de menores, a lo largo de este trabajo.

3. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Toda víctima de un hecho delictivo, interpretado el concepto víctima en sentido amplio²⁹, ostenta un elenco de derechos legalmente reconocidos³⁰. En tal sentido, el art. 3 LEVD, en su apartado 1, establece que la víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso. Es así que se recoge un catálogo general de derechos, comunes a todas las víctimas, que son objeto de ulterior desarrollo en el articulado del texto legal³¹.

En cuanto al ejercicio de estos derechos, de acuerdo al art. 3.2 LEVD, éste se regirá por lo dispuesto en la citada Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, así como por lo dispuesto en la legislación especial y normas procesales de aplicación.

Procede señalar que la LEVD pretende construir un estatuto de la víctima del delito con la aspiración de integrar un elenco general y sistematizado de los derechos, tanto procesales como extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, en especial de aquellas con especiales necesidades o vulnerabilidad³², previsiones que resultan de plena aplicación en el proceso penal de menores, y sin perjuicio

²⁹ Así, el Preámbulo de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su apartado IV, se refiere a un concepto de víctima omnicompreensivo, por cuanto se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito. Asimismo, además de la víctima directa del delito se reconoce la condición de víctima indirecta al cónyuge o persona vinculada a la víctima por una análoga relación de afectividad, sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria. De otro lado, advierte que los derechos que recoge la Ley serán de aplicación a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad o de si disfrutaban o no de residencia legal.

³⁰ Sobre esta materia vid. Planchadell Gargallo, A. (2021). Una aproximación a la protección de las víctimas vulnerables a la luz del estatuto de la víctima del delito, en V. Moreno Catena, M.I. Romero Pradas (Dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea: Libro homenaje a la Prof.ª Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, págs. 1450-1466.

³¹ Sobre esta cuestión, vid. Tamarit Sumalla, J.M. (2015). Los derechos de las víctimas, en J.M. Tamarit Sumalla (Coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, págs. 15-68.

³² Vid. Gómez Colomer, J.L. (2015). *Estatuto jurídico de la víctima del delito (La posición jurídica de la víctima ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito en España)*, Aranzadi, 2ª Ed., págs. 216-218.

de la normativa procesal que permita su materialización y llevarlas a efecto. Es así que, como el propio legislador advierte en el Preámbulo de la norma³³, la finalidad es ofrecer una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, y no sólo reparadora del daño en el proceso penal, sino minimizadora de otros efectos morales traumáticos que su condición puede generar, ello con independencia de su situación procesal; de esta forma, en línea con la normativa europea y la demanda social, se pretende, desde el reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, por extensión, de toda la sociedad.

3.1. Derechos básicos

El Título I del texto legal (arts. 4 a 10) establece una serie de derechos básicos que, con carácter general, resultan comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido o no el ejercicio de acciones, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso, de suerte que son concebidos con naturaleza extraprocesal, sin perjuicio de su aplicación en el proceso penal si éste se llegase a incoar.

En tal sentido se prevén: el derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de una denuncia y durante el proceso penal, incluida la información previa a la interposición, a cuyo fin las comunicaciones se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, teniendo en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad o menores de edad, facilitando la asistencia o apoyos necesarios y pudiendo estar acompañada de una persona de su elección (art. 4); el derecho a percibir toda la información sin retrasos, de manera adaptada, detallada y actualizada, sobre cuestiones como: medidas de apoyo, modo de ejercicio de su derecho a denunciar, condiciones de protección, asesoramiento y defensa jurídica, sobre indemnizaciones, interpretación y traducción, medidas de efectividad de sus intereses si residen en distinto país de la Unión Europea, procedimiento de denuncia por inactividad de la autoridad, datos de contacto para comunicaciones, servicios de justicia reparadora y sobre reembolso de gastos judiciales (art. 5)³⁴; los derechos de la víctima como denunciante a obtener copia certificada de la denuncia, a la asistencia lingüística gratuita y traducción gratuita de la denuncia presentada cuando no entienda o no hable ninguna de las lenguas oficiales en el lugar en que presenta la denuncia (art. 6); derecho de la víctima a recibir información sobre la causa penal, lo que incluye la fecha, hora y lugar del juicio, así como el contenido de la acusación, debiendo serle notificada, en su caso, la resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal, la sentencia,

³³ Vid. Apartado I del Preámbulo de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

³⁴ Sobre el derecho de información a la víctima, vid. Fernández Fustes, M.D. (2019). Protección de los derechos de la víctima en el proceso penal, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 39, págs. 759-774.

las resoluciones que acuerden la prisión o puesta en libertad, así como la posible fuga, las resoluciones que acuerden medidas cautelares personales o modifiquen las acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima y las resoluciones o decisiones de autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y supongan riesgo para la víctima, comunicaciones que incluirán la parte dispositiva y un breve resumen del fundamento (art. 7); el derecho a la traducción y asistencia de intérprete en actuaciones policiales y judiciales (art. 9); derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo, confidencial y gratuitamente, con orientación e información y medidas concretas de protección (art. 10).

De otro lado se establece la prohibición a abogados y procuradores de dirigirse a víctimas directas o indirectas de catástrofes, calamidades públicas u otros sucesos con víctimas, para ofrecerles sus servicios hasta transcurridos 45 días desde el hecho, salvo solicitud expresa de la víctima, esto es, se fija un período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima (art. 8).

Ha de reseñarse que la LORPM incluye diversas previsiones referidas a los derechos y tutela de las víctimas, así como sobre su participación en el proceso³⁵.

Es así que el art. 4 LORPM, modificado por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, relativo a los derechos de las víctimas y de las personas perjudicadas, establece como obligación, con carácter general, que el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores deban velar en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de las personas perjudicadas por las infracciones cometidas por los menores de edad³⁶.

En tal sentido, se prevé en el citado precepto que haya que instruirles de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación, debiendo el LAJ derivar a la víctima de violencia a la Oficina de Atención a la Víctima que corresponda.

De otro lado se establece, a modo de previsión genérica, que víctimas y perjudicados tendrán derecho a personarse y ser parte en el expediente que se incoe, para se les instruirá de su derecho a nombrar dirección letrada, o instar su nombramiento de oficio, informándoseles de que, de no personarse en el expediente ni hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere. En caso de personarse podrán tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias, si bien sin perjuicio de ello, se deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, personados o no, aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses. Del mismo modo, se les notificará por escrito la sentencia a las víctimas, aunque no se hayan mostrado parte en el expediente de reforma y, cuan-

³⁵ Sobre esta materia, vid. García Rodríguez, M.J. (2020). El nuevo estatuto jurídico de las víctimas del delito ante el sistema de justicia penal juvenil, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, págs. 1-41.

³⁶ Como señala (García Rodríguez, M.J. (2020). El nuevo estatuto jurídico de las víctimas..., op. cit., pág. 5) el art. 4 LORPM regula de modo específico el ofrecimiento de acciones a víctimas y perjudicados por el delito.

do la víctima lo sea de un delito de violencia de género, tiene derecho a que le sean notificadas por escrito, mediante testimonio íntegro, las medidas cautelares de protección, así como, en caso de ser víctima de un delito violento, le asiste el derecho a ser informada permanentemente de la situación procesal del presunto agresor y, en el caso de una medida, cautelar o definitiva, de internamiento, será informada de los permisos y salidas del centro del agresor, salvo que manifieste su deseo de no ser notificada, previsiones introducidas en la reciente reforma del art. 4 LORPM antes mencionada.

Asimismo, existen otras disposiciones que completan con su regulación el derecho de participación y protección de las víctimas en el seno del proceso penal de menores. En todo caso, hay que tener en cuenta que la LORPM, y sus previsiones específicas, resultan de aplicación preferente, según dispone la DF 1ª LORPM, a lo previsto en la LECrim y otra legislación, penal o procesal³⁷, sin perjuicio de que, en lo referido a materia de protección a la víctima, resulte procedente que la regulación de la LORPM haya de ser interpretada de conformidad a las previsiones y principios consagrados en la LEVD.

Así, el art. 19.1 LORPM dispone podrá el MF desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, solo ante delito menos grave delito leve, así como del menor responsable, teniendo en consideración la circunstancia de que, además, el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o perjudicado. De este modo y a tal efecto, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad (art. 19.2 LORPM). En aquellos casos en que la víctima fuere menor de edad o con discapacidad, el compromiso habrá de ser asumido por el representante legal, con la aprobación del Juez de Menores (art. 19.6 LORPM)³⁸.

3.2. Derechos en su participación en el proceso penal

Respecto de los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal, el Título II LEVD sistematiza tales derechos, haciéndolo con carácter independiente de las medidas de protección de la víctima que son objeto de tratamiento en el Título III de la norma.

Entre los derechos de participación en el proceso penal, se recoge el derecho a participar activamente en el proceso con el ejercicio de acciones penales y civiles así como de aportación de fuentes de prueba e información relevante para

³⁷ García Rodríguez, M.J. (2020). El nuevo estatuto jurídico de las víctimas..., op. cit., pág. 4.

³⁸ En cuanto al sobreseimiento del expediente de menores por conciliación y la intervención de la víctima, vid. García Rodríguez, M.J. (2020). El nuevo estatuto jurídico de las víctimas..., op. cit., págs. 32-35.

el esclarecimiento de los hechos (art. 11)³⁹; la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo a las víctimas directas y el reconocimiento del derecho a recurrirlas con independencia de que no estuviesen personadas en el proceso (art. 12); derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado con preferencia respecto de los gastos causados al Estado, cuando el delito hubiera sido finalmente perseguido únicamente a su instancia o el sobreseimiento hubiera sido revocado por recurso interpuesto por la víctima (art. 14).

En relación a la ejecución de las penas, se establecen a favor de la víctima cauces de participación en cuanto al régimen de cumplimiento de condena de determinados delitos de carácter especialmente grave, pudiendo tan impugnar determinadas resoluciones, en concreto los autos de clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, el que acuerde que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, o el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional en caso de pena de más de cinco años de prisión; asimismo, quedan legitimadas para interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, y para facilitar información que pueda ser relevante para resolver resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o decomiso⁴⁰ (art. 13). Asimismo, se prevé el derecho de las víctimas a obtener la pronta de sus bienes restituibles incautados en el proceso, salvo que su conservación resulte imprescindible para el proceso penal (art. 18).

Para facilitar el ejercicio de sus derechos se permite la presentación de solicitudes de justicia gratuita ante la autoridad o funcionario encargado de informarle de sus derechos o ante las Oficinas de Asistencia a las Víctimas para su remisión al Colegio de Abogados⁴¹ (art. 16).

Por otro lado, se incluye la previsión de acceso a servicios de justicia restaurativa, salvo prohibición legal, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, bajo ciertos requisitos: consentimiento y reconocimiento por el infractor de los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad y el consentimiento libre e informado de la víctima; salvo que pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o ser causa de cualquier otro perjuicio (art. 15).

³⁹ Vid. Fernández Fustes, M.D. (2019). Protección de los derechos..., op. cit., págs. 780-783.

⁴⁰ Como advierte el apartado VI del Preámbulo Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, la regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, con observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, sin que se afecte la reinserción del penado.

⁴¹ Se pretende con ello evitar el peregrinaje burocrático de la víctima.

El reconocimiento de la posibilidad de presentar denuncia ante las autoridades españolas se extiende a víctimas residentes en España aunque los hechos delictivos hubieran sido cometidos en el territorio de otros países de la Unión Europea, de suerte que en el caso de que las autoridades españolas resuelvan no dar curso a la investigación por falta de jurisdicción, remitirán la denuncia presentada a las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido los hechos, debiendo comunicárselo al denunciante (art. 17).

En cuanto a la legislación penal de menores, y propiamente referido a su participación en el proceso, el art. 25 LORPM contempla el derecho a personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o con discapacidad, con las facultades y derechos derivados de su condición de parte en el proceso y, entre otros: a) ejercitar la acusación particular; b) instar la imposición de medidas ; c) tener vista de lo actuado y ser notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden; d) proponer pruebas sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión; e) participar en la práctica de las pruebas, sea en fase de investigación sea en fase de audiencia; f) ser oído en todos los incidentes; g) ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor; h) participar en las vistas o audiencias; i) formular recursos⁴².

Como parte, podrán solicitar del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias consideren necesarias (art. 26.1 LORPM) y, una vez decretada la apertura de la fase de audiencia podrán formular escrito de alegaciones y proponer las pruebas que consideren pertinentes (art. 31 LORPM).

También relacionado con el derecho de participación de la víctima, se sitúa el derecho a exigir la responsabilidad civil por sí misma, en una pieza separada que se tramite a tal efecto, o a la reserva de acciones para su ejercicio ante el orden jurisdiccional civil (art. 61.1 y 2 LORPM). Para ello, el art. 64 LORPM prevé que se notifique a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte y personarse, con el plazo límite para el ejercicio de la acción.

3.3. Derecho a la protección de la víctima

En lo que atañe propiamente a la protección de la víctima y los derechos establecidos a tal efecto, cabe reseñar que el concepto de protección ha de concebirse de manera amplia y, como tal, con múltiples manifestaciones, vertientes y actuaciones protectoras dentro del estatuto de la víctima⁴³.

De ahí que quepa referirse a la protección y tutela de derechos tanto de orden extraprocesal como en el ámbito del proceso penal. Es así que la protección y

⁴² Sobre la acusación particular en el proceso de menores, vid. García Rodríguez, M.J. (2020). El nuevo estatuto jurídico de las víctimas..., op. cit., págs. 7-11.

⁴³ Como señala Serrano Masip, M. (Medidas de protección..., op. cit., pág. 135), se le puede otorgar un sentido muy amplio comprendiendo actuaciones de diferente naturaleza como asistencial, informativa, de apoyo o de fomento de participación.

apoyo a la víctima no es sólo de carácter procesal, ni necesariamente vicaria de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal basada en un concepto amplio de reconocimiento y protección integral de la víctima que ofrezca las máximas garantías y disposiciones para el ejercicio y tutela de sus derechos, eliminando trámites superfluos, bajo la premisa de una información plena y eficaz de los derechos inherentes a su condición y de las actuaciones presididas por el trato individualizado, que será especializado según la tipología de la víctima, y orientadas no sólo al ámbito material o económica, sino proyectado a su dimensión moral.

Ahora bien, lo cierto es que para el estatuto protector de toda víctima del delito, más en especial de aquellas más vulnerables, cobra una relevancia esencial la protección relacionada con el proceso penal, de un lado la que tiende a conseguir la protección a medio del proceso penal, con el resarcimiento o reparación, así como en el seno del mismo con la tutela y garantías precisas; y de otro lado, aquella protección de la víctima respecto del proceso penal que aspiran a reducir el impacto negativo sobre la víctima⁴⁴. Esto es, evitar el fenómeno de la victimización secundaria y sus consecuencias tanto sobre la víctima como sobre el propio proceso.

En suma, la protección de la víctima despliega su eficacia en una doble vertiente; así, como primordial, activar un estatuto de la víctima que otorgue una adecuada y eficaz protección de la víctima, garantizando asimismo la tutela plena de sus derechos y su reparación; ahora bien, ello sin desdeñar la influencia que lo anterior determina respecto de la tramitación y eficacia del propio proceso penal, en el sentido de materializar el castigo del responsable de los hechos delictivos, esto es, para el ejercicio del *ius puniendi*⁴⁵.

4. MEDIDAS DE PROTECCION PREVISTAS EN EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

Con carácter previo al análisis de las concretas medidas de protección, o niveles de protección, previstos en la LEVD, cumple hacer mención a las disposiciones sobre la materia contenidas en la DIR 2012/29/UE, cuya transposición, como ha quedado expuesto, es origen de la citada norma nacional⁴⁶; pues bien, de la regulación

⁴⁴ Serrano Masip, M. (Medidas de protección..., op. cit., pág. 136) se refiere a medidas que protegen en o a través del proceso penal y aquellas medidas de protección frente a los perjuicios causados por el propio proceso.

⁴⁵ Como refiere la STS 369/2021, de 4 de mayo, no se trata solo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejen esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad.

⁴⁶ Como refiere el propio Preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, tras la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, procede su transposición al derecho interno, si bien el presente texto legislativo nacional no sólo responde a la exigencia

de la Directiva se colige la existencia de tres niveles de protección que entroncan o emanan de la situación individualizada de vulnerabilidad: a) un primer grado que abarca derechos comunes a todas las víctimas con independencia de su vulnerabilidad; b) un segundo nivel relativo a las víctimas con algún grado de vulnerabilidad; c) el tercer nivel de protección referido a víctimas menores de edad.

En cuanto al contenido de la norma nacional que desarrolla el Estatuto de la víctima del delito, el Título III de la LEVD contempla unas medidas de protección destinadas a la protección y reconocimiento de las víctimas, así como unas medidas de protección específicas para cierto tipo de víctimas; sin perjuicio de la evidente repercusión, positiva, que dicha protección supone en cuanto al ejercicio y plasmación del resto de derechos que asisten a la víctima, en particular los referidos al ejercicio de las acciones penales y civiles que le correspondan y, en definitiva, a su participación en el proceso penal.

En este sentido, con carácter general, puede señalarse que las medidas de protección a adoptar, previa evaluación individualizada de la víctima para determinar sus concretas necesidades de protección, pretenden la mayor efectividad frente a represalias o intimidaciones, daños psíquicos o afectaciones a su dignidad que la conviertan nuevamente en víctima, por segunda o más ocasiones, del delito y, por extensión, del proceso penal.

Pues bien, al igual que la Directiva de la que trae causa, la LEVD establece tres sistemas o niveles de medidas de protección: un primer nivel de protección general; un segundo grado referido a determinadas víctimas vulnerables; y un tercer nivel de protección, más reforzado, que ampara a aquellas víctimas especialmente vulnerables, régimen que deviene aplicable en cuanto a la protección de la víctima en el sistema de justicia penal juvenil.

4.1. Medidas de protección aplicables con carácter general: primer nivel

El derecho de toda víctima a la protección se prevé de manera específica y con carácter general en el art. 19 LEVD, además de la anterior referencia a tal derecho contenida en el art. 3 del texto normativo. En tal sentido, el art. 19 establece la obligación de que las autoridades y funcionarios que estén encargados o tengan atribuida la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos, hayan de adoptar las medidas que sean necesarias, de acuerdo con lo previsto en la LECrim, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad; y ello más en particular, o especialmente, al

de mínimos que fija el legislador europeo en la citada DIR 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado, lo que ha conllevado una cierta postración de los derechos y especiales necesidades de las víctimas del delito que, en atención al valor superior de justicia que informa nuestro orden constitucional, es necesario abordar, siendo oportuno hacerlo precisamente con motivo de dicha transposición.

en el momento en que se les reciba declaración o hayan de testificar en juicio, con el fin de evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.

Como garantía esencial del derecho a la protección se erige el derecho, previsto en el art. 20, a que se evite el contacto entre víctima e infractor o responsable de los hechos, de modo que las estancias o dependencias en las que se desarrollen o tengan lugar los actos del proceso penal, incluida la fase de investigación, deberán estar dispuestas de forma que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares con el sospechoso o acusado. Ciertamente, más que un derecho conferido propiamente a la víctima, el precepto viene a contener un mandato tanto a las autoridades o funcionarios encargados de llevar a cabo dichos actos para que velen por garantizar que el contacto no se produzca como, más especialmente, a las administraciones competentes al objeto de que habiliten espacios con las características necesarias para que se pueda materializar esta protección⁴⁷.

Asimismo, según dispone el art. 21, la víctima ha de gozar de protección durante la investigación penal, debiendo, a tal efecto, las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velar por que: a) se reciba declaración a las víctimas, cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas; b) se les reciba declaración el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal; c) las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y, en su caso, el representante legal, por una persona de su elección o confianza, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma; d) los reconocimientos médicos de las víctimas solamente se lleven a cabo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal, y se reduzca al mínimo el número de los mismos.

No obstante, las citadas previsiones admiten su modulación cuando puedan suponer un perjuicio para la eficacia del proceso, decisión que debe contar con una justificación suficiente por cuanto pueden afectar al estatus de protección de la víctima.

En último término, en el nivel básico o común de toda víctima existe un expreso reconocimiento en el art. 22 del derecho a la protección de la intimidad⁴⁸. Así, el precepto dispone, con carácter preceptivo, que tanto jueces, tribunales y fiscales, como las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, o aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, deben adoptar las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y sus familiares.

⁴⁷ En tal sentido, Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección..., op. cit., pág. 146.

⁴⁸ Vid. Planchadell Gargallo, A. (2019). La víctima ante la publicidad del proceso: su posible revictimización, en S. Barona Vilar (Ed.), *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Tirant lo Blanch, págs. 410-417.

4.2 Medidas de protección aplicables a determinadas víctimas vulnerables: segundo nivel

Este segundo grado de protección no resulta de aplicación a la totalidad de víctimas del delito sino únicamente respecto de aquellas que tienen unas necesidades específicas de protección que las hace destinatarias de una protección mayor, reforzada⁴⁹, cuya regulación se contiene en el art. 25 LEVD.

En tal sentido, el citado precepto sistematiza las medidas en función del momento en que cabe su adopción, diferenciando entre las medidas que pueden ser adoptadas en la fase de investigación y aquellas cuya adopción es procedente en la fase de enjuiciamiento⁵⁰.

Respecto de la fase de investigación, de conformidad con el art. 25.1 LEVD podrán ser adoptadas una serie de medidas de protección en relación con la declaración de las víctimas, sin perjuicio de que se adicionen a las previstas en el primer nivel de protección de los arts. 20 y 21 LEVD; así se prevé que: a) su declaración se reciba en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin; b) se les reciba declaración por profesionales con una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda; c) todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal; d) cuando se trate de las víctimas a las que se refiere el art. 23.2.b) 3.º y 4.º⁵¹, esto es, violencia de género o doméstica o delitos contra la libertad e indemnidad sexual, o bien se trate de víctimas de trata con fines de explotación sexual, la toma de declaración se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima, cuando ésta lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal.

En cuanto a la fase de enjuiciamiento, el art. 25.2 LEVD, establece que podrán ser adoptadas para la protección de las víctimas: a) medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación; b) medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas; c) medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren, excepcionalmente, que de-

⁴⁹ En tal sentido, Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección..., op. cit., pág. 154.

⁵⁰ Como señala Planchadell Gargallo (Una aproximación a la protección..., op. cit., pág. 1468), se trata de una distinción acertada.

⁵¹ Expresamente se refiere a víctimas de delitos cometidos sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; o de delitos contra la libertad o indemnidad sexual.

ben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima; d) celebración de la vista oral sin presencia de público, si bien el Juez o Tribunal podrán autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa.

Reseñar que las medidas referidas en las letras a) y c), es decir, las tendentes a evitar el contacto visual entre víctima y responsable de los hechos, así como a evitar preguntas sobre su vida privada sin relevancia con los hechos, podrán ser también adoptadas durante la fase de investigación, según establece expresamente el art. 25.2 LEVD.

Asimismo, cumple advertir que, toda vez que el art. 25 LEVD se limita a enumerar una serie de medidas de protección, para hacerlas efectivas deberá procederse conforme a lo dispuesto en la LECrim.

Cuestión que merece una atención específica es la disposición contenida en la letra d) del art. 25.2 LEVD, relativa a la celebración de la vista oral sin presencia de público por la colisión que supone respecto del principio básico de publicidad del proceso penal (art. 120.1 CE y art. 6.1 del CEDH) concebido como garantía que para proteger a las partes de una justicia substraída al control público y para mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo una de las bases del debido proceso, así como con la previsión general del art. 680 LECrim que dispone que los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad, lo cual debe ser puesto en relación con el art. 232.1 LOPJ que prevé que las actuaciones judiciales serán públicas; ahora bien, el propio art. 680 LECrim, así como el art. 232.1 LOPJ, admiten que se exceptione la publicidad del juicio oral, señalando el art. 232.3 LOPJ que, excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad. Pues bien, en consecuencia, la previsión del art. 25.2 d) LEVD encuentra su desarrollo procesal en las disposiciones de los arts. 681 y 682 LECrim⁵², sobre la base de la existencia de razones para la adecuada pro-

⁵² El art. 681 LECrim establece que "1. El Juez o Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, previa audiencia a las mismas, que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. Sin embargo, el Juez o el Presidente del Tribunal podrán autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. La anterior restricción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 707, no será aplicable al Ministerio Fiscal, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores.

2. Asimismo, podrá acordar la adopción de las siguientes medidas para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares:

a) Prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección.

b) Prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares.

tección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso, pudiendo asimismo y por idéntica motivación, restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias⁵³.

En lo que atañe a la celebración de la audiencia, o vista oral, en el proceso penal de menores, también se prevé en el art. 35.2 LORPM la facultad del juez de menores para que acuerde, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas⁵⁴.

Por último, en el art. 25.3 LEVD se contiene la previsión relativa a la posibilidad de que, para la protección de las víctimas, se adopte alguna o algunas de las medidas de protección a que se refiere el art. 2 de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales⁵⁵. Esto es, se prevé la posibilidad de acudir a la figura del denominado testigo protegido, en cualquiera de

3. Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares”.

Por su parte, el art. 682 LECrim dispone que “El Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. A estos efectos, podrá:

a) Prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, o determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas.

b) Prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan.

c) Prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio”.

⁵³ Sobre esta cuestión, vid. Planchadell Gargallo, A. (2019). La víctima ante la publicidad del proceso..., op. cit., págs. 423-426.; Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección..., op. cit., pág. 152.

⁵⁴ Vid. Planchadell Gargallo, A. (2019). La víctima ante la publicidad del proceso..., op. cit., págs. 433-434.

⁵⁵ El art. 2 LO 19/1994 establece que “Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario”.

sus dos subcategorías conceptualizadas en orden al nivel de protección que proceda: los testigos anónimos, de los que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales; y los testigos ocultos, que son identificados personalmente con nombres y apellidos, pero que deponen en el plenario con distintos grados de opacidad a la visión o control de las partes procesales, lo que permite a su vez distinguir entre testigos ocultos y semiocultos. Sabido resulta que el tema de los testigos protegidos y el régimen especial establecido en la LO 19/1994 genera enorme complejidad de aplicación práctica en orden a compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen riesgo con el derecho de defensa, más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediatez y contradicción en la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio⁵⁶.

Asimismo, en cuanto a la práctica de la prueba en el ámbito penal de menores, el art. 37.3 LORPM, en la línea de lo previsto en el art. 25.3 LEVD, prevé de aplicación a este procedimiento lo dispuesto en la legislación relativa a la protección de testigos y peritos en causas penales⁵⁷.

No obstante, la citada remisión a las medidas del art. 2 LO 19/1994 se antoja de un lado innecesaria, pues la LO 19/1994 es una norma de carácter especial, de suerte que sería igualmente aplicable si las circunstancias del supuesto encajan en sus previsiones; asimismo, puede considerarse, en cierto modo distorsionadora en cuanto a la determinación de si los concretos supuestos de aplicación son los previstos en la norma especial de protección a testigos y peritos o si admiten su modulación en función del tipo y necesidades de la víctima, según lo dispuesto en la LEVD⁵⁸.

4.3. Medidas de protección específicas o aplicables a víctimas especialmente vulnerables: tercer nivel

En cuanto al tercer nivel o grado de protección de las víctimas las medidas se disciplinan en el art. 26 LEVD, y vienen referidas a víctimas menores de edad y víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, atendida su especial vulnerabilidad⁵⁹.

⁵⁶ Sobre los testigos protegidos y los requisitos para la práctica de dicha prueba, resulta ilustrativa la STS 580/2021, de 1 de julio, así como las resoluciones citadas en ésta.

⁵⁷ Respecto de las medidas destinadas para la protección de la víctima en calidad de testigo, vid. García Rodríguez, M.J. (2020). El nuevo estatuto jurídico de las víctimas..., op. cit., págs. 17-19.

⁵⁸ Así, advierte Serrano Masip (Medidas de protección..., op. cit., pág. 157) que es innecesaria y contraproducente.

⁵⁹ La Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño, el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, la DIR 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre y la Ley 4/2015, 27 de abril, reguladora del estatuto de la víctima, son claros ejemplos del interés por preservar el desarrollo integral del menor. De otro lado, la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención interna-

No obstante, cumple señalar que el art. 19 EVD, al referirse de manera genérica al derecho de protección, contiene una previsión específica relativa a las víctimas menores de edad, estableciendo que, en tales casos, la Fiscalía ha de velar especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso.

Asimismo, en lo que atañe a la protección de la intimidad, el art. 22 LEVD se refiere, en particular, a la obligación de impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación tanto de víctimas menores de edad como de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Pues bien, entrando al análisis de las medidas de protección previstas en el art. 26 LEVD respecto de víctimas menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, al apartado 1 del citado precepto establece que, además de las medidas contenidas en el art. 25 LEVD, se hayan de adoptar, con carácter preceptivo, cualesquiera medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito; asimismo procede reseñar que el art. 23.4 LEVD establece que en el caso de menores de edad víctimas de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual, se aplicarán en todo caso las medidas expresadas en las letras a), b) y c) del art. 25.1.

En cuanto al régimen aplicable a la adopción de las medidas habrá que acudir a lo previsto en la LECrim en función de la concreta medida de que se trate.

Asimismo, a esa previsión de adopción de medidas con carácter general, el art. 26.1 LEVD, añade que, en particular, serán aplicables como medidas concretas que:

- a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio, en los casos y condiciones determinadas por la LECrim⁶⁰.
- b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos.

Es básico resaltar que el desarrollo de las citadas medidas de protección encuentra expreso refrendo en diversas previsiones contenidas en los arts. 433, 448,

cional sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, son claras muestras de la preocupación por proteger a personas con discapacidad.

⁶⁰ La STS 369/2021, de 4 de mayo, señala que el expediente que habilita la preconstitución probatoria evitar la victimización propia de la comparecencia en juicio y la exposición al interrogatorio de la acusación y defensa, y la corrección de una medida de esta naturaleza está respaldada por distintos preceptos que buscan precisamente evitar la dolorosa evocación de unos hechos que han podido impactar ya en el equilibrio psicológico del menor-víctima.

449, 449 *bis*, 449 *ter*⁶¹, 455, 703 *bis*⁶², 706, 707⁶³, 730, 731 *bis*, 777.2 y 3⁶⁴, y 788 LECrim⁶⁵, de suerte que nuestro ordenamiento procesal⁶⁶, y la jurisprudencia

⁶¹ El art. 449 *ter* LECrim establece que “Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.

La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinaria e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve”.

⁶² El art. 703 *bis* LECrim dispone “Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 449 *bis* y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista. En los supuestos previstos en el artículo 449 *ter*, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad. En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 *bis* y cause indefensión a alguna de las partes”.

⁶³ El párrafo segundo del art. 707 LECrim señala que “Fuera de los casos previstos en el artículo 703 *bis*, cuando una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible”.

⁶⁴ El art. 777.3 LECrim prevé que “Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 449 *ter*, debiendo la autoridad judicial practicar prueba preconstituida, siempre que el objeto del procedimiento sea la instrucción de alguno de los delitos relacionados en tal artículo. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación audiovisual, en los términos del artículo 730.2”.

⁶⁵ Reseñar que los arts. 433, 448, 707, 730.1 LECrim fueron modificados y los arts. 449 *bis*, 449 *ter*, 703 *bis*, 777. 3 788.2 LECrim introducidos por la disposición final primera de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

⁶⁶ La STS 369/2021, de 4 de mayo, refiere que el art. 26 LEVD y los apartados 4 y 5 del art. 433 y el art. 706 LECrim, completados con las previsiones generales contenidas en los arts. 448, 777.2, 730 y 731 *bis* LECrim, diseñan un marco normativo que avala una decisión del órgano de enjuiciamiento encaminada a

que lo interpreta⁶⁷, no son ajenas a esta cuestión de modo que a través de los citados preceptos es viable, desde la fase de investigación, otorgar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando, entre otras, que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes⁶⁸; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el investigado o encausado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio⁶⁹.

En cuanto a la afectación que tales medidas de protección pueden suponer respecto de los derechos del investigado o acusado debe partirse, como premisa de base, de la excepcionalidad de toda decisión jurisdiccional que conduzca a privar a la defensa de la posibilidad de un interrogatorio que contradiga la tesis de la acusación, de modo que para la condena del acusado, normalmente, todas las pruebas en su contra deben presentarse en su presencia en una audiencia pública para posibilitar la contradicción, si bien las excepciones a este principio son posibles, pero no deben vulnerar los derechos de defensa que, por regla general, exigen de una oportunidad adecuada para impugnar e interrogar a un testigo en su contra, ya sea cuando dicho testigo hace su declaración o en una etapa posterior del procedimiento⁷⁰.

Expuesto lo que antecede, y en relación a víctimas menores de edad, aunque las consideraciones podrían extrapolarse a determinadas víctimas con discapacidad, el TEDH ha señalado que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica legítima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de

preservar a los menores de cualquier perturbación originada por el recuerdo de los actos de lascivia de los que llegaron a ser víctimas.

⁶⁷ SSTs 369/2021, de 4 de mayo; 19/2013, 9 de enero; 80/2012, 10 de febrero; y, 174/2011, 7 de noviembre.

⁶⁸ Uno de los posibles sistemas a emplear, en particular respecto de menores víctimas de delitos, es la denominada Cámara Gesell, que permite la toma de declaraciones mediante la intervención de un experto, normalmente en psicología, que realiza la entrevista y que consta de unas salas, divididas entre sí con una pared en que existe un espejo que permite la visibilidad desde el habitáculo en que se encuentran los operadores jurídicos, Juez, Letrados, Ministerio Fiscal, etc., de forma que el menor no vea a quienes le observan, tratando de generar un ambiente de confianza y privacidad. Sobre el citado mecanismo, vid. SEMPERE FAUS, S., “La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2019, núm. 48, págs. 38-49.

⁶⁹ Sobre esta cuestión, vid. Fernández Fustes, M.D. (2019). Protección de los derechos..., op. cit., págs. 810-811; García Rodríguez, M.J. (2015). Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 35, págs. 24-26; Sempere Faus, S. (2019). La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, págs. 15-38.

⁷⁰ Vid. STEDH de 19 de enero de 2021, caso Keskin contra Países Bajos.

practicar su interrogatorio⁷¹. Y es que, como advierte nuestro TS, se admite que la declaración de estas víctimas pueda llevarse a efecto a través de un experto que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior; así, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso⁷².

Se trata, en definitiva, de ponderar los bienes jurídicos en conflicto y alcanzar una solución armoniosa con los derechos constitucionales en liza, sin que resulte admisible el desplazamiento caprichoso o arbitrario del principio de contradicción o del derecho de defensa por la mera presencia de una víctima menor de edad, cuya presencia en el proceso penal no permite, *per se*, un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria; ahora bien, desde luego, ello no resulta es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico, como es la protección de la víctima más vulnerable⁷³. En tales casos, la legitimidad de una medida y de la decisión del Tribunal de que los menores no comparezcan en el plenario exige una validación a partir de su excepcionalidad, de una justificación reforzada de las razones que obligan a modular el principio de contradicción y del derecho de defensa, en orden a preservar otros derechos de, cuando menos, similar rango axiológico⁷⁴.

⁷¹ SSTEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia; de 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia.

⁷² STS 369/2021, de 4 de mayo.

⁷³ SSTS 369/2021, de 4 de mayo; 71/2015, 4 de febrero; 632/2014, 14 de octubre; 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio.

⁷⁴ Así, la STS 369/2021, de 4 de mayo, advierte que las garantías para el ejercicio del *ius puniendi* no pueden arrinconarse cuando la víctima del delito es un menor de edad, de modo que se impone, por tanto, la búsqueda de un equilibrado punto de encuentro entre los intereses en juego, que no siempre convergen en la misma dirección. La aplicación de penas de gravedad no puede abandonar su justificación a una amplia cobertura formal que, si se atiende sólo a su literalidad, conduciría a una relajación de los derechos que asisten a la parte pasiva del proceso. En delitos contra la indemnidad sexual de los menores de edad, resulta de especial importancia no validar una práctica que, con la recurrente invocación del interés del menor, determina que, desde el momento de la denuncia inicial, la víctima tenga que rememorar su lacerante vivencia ante psicólogos, educadores, asistentes sociales, agentes de policía y Juez de instrucción, pero no ante el órgano sentenciador que ha de imponer graves penas privativas de libertad. Y que ha de hacerlo, además, con el fundamento que proporciona una declaración que ha sido oída directamente por todos, menos por los propios Magistrados que integran el Tribunal que firma la sentencia condenatoria.

En otro orden de cosas, el art. 26.2 LEVD establece que el fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, a los efectos de que la represente en la investigación y en el proceso penal, cuando:

- a) valore que entre los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada exista un conflicto de intereses, sea o no derivado del hecho investigado, que impida confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal en tramitación;
- b) el conflicto de intereses antes referido se produzca respecto de uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada;
- c) la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada, o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o el sistema de apoyos correspondiente.

En último término, el art. 26.3 LEVD establece la presunción legal de que, ante la existencia de dudas para la determinación de la edad de la víctima y la imposibilidad de su concreción certera, se trata de una persona menor de edad, a los efectos serle de aplicación su estatuto de protección de derechos.

5. VALORACION INDIVIDUALIZADA DE LA VÍCTIMA

El Estatuto de la víctima del delito hace pivotar el sistema de protección en torno, o con fundamento, a la previa evaluación individual de cada víctima, la cual es tendente a determinar sus necesidades especiales de protección, es decir, se arbitra un sistema basado en la individualización de la protección⁷⁵.

En tal sentido, las medidas de protección específica que procederá adoptar, así como el acceso a determinados servicios, han de venir precedidas de una evaluación individualizada de la víctima que permita determinar sus concretas necesidades de protección y de eventuales medidas especiales, esto es, la protección específica que precisa⁷⁶.

Es así que el art. 23 LEVD, referido a la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, dispone en su apartado 1 que a los efectos de determinar las medidas de protección que deben ser

Por consiguiente, la importancia de subrayar la excepcionalidad de esta medida de exclusión se justifica por sí sola.

⁷⁵ La DIR 2012/29/UE también basa su sistema de protección en la individualización (art. 22 y Cdos. 54 y 55).

⁷⁶ Sobre la evaluación individualizada, vid. García Rodríguez, M.J. (2017). Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, págs. 1-33.

adoptadas se realizará una valoración de sus circunstancias particulares, con el objetivo de evitar a la víctima perjuicios relevantes que del proceso pudieran derivarse para ella.

De conformidad con el art. 23.2 LEVD⁷⁷, la valoración a realizar tendrá especialmente en consideración: a) las características personales de la víctima, en particular si se trata de una persona con discapacidad o existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito, o si se trata de víctimas menores de edad o víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurren factores de especial vulnerabilidad; b) la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración delictiva, valorándose especialmente las necesidades de protección de las víctimas en caso de delitos de terrorismo, delitos cometidos por una organización criminal, delitos de violencia de género o doméstica, contra la libertad o indemnidad sexual, trata de seres humanos, delitos de desaparición forzada o delitos de odio con motivación racista, antisemita, de ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a etnia, raza o nación, sexo u orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad; c) las circunstancias del delito, en particular delitos violentos. De otro lado no puede obviarse que, como señala el art. 24.2 LEVD, la valoración de las necesidades de protección incluirá siempre la de aquéllas que hayan sido manifestadas por la víctima con esa finalidad, así como la voluntad expresada.

Según dispone el art. 23.3 LEVD, durante la tramitación del proceso penal la adopción de medidas de protección para víctimas menores de edad tendrá en cuenta su situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez, y respetará plenamente su integridad física, mental y moral; asimismo, como prevé el art. 24.3 LEVD, en caso de víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, su evaluación deberá considerar sus opiniones e intereses.

En conclusión, las medidas se adoptarán tomando como parámetros el carácter de la persona o la vulnerabilidad de la víctima, el tipo de delito y sus circunstancias y la entidad del daño causado.

Las medidas protectoras para su optimización exigen que, en caso de modificación de las circunstancias tenidas en cuenta, se proceda a su actualización, de acuerdo al *iter* del proceso así como a las circunstancias sobrevenidas tras su adopción, debiendo, en su caso, procederse a la modificación de las medidas acordadas (art. 24.5 LEVD).

Respecto de la competencia para la evaluación o individualización de las víctimas, el art. 24.1 LEVD dispone que la valoración de sus necesidades para la determinación de las medidas de protección corresponde:

⁷⁷ Vid. en el mismo sentido el art. 30 RD 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril.

- a) en la fase de investigación del delito, al Juez de Instrucción o al de Violencia sobre la Mujer, sin perjuicio de la evaluación y resolución provisionales que deberán realizar y adoptar el Fiscal, en sus diligencias de investigación o en los procedimientos sometidos a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores⁷⁸, o los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de las investigaciones;
- b) en la fase de enjuiciamiento, al Juez o Tribunal a los que corresponda el conocimiento de la causa.

La resolución que se acuerde respecto de las medidas deberá ser motivada y exponer las circunstancias que han sido valoradas para su adopción.

En cuanto al procedimiento de adopción, el art. 24 LEVD se limita a unas reflejar unas normas genéricas sobre la necesidad de proceder a la valoración de la protección de las víctimas considerando las necesidades que manifiesten a tal fin y la voluntad que hubieran expresado, con especial atención a las opiniones e intereses de las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, con la previsión expresa, e importante, de que la víctima podrá renunciar a las medidas de protección que acordadas conforme a los arts. 25 y 26 del texto normativo; asimismo, se dispone que los servicios de asistencia o atención a la víctima solamente podrán facilitar a terceros la información recibida de la víctima con su consentimiento previo e informado, así como expreso. En caso contrario, dicha información únicamente se podrá trasladar, con carácter reservado, a la autoridad que acuerda la medida de protección (art. 24.4 LEVD)⁷⁹.

Es así que, ante unas previsiones procedimentales tan básicas, se establezca que procederá la determinación reglamentaria de lo relativo a la tramitación, la constancia documental y la gestión de la valoración y sus modificaciones. En tal sentido, dicho desarrollo reglamentario ha tenido lugar a medio del RD 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, que, en lo que ahora interesa, viene a regular en su Título III las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, desarrollando en su Capítulo III, arts. 25 a 29, las fases de asistencia a las víctimas, que se concretan en cuatro fases: la acogida-orientación, la información, la intervención y el seguimiento; de otro lado, el Capítulo IV, arts. 30 a 32, viene referido a la evaluación individual de las víctimas, estableciendo el art. 30 los parámetros para la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, regulando el art. 31 el denominado informe de evaluación individualizada, que será remitido con carácter reservado a la autoridad judicial o fiscal competente para adoptar las medidas de protección, en el que se propondrán las medidas pertinentes para la asistencia y la protección de la víctima durante

⁷⁸ Recordar que en los procesos penales de menores el fiscal tiene atribuida la fase de investigación.

⁷⁹ Serrano Masip, M. (2017). *Medidas de protección...*, op. cit., pág. 161.

la fase de investigación⁸⁰, especialmente cuando se trate de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, de otras víctimas vulnerables o de menores, con expresión, en caso de menores de edad, de la concurrencia de cualquiera de los supuestos del art. 26.2 LEVD a fin de que pueda tomarse para la designación de un defensor judicial de la víctima.

En último término, el art. 32 RD. 1109/2015 prevé la realización de un “*plan de apoyo psicológico*” para las víctimas especialmente vulnerables o necesitadas de especial protección, con el objetivo de que la víctima pueda seguir el proceso penal sin volver a vivenciar angustia, fortalecer su autoestima y la toma de decisiones, en particular, las relacionadas con medidas judiciales.

6. PREVISIONES PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Es patente que, para la efectividad de los derechos y garantías establecidas, deviene imprescindible la máxima colaboración entre instituciones y Administraciones Públicas, así como de los diversos colectivos de profesionales y víctimas, e indudablemente de todas aquellas personas que, desde su función o labor, interaccionan con las víctimas. De ahí que sea condición *sine qua non* la implementación de protocolos de actuación y de procedimientos de coordinación y colaboración que sean eficaces, a lo que contribuye la creación y fomento de oficinas especializadas, así como una precisa formación técnica continuada del personal, fomentando la mayor sensibilización en el trato a la víctima.

En la línea señalada, el Título IV LEVD contiene unas disposiciones comunes; así en su Capítulo I (arts. 27 y 28) se refiere a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito, su organización y funcionamiento, señalando, en cuanto a su organización, que el Gobierno o las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia organizarán, en el ámbito que les es propio, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, pudiendo celebrar convenios de colaboración con enti-

⁸⁰ En concreto, el art. 31.2 RD 1109/2015 hace referencia a las siguientes medidas: a) Que se reciba declaración a la víctima lo antes posible, el menor número de veces y únicamente cuando resulte estrictamente necesario; b) Que la víctima pueda estar acompañada de una persona de su elección; c) Que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin; d) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda; e) Que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal; f) Que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3.º y 4.º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 del Estatuto de la víctima del delito y de las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal; g) Cualquier otra medida tendente a evitar el contacto visual de la víctima con el acusado. Esta medida, dado su objeto, también podrá proponerse para la fase de enjuiciamiento.

dades públicas y privadas, sin ánimo de lucro, para prestar los servicios de asistencia y apoyo (art. 27.2 LEVD).

Respecto de las funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, el art. 28.1 LEVD establece⁸¹, como funciones mínimas las de: a) información general sobre sus derechos y, en particular, sobre la posibilidad de acceder a un sistema público de indemnización; b) información sobre los servicios especializados disponibles que puedan prestar asistencia a la víctima, a la vista de sus circunstancias personales y la naturaleza del delito de que pueda haber sido objeto; c) apoyo emocional; d) asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, en particular, el procedimiento para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos y el derecho a acceder a la justicia gratuita; e) asesoramiento sobre el riesgo y la forma de prevenir la victimización secundaria o reiterada, o la intimidación o represalias; f) coordinación de los diferentes órganos, instituciones y entidades competentes para la prestación de servicios de apoyo a la víctima; g) coordinación con Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal para la prestación de los servicios de apoyo.

Resulta fundamental, en lo que a protección se refiere, la función consistente en la realización de una valoración de las circunstancias particulares con la finalidad de determinar las medidas de asistencia y apoyo que deben ser prestadas a la víctima, entre ellas la prestación de apoyo o asistencia psicológica, el acompañamiento a juicio, la información sobre recursos psicosociales y asistenciales y su derivación a los mismos, las medidas especiales de apoyo que puedan resultar necesarias para víctimas con necesidades especiales de protección y la derivación a servicios de apoyo especializados (art. 28.2 LEVD).

En el Capítulo II (arts. 30 y 31), relativo a la formación, se incide en la necesidad de fomentar la formación en el trato a las víctimas, tanto de los operadores jurídicos en particular, del sector público o a nivel de Colegios de Abogados y de Procuradores, como de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia en general, con el objetivo de alcanzar la máxima sensibilización, promoviendo la investigación y educación en materia de apoyo, protección y solidaridad con las víctimas, actuaciones formativas que han de prestar particular atención a las víctimas necesitadas de especial protección por su especial vulnerabilidad, con discapacidad o menores de edad.

Asimismo, se prevé la aprobación de Protocolos de actuación (art. 31 LEVD), tanto por parte de las administraciones públicas, en su marco competencial, como por los Colegios profesionales en cuya actividad profesional se relacionen y presten servicios a las víctimas, tendentes a la efectividad de la protección de las víctimas y sus derechos.

⁸¹ El Capítulo II del RD 1109/2015 desarrolla las funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, que son relacionadas en su art. 19, destacándose las funciones de atención jurídica (art. 21), de asistencia psicológica y social (arts. 22 y 23, respectivamente).

BIBLIOGRAFÍA

- Armenta Deu, M.T. (2011). (Coord.), *Código de buenas prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables*, Colex.
- De Hoyos Sancho, M., (2017). El tratamiento procesal de las víctimas tras las reformas de 2015, en O. Fuentes Soriano (Dir.), *El proceso penal: Cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- De Hoyos Sancho, M., (2014). Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34.
- Fernández Fustes, M.D. (2019). Protección de los derechos de la víctima en el proceso penal, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 39.
- Fiodorova, A. (2020). Derechos de la víctima del delito en el marco de la unión europea, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51.
- García Rodríguez, M.J. (2020). El nuevo estatuto jurídico de las víctimas del delito ante el sistema de justicia penal juvenil, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020.
- García Rodríguez, M.J. (2017). Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41.
- García Rodríguez, M.J. (2015). Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 35, 1-41.
- Gómez Colomer, J.L. (2015). *Estatuto Jurídico de la víctima del delito (La posición jurídica de la víctima ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito en España)*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2ª Ed.
- González Pillado, E. (2012), La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, en E. González Pillado (Coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Tirant Lo Blanch.
- Llorente Sánchez-Arjona, M. (2014). La protección de las víctimas de delitos en el marco de la Unión Europea, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112.
- Oromí Vall-Llovera, S. (2013). Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, págs. 1-31.
- Pereira Puigvert, S. (2018). La víctima especialmente vulnerable en el proceso penal: Su condición de especialidad y protección, *Derecho y proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Vol. 3.
- Planchadell Gargallo, A. (2021). Una aproximación a la protección de las víctimas vulnerables a la luz del estatuto de la víctima del delito, en V. Moreno Catena, M.I. Romero Pradas (Dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea: Libro homenaje a la Prof.ª Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch.
- Planchadell Gargallo, A. (2019). La víctima ante la publicidad del proceso: su posible revictimización, en S. Barona Vilar (Ed.), *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Tirant lo Blanch.

- Serrano Masip, M. (2017). Medidas de protección de las víctimas, en M. De Hoyos Sancho, *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi.
- Sempere Faus, S. (2019). La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48.
- Tamarit Sumalla, J.M. (2015). Los derechos de las víctimas, en J.M. Tamarit Sumalla, (Coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch.
- Villacampa Estiarte, C. (2015). La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID, en J.M. Tamarit Sumalla (Coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, 241-303.
- Tamarit Sumalla, J. M.^a (2006). La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas, en E. Echeburúa Odriozola, E. Baca Baldomero y J. M.^a Tamarit Sumalla, (Coords.), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, 17-50

CAPÍTULO VII

MEDIDAS CAUTELARES Y PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Sumario: 1. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL DE MENORES. 1.1. Consideraciones generales sobre las medidas cautelares en el proceso penal de menores. 1.2. Las medidas cautelares personales y la protección a la víctima. 2. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU PROTECCIÓN: 2.1. Legitimación para instar su adopción. 2.2. Presupuestos de su adopción. 2.3. Medidas cautelares de protección a la víctima. 3. PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE O COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA O SU ENTORNO. 3.1. Libertad vigilada. 3.2. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. 4. INTERNAMIENTO CAUTELAR. 5. ORDEN DE PROTECCIÓN.

1. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

1.1. Consideraciones generales sobre las medidas cautelares en el proceso penal de menores

Al igual que ocurre en el proceso penal de adultos, también en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores, se establece legalmente la posibilidad de imponer medidas cautelares. A este respecto, en el Título III LORPM, dedicado a la instrucción, el Capítulo II, lleva la rúbrica “De las medidas cautelares” (arts. 28 y 29); aunque debe tenerse en cuenta que ni todas las medidas cautelares que se pueden adoptar ante un presunto menor infractor están incluidas en estos preceptos, ni todas las que regulan en ellos son auténticas medidas cautelares.

En concreto, el art. 28 LORPM se refiere al internamiento en un centro en el régimen adecuado, a la libertad vigilada, a la prohibición de aproximarse o

comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez y a la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, omitiendo la detención del menor, que está regulada en el art. 17 LORPM. Además, en el proceso penal de menores es posible la adopción de otras medidas cautelares que no están expresamente reguladas en el art. 28 LORPM, pese a que pueden tener una gran incidencia en el contexto de la delincuencia juvenil como pueden ser la asistencia a centro de día, el tratamiento ambulatorio o la privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor o del derecho a obtenerlo que están contenidas en el art. 7 LORPM, junto con las restantes medidas a imponer en la sentencia, así como la retención de pasaporte o la citación cautelar previstas en la LECrim. En este contexto, se entiende que, pese a no existir en la doctrina un criterio unánime, la enumeración de las medidas cautelares personales del art. 28.1 LORPM es meramente enunciativa, pudiendo adoptarse todas aquellas que sean idóneas para la consecución de los fines que se tratan de alcanzar con las mismas y teniendo siempre presente el interés del menor que debe informar en todo caso las decisiones y actuaciones que se refieran al mismo¹.

Por otra parte, el propio art. 28 LORPM incluye en su enumeración la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, que parece tener una finalidad más protectora que cautelar. Además, tampoco en el art. 29 LORPM se regulan auténticas medidas cautelares, en cuanto se adapten sobre menores exentos de responsabilidad penal por concurrir en ellos enajenación mental o cualquier otra circunstancia prevista en los apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 CP, «para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando

¹ A favor de considerar que la enumeración del art. 28.1 LORPM es de carácter enunciativo se pronuncian: Aguilera Morales, M., (2003). Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito). *Tribunales de Justicia*. núm. 3. p. 17; García-Rostán Calvín, G. (2007). *El proceso Penal de Menores (Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez de la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares)*. Thomson-Aranzadi. pp. 117 y 118; González Pillado, E., (2008). Medidas cautelares. En González Pillado (coord.). *Proceso Penal de menores*. Tirant Lo Blanch. pp. 179-180; Tomé García, J. (2003). *El procedimiento penal del menor (Tras la Ley 38/2002, de reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*. Thomson-Aranzadi. pp. 132 y 133.

Esta posición viene avalada por dos tipos de argumentos de distinto calado; de un lado, la redacción del art. 7.1 h) LORPM, en lo que respecta a la libertad vigilada, en cuanto al enumerar las reglas de comportamiento que puede imponer el Juez de Menores, se refiere, en el n° 7, a “cualesquiera otras obligaciones” que el mismo estime adecuadas para la reinserción social del menor. Esta cláusula abierta permita la adopción de una orden de alejamiento no expresamente prevista en la redacción original de la art. 28.1 LORPM.

De otro lado, y este es el argumento fundamental de la exégesis que se defiende, la aplicación supletoria de la LECrim, que permitirá la citación cautelar del menor, a la vista del art. 487 LECrim (así lo entendía la Circular FGE 1/2000 (apdo. VI.3.F))

En contra, Valbuena García, E. (2008). *Medidas cautelares en el Enjuiciamiento de Menores*. Thomson-Aranzadi, p. 117. También la FGE se pronunció a favor del carácter tasado de las medidas cautelares contenidas en el art. 28 LORPM, pero entendiendo la procedencia de la adopción de la asistencia a centro de día, el tratamiento terapéutico, la prohibición de circular con ciclomotores o la retención de pasaporte como reglas de conducta dentro de una libertad vigilada. Vid. Dictamen 2/2013, sobre posibilidades de aplicación cautelar de determinadas medidas no mencionadas en el art. 28 LORPM y Dictamen 4/2014, sobre la posibilidad de acordar la retirada de pasaporte a un menor de edad como medida cautelar en la justicia juvenil.

en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho»².

A lo apuntado, debe añadirse que la regulación contenida en la LORPM sobre las medidas cautelares no es completa, sino que se reduce a aspectos concretos de las mismas, dejando importantes lagunas en cuestiones relevantes para su imposición en el ámbito de la justicia juvenil. Esta situación nos obliga a acudir a la LECrim como ley de aplicación supletoria, lo que, como se verá, no está exento de dificultades al tener que integrar estas disposiciones con normas pensadas para el proceso de adultos, que nada tiene que ver con los fines perseguidos en el ámbito juvenil. Buena muestra de la incompleta regulación de las medidas cautelares en la LORPM es que la misma no se refiere en ningún momento a las medidas cautelares de carácter real, centrándose exclusivamente en las personales, lo que no excluye su adopción en el ámbito del proceso penal de menores por aplicación supletoria de la ley procesal penal de adultos.

No se pretende, a lo largo de estas páginas, acometer un estudio detallado de la regulación de las medidas cautelares contenida en la LORPM, sino de resaltar aquellos aspectos de las mismas que pueden resultar más interesantes desde la posición de la víctima, en especial a la vista de sus necesidades de protección y seguridad; se excluye, por tanto, el análisis de las medidas cautelares reales cuya finalidad esencial tiende a la conservación de las cosas relacionadas con el delito y al aseguramiento de la responsabilidad pecuniaria derivada de su comisión.

1.2. Las medidas cautelares personales y la protección a la víctima

Con carácter previo al estudio de las medidas cautelares que tienen como finalidad la protección a la víctima, procede una reflexión sobre el tratamiento como auténticas medidas cautelares personales que tanto la actual ley procesal penal de adultos como la de menores da a estas medidas, cuando su naturaleza jurídica se aparta de la propia de las medidas cautelares en cuanto su objetivo no se dirige a garantizar el normal desarrollo de proceso y la efectividad de la sentencia que se dicte, sino que se centra en proteger a la víctima de posibles agresiones del encausado.

En efecto, con carácter general, las medidas cautelares sirven para garantizar la efectividad del proceso penal en el que se adoptan y, más concretamente, la de la posible sentencia estimatoria que ponga fin al mismo; de ahí su naturaleza instrumental respecto del proceso penal en curso, ya que su finalidad se concreta en conjurar los riesgos que puedan obstar al normal desarrollo del proceso y/o a la ejecución de la sentencia que en su momento se dicte, como consecuencia de una actuación del imputado. En coherencia con ello, entre estos riesgos que se tratan

² La falta de concordancia entre la rúbrica del precepto y su contenido es criticada por la Circular FGE 1/2007 que alude a las “graves deficiencias conceptuales” del precepto, lamentándose de que la LO 8/2006 no procediese a su reforma (apdo. VI.4).

de evitar con las medidas cautelares personales, las normas procesales aluden a la sustracción del imputado a la acción de la justicia, la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba o la obstaculización por otros medios de la ejecución de la sentencia firme. No obstante, es frecuente que se incluyan entre los fines propios de las medidas cautelares algunos otros que son ajenos a su carácter instrumental, ya que nada tienen que ver con el aseguramiento del desarrollo y efectividad del proceso penal, tales como la evitación de la reiteración delictiva del imputado, y especialmente la dirigida contra la víctima³, así como la evitación de la denominada “alarma social” provocada por el delito.

A este respecto, conviene precisar que, pese a la desnaturalización de las medidas cautelares, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (en adelante, CEDH) admite como finalidad de la prisión provisional la evitación de la reiteración delictiva del imputado. Así, en su art. 5.1c), se permite la detención y privación de libertad de una persona, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, «cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido». Y, consecuentemente, al amparo de este precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), ha considerado justificada la adopción de la prisión provisional cuando exista un riesgo cierto de reincidencia. Cabe señalar, a modo de ejemplo, la STEDH de 20 de marzo de 2001 (caso Bouchet c. Francia), en la que el Tribunal estima que, si bien las razones de orden público defendidas por el tribunal francés no justifican la prisión provisional habida cuenta de la escasa repercusión de los hechos imputados, concurre sin embargo un riesgo cierto de reincidencia que fue adecuadamente valorado por dicho tribunal y que resulta suficiente para mantener la situación de confinamiento⁴.

En el mismo sentido también se ha pronunciado nuestro TC, al declarar en su sentencia 44/1997, que constituye un fin constitucionalmente legítimo de la prisión provisional el riesgo de reiteración delictiva, lo que permite atribuirle una función preventiva como medida para conjurar riesgos relevantes constitucionalmente⁵.

En cambio, por lo que respecta a la evitación de la alarma social provocada por el delito como finalidad de la prisión provisional, nuestro TC se ha pronunciado en contra. Así, en la STC 191/2004, señala que la alarma social no es un

³ Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez (2019). *V. Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch. pp. 237 y ss.

⁴ STEDH de 20 de marzo de 2001 (caso Bouchet c. Francia) (EDJ 2001/2563).

⁵ STC 44/1997, de 10 de marzo. En el mismo sentido, SSTC 128/1995, de 26 de julio; 142/1998, de 29 de junio; 191/2004, de 2 de noviembre; 333/2006, de 20 de noviembre.

Se parte de esta forma de una presunción de culpabilidad del encausado al imponerle una medida privativa de libertad ante una peligrosidad que sólo podrá quedar determinada en la sentencia condenatoria una vez practicada la prueba de cargo. Vid. Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez (2019). *V. Derecho Procesal Penal...*, op. cit. pp. 237 y ss.

criterio válido a los efectos de apreciar la necesidad de la prisión provisional; y que su evitación no constituye una finalidad legítimamente perseguible con la imposición de esta medida cautelar⁶.

En coherencia con esta doctrina y jurisprudencia constitucional, el art. 503.1. 3º LECrim establece expresamente como fines de la prisión provisional los siguientes: a) «Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga»; b) «evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento»; y c) «evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima». A su vez, el art. 503.2 LECrim, añade una cuarta finalidad, «evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos». Por el contrario, este precepto, en su redacción actual, ya nada dice sobre el fin de evitar la alarma social que haya producido la comisión del hecho delictivo, que sí contemplaba hasta la reforma operada por la LO 13/2003, de 24 de octubre.

Pues bien, en el ámbito del proceso penal de menores, y en la misma línea de la LECrim, el art. 28 LORPM señala que los fines generales de las medidas cautelares se concretan no solo en evitar el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor presunto autor de delito, sino también atentar contra los bienes jurídicos de la víctima o de protegerla. En coherencia con ello, y en lo que aquí interesa, nuestros tribunales acuerdan la adopción de medidas cautelares en el ámbito juvenil con el objeto de garantizar la protección de la víctima frente a posibles actuaciones del menor encausado⁷.

Además, no puede dejar de mencionarse que en el mismo art. 28 LORPM se añade la posibilidad de adoptar una medida cautelar para «la defensa y custodia del menor expedientado»; con esta expresión legal, se podría llegar a entender que las medidas cautelares en este ámbito se pueden acordar siempre que sean convenientes para la custodia y defensa del menor, haciendo innecesaria la previsión por parte del legislador de los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares⁸. Sin embargo, al efecto de no desnaturalizar las medidas cautelares, no se debe olvidar cuáles son sus finalidades centradas en evitar los riesgos de que la actuación del encausado pueda poner en peligro el desarrollo del proceso o la seguridad de la víctima; ahora bien, tampoco puede perderse de vista que todas las resoluciones que se dicten a lo largo del proceso penal juvenil, incluidas las

⁶ STC 191/2004, de 2 de noviembre. En el mismo sentido, la STC 47/2000, de 17 de febrero añade que «la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general– y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de los principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuricidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa».

⁷ Entre otras, AAP de Guadalajara, de 22 de octubre de 2019 (JUR 2019/333781); AAP de Córdoba, de 2 de agosto de 2018 (JUR 2018/228025); AAP de Lleida, de 28 de octubre de 2016 (JUR 2017/52015); AAP de Madrid, de 13 de diciembre de 2004 (JUR 2005/256456).

⁸ Aguilera Morales (2003). Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito) ..., op. cit., pp.15 y 16.

medidas cautelares, deben estar inspiradas en el interés superior del menor, lo que obliga a tener en cuenta el beneficio que su adopción pueda suponer para el menor encausado.

De acuerdo con las premisas anteriores, la mención a la «defensa y custodia del menor» contenida en el art. 28 LORPM debe ser interpretada en el sentido de que el Juez de Menores deberá adoptar la medida cautelar que sea más beneficiosa para el desarrollo personal y social del menor a la vista de su personalidad y madurez y siempre teniendo en cuenta sus circunstancias personales y sociales.

En este sentido se pronuncian nuestros tribunales cuando a la hora de acordar la medida cautelar más conveniente para el menor, tienen en cuenta, por supuesto, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, pero además atienden a todas las circunstancias que rodean al mismo con el objeto de adoptar aquella que redunde en su beneficio⁹. Más concretamente, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha venido entendiendo que “para valorar la corrección o no de dichas medidas cautelares deberá estarse a la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) regla de juicio, consistente en que es suficiente la concurrencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo y la participación en el mismo del menor, en el bien entendido de que dichos indicios no deben confundirse con la prueba de cargo suficiente para destruir el principio de presunción de inocencia, cuya concurrencia sólo podrá valorarse en sentencia tras la celebración del correspondiente juicio; y b) regla de tratamiento, es decir que la medida cautelar responda a algunos de los fines constitucionalmente legítimos, que son la obstrucción de la justicia, la sustracción a su acción, la reiteración delictiva o la protección de la víctima, con la singularidad de tomar en especial consideración el interés del menor”¹⁰.

No obstante, en ocasiones, nuestros tribunales acuerdan la adopción de una medida cautelar sobre la base únicamente de las necesidades de reeducación del menor encausado de tal manera que, partiendo la existencia de indicios de criminalidad, pero sin que concurra *periculum in mora*, se amparan en el informe del

⁹ En esta misma línea, la FGE en su Circular 1/2007, de 26 de noviembre, sobre Criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, señala que “No puede no obstante, utilizarse esta mención (a la custodia y defensa del menor expedientado) para integrar fines autónomos a la decisión cautelar, pues son absolutamente ajenos a la esencia de este tipo de medidas... El inciso objeto de análisis, desechando su carácter de fin cautelar, debe interpretarse como una llamada de atención hacia la necesidad de que la decisión cautelar no contravenga el interés del menor” (apdo. VI.1).

¹⁰ Entre otros, AAP de La Rioja de 8 enero de 2021 (JUR\2021\104000); AAP de Álava de 26 de noviembre de 2020 (JUR 2020\72798); AAP de Valencia de 26 de julio de 2020 (JUR 2020\38037); AAP de 12 de febrero de 2020 (JUR 2020\127965); AAP de Barcelona, de 3 de mayo de 2018 (JUR 2018\273901).

Muy claro es el AAP de Córdoba de 2 agosto de 2020 (JUR2020\228025) cuando, a la hora de justificar el cumplimiento de los requisitos para la adopción de un internamiento cautelar señala que “En cuarto y último lugar, y esencial, en ese proceso de rehabilitación personal, familiar y hasta social emprendido con el menor a través de un programa cierto y determinado de naturaleza educativa, es el interés del mismo el que brilla con luz propia, porque a su través se podrá conseguir el libre desarrollo integral de la personalidad del menor compatible con una convivencia pacífica como la que merece la sociedad en la que está integrado”.

Equipo Técnico que aconseja una intervención a la vista de las circunstancias que rodean al menor que no justifican por sí solas la medida cautelar¹¹. Por el contrario, en el caso de concurrencia de alguna situación de riesgo o desamparo del menor, no procederá la adopción de una medida cautelar sino alguna de las medidas de protección ya sea sobre la base del art. 158 CC o bien comunicándose a la Entidad Pública competente en materia de protección de menores para que actúe como estime más adecuado a la vista de la normativa vigente (arts. 172 y ss. CC y LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor)¹².

2. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU PROTECCIÓN

La LORPM, en su redacción originaria, obvió la protección y participación de la víctima a la hora de regular las medidas cautelares, centrándose de modo exclusivo en las que tenían por objeto evitar los riesgos de conductas del encausado que pudieran poner en peligro el desarrollo del proceso, así como «la custodia y defensa del menor expedientado». Por ello, no se contemplaba la posibilidad de que la víctima (personada como acusación particular) instase la adopción de medidas cautelares; ni se preveía como causa para la adopción de tales medidas

¹¹ Una muestra de ello es el AAP de Madrid de 30 de noviembre de 2020 (JUR 2021\47142) cuando señala que “la medida se justifica en razón al informe emitido por el Equipo Técnico, que aconseja dicha medida de contención, internamiento cautelar, pues consta que la menor se encuentra en situación de riesgo personal y social, vive alternando diferentes domicilios y no tiene establecidas obligaciones o actividades, pasa el tiempo ociosa y con comportamientos desadaptados, los adultos con los que se relaciona no constituyen modelos prosociales e influyen negativamente en su vida”.

Por su parte, el AAP de Madrid, de 4 de junio de 2020 (JUR 2018/224108), en relación a un internamiento cautelar en régimen semiabierto, ante la existencia de indicios de criminalidad por varios delitos de hurto, justifica su adopción “el menor se encuentra en una situación de riesgo de grave desarraigo y por tanto en situación propicia a ser víctima de explotación por parte de terceros, dado que no consta que sus progenitores se hagan cargo de él, incluso consta en el informe del Equipo Técnico que el menor no informo a los mismos de que estaba en España, estando al parecer los mismos en Alemania, que llegó a España con una tía, sin que conste acreditado el vínculo, vive en una discoteca abandonada y no sigue estudios o formación profesional, no sabe leer ni escribir, sólo acudió un año al colegio, tiene dificultades con el idioma, ningún proyecto de vida, de modo que únicamente la medida impuesta posibilita al menor una verdadera socialización de la que carece. Por lo que es gravosa, pero necesaria para conseguir la finalidad buscada y por tanto proporcional”. En sentido similar, AAP de Madrid, de 1 de junio de 2020 (JUR 2020/213457).

¹² La improcedencia de la adopción de una medida cautelar es más evidente cuando no concurren indicios de criminalidad; a este respecto, el AAP de Barcelona, de 2 de diciembre de 2019 (JUR 2020/128199) señala que las necesidades asistenciales de tipo psicológico de la encausada no justifican un internamiento cautelar, añadiéndose además que “El abordaje del estado de tristeza, con pensamientos e ideas suicidas, que expresa el Equipo Técnico no precisa desde nuestro punto de vista una privación de libertad en un centro de justicia juvenil, sino un abordaje desde el medio con seguimiento y ayuda de sus padres y resto de profesionales, y la vinculación a un recurso de salud mental como el que al parecer ya ha iniciado en el CSMIJ de DIRECCION000, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 22 de la LORPM que establece entre los derechos del menor desde la incoación del expediente, el derecho “a la asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento”.

el riesgo de que el menor atentase contra los bienes jurídicos de la víctima; ni, finalmente, se regulaban medidas cautelares específicamente destinadas a su protección.

Esta situación cambia con la reforma operada por la LO 8/2006, cuyo artículo veintiuno da una nueva redacción a los tres primeros apartados del art. 28 LORPM, incidiendo en los tres aspectos apuntados; a su desarrollo se dedican los apartados siguientes.

2.1. Legitimación de la acusación particular para instar la adopción de medidas cautelares

De acuerdo con el art. 28.1 LORPM, «el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal (...) podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares (...); en consecuencia, la adopción de las medidas cautelares requiere petición de parte, excluyéndose en todo caso que sea de oficio; no obstante, una interpretación literal de la dicción legal nos llevaría a entender que la legitimación recae exclusivamente en el Ministerio Fiscal, quedando, en cambio, excluida la del acusador particular, quien sólo podrá instar a aquél a que dirija al Juez de Menores la solicitud de medidas cautelares. En otras palabras, la víctima personada como acusación particular no podría solicitar directamente del Juez de Menores la adopción de medidas cautelares, sino que tendría que plantear su solicitud al Fiscal para que sea éste quien tramite su petición ante el Juez¹³.

Esta exégesis literal no parece coherente con la potenciación que experimentó el papel de la víctima en el proceso penal de menores tras la LO 15/2003, que modificó el art. 25 LORPM, permitiendo su personación como acusación particular¹⁴; más concretamente, no se muestra coherente con la facultad que le

¹³ No se debe olvidar que, en el proceso penal de menores, la dirección de la instrucción le corresponde al Ministerio Fiscal (art. 6 LORPM), aunque "no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales", sino que deberá solicitarlas del Juez de Menores (art. 23 LORPM), que asume el papel de "juez de garantías"; entre estas diligencias restrictivas de derechos se incluye la adopción de medidas cautelares (art. 28.1 LORPM). A este respecto, conviene recordar la STC 60/1995, de 17 de marzo, que consideró acorde con los principios constitucionales la acumulación en el Juez de Menores de funciones relacionadas con la adopción de una medida cautelar y aquellas otras relativas al enjuiciamiento.

¹⁴ En efecto, en la redacción originaria del art. 25 LORPM se disponía expresamente que "En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares (...); sin embargo, seguidamente permitía al perjudicado personarse en el procedimiento, tanto en la fase de instrucción como en la de audiencia, cuando concurriesen las siguientes circunstancias: a) que se tratase de hechos calificados como delitos; b) que se atribuyesen a personas que hubiesen cumplido 16 años en el momento de la comisión de los hechos; y, c) que se hubieran realizado con violencia o intimidación, o generaren grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas. Tal como señala la FGE en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre "el perjudicado se incorpora al proceso en calidad de mero coadyuvante en el esclarecimiento de los hechos y de la participación del menor en el ejercicio de una legitimación procesal «sui generis», dada su limitada capacidad de postulación y su carácter subordinado en relación con el Fiscal y, consiguientemente, respecto de las vicisitudes procesales que acompañen al genuino ejercicio del derecho de acción". En este sentido, la jurisprudencia, de acuerdo con la redacción originaria del art. 25 LORPM, inadmitió el recurso de apelación presentado por el perjudicado frente a la sentencia de instancia dictada por el

confiere el art. 25 c) LORPM de «instar la imposición de las medidas a las que se refiere la ley», por cuanto, entre las mismas deben entenderse incluidas las medidas cautelares¹⁵. Contrasta también con la previsión del apdo. 2 del mismo art. 28 LORPM, reformado por la LO 8/2006, que extiende al acusador particular la legitimación para solicitar la medida cautelar de internamiento.

Por todo ello, se hace necesario optar por una interpretación lógica y sistemática del art. 28 LORPM y reconocer la legitimación de la víctima (o, en su caso, padres, herederos o representantes legales) personada como acusación particular, para instar cualquier medida cautelar de las previstas en la LORPM. En este sentido también se pronuncia la Circular 1/2007 de la FGE, señalando que “si se reconoce expresamente a la acusación particular legitimación para promover el internamiento cautelar, que es la medida más intrusiva, sería absurdo negársela para proponer medidas menos invasivas, representándose aún con más intensidad la sinrazón de la exégesis literal si se repara en que de seguirse se negaría legitimación al ofendido para impetrar la medida cautelar creada específicamente para su protección, esto es, la medida de alejamiento”¹⁶.

No puede dejar de apuntarse que en la línea iniciada con la LO 15/2003 de reforzamiento de la posición de la víctima dentro del proceso penal de menores y la preocupación por su protección, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, modifica el art. 4 LORPM incluyendo dos previsiones específicas referidas de un lado, a las víctimas de violencia de género y, de otro, a quienes han sufrido cualquier delito violento. En lo que respecta a las primeras, se incluye el derecho a ser notificadas por escrito, mediante testimonio íntegro, de las medidas de protección; en cuanto a las segundas, tendrán derecho a ser informadas de forma permanente de la situación procesal del agresor, concretamente, en el caso de una medida cautelar o definitiva de internamiento deberá tener información de los permisos y salidas del centro del presunto agresor, salvo que manifieste su deseo de no recibir información. Además, para completar la protección a la víctima, en el mismo art. 4 LORPM se incluye la obligación de comunicar las medidas cautelares adoptadas a las administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección que correspondan, ya sean de seguridad o de asistencia, jurídicas, sanitarias, psicológicas o de cualquier otra índole.

2.2. Presupuestos para la adopción de las medidas cautelares

El art. 28.1 LORPM, en su redacción actual, prevé los presupuestos generales para la adopción de medidas cautelares señalando que se podrán solicitar del Juez de Menores «cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra

Juzgado de Menores, al considerar que esta opción sólo era posible como adhesión al recurso de la acusación pública (SAP de Sevilla, de 11 marzo de 2002 (JUR 2003\227233)).

¹⁵ Valbuena García, E. (2008). *Medidas cautelares en el Enjuiciamiento de Menores...*, op. cit., pp. 268 y 269.

¹⁶ Circular de la FGE 1/2007 (apdo. I.2).

los bienes jurídicos de la víctima»¹⁷. De lo expuesto se deduce que los presupuestos necesarios para la adopción de las medidas cautelares personales en el proceso penal de menores son, al igual que en el de adultos, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro derivado de la propia duración del proceso.

El primero de estos presupuestos se concreta en la existencia de indicios racionales de la participación del menor en la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito¹⁸; mientras que el segundo puede venir dado por el riesgo de que el menor eluda la acción de la justicia (fuga) u obstruya la misma (destrucción, alteración u ocultación de medios de prueba), o bien por el riesgo de que atente contra bienes jurídicos de la víctima (reiteración delictiva).

En este punto, cabe destacar que, a diferencia de lo previsto en la redacción originaria del art. 28.1 LORPM, que no contemplaba el riesgo de que se atentase contra los bienes jurídicos de la víctima como motivo en el que fundamentar la adopción de una medida cautelar para su protección, tras la reforma de este precepto operada por la LO 8/2006, ya se incluye este riesgo como un elemento del *periculum in mora*.

Por lo demás, no se prevé expresamente «el riesgo de reiteración delictiva» como elemento integrante del *periculum in mora*. No obstante, al haberse incluido en este precepto como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares el riesgo de que se atente contra los bienes jurídicos de la víctima, de forma indirecta, también se debe entender implícito aquél¹⁹. Debe tenerse en cuenta que no cabe deducir el riesgo de reiteración delictiva de la existencia de otros procedimientos penales abiertos contra el encausado, sin que exista ninguna sentencia condenatoria puesto que esto sería cuestionable desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia²⁰.

Debe apuntarse, finalmente, que en atención a la protección a la víctima, las medidas cautelares adoptadas, salvo el internamiento que tiene un plazo máximo

¹⁷ La LO 8/2006 repara el error gramatical cometido en la redacción originaria del art. 28.1 LORPM en que se preveían los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares como alternativos, al utilizar la conjunción disyuntiva “o” en lugar de la actual copulativa “y”.

¹⁸ Por su puesto, y tal como se refleja en la jurisprudencia, a los efectos de la adopción de la medida cautelar no es preciso que de las diligencias practicadas se desprenda sin ningún género de duda que el menor haya participado en la comisión del delito, pues esa declaración, que desvirtúa la presunción de inocencia sólo se puede hacer en la sentencia una vez practicada prueba de cargo suficiente en la fase de audiencia; lo que se precisa en este momento es la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo y de la participación en el mismo del menor. Entre otros, AAP de Barcelona, de 14 de septiembre de 2009 (JUR 2009\462501); AAP de Barcelona, de 21 octubre de 2019 (JUR 2019\24996).

¹⁹ En este sentido, González Pillado (2008). Medidas cautelares..., op. cit., p. 180.

En el AAP de Lleida de 27 de marzo de 2018 (JUR2018/176993) se alude a la reiteración delictiva y el riesgo cierto de que el menor vuelva a atentar contra los bienes jurídicos de la víctima como requisitos a tener en cuenta para la adopción conjunta de las medidas de libertad vigilada y prohibición de aproximación y comunicación con sus padres y hermanos que además se entienden convenientes para el propio interés del menor. En esta misma línea, el AAP de Cantabria de 19 de junio de 2015 (JUR 2015/269202) alude al “riesgo evidente de que el menor cometa conductas como las que indiciariamente realizó”.

²⁰ STEDH de 31 de octubre de 2013 (caso Perica Oreb vs Croacia).

En el mismo sentido, específicamente en relación a menores presuntos infractores, AAP de Barcelona, de 12 de marzo de 2019 (JUR 2019/158753); AAP de Barcelona, de 13 de marzo de 2018 (JUR 2018/1441186).

de duración previsto en el art. 28 LORPM, se prolongarán el tiempo que sea necesario para garantizar su seguridad; en consecuencia, las medidas cautelares no privativas de libertad, de persistir el riesgo para las víctimas podrán mantenerse durante todas las fases del proceso penal de menores, incluso, hasta la firmeza de la sentencia si esta es condenatoria y se impugna. Debe tenerse en cuenta además que en relación a determinados tipos de delincuencia, como la violencia filio-parental, es importante la rapidez en la adopción de la medida cautelar puesto que cuando se denuncian los hechos por los progenitores, el riesgo a sufrir nuevas agresiones se incrementa considerablemente, siendo de vital importancia que desde ese momento inicial cuenten con una adecuada protección²¹.

2.3. Medidas cautelares específicamente dirigidas a la protección de la víctima

Un último aspecto a destacar de la LO 8/2006 en materia de medidas cautelares es que incorpora una nueva medida, que se podrá adoptar de modo autónomo, y que se dirige específicamente a proteger a la víctima; a saber, la «prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez» (art. 28.1 LORPM).

La introducción de esta medida cautelar es la consecuencia directa de la inclusión del nuevo presupuesto para la adopción de las medidas cautelares al que se acaba de aludir, concretado en la protección a la víctima; pero también es cierto que, en la práctica, la previsión expresa de esta medida no ha constituido una novedad sustancial, por cuanto, con anterioridad a esta reforma, ya se venía adoptando la medida cautelar de “alejamiento”, como regla de conducta dentro de la libertad vigilada²².

Así, ya la jurisprudencia, en atención a la protección a la víctima contenida con carácter general en el art. 13 LECrim y teniendo en cuenta también las previsiones del art. 544 *ter* LECrim para los delitos de violencia doméstica, acordaban el alejamiento del menor presunto autor de delito.

²¹ La FGE en su Circular 1/2017, de 23 de julio, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de menores contra sus ascendientes en su apartado III.2 señala lo siguiente “La imperiosa necesidad de dar en estos supuestos de violencia familiar una respuesta rápida –sin perjuicio de la necesidad de analizar cada caso concreto– hace generalmente aconsejable adoptar una medida cautelar. Incluso podría decirse que en los supuestos de malos tratos habituales la tutela cautelar, pese a su carácter instrumental, es más importante que la tutela declarativa que pueda otorgarse en la sentencia de fondo, pues en los primeros momentos del procedimiento, cuando el maltratado se decide a dar el paso y denunciar los hechos, el riesgo de que las agresiones se intensifiquen se incrementa considerablemente, por lo que las primeras medidas de protección pueden ser vitales. Con la presentación de la denuncia el conflicto familiar adquiere una nueva dimensión. Los niveles previos de tensión emocional se alteran y a menudo se incrementan como consecuencia de las primeras intervenciones de las instancias públicas”.

²² En este sentido, recordemos que la FGE en la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores, ya había admitido la posibilidad de la “imposición del alejamiento del menor maltratador de la víctima como regla de conducta de la medida cautelar de libertad vigilada, orientada ésta globalmente al interés del menor dentro del contexto del proceso educativo del mismo” (apdo. IV).

Pues bien, cometido presuntamente un delito, en función de las circunstancias del caso y «tomando en especial consideración el interés del menor» (art. 28.1.III LORPM), se podrá adoptar cualquiera de las medidas cautelares referenciadas en el art. 28.1.II LORPM a las que se ha de añadir la posibilidad de detención del menor (art. 17 LORPM) o aquellas otras que procedan a la vista de lo establecido en el art. 7 LORPM o por aplicación supletoria de la LECrim; de todas ellas, las páginas siguientes se centrarán en las que resulten más idóneas para dar respuesta a la necesidad de protección de la víctima, entre las que se incluye la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o su entorno que, al carecer de contenido educativo para el menor, irá acompañada en muchas ocasiones por una libertad vigilada o una convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; además, también será objeto de análisis el internamiento cautelar que, en cuanto trae consigo una privación de la libertad personal del presunto autor del delito, sólo podrá ser acordada de forma excepcional y como último recurso para alcanzar los fines perseguidos por las medidas cautelares. A su vez, y para terminar, también se hará una referencia a la polémica suscitada en torno a la posibilidad o no de instar en el proceso penal de menores la adopción de una orden de protección frente al menor en términos análogos a los contemplados en el art. 544 ter LECrim respecto de los adultos presuntos autores de violencia familiar o de género.

3. PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE O COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA O SU ENTORNO

Como ya se apuntó, tras la reforma operada por la LO 8/2006, el art. 28.1.II LORPM incorpora una nueva medida cautelar consistente en la «prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez»; al igual que ocurre con otras medidas cautelares, este precepto no define su contenido concreto, lo que obliga a acudir al art. 7.1 LORPM que, en su apdo. i), detalla en qué consiste tanto la prohibición de aproximarse a la víctima o a las personas que determine el Juez de Menores, como la prohibición de comunicarse con ellas.

La referida prohibición de aproximarse consistirá en impedir que el menor se acerque a las personas determinadas por el Juez, en cualquier sitio en el que se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que frecuenten. A su vez, la prohibición de comunicarse impedirá al menor establecer con tales personas contacto escrito, verbal o visual, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático.

Ha de tenerse en cuenta que el contenido de estas medidas se ha importado del previsto en el art. 48 CP para los adultos, por lo que carece de cualquier connotación educativa, limitándose a restringir los derechos del menor infractor con el fin de proteger a la víctima. Esta finalidad protectora se refleja de forma

especialmente clara en el AAP de Guadalajara de 22 de octubre de 2019 cuando señala que “la menor expedientada ha desplegado una actitud violencia contra la denunciante y existe un riesgo objetivo de repetición de nuevos atentados contra la integridad física de la misma, por lo que existe la necesidad de protegerla para evitar que ello se vuelva a dar con el consiguiente peligro para su integridad física o psíquica, por lo que tal y como así se solicita por la acusación particular y el Ministerio Fiscal, deben adoptarse las medidas de alejamiento y prohibición de comunicación respecto a la denunciante, siendo dichas medidas proporcionadas y mínimamente lesivas para los derechos de la menor expedientada”²³.

Pero no se debe olvidar que la medida de alejamiento, como todas las decisiones que se acuerdan en relación al menor encausado, debe tener en cuenta el interés del menor que será valorado por el Equipo Técnico a la vista de las circunstancias que rodean al mismo²⁴; a este respecto, la falta de contenido educativo de la medida de alejamiento no parece cohonestarse bien con ese interés del menor que inspira la LORPM, por ello, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o su entorno no se adoptan habitualmente de modo autónomo, sino en el contexto de una libertad vigilada, que permite además la imposición de otras reglas de conducta con fines educativos,²⁵ o junto con una medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, que tiene un claro carácter protector del menor presuntamente infractor o, incluso, ante infracciones de mayor gravedad, con un internamiento en régimen abierto o semiabierto²⁶.

²³ AAP de Guadalajara de 22 de octubre de 2019 (JUR\2019\333781). Por su parte, el AAP de Barcelona, de 27 de junio de 2018 (JUR 2018/291615) señala que “cabe decir que la finalidad de una medida como ésta de prohibición de aproximación y comunicación tiene como presupuesto que su adopción resulte estrictamente necesaria al fin de protección de la víctima En igual sentido, AAP de Cantabria, de 19 junio de 2015 (JUR 2015\269202).

²⁴ En este sentido, el AAP de Madrid, de 10 de marzo de 2009 (JUR 200)7306176) señala que “La medida (*de alejamiento*) se adopta con una finalidad constitucionalmente definida y en interés de la menor en orden a permitir la intervención que se considera precisa en el ámbito que, a juicio de los profesionales, resultaría el más adecuado, y que es, en el momento de la adopción de la medida, uno distinto al deteriorado ámbito familiar. Por lo que ha de ser confirmada la medida de alejamiento impuesta por ser la más adecuada para el interés del menor, sin perjuicio de que, a la vista de los resultados de la intervención que se acuerde, resulte aconsejable en el futuro la cesación de la misma”.

²⁵ Como apunta García Ingelmo (Violencia de género en parejas adolescentes. Respuestas desde la jurisdicción de menores. II Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres. Sevilla. p. 26. <http://www.congresoestudioviolencia.com/2011/ponencias.php>), la ausencia de contenido educativo alguno en estas medidas hace que su aplicación aislada no sea satisfactoria en la jurisdicción de menores, por cuanto sólo estaríamos “alejando” el problema, cuando de lo que se trata es de intentar que el menor infractor llegue a corregir esas pautas violentas en sus relaciones, lo que sí se puede acometer en el contexto de una libertad vigilada.

²⁶ En esta misma línea, la FGE en su Circular 1/2007 (apartado II.2) señala que “habrán de considerarse excepcionales los supuestos en que se imponga únicamente una medida de alejamiento como consecuencia de la infracción cometida por el menor; pues si un principio básico del Derecho Penal de Menores es el de la necesidad de que la respuesta sea educativo-sancionadora, la imposición del alejamiento *sic et simpliciter* supondría su quebrantamiento, pues el alejamiento en sí carece de sustrato educativo”. Aunque separándose del sistema del Código Penal el alejamiento en el proceso penal de menores no se configura como pena accesoria a otra principal (*rectius*, a un determinado grupo de delitos), antológicamente mantiene tal carácter, por lo que como pauta general –al menos cuando se impute al menor un

Con independencia de que la libertad vigilada y la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo serán analizadas con detalle en sendos apartados, no puede dejar de resaltarse como, en efecto, la jurisprudencia acuerda la medida de alejamiento conjuntamente con alguna de la citadas. A saber, en lo que respecta a la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, se destacan por la jurisprudencia las diferentes finalidades que se tratan de alcanzar con la misma, frente a las propias de la medida de alejamiento; así, mientras que con esta última se trata de «proteger a la víctima, darle seguridad, evitando futuras situaciones de peligro», la primera «va encaminada esencialmente a corregir y reeducar al menor en aquellas deficitarias áreas de su vida reseñadas por el Equipo Técnico»²⁷. Por tanto, se trata de medidas complementarias que tratan de colmar las necesidades de protección a la víctima sin desatender la educación del menor que es un contenido obligado de toda medida adoptada en el proceso penal juvenil.

Otro tanto ocurre con la libertad vigilada que también se acuerda junto con la prohibición de aproximación o comunicación con el objeto de suplir la falta de contenido educativo de esta última, de manera que, además de proteger a la víctima, se establecen unas pautas de comportamiento al menor a propuesta del Equipo Técnico a la vista de sus necesidades educativas.

Finalmente, en aquellas ocasiones en que el interés del menor aconseja una intervención mayor que la propia de la libertad vigilada atendiendo a las necesidades educativas del encausado, se ha acordado por los tribunales un internamiento en régimen abierto o semiabierto que se complementa, para garantizar la protección a la víctima, con una medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la misma.²⁸

Como no puede ser de otra forma, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima sólo podrá ser adoptada por el Juez de Menores cuando se cumplan los presupuestos generales previstos en el art. 28.1 LORPM, y siguiendo el procedimiento establecido en el mismo precepto. En lo que respecta a los primeros, se requiere la concurrencia de *fumus boni iuris*, esto es, indicios racionales de criminalidad, aunque, con una matización importante, pues pese al silencio de la LORPM, debe entenderse, por aplicación supletoria del art. 544 bis LECrim, que estas medidas únicamente se podrán adoptar cuando el hecho delictivo imputado al menor sea alguno de los mencionados en el art. 57 CP²⁹. En cuanto al *periculum in mora*, se requiere que la adopción de esta medida sea necesaria ante la

delito— cuando se considere conveniente solicitar un alejamiento, habrá de interesarse siempre desde el respeto al principio de proporcionalidad en sentido positivo, otra medida con contenido educativo”.

²⁷ AAP de Álava, de 26 de noviembre de 2019 (JUR 2020/72798).

Igualmente, AAP de Huelva, de 31 de marzo de 2006 (JUR 2006\199287).

²⁸ Así se ha pronunciado el AAP de Madrid, de febrero de 2018 (JUR 2018\124795) en relación a la presunta comisión de delitos en un contexto de violencia de género.

²⁹ En concreto, delito de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socio-económico. Vid., González Pillado, E. (2008). Medidas cautelares..., op. cit., pág. 194.

existencia de un riesgo real de ataques contra la víctima, que debe ser suficientemente justificado³⁰. Además, a falta de previsión legal expresa, ha de entenderse que, en el ámbito de la jurisdicción de menores, la adopción de estas medidas cautelares será siempre potestativa, sin que rija el mandato imperativo del art. 57.2 CP, que obliga a imponerlas en el caso de delitos de violencia de género cometidos por adultos³¹.

El procedimiento a seguir para la adopción de la medida está previsto en el art. 28.1 LORPM que, una vez que conste petición del MF o la acusación personada, prevé que, con carácter previo a la toma de decisión judicial, el Juez de Menores dé audiencia al «letrado del menor, al equipo técnico y a la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores»; a los anteriores debe añadirse la víctima que tendrá derecho a ser oída al amparo del art. 25 f) LORPM. Así, frente a la necesaria celebración de audiencia que se exige en caso de petición de internamiento, aquí no es preceptiva³²; no obstante, a la vista de la complejidad de la medida y sus propias características, parece aconsejable su celebración cuando así se considere al objeto de valorar de forma conveniente el interés del menor³³.

En otro orden de cosas, procede una breve alusión a otros dos aspectos previstos en el art. 48 CP en relación con estas medidas de “alejamiento” y que no se han trasladado a la LORPM³⁴. El primero se refiere a la privación del derecho a residir o a acudir al lugar en que se haya cometido el hecho delictivo o a aquel en que resida la víctima o su familia (art. 48.1 CP) que, al no haberse recogido en la LORPM, no se podrá aplicar al menor infractor como medida cautelar ni definitiva autónoma, aunque tal prohibición sí podrá adoptarse como regla de conducta en el marco de una libertad vigilada (art. 7.1.h) LORPM). Y el segundo tiene que ver con la omisión en la LORPM de cualquier referencia a la posibilidad de controlar el cumplimiento de estas medidas de “alejamiento” a través de dispositivos electrónicos que lo permitan, y que sí se contempla en el art. 48.4 CP para los adultos. A este respecto, la Circular de la FGE 1/2007 dispone que esta falta de

³⁰ AAP de Barcelona, de 19 de febrero de 2018 (JUR 2018/143361).

³¹ En este sentido, García Ingelmo, F. M. (28 y 29 de noviembre de 2011). Violencia de género en parejas adolescentes... op. cit. p. 25.

³² La utilización en el art. 28.1 LORPM de la expresión “oído” ha dado lugar a una polémica doctrinal sobre la necesidad o no de celebrar una comparecencia para dar cumplimiento al trámite de audiencia necesario para la adopción de una medida cautelar. A este respecto, la mayoría de las opiniones, entre las que me incluyo, consideran que la celebración de la audiencia sólo es necesaria en el caso de adopción del internamiento. Entre otros, González Cano, I. (2007). Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. (I). *Diario La Ley*, núm. 6742; Salom Escrivá, J.S. (2002). La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores. En González Cussac, Tamarit Sumalla y Gómez Colomer (coords.). *Justicia Penal de Menores y Jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Tirant Lo Blanch, p. 228; Tomé García, J. (2003). *El procedimiento Penal del Menor...*, op. cit., p. 133; Valbuena García, E. (2008). *Medidas cautelares en el Enjuiciamiento de Menores...*, op. cit., pp. 355 y 356.

³³ Así lo pone de manifiesto también la FGE en su *Consulta 3/2004* (apdo. IV).

³⁴ A este respecto, vid., Millán De Las Heras. M.ª J. (2009). La jurisdicción de menores ante la violencia de género. *Juventud y violencia de género*. p. 145. <http://www.injuve.es/sites/default/files/RJ86-10.pdf>.

previsión legal determina la improcedencia de supervisar la efectividad de tales medidas mediante mecanismos de control electrónico, salvo que el menor acceda a ello voluntariamente³⁵.

La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima no estará limitada temporalmente en la resolución en que se adopta, sino que se mantendrá siempre que perdure el riesgo que dio lugar a su adopción, pudiendo prolongarse hasta el momento de la firmeza de la sentencia condenatoria; ahora bien, deberá prestarse una atención especial al cambio de circunstancias que puedan aconsejar su alzamiento para los supuestos en que desaparezca la causa que la justifique.

Finalmente, tal como prevé el último inciso del art. 7.1.i) LORPM, puede suceder que la aplicación de alguna de estas medidas de “alejamiento” conlleve la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, lo que, a su vez, puede derivar en una situación de riesgo o de desprotección para ese menor. En tal caso, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente a fin de que se promuevan las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo previsto en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

Como se adelantó, en muchas ocasiones, a la vista de la falta de contenido educativo de esta medida, suele acordarse en el contexto de una libertad vigilada o conjuntamente con una medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, en coherencia con la necesidad de que todas las resoluciones que se adopten a lo largo del proceso estén orientadas al interés del menor. A ambas medidas se dedican sendos apartados.

3.1 Libertad vigilada

El art. 28.1 LORPM recoge como segunda medida cautelar, tras la de internamiento, la de libertad vigilada, sin hacer mención alguna a su contenido. Tal falta de concreción nos obliga a acudir, nuevamente, al apdo. h) del art. 7.1 LORPM, que contempla la libertad vigilada como una de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores en la sentencia condenatoria que ponga fin al proceso.

De acuerdo con este precepto, con la adopción de esta medida se trata de mantener al menor en su medio habitual y hacer un seguimiento de su actividad y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudarle a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida le obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. Además, el menor sometido a libertad vigilada también queda obligado a mantener con dicho profesional las entrevistas

³⁵ Circular de la FGE 1/2007 (apdo. VI.2).

establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez³⁶, que podrán consistir en alguna o algunas de las que se enumeran en el propio precepto, en sus ordinales 1º a 7º³⁷.

Con todo, la distinta naturaleza jurídica de las medidas cautelares y las definitivas suscita dudas sobre la procedencia de efectuar una aplicación automática de lo dispuesto en el art. 7.1.h) LORPM cuando la libertad vigilada se aplica con carácter cautelar, o si es necesario adaptar tal previsión a la naturaleza cautelar de la medida³⁸. En efecto, algunos aspectos de la libertad vigilada previstos en el apdo. h) del art. 7.1 LORPM encajan perfectamente con el posible carácter cautelar de la medida; así sucede con las limitaciones a la libertad ambulatoria del menor concretadas en el seguimiento de su actividad y de su asistencia al centro de enseñanza o lugar de trabajo. Pero tal medida también puede conllevar una serie de deberes que difícilmente se concilian con su naturaleza cautelar, por cuanto solo cabe imponerlos en virtud de una sentencia condenatoria, tales como el seguimiento de pautas socio-educativas plasmadas en el programa de intervención aprobado por el Juez de Menores y dirigidas a superar los factores determinantes de la infracción cometida.

Es decir, la libertad vigilada, como medida cautelar, debe diferenciarse claramente de la medida del mismo nombre que se puede imponer en la sentencia porque ésta tiene una finalidad sancionadora-educativa de la que aquélla carece; de tal modo que la medida cautelar no puede imponerse con el exclusivo objetivo de adelantar el proceso educativo y socializador del menor, lo que acarrearía desnaturalizarla por completo. El Juez de Menores, cuando acuerda la medida cau-

³⁶ En efecto, de conformidad con el art. 18 RD 1774/2004, el profesional encargado de la ejecución de la medida se entrevistará con el menor al efecto de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida. En este programa individualizado el profesional expondrá la situación general detectada, los aspectos concretos referentes a los ámbitos personal, familiar, social, educativo, formativo o laboral en los que se considera necesario incidir, así como las pautas socioeducativas que el menor deberá seguir para superar los factores que determinaron la infracción cometida. También propondrá la frecuencia mínima de las entrevistas con el menor, que posibiliten el seguimiento y el control de la medida, sin perjuicio de otras que puedan mantener el profesional y el menor en el curso de la ejecución, cuando el primero las considere necesarias.

³⁷ Tales reglas de conducta son: 1ª. Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello; 2ª. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares; 3ª. Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos; 4ª. Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa; 5ª. Obligación de residir en un lugar determinado; 6ª. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas; 7ª. Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996.

³⁸ En este sentido, García-Rostán Calvín (*El proceso penal de menores...*, op. cit., p. 119) entiende que la integración normativa de los arts. 28.1 y 7.1.h) LORPM no puede hacerse sin las debidas adaptaciones.

telar, ha debido verificar previamente el cumplimiento de los presupuestos generales previstos en el art. 28.1 LORPM, esto es, la existencia de indicios racionales de criminalidad y de riesgo de elusión u obstrucción de la justicia o de atentado contra los bienes jurídicos de la víctima. En consecuencia, el Juez de Menores, en el momento de fijar las reglas de conducta previstas en el art. 7.1.h) LORPM, y que habrá de cumplir el menor, debe tener claro cuál es el objetivo que se persigue con la medida cautelar, y concretar aquellas reglas de conducta en función de éste, teniendo siempre presente el interés del menor³⁹.

A este respecto, y de forma más concreta, la jurisprudencia de forma reiterada alude a que con la libertad vigilada “no se pretende evitar el riesgo de que el menor intente eludir la acción de la justicia, toda vez que por su propia naturaleza no es apta para conjurar dicho riesgo, caso de que éste pudiera objetivarse. Por lo tanto, debemos entender que dicha medida cautelar tiene por finalidad evitar que el menor vuelva a cometer nuevos hechos delictivos....por tanto, la medida de la libertad vigilada tiene por finalidad primordial la defensa de la propia evolución del menor expedientado y, por supuesto, en la medida en que dicha intervención pueda surtir efectos beneficiosos, también reduce el riesgo de reiteración delictiva”⁴⁰; por supuesto, en íntima conexión con el objetivo de evitar la reiteración delictiva, se alude a la protección a la víctima frente a la acción delictiva del menor presunto infractor⁴¹. En todo caso, para la toma de decisión sobre la adopción de la libertad vigilada, será esencial el informe del Equipo Técnico que debe reflejar las circunstancias personales, familiares y sociales que rodean al menor y que ponen en evidencia que esa medida es adecuada en beneficio del menor⁴².

La aludida falta de contenido educativo de la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima hace que los tribunales en muchas ocasiones la acuerden de forma conjunta con la libertad vigilada para, de esta forma, no solo garantizar la protección a la víctima, sino también atender a las necesidades educativas

³⁹ González Pillado, E. (2008). Medidas cautelares..., op. cit., pp.192 y 103.

⁴⁰ AAP de Barcelona, de 13 de marzo de 2018 (JUR 2018/1441186).

Igualmente, AAP de La Rioja, de 8 enero de 2021 (JUR 2021\104000); AAP de Barcelona, de 27 de enero de 2020 (JUR 2020/93285); AAP de Barcelona de 27 junio de 2018 (JUR 2018\291615); AAP de Barcelona de 3 mayo de 2018 (JUR 2018\273901); AAP de Lleida, de 28 de octubre de 2016 (JUR 2017/52015); AAP de Salamanca, de 26 de abril de 2017 (JUR 2017/162025).

⁴¹ AAP de Córdoba, de 9 de noviembre de 2018 (JUR 2020/227995); AAP de Córdoba de 5 de marzo de 2018 (JUR 2018/284117).

⁴² El AAP de Lleida de 27 de marzo de 2017 (JUR 2018/176993) alude al interés del menor a la vista de las circunstancias que aconsejan la adopción de la medida en los siguientes términos “el Equipo Técnico adscrito al Juzgado de Menores hizo expresa referencia a la nula capacidad de contención del menor por parte de su núcleo de convivencia, a la presencia de indicadores de riesgo en sus grupos de relación y a la nula respuesta del menor a la intervención actual, haciendo constar además como problemática específica relevante el empeoramiento de su estado derivado del consumo abusivo de marihuana junto a la medicación que recibe debido a que sufre crisis epilépticas muy importantes, todo lo que evidencia la necesidad y proporcionalidad de las medidas cautelares acordadas, considerando el Equipo Técnico adecuada la libertad vigilada atendiendo al interés del menor, lo que permitirá el tratamiento desde diversos ámbitos y por parte de profesionales de la problemática que presenta y favorecerá su reeducación y la superación de los factores de riesgo detectados, que en definitiva vienen a ser el detonante de los hechos denunciados”.

del menor. Esa complementariedad de ambas medidas se evidencia en el AAP de Madrid, de 4 de mayo de 2017 cuando señala que “del informe del Equipo Técnico se desprende la procedencia de la medida cautelar de libertad vigilada adoptada por el Juzgado, que no resulta desproporcionada, en modo alguno, sino adecuada a las circunstancias y al interés del menor. En efecto, en dicho informe se indica la procedencia de esa medida cautelar, a la vista de la desocupación y falta de instrucción del menor expedientado, que le mantiene en una situación de falta de competencias personales para insertarse en el mundo laboral, añadiéndose en dicho informe que la medida de libertad vigilada permitiría ofrecer al menor pautas de comportamiento personales respecto a las relaciones de pareja, una formación que le ocupe y apoye en la motivación y orientación laboral, así como actividades alternativas de ocio y tiempo libre para ampliar su socialización con grupos de iguales prosociales. Por otra parte, las prohibiciones de aproximación y comunicación impuestas al menor resultan necesarias a fin de garantizar la seguridad de la supuesta víctima, a la vista de las reiteradas amenazas que, según se desprende indiciariamente de las actuaciones, habría venido sufriendo por parte del menor expedientado, evitándose así que este último pueda intentar atentar contra bienes jurídicos de aquella. En definitiva, las medidas cautelares adoptadas resultan adecuadas a las esenciales finalidades de defensa del interés del menor expedientado y de protección de la supuesta víctima de los hechos denunciados”⁴³.

Ahora bien, no se puede perder de vista, tal como ya se ha adelantado, que la libertad vigilada que se adopta al amparo del art. 28 LORPM es una medida cautelar y como tal, no puede adelantar el proceso resocializador que procedería imponer al menor, en caso de que fuera procedente de dictarse una sentencia condenatoria con la correspondiente imposición de una medida definitiva de libertad vigilada.

3.2. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo y orden de alejamiento

La última de las medidas cautelares enumerada en el art. 28.1 LORPM es la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. También aquí el silencio del citado precepto nos obliga a acudir al art. 7.1 LORPM para integrar su contenido; en concreto, su apartado j) nos dice que «La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización».

⁴³ AAP de Madrid, de 4 de mayo de 2017 (JUR 2017/164365).

En sentido similar, AAP de Las Palmas, de 22 marzo (JUR 2020\281198); AAP de Valencia, de 21 octubre de 2019 (JUR 2019\302633); AAP de Madrid, de 18 de enero de 2018 (JUR 2018/71019); AAP de Cantabria, de 19 junio de 2015 (JUR 2015\269202).

Frente a lo que ocurre con las otras tres medidas cautelares previstas en el art. 28.1 LORPM, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo destaca por su carácter tuitivo que parece acercarla más a una medida de protección. En este sentido, el legislador parece querer dar solución a una situación desfavorable para el menor que convive en un ambiente socio-familiar que no es idóneo para su desarrollo integral y que, incluso, puede favorecer su comportamiento delictivo. Es obvio que este objetivo no se puede alcanzar con una medida cautelar sino con una medida de protección de acuerdo con lo establecido en los arts. 172 y ss. CC y la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor ante la situación de riesgo o desamparo en que se encuentra el menor⁴⁴.

Pese a lo anterior, el art. 28.1 LORPM configura la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo como una medida cautelar que sólo podrá ser adoptada en aquellos supuestos en que existan indicios de criminalidad por la presunta comisión de un hecho delictivo por el menor y de riesgo de elusión u obstrucción de la justicia o de atentado contra los bienes jurídicos de la víctima.

Esta medida cautelar se muestra muy conveniente en el caso de violencia doméstica cuando es necesario apartar al menor de su domicilio familiar y no procede el internamiento cautelar porque se trata de delitos que no son graves; y, en estos casos, se suele combinar con un alejamiento de manera que, por una parte, se pacifica la crisis familiar y, por otra, se da protección a las víctimas⁴⁵. Esta complementariedad entre ambas medidas se refleja en la jurisprudencia que destaca la procedencia de la adopción de una medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima “atendiendo a la gravedad de los hechos que al menor se imputan, cumpliendo con uno de los fines que legitiman su adopción, a saber, proteger la integridad física y psíquica de la víctima, evitando la reiteración delictiva sin preterir las circunstancias sociales, personales y familiares del menor que aconsejan (tal y como expone el Equipo Técnico en su informe)... Asimismo, junto a esta última, se impone la de convivencia en grupo educativo toda vez que, según refieren las resoluciones recurridas, el Equipo Técnico emitió informe en el sentido de resaltar varios factores de riesgo en el citado menor tanto a nivel social, de salud, personal y, especialmente, familiar (incumplimiento de normas de convivencia)”⁴⁶.

En lo que respecta al procedimiento a seguir para su adopción, al igual que las restantes medidas cautelares no privativas de libertad, tampoco aquí se prevé

⁴⁴ La misma Circular FGE 1/2000, en relación a la medida definitiva de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo señaló que “parece carente de cualquier contenido retributivo o sancionador, y por esa razón se revela como muy apropiada –sobre todo en su modalidad de convivencia con una familia– para satisfacer posibles carencias familiares o afectivas del menor, pareciendo a simple vista más una medida de protección que de naturaleza sancionadora”.

⁴⁵ Circular FGE 1/2010 (apartado III.2.4).

⁴⁶ AAP de Lleida de 27 de marzo de 2018 (JUR 2018/176993).

Igualmente, AAP de Álava, de 26 de noviembre de 2019 (JUR 2020/72798); AAP de Madrid, de 10 de diciembre de 2010 (JUR 2011/78563).

como obligatoria la celebración de comparecencia, pese su especial importancia sobre todo a efectos de conocer el nivel de aceptación de la medida por parte del menor pues pese a no ser preceptivo su consentimiento, es obvio que de su mayor o menor predisposición hacia la misma dependerá el éxito de la intervención y, en consecuencia, si redundará en su beneficio⁴⁷.

4. INTERNAMIENTO CAUTELAR

El internamiento es una medida cautelar de carácter personal que trae consigo la privación de libertad del menor imputado en aquellos supuestos en que se cumplen los requisitos establecidos en la ley. Esa restricción de la libertad deambulatoria, la convierte en la medida más severa que se puede acordar en relación al menor presuntamente implicado en la comisión de un hecho delictivo, y de ahí que le deban ser aplicados los mismos principios básicos asentados por el TC en relación a la prisión provisional⁴⁸. Conviene recordar a este respecto, la STC 41/1982, de 10 de marzo que señaló que “la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano y que por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de sus fines”⁴⁹.

En lo que respecta a los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, nuestro TC ha afirmado de forma reiterada que se vinculan con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal, especialmente asegurando la presencia del encausado en el juicio y evitando posibles obstrucciones a su normal desenvolvimiento, además de evitar que el encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima⁵⁰.

En coherencia con lo expuesto, el internamiento sólo puede ser adoptado excepcionalmente y de forma subsidiaria, esto es, ante hechos especialmente graves y siempre que el resto de las medidas cautelares se reputen insuficientes para el cumplimiento de los fines propios de las medidas cautelares. En consecuen-

⁴⁷ Circular FGE 1/2010 (apartado III.2.4).

⁴⁸ AAP de Lleida, de 30 de julio de 2019 (JUR 2019/270872); AAP de Barcelona, de 3 de noviembre de 2011 (JUR 2014/30071).

⁴⁹ En sentido similar, entre otras, SSTC 32/1987, de 10 de marzo; 34/1987, 12 de marzo; 40/1987, de 3 de abril; 19/1999, de 22 de febrero; 71/2000 y 72/2000, de 13 de marzo.

⁵⁰ STC 128/1995, de 26 de julio.

cia, teniendo en cuenta todas las medidas cautelares enumeradas en el art. 28 LORPM, el Juez de Menores, a la hora de decidir sobre la solicitud de una medida cautelar, deberá acordar aquélla que, siendo adecuada para la consecución del fin que justifica su adopción, resulte menos gravosa para los derechos del menor y, en concreto, para su derecho a la libertad⁵¹.

Guarda silencio el art. 28.1 LORPM sobre las distintas modalidades del internamiento cautelar que pueden ser adoptados, aludiendo únicamente al «internamiento en centro en el régimen adecuado». Este silencio nos obliga a acudir al art. 7.1 LORPM donde se enumeran y definen los distintos regímenes del internamiento que, como medida definitiva, pueden ser impuestos en la sentencia dictada en el proceso penal de menores. En consecuencia, el Juez de Menores podrá imponer el internamiento cautelar en sus distintas modalidades, esto es, en régimen cerrado, semiabierto o abierto, o el terapéutico ya sea en régimen cerrado, semiabierto o abierto⁵².

Además, por aplicación supletoria de la LECrim, debería permitirse el internamiento atenuado que se llevará a cabo en el domicilio del menor, previa la adopción de las medidas de vigilancia que se estimen necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para la salud (art. 508.1 LECrim).

Con buen criterio, a la vista del carácter subsidiario y excepcional del internamiento cautelar, los apdos. 2 y 3 del art. 28 LORPM prevén un régimen concreto para esta medida que difiere del general previsto para las restantes medidas cautelares personales reguladas en el apdo. 1 del mismo precepto, en lo que se refiere a presupuestos, procedimiento y duración.

⁵¹ Se evidencia por parte de la jurisprudencia en qué medida el Juez de Menores valora todas las circunstancias concurrentes para la toma de decisión sobre la procedencia del internamiento como último recurso dentro del catálogo de medidas cautelares previsto en el art. 28 LORPM. Así, el AAP de Barcelona, de 29 de abril de 2019 (JUR 2019/221724) no considera procedente acordar el internamiento pues ya había sido impuesta una libertad vigilada que se muestra suficiente a la vista de los hechos presuntamente cometidos por el menor y teniendo en cuenta el informe del Equipo Técnico. En cambio, en el AAP de Guipúzcoa de 9 de diciembre de 2020 (JUR 2021/103200) se considera idóneo el internamiento “no sólo para contener dicho riesgo de sustracción a la acción de la justicia, sino también para lograr los objetivos que la actuación pública respecto del menor debe perseguir: una “responsabilización” sobre la que edificar un proyecto personal autónomo y un marco de contención de comportamientos que pivoten sobre técnicas de sumisión violenta de los demás”, que no se pueden alcanzar con otras medidas menos gravosas.

⁵² En el internamiento en régimen cerrado, los menores deben residir en el centro y desarrollar en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio; en el Internamiento en régimen semiabierto, se permite a los menores, aún residiendo en el centro, a realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio; en el internamiento en régimen abierto los menores pueden llevar a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno pero residiendo en el centro como domicilio habitual.

Por su parte, en el internamiento terapéutico, en régimen cerrado, semiabierto o abierto en centros terapéuticos, se dará atención educativa especializada o tratamiento específico a menores que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad.

En lo que respecta a los presupuestos para la adopción del internamiento, además de los comunes a toda medida cautelar, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, se exige la concurrencia de cuatro requisitos específicos que deben ser tenidos en cuenta por el Juez de Menores.

En primer lugar, se refiere el art. 28.2 LORPM a «la gravedad de los hechos» presuntamente cometidos por el menor; ante la falta de concreción sobre cuándo puede ser calificado un hecho como grave a efectos de cumplimiento de este requisito, debe entenderse que, para poder decretar esta medida cautelar, debe tratarse de un hecho tipificado como delito grave por el CP o las leyes especiales, o un delito menos grave, pero empleando violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas o que haya actuado en grupo, o pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de actividades delictivas, tal como exige el art. 9.2 LORPM para la aplicación de las medidas de internamiento en la sentencia⁵³

En segundo lugar, exige el art. 28.2 LORPM que el Juez de Menores tenga en cuenta también las «circunstancias personales y sociales del menor». A estos efectos, adquiere especial relevancia el informe elaborado por el Equipo Técnico sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social. Ahora bien, la situación familiar y social no puede justificar por sí misma la adopción de esta medida cautelar⁵⁴, debiendo evitarse la misma cuando se trate de menores que se encuentran en situación de desamparo que requeriría no la adopción de una medida cautelar sino una medida de protección, de acuerdo con lo previsto en los arts. 172 y ss. CC y la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. A este respecto, esas circunstancias que rodean al menor se tienen en cuenta por la jurisprudencia a los efectos de dar una mayor fundamentación a la

⁵³ Entre otros, Calatayud Pérez, E. (2000). Capítulo V. Instrucción del procedimiento (Títulos tercero y cuarto. Artículos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37). *Justicia de menores: una justicia mayor (Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores)*. Manuales de Formación Continuada, 9. Consejo General del Poder Judicial. p. 152; González Pillado, E. (2008). *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 186; Ornos Fernández, R. (2007). *Derecho Penal de Menores*. Bosch. p. 299; Valbuena García, E. (2008). *Medidas cautelares en el Enjuiciamiento de Menores...*, op. cit., págs. 243.

Así se interpreta también por la jurisprudencia que acuerda el internamiento ante la presunta comisión de delitos graves o menores graves cometidos con violencia o intimidación. Entre ellos, AAP de Barcelona, de 10 julio (JUR 2019/269939); AAP de Barcelona, de 12 de marzo de 2019 (JUR 2019/158753); AAP de Valencia, de 17 julio de 2018 (JUR 2018/219706).

⁵⁴ Por supuesto, en ningún caso, será imperativa la adopción del internamiento cautelar en los supuestos previsto en los arts. 9 y 10 LORPM que están previstas únicamente para la imposición del internamiento como medida definitiva en la sentencia condenatoria. En este sentido, AAP de Las Palmas de 22 de marzo de 2019 (JUR 2020/281198) que señala que el carácter imperativo del internamiento no es la solución “acogida por el legislador, lo que por otra parte no casaría con el fundamento de las propias medidas cautelares en que se ha de partir del derecho a la presunción de inocencia correlacionado con la concurrencia de unos fines legitimadores de la medida cautelar a adoptar, con especial consideración al interés del menor, lo que impone la valoración acerca de la debida proporcionalidad”.

⁵⁵ Es significativo a este respecto que la LO 8/2006, que modifica el art. 28 LORPM, sustituye el adverbio “*siempre*” que precedía a este presupuesto por “*también*”, lo que parece deja entrever una pérdida del carácter prevalente de este requisito.

adopción del internamiento cautelar, pero en ningún caso es el único elemento a valorar⁵⁶.

En tercer lugar, se requiere por el art. 28.2 LORPM «la existencia de un peligro cierto de fuga». Este requisito ha sido introducido por la LO 8/2006 y trata de incidir aún más en el «posible riesgo de elusión de la acción de la justicia» que aparece como requisito general para la adopción de las medidas cautelares en el apartado primero de este mismo precepto. En el caso del internamiento, sin duda, teniendo en cuenta su carácter excepcional, se exige que exista un peligro “cierto” de fuga, esto es, verdadero o seguro⁵⁷. Este riesgo de fuga se debe valorar a la vista de las circunstancias concurrentes que evidencien de forma clara que el menor va a rehuir la acción de la justicia⁵⁸.

Por último, la LO 8/2006 incluye como cuarto requisito para la adopción del internamiento, que el Juez de Menores valore «especialmente que el menor hubiera cometido o no con anterioridad hechos graves de la misma naturaleza». Con esta previsión se alude, aunque de forma indirecta (al igual que en el art. 28.1 LORPM, con carácter general), a la prevención de la reiteración delictiva que también está prevista de forma explícita para la adopción de la prisión provisional en el art. 503.2 LECrim⁵⁹.

La referencia a la reiteración delictiva está íntimamente relacionada con la protección a la víctima del delito a la que se refiere la jurisprudencia de forma explícita como fundamento de la adopción del internamiento cautelar. En este sentido, el AAP de Córdoba, de 2 de agosto de 2018 señala que “El juez de Menores decide la medida cautelar de internamiento del menor aquí recurrente tratando de proteger a posibles víctimas de los delitos que pudiera cometer el investigado caso de contar con libertad de movimiento plena, y para tratar de evitar que el

⁵⁶ Así, en el AAP de Madrid, de 2 de enero de 2018 (JUR 2018\40774) se tienen en cuenta por el órgano judicial a efectos de acordar el internamiento los siguientes factores de riesgo que recoge el Equipo Técnico en su informe: “el menor no acude al Colegio Concertado no se ha logrado integración escolar, se relaciona con menores y mayores con conductas disociales, tiene mucho tiempo de ocio sin ningún tipo de contenido educativo y consume disolventes y posiblemente otras sustancias tóxicas, muestra conductas impulsivas, reacciones violentas, tiene antiguos cortes en el brazo por posibles intentos de autolisis, no se toma la medicación”.

⁵⁷ Valbuena García, E. (2008). *Medidas cautelares en el Enjuiciamiento de Menores...*, op. cit., p. 248.

⁵⁸ La jurisprudencia alude a “muestras suficientes de desatender las citaciones judiciales” (AAP de Córdoba, de 2 de agosto de 2018 (JUR 2020/228025); “recurrentes fugas del domicilio paterno” (AAP de Barcelona, de 14 de noviembre de 2016 (JUR 2017/45832); detención para “entrevistarse y dar inicio a la libertad vigilada que sigue pendiente de cumplimiento” en relación a un menor al que “se le han incoado 23 expedientes en justicia juvenil habiendo sido ya condenado a la medida de 5 meses de libertad vigilada en uno de ellos, otros dos constan archivados por prescripción” (AAP de Barcelona, de 15 de febrero de 2020 (JUR 2020/126465).

⁵⁹ Debe destacarse el acierto de la reforma operada por la LO 8/2006, al eliminar del art. 28.2 LORPM toda referencia a la repercusión y alarma social producida por los hechos presuntamente cometidos por el menor imputado, que aparecía en la redacción originaria de este precepto; de esta forma, el internamiento cautelar se ajusta a doctrina del TC sobre medidas cautelares; esta modificación es coherente con *Instrucción de la FGE, 10/2005, de 6 de octubre, sobre el Tratamiento del acoso escolar desde el Sistema de Justicia Juvenil* (apdo. 5) que, entendía, aún antes de la citada reforma, que “la medida de internamiento no podrá fundamentarse en la alarma social, pese al mantenimiento formal del texto del art. 28 LORPM.

mismo reitere comportamientos delictivos como los que constan en su historial delictivo”; además, teniendo en cuenta el interés del menor, continúa señalando que se aprovecha la medida para «someterlo a un plan individualizado de carácter educativo que permita su rehabilitación personal, familiar y social»⁶⁰.

En lo que respecta a la duración del internamiento, frente a las restantes medidas cautelares previstas en este mismo art. 28 LORPM, no puede mantenerse «hasta que recaiga sentencia firme» (apdo. 1), sino que el apdo. 3 prevé un período máximo de duración de seis meses, que se podrá prorrogar por otros tres meses más, mediante auto motivado, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor⁶¹.

Ahora bien, el agotamiento del plazo inicial del internamiento o de la prórroga no supondrá necesariamente la puesta en libertad del menor, sino que el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias del caso y siempre teniendo en cuenta el interés del menor, podrá instar ante el Juez de Menores la adopción de otra medida cautelar; en atención a la protección a la víctima, de mantenerse el riesgo, habrá de plantearse aquella o aquellas que les garantice su seguridad.

La citada prórroga debe ser decretada por el Juez de Menores antes del vencimiento del plazo inicialmente concedido⁶², teniendo en cuenta los criterios que justificaron su adopción y que deberán plasmarse en el auto de concesión.

Como ya se ha apuntado, el procedimiento para la adopción de la medida cautelar de internamiento de menores difiere del previsto con carácter general para la adopción de las restantes medidas cautelares reguladas en el art. 28 LORPM; en concreto el previsto en el apartado 2 del citado precepto, una vez solicitado por el fiscal u otro acusador, se requiere la celebración de una comparecencia a la que también asistirá el letrado del menor y las demás partes personadas, además de un representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección de menores, para que informen al Juez sobre la conveniencia de la medida, a la vista del interés del menor. Además, y pese a la falta de mención expresa por parte del precepto comentado, también asistirá a esta comparecencia el menor expedientado, en cuanto el art. 22.1 d) LORPM alude expresamente al

⁶⁰ AAP de Córdoba, de 2 de agosto de 2018 (JUR 2020/228025).

El equilibrio entre la protección a la víctima y el interés del menor se refleja de forma clara en el AAP de Barcelona, de 14 de noviembre de 2016 (JUR2017/45832) cuando señala que el internamiento es la “única alternativa, hoy por hoy viable en orden a contener y al mismo tiempo tratar, con la ayuda de profesionales y recursos terapéuticos, la conducta transgresora de la menor que tan en peligro pone no sólo los bienes jurídicos de sus progenitores, sino igualmente su propia evolución y desarrollo personal”.

⁶¹ Este precepto ha sido objeto de reforma por la LO 8/2006, en cuanto anteriormente se establecía un plazo máximo de tres meses prorrogable por otro tres. Con esta modificación se da respuesta a las críticas de la doctrina que consideraba este plazo excesivamente breve en los supuestos de delitos graves con una instrucción complicada.

⁶² A este respecto, el TC ha señalado reiteradamente que, tratándose de medidas cautelares limitativas de un derecho fundamental, es necesario resolución motivada y anterior a que termine el plazo inicial, en la que se plasme el cumplimiento de los requisitos necesarios para la citada prórroga. Vid., entre otras, SSTC 28/2001, de 29 de enero; 305/2000, de 11 de diciembre; 272/2000, de 13 de noviembre; 231/2000, de 2 de octubre; 147/2000, de 29 de mayo.

derecho del menor a «ser oído por el Juez antes de la adopción de cualquier resolución que le concierne personalmente».

Durante la celebración de la comparecencia, el fiscal y las restantes partes personadas podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o en las 24 horas siguientes (art. 28.2 LORPM).

Una cuestión que no ha sido resuelta por la LO 8/2006, es la relativa a la convocatoria y celebración de la comparecencia del art. 28.2 LORPM. Este silencio legal obliga a acudir a los arts. 497.1 y 505.2 LECrim⁶³, de acuerdo con los cuales la citada comparecencia deberá convocarse y celebrarse en el plazo más breve posible, y en todo caso en las 72 horas siguientes desde la puesta a disposición del menor ante Juez de Menores. En aquellos casos en que el menor haya sido previamente detenido por la policía y puesto a disposición del fiscal, si el mismo considera conveniente solicitar el internamiento cautelar del menor, debe poner al detenido a disposición judicial antes de agotar el plazo máximo de 48 horas y solicitar simultáneamente la adopción de la medida cautelar y la convocatoria de la comparecencia prevista en el art. 28.2 LORPM, ya que la situación personal del menor deberá decidirse en el plazo máximo de 72 horas a partir de la detención, plazo dentro del cual deberá celebrarse la comparecencia⁶⁴. Si la comparecencia no pudiera celebrarse dentro de plazo y existiera riesgo de fuga, el Juez de Menores, por aplicación supletoria del art. 505.5 LECrim, podrá acordar el internamiento del menor por auto motivado y convocar nueva comparecencia que deberá ser celebrada en las siguientes 72 horas⁶⁵.

5. ORDEN DE PROTECCIÓN

Como es sabido, la denominada orden de protección se introdujo por la Ley 27/2003, de 31 de julio, para las víctimas de la violencia doméstica, e incorpora a la LECrim el art. 544 ter, en el que se regula este instrumento procesal tendente a conferirles un estatuto integral de protección que comprende tanto medidas de orden penal y civil, como de asistencia y protección social; más tarde, el art. 62 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG) hace extensiva esta protección a las víctimas de violencia de género.

⁶³ En este mismo sentido se pronuncia la Circular FGE 1/2000 (apdo. VI.3.F).

⁶⁴ Circular FGE 1/2000 (apdo. VI.3.F); González Cano, I. (2007). Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. (I)...op. cit.

⁶⁵ Celebrada la comparecencia, el Juez de Menores dictará auto motivado que será notificado al menor, así como a las víctimas y perjudicados. Contra el citado auto cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por los trámites que la regula la LECrim para el procedimiento abreviado (art. 41.3 LORPM).

Como acabamos de señalar, con esta orden de protección se pretende poner a disposición de las víctimas de violencia doméstica y de género un procedimiento judicial rápido y sencillo, sustanciado ante el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer (o, en su caso, el Juez de Instrucción en funciones de guardia), que le permita obtener una resolución judicial que incorpore conjuntamente la adopción de medidas cautelares penales contra el presunto agresor, tendentes a impedir la reiteración de nuevos actos violentos, y medidas de índole civil, además de activar al mismo tiempo los mecanismos de asistencia y protección social establecidos a favor de la víctima por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales que den respuesta inmediata a la situación de desamparo y vulnerabilidad en que se encuentra.

No obstante, este instrumento, que en sus años de vigencia ha acreditado un alto nivel de eficacia para proteger a las víctimas, no está previsto en la LORPM, por lo que se cuestiona si la orden de protección, tal como está configurada en el art. 544 ter LECrim, se puede adoptar cuando el agresor sea un menor de edad y, en consecuencia, esté sujeto a la jurisdicción de menores. La cuestión no es en absoluto pacífica, y lo cierto es que tanto los defensores como los detractores de su aplicación en la justicia juvenil esgrimen argumentos de peso.

A favor de su aplicación en la justicia juvenil se suele aducir el carácter supletorio de la LECrim respecto de la LORPM, previsto en la Disposición Final Primera de esta última, por lo que también resultaría aplicable en los términos del art. 544 ter LECrim. En este sentido se manifiesta el AAP de Girona de 22 de junio de 2004, al declarar que “la Sala entiende que, como acertadamente expone el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, lo dispuesto en el art. 544 ter sobre la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica resulta de aplicación en el procedimiento de menores en virtud de lo establecido en la Disposición Final Primera de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, a tenor de la cual la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene carácter supletorio respecto de la citada Ley de Menores”⁶⁶. Además, este Auto también se pronuncia sobre la competencia para convocar la comparecencia prevista en el art. 544 ter LECrim y adoptar la orden de protección frente al menor agresor, señalando que,

⁶⁶ Vid., AAP de Girona, de 22 de junio de 2004 (JUR 2004/220412). En el mismo sentido, AAP de Soria, de 7 de octubre, de 2020 (JUR 2020/338872); AAP de Barcelona de 27 de junio de 2018 (JUR 2018/291615); AAP de León de 7 de noviembre de 2017 (JUR 2018/988); AAP de Cantabria de 19 de junio de 2015 (JUR 2015/269202).

Igualmente, Arrom Loscos, R. (2012). La protección de las víctimas de violencia de género y de violencia doméstica “ex” art. 544 ter de la LECrim. Especialidades en el caso de víctimas menores de edad. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. Señala esta autora que “la aplicación supletoria en este caso de la LECrim no es incompatible con los principios informadores de la LO 5/2000, pues las medidas de protección de las víctimas no introducen fines de venganza que pudieran entorpecer la recuperación del menor, sino que persigue la protección de aquéllas”. En esta misma línea, García Esteban M.D. (2013). Cuestiones sobre violencia en los menores y problemas de competencia. En: *Encuentro sobre el servicio de guardia en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con competencia en violencia sobre la mujer*. Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ. n.º 3. p. 33., Tinoco Pastrana, A. (2005). La víctima en el proceso penal de los menores. *Diario La Ley*. n.º 6202.

conforme a lo dispuesto en el art. 40 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, dicha competencia le corresponde al Juez de Instrucción de guardia, que actuará en sustitución del correspondiente Juez de Menores, cuando en la demarcación de éste no exista un servicio de guardia propio de esta clase de órganos jurisdiccionales.

No obstante, frente a lo expuesto, la tesis contraria a la aplicación en el proceso penal de menores de la orden de protección tal como se configura en la LECrim tiene un mayor fundamento a la vista de las previsiones contenidas en el LORPM y los principios que la inspiran⁶⁷. A saber, el carácter supletorio de la LECrim respecto de la LORPM no puede utilizarse como vía para aplicar en el proceso penal de menores cualquier disposición del sistema penal de adultos, sino que tal aplicación supletoria debe excluirse en aquellas materias que tienen una regulación suficiente en la propia LORPM o cuando sea incompatible con los principios informadores de ésta. En este sentido, las medidas cautelares que se pueden aplicar respecto del menor agresor son las que están expresamente reguladas en la LORPM; además, no debe olvidarse que esta materia ha sido reformada por la LO 8/2006, que ha introducido la medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima y ha modificado los requisitos de las medidas cautelares para reforzar la protección de la víctima, sin hacer la menor referencia a la orden de protección. En este sentido, ya se manifestaba la FGE en la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso penal de menores (apdo. IV), concluyendo que, pese a no ser aplicable en el proceso penal de menores la orden de protección, por la vía de aplicar supletoriamente la LECrim, sí cabía imponer el alejamiento del menor agresor respecto de la víctima (aunque en este momento todavía no estaba previsto en la LORPM como medida cautelar) como regla de conducta de la medida cautelar de libertad vigilada⁶⁸.

⁶⁷ En este sentido, vid., Carrera Doménech, J. (2005). La orden de protección en el marco de la justicia penal de adolescentes". *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*. (<http://aranzadi.aranzadigital.es>); Madrigal Martínez-Pereda, C. (2009). La violencia familiar y de género ejercida por menores. p. 12. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Actividad_del_Observatorio/Premios_y_Congresos/relacionados/La_violencia_familiar_y_de_genero_ejercida_por_menores); Millán de las Heras, M^aJ. (2009). La jurisdicción de menores..., op. cit., pp. 145 a 148.

⁶⁸ Señala la FGE en esta Consulta que la parquedad de algunas disposiciones de la LORPM hace necesario integrarlas con lo previsto en la LECrim para colmar lagunas. Con todo, "esa labor de integración no puede ser interpretada de forma que convierta la supletoriedad en una forzada puerta de acceso directo a la aplicación de cualquier disposición de nuestro sistema penal de adultos en la jurisdicción de menores. La aplicación supletoria nunca puede realizarse ab integro, debiendo excluirse en aquellas materias que bien tienen una regulación suficiente en la LORPM, o que bien son incompatibles con sus principios informadores. De acuerdo con esa idea, no cabrá acudir a la legislación de adultos cuando la concreta materia esté regulada en la LORPM incluyendo posibilidades y excluyendo implícitamente otras, conforme al brocardo *inclusio unius, exclusio alterius*. Este principio de lógica tiene una especial incidencia en Derecho penal y procesal penal como decantación del principio de legalidad" (apdo. II).

Años más tarde, la misma FGE, en su Dictamen 7/2012, sobre criterios de actuación en supuestos de violencia de género, señala con total rotundidad que "ni la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ni la regulación contenida en el art. 544 ter de la LECrim (orden de protección) son de aplicación subsidiaria en la jurisdicción de menores como derecho supletorio, por vía de la

Es cierto que en la LOMPIVG encontramos disposiciones cuya interpretación literal nos llevaría a defender la aplicabilidad de la orden de protección en la jurisdicción de menores. Así, su art. 17.1 estipula que «Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley»; y el art. 61.2 dispone que «En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente (...) deberá pronunciarse en todo caso (...) sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66», y, entre tales medidas se incluye la orden de protección (art. 62). Pero no es menos cierto que existen argumentos que apuntan en sentido contrario y que parecen más convincentes que la mera literalidad de la Ley.

En primer lugar, por las razones ya apuntadas, debe prevalecer la especialidad de la LORPM sobre la de la LOMPIVG, y en este sentido resulta significativo que aquella no contemple en ningún momento la posibilidad de adoptar una orden de protección en el marco del proceso penal de menores, ni siquiera tras la reforma operada por la LO 8/2006, cuando uno de sus objetivos era precisamente reforzar la protección y la posición de la víctima en este proceso. Es más, como se apuntó, con esta reforma se introduce en la LORPM como medida cautelar autónoma la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima o sus allegados que, sin duda, es uno de los contenidos típicos de la orden de protección, pero sin llegarse a dar el paso de prever la posibilidad de adoptar ésta como medida de protección integral de la víctima.

En segundo lugar, la orden de protección en su configuración del art. 544 ter LECrim es un instrumento dirigido específicamente a dotar a la víctima de una protección integral y pensado para ser aplicado cuando el agresor sea adulto. Pero cuando éste sea menor de edad y, en consecuencia, esté sujeto a la jurisdicción de menores, tal protección de la víctima debe atemperarse con el superior interés del menor que informa la actuación de esta jurisdicción. Efectivamente, pueden suscitarse dudas sobre la necesidad de que prevalezca en todo caso la protección de la víctima frente al interés del menor agresor cuando aquella también sea menor, pero, como veremos, el hecho de que en el proceso penal de menores no se cuente con un instrumento de protección integral de la víctima en los términos del art. 544 ter LECrim, no significa que vaya a quedar desprotegida.

Y, por último, la pretendida aplicación de la orden de protección en el proceso penal de menores también choca con la competencia del Juzgado de Menores, especialmente en lo que se refiere a las medidas de carácter civil que conlleva dicha orden. No se debe olvidar que el art. 2 LORPM le atribuye a estos órganos competencia para conocer de los hechos constitutivos de delito cometidos por los

DF Primera de la LORPM. Las medidas cautelares tienen su regulación específica dentro del art. 28 de la LORPM, sin que quepa acudir en este caso a la LECrim para integrarla”.

mayores de catorce años y menores de dieciocho, así como para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los mismos, pero no le confiere competencia alguna para la adopción de medidas civiles de protección de la víctima ni del propio menor infractor⁶⁹. Téngase en cuenta que, por ejemplo, el art. 7.1. h) y i) LORPM prevé que, si como consecuencia de la aplicación de las reglas de conducta acordadas en el marco de una libertad vigilada o de una medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, el menor no pudiese continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, será el Ministerio Fiscal, y no el Juez, quien debe comunicar la situación a la entidad pública de protección de menores para que promueva las medidas de protección adecuadas conforme a la LO 1/1996⁷⁰.

Pese a todo, a la víctima de un acto de violencia de género o doméstica cometido por un menor se le puede otorgar un nivel de protección cautelar igualmente eficaz y análogo al que podría obtener en un proceso penal de adultos en virtud de la orden de protección, pero para acceder a él deberá seguir cauces procedimentales distintos de los diseñados en el art. 544 ter LECrim.

Así, todas las medidas cautelares de naturaleza penal que se pueden adoptar en un proceso penal de adultos en el contexto de una orden de protección por violencia de género o doméstica también se pueden instar y obtener en un proceso penal de menores, bien como medida cautelar autónoma del art. 28 LORPM (vgr., internamiento, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima) o bien como regla de conducta a través de la medida cautelar de libertad vigilada. Más aún, estas medidas cautelares en la jurisdicción de menores pueden tener un carácter reforzado del que carecen en la jurisdicción de adultos, porque si se acuerdan dentro de la libertad vigilada, contarán con la garantía añadida del control que lleva a cabo el profesional encargado de su seguimiento, que ofrecerá información periódica sobre la actitud y evolución del menor expedientado durante la ejecución de la medida⁷¹.

A su vez, las medidas cautelares de orden civil previstas en el art. 544 ter LECrim, en los arts. 65 y 66 LOMPIVG o en el art. 158 CC, y tendentes a la protección tanto de la mujer agredida como, en su caso, de sus hijos, aunque no pueden ser adoptadas directamente por el Juez de Menores, por las razones antes apuntadas, sí podrán ser solicitadas ante los órganos jurisdiccionales civiles competentes, pudiendo ser incluso el Ministerio Fiscal quien las inste, cuando se trate de las medidas del art. 158 CC. Además, tal como establece el art. 4.1 LORPM, el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores deben velar en todo momento por la protección ade-

⁶⁹ Cabe recordar en este punto que, frente al sistema de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, que atribuía a éstos tanto funciones de reforma como de protección de los menores, la LO 5/2000 se decanta por el llamado sistema de “doble vía”, atribuyendo a los Juzgados de Menores únicamente competencias en materia de reforma de menores infractores.

⁷⁰ Vid., Millán de las Heras, M^aJ. (2009). *La jurisdicción de menores...*, op. cit., pp. 147 y 148.

⁷¹ Vid., Millán de las Heras, M^aJ. (2009). *La jurisdicción de menores...*, op. cit., pp. 146 y 147.

cuada de los derechos de las víctimas e instruir las de las medidas de asistencia que prevé para ellas la legislación vigente.

De lo expuesto se deriva que, pese a la imposibilidad de adopción en el contexto de la justicia juvenil de una orden de protección tal como está configurada en el art. 544 ter LECrim, a la víctima se le conferirá en el proceso penal de menores un estatuto integral de protección con idéntico contenido al previsto para los adultos; ahora bien, no se puede dejar de mencionar que la orden de protección permite a la víctima solicitar las medidas de protección social y asistencial previstas en los distintos ordenamientos, ya sean estatal, autonómico y local y su falta de emisión en relación a la víctima de un menor agresor no puede ser un obstáculo para su obtención. Esta cuestión se trata de solventar con el nuevo apartado que se añade en el art. 4 LORPM por la LO 8/2021 que incluye la obligación de comunicar las medidas cautelares adoptadas a las administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección que correspondan, ya sean de seguridad o de asistencia, jurídicas, sanitarias, psicológicas o de cualquier otra índole. En consecuencia, adoptada la medida cautelar, la misma será comunicada a las administraciones competentes en materia de seguridad o de asistencia para que acuerden aquella medida de protección y asistencia social de la víctima que sea procedente.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Morales, M. (2003). Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito). *Tribunales de Justicia*. núm. 3.
- Arrom Loscos, R. (2012). La protección de las víctimas de violencia de género y de violencia doméstica “ex” art. 544 ter de la LECrim. Especialidades en el caso de víctimas menores de edad. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. BIB2012\1020 (<http://www.aranzadidigital.es/>).
- Calatayud Pérez, E. (2000). Capítulo V. Instrucción del procedimiento (Títulos tercero y cuarto. Artículos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37). *Justicia de menores: una justicia mayor (Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Manuales de Formación Continuada, 9. Consejo General del Poder Judicial.
- Carrera Doménech, J. (2005). La orden de protección en el marco de la justicia penal de adolescentes. *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*. BIB 2005/1016 (<http://aranzadi.aranzadi.digital.es>).
- De la Rosa Cortina, J.M. (2001). La instrucción en el procedimiento de la LORPM. Intervención del Juez de Menores. En Ornos Fernández (dir). Madrid: *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Consejo General del Poder Judicial.
- Del Pozo Pérez, M. y Bujosa Vadell, L. (dirs.) (2019). *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinarios*. Thomson-Aranzadi.

- De Urbano Castillo, E, y De La Rosa Cortina, J. M. (2007). *La Responsabilidad Penal de los Menores (Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre)*. Thomson-Aranzadi.
- Díaz Martínez, M. y Luaces Gutiérrez, A. I. (2008). El proceso penal de menores (I). En Vázquez González y Serrano Tárraga. (coord.). *Derecho Penal Juvenil* (pp. 347-390). Dykinson.
- Fiscalía General Del Estado, *Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.*
- Circular 4/2005, de 19 de julio, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.*
 - Circular 1/2007, de 26 de noviembre, sobre Criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.
 - Circular 1/2010, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes.
 - Dictamen 7/2012, sobre criterios de actuación en supuestos de violencia de género.
 - Dictamen 2/2013, sobre posibilidades de aplicación cautelar de determinadas medidas no mencionadas en el art. 28 LORPM.
 - Dictamen 4/2014, sobre la posibilidad de acordar la retirada de pasaporte a un menor de edad como medida cautelar en la justicia juvenil.
- García-Rostán Calvín, G. (2007). *El proceso Penal de Menores (Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez de la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares)*. Thomson-Aranzadi.
- García Esteban M.D. (2013) Cuestiones sobre violencia en los menores y problemas de competencia. En: *Encuentro sobre el servicio de guardia en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con competencia en violencia sobre la mujer*. Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ. n 2.
- García Ingelmo, F. M. (28 y 29 de noviembre de 2011). Violencia de género en parejas adolescentes. Respuestas desde la jurisdicción de menores. II Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres. Sevilla. <http://www.congresoestudio-violencia.com/2011/ponencias.php>.
- González Cano, I. (2007). Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. (I y II). *Diario La Ley*. núms. 6742 y 6743.
- González Pillado, E. (Coord.). (2008). *Proceso Penal de Menores*. Tirant Lo Blanch.
- Grande Seara, P. y Pillado González, E. (2016). *La justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*. Tirant Lo Blanch.
- Madrigal Martínez-Pereda, C. (2009). La violencia familiar y de género ejercida por menores. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Actividad_del_Observatorio/Premios_y_Congresos/relacionados/La_violencia_familiar_y_de_genero_ejercida_por_menores).
- Millán De Las Heras. M^aJ. (2009). La jurisdicción de menores ante la violencia de género. *Juventud y violencia de género*. (<http://www.injuve.es/sites/default/files/RJ86-10.pdf>)

- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez (2019). *V. Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch.
- Ornosa Fernández, R. (2007). *Derecho Penal de Menores*. Bosch.
- Pillado González, E. (2019). Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de responsabilidad penal del menor. *Revista General de Derecho Europeo*. 48. 58-97.
- Salom Escrivá, J.S. (2002). La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores. En González Cussac, Tamarit Sumalla y Gómez Colomer (coords.). Valencia: *Justicia Penal de Menores y Jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Tirant Lo Blanch.
- Samanes Ara, C. (2003). La instrucción del procedimiento. En Samanes Ara (coord.). Zaragoza: *La responsabilidad penal de los menores* (pp. 105-161). El Justicia de Aragón.
- Tinoco Pastrana, A (2005). La víctima en el proceso penal de los menores. *Diario La Ley*. n. 6202.
- Tomé García, J. (2003). *El procedimiento penal del menor (Tras la Ley 38/2002, de reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*. Thomson-Aranzadi.
- Valbuena García, E. (2008). *Medidas cautelares en el Enjuiciamiento de Menores*. Thomson-Aranzadi.

CAPÍTULO VIII

LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA JUVENIL

JESSICA JULLIEN DE ASÍS

Doctora en Derecho. Área de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. LA REPARACIÓN EN LA LORPM. 1.1. Una aproximación general. *1.1.1. Diferentes formas de reparar. 1.1.2. Especificidades de la LORPM.* 1.2. Reparación económica en la LORPM. *1.2.1. Evolución de la LORPM y reparación económica. 1.2.2. Legitimación.* 1.3. Reparación no económica en la LORPM. 2. LOS INTERESES DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL DE MENORES. 2.1. Enfoque restaurativo en la satisfacción de intereses de las víctimas lo largo del proceso. *2.1.1. Concepto de interés. 2.1.2. Enfoque restaurativo en la satisfacción de intereses de las víctimas lo largo del proceso de justicia juvenil.* 2.2. El equilibrio entre los intereses de las víctimas y los intereses de la persona menor de edad infractora. *2.2.1. La participación real de la persona menor de edad infractora en la reparación. 2.2.2. La satisfacción de los intereses de las víctimas adultas. 2.2.3. La participación real y satisfacción de los intereses de la víctima menor de edad.* 3. CONCLUSIONES

1. LA REPARACIÓN EN LA LORPM

La importancia que se ha dado a la reparación de las víctimas y la profundidad con la que los intereses de estas han sido tratados ha ido evolucionado a lo largo de los años. Se realizará por ello una primera aproximación de la atención a la reparación de las víctimas de manera general, para analizar posteriormente cómo ésta se traslada en la regulación del sistema de justicia juvenil. Igualmente se abordará qué entendemos por reparación y qué formas de reparación encontramos reguladas en el sistema de justicia juvenil.

1.1. Una aproximación general

En los últimos años se ha dado un cambio paradigma en la participación y atención a las víctimas en el proceso penal. Se habla de una especie de basculación, permitida por diferentes movimientos relativos tanto a la (in)eficacia de la

respuesta penal como al rol de las víctimas en el mismo. Se podría hablar de una humanización del proceso penal en el que toman cada vez mayor importancia las necesidades e intereses de las víctimas. Incluso podría hacerse alusión a una mayor atención de los derechos de las víctimas coincidiendo en ocasiones con sus intereses, y siendo en otras estos últimos más amplios que los primeros.

Estos planteamientos se encuentran fuertemente ligados a la Justicia Restaurativa y permiten una revisión de los límites y las oportunidades del mismo proceso penal desde una perspectiva restaurativa. Aunque encontramos estos movimientos especialmente activos a lo largo de los años 60 y 70, no es hasta años recientes en los que encontramos una verdadera incorporación de estos planteamientos a la normativa nacional, siendo especialmente relevante en este sentido la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVID).

Todo ello puede interpretarse parcialmente como una superación de los planteamientos más tradicionales, en los que el foco de atención se centraba en las garantías de la persona infractora (así como de las consecuencias del proceso penal ante el hecho delictivo, tanto respondiendo a las necesidades sociales, como a la respuesta punitiva hacia la persona infractora). Superados y asegurados estos, se permite una mayor atención al tratamiento de la víctima a lo largo del proceso.

A nivel europeo debe resaltarse la tarea del Consejo de Europa en este sentido, destacando la Resolución 27 sobre indemnización a las víctimas del delito en 1977, el Convenio Europeo sobre compensación por el Estado a víctimas de delitos violentos de 1983 así como la Recomendación 2006 (8) del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre asistencia a víctimas de delito.

Existe igualmente un importante esfuerzo desde la Unión Europea, que por medio de numerosas Directivas y Reglamentos pusieron la atención sobre diferentes cuestiones:

- En lo relativo a los derechos de las víctimas de manera general, debe señalarse la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, sustituyendo a la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.
- En lo relativo a determinadas formas de victimización, pueden señalarse entre otras la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, sustituyendo la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Directiva 2011/99/UE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

- En lo relativo a la reparación económica de la víctima, debe mencionarse la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la indemnización a las víctimas de delito.

Sin embargo, si acudimos al proceso penal de menores, encontramos la incorporación de conceptos como la reparación o la conciliación de manera temprana respecto al sistema de justicia para personas adultas, debiendo sin embargo revisar el rol real de la víctima en estas herramientas.

Para una correcta interpretación de estas herramientas y su regulación debemos remontarnos a la evolución que ha seguido el sistema de justicia juvenil. Encontramos en la regulación previa importantes avances y retrocesos en lo relativo a la responsabilidad de las personas menores de edad frente a la comisión de hechos delictivos, justificados por la confusa comprensión de la infancia y sus derechos. Ello deriva finalmente en un trato claramente diferenciado para las víctimas reflejándose en la exclusión de la transacción judicial en la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio, de Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, imposibilitando así a los particulares interponer cualquier tipo de acción civil o penal.

Esto debe interpretarse dentro del contexto histórico en el que se promulgó esta ley, y es que, tras varias reformas del sistema tutelar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 por entender que vulneraba los artículos 9.3, 14 y 24 de la Constitución Española, referentes a la seguridad jurídica, la igualdad y las garantías procesales. Se motivaba en su funcionamiento equitativo al de una jurisdicción especial, no reconociendo responsabilidad penal a la persona menor de edad y por tanto no pudiendo imponer medidas represivas sobre la misma. La promulgación de la Ley Orgánica 4/1992 surge con el fin de solventar de manera urgente las cuestiones más gravosas existentes hasta el momento estableciendo en su Exposición de Motivos que pretendía adelantar parte de una legislación renovada y que sería objeto de modificaciones posteriores. Se tendrá sin embargo que esperar hasta el año 2000 para la promulgación de la ley actual que abre paso a un sistema de responsabilización por parte de la persona menor de edad y en la que la participación de la víctima volverá a sufrir diferentes cambios. Además de ello, un cambio significativo para las víctimas es que estas podrán interponer acción civil, que no podrá ser conjunta a la penal hasta la Ley Orgánica de 8/2006, con modificaciones previas que se analizarán más adelante.

Así podemos afirmar que la reparación a las víctimas ha sido para el proceso penal tradicional una finalidad secundaria: mientras que en el sistema de personas adultas prima el castigo y prevención a la conducta delictiva, en el sistema de justicia juvenil este objetivo debe aplicarse de manera armoniosa con el interés

superior de la persona menor de edad, optando en este caso por un sistema sancionador-educativo en el que el rol de la víctima en el mismo ha ido variando.

No han sido sin embargo pocos los esfuerzos que en los últimos años se pueden observar tanto a nivel nacional como a nivel internacional en devolver a las víctimas un lugar adecuado en el proceso penal. Ello pasa no solamente por incorporar esta perspectiva a lo largo del proceso evitando o reduciendo la victimización secundaria, sino atendiendo a la reparación de la víctima frente al delito.

1.1.1. *Diferentes formas de reparar*

Este cambio de paradigma ha permitido un redescubrimiento de las víctimas y en concreto, en lo que aquí nos ocupa, de las formas de reparación.

Aunque la reparación económica ha sido tradicionalmente la forma más usada de reparar a las víctimas, el ordenamiento jurídico no se ha desentendido de otras formas no económicas de reparación. Sin embargo, la incorporación de la perspectiva de las víctimas, así como otras perspectivas como la de género, nos permiten una reinterpretación del término *reparación* que, en la práctica se traduce en una mayor complejidad y calidad de esta en su caso.

Debe iniciarse destacando que el sistema español tiene una importante característica que no se encuentra en otros Estados, y resulta especialmente relevante cuando hablamos de reparación de las víctimas, y es la posibilidad de ejercitar la acción civil y penal de forma conjunta desde 1872, constituyendo «*un supuesto de acumulación heterogénea de acciones*»¹. Se recoge así en el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la acción civil se entablará de manera conjunta a la penal por el Ministerio Fiscal independientemente de la existencia de la acusación particular salvo que «*el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización*», caso en el cual el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo (en idénticos términos se pronuncia el art. 61.1 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor de 2000, sin referencia eso sí al castigo).

Pese a que en la actualidad contamos con este sistema también en el sistema de justicia juvenil, como veremos más adelante no fue el caso hasta pasadas distintas modificaciones de la ley suponiéndole, esta excepción, importantes críticas por reflejar nuevamente un trato diferenciado a la víctima cuando la persona infractora era menor de edad.

En cualquier caso, cuando hablamos de reparación, puede afirmarse que la *reparación económica* es una de las formas más usadas como ya se adelantaba. Así, mientras que el derecho penal tiene como objetivo el ejercicio del *ius puniendi*, la acción civil tendría como objetivo la reparación total o parcial del daño ocasionado por el hecho delictivo.

¹ Arnaiz Serrano, A. (2006). *Las partes civiles en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 74-81.

Es además la más asequible (no hablando en este caso del cobro efectivo por parte de la víctima que puede calificarse como altamente deficitario), ya que no dependerá de la responsabilización de la persona ofensora ni tampoco de su deseo de reparar. Se trata por tanto de una manera «*objetiva y transparente de reparación, cuantificable y medible por los operadores jurídicos*»².

Aunque parte de la doctrina reconoce el sistema judicial como ventajoso para la víctima, lo cierto es que esta se encuentra con numerosos obstáculos para alcanzar esta reparación económica. Para comprender algo mejor la situación de la víctima en este sentido tenemos que acudir a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y que ha sido traspuesta en España en la Ley 4/2015 de Estatuto de la víctima del delito que además de recoger en sí misma derechos de las víctimas, introdujo modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, el artículo 16 de la Directiva establece que:

1. Los Estados miembros garantizarán que, en el curso del proceso penal, las víctimas tengan derecho a obtener una decisión sobre la indemnización por parte del infractor, en un plazo razonable, excepto cuando el Derecho nacional estipule que dicha decisión se adopte en otro procedimiento judicial.
2. Los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.

De manera complementaria, se puede reconocer en diferentes países un sistema que hace partícipe al Estado en esta indemnización, que se haría cargo de esta de manera subsidiaria. Este principio de subsidiariedad es mencionado por el Consejo de Europa en el art. 223 de la Convención 116 sobre Compensación a víctimas de crímenes violentos de 1983 y en el art. 8 de la Recomendación Rec (2006)8 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre asistencia a víctimas de delitos.

A nivel nacional se reconoce esta posibilidad de indemnización subsidiaria por parte del Estado en la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual³. A diferencia de lo que sucede en otros países con este sistema, la normativa española exige la resolución judicial firme (con condena o indemnización o archivo o sobreseimiento libre), de forma que únicamente se hará cargo de dicha cuantía tras la ausencia de pago por parte del infractor y revelando su análisis en la práctica un funciona-

² Soletto Muñoz, H., y Grané Chavez, A. (2018). *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones*. Dykinson, Madrid, p.17

³ Establece el art. 61.4 LORPM que serán aplicación lo dispuesto en el art. 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias.

miento claramente ineficaz además de ser especialmente restrictivo en la interpretación de la reparación económica de las víctimas⁴.

Sin embargo, la reparación puede ir mucho más allá de la condena hacia la persona infractora y la compensación económica.

Como ya se adelantaba al inicio, vivimos en la actualidad, y ya desde los años 60 y 70 un auténtico cambio de paradigma en la comprensión de la justicia y la gestión de los conflictos, muy especialmente hacia el rol de la víctima y el infractor en la gestión de estos. Si bien el sistema de justicia procesal tradicional se ha centrado principalmente en las medidas a imponer al infractor relegando a la víctima a un segundo plano y, desde esta misma perspectiva, la reparación hacia esta última se ha centrado en una reparación económica, son cada vez más los instrumentos que nos permiten una atención a las víctimas más centrada en sus intereses. Ello no supone sin embargo vaciar de valor la reparación económica, sino al contrario profundizar más en ella en la reparación real, adaptándola a los intereses de la víctima, permitiendo aplicarla en coherencia. Esto permite no solamente una mejor comprensión de la reparación económica como forma de satisfacción de los intereses de las víctimas, sino también permitir una reparación no económica en su caso.

Pasamos de hablar estrictamente de derechos a hablar de intereses tomando importancia, más que la ruptura de las normas, la ruptura de las relaciones humanas y la complejidad que estas suponen, siendo mucho más elevada que lo que en muchas ocasiones puede alcanzar el derecho. Se busca por tanto que la justicia permita una reparación real y efectiva a las víctimas y que pase en su caso por la responsabilización de la persona infractora.

La Justicia Restaurativa es un movimiento que tuvo una mayor repercusión inicial en Canadá y Estados Unidos, así como en países del norte de Europa, llegando posteriormente a España. Surge de una combinación de preocupaciones sociales y jurídicas relacionadas, entre otras, con la eficacia o el alcance del sistema de justicia y la insatisfacción de la ciudadanía inmersa en el sistema de justicia. La necesidad de *humanización* del proceso permitió el surgimiento de ciertos movimientos en los que la ciudadanía toma un mayor control en la gestión de sus conflictos, haciendo uso de formas más autocompositivas. Sin embargo, el surgimiento de la Justicia Restaurativa, íntimamente ligado con las ADR's, es algo más complejo, y es abordado por SOLETO MUÑOZ destacando cinco hitos en base a los cuales puede entenderse el nacimiento y desarrollo de la Justicia Restaurativa y, más concretamente, su fundamento⁵ (Soletto Muñoz, 2013a):

— Las corrientes retributivas

⁴ Soletto Muñoz, H., y Grané Chavez, A. (2018). La eficacia de la reparación a la víctima en el procesal penal a través de las indemnizaciones. Op. Cit. p. 25 y ss.

⁵ Soletto Muñoz, H. (2013a). Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España. En *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Deusto Digital, Bilbao, pp.77 y ss.

- Las corrientes de empoderamiento social
- La ineficacia y búsqueda de satisfacción en la Administración de Justicia
- Fines de reinserción
- Y la importancia del rol de la víctima.

Busca por tanto incorporar en la gestión del conflicto elementos que no podrían ser plenamente alcanzados en el sistema de justicia convencional, pudiendo funcionar por tanto de manera complementaria o alternativa al mismo. De esta manera afirma ZEHR que lo que hace la Justicia Restaurativa es «*ampliar el círculo de intereses*», lo que permite replantear los roles de todos aquellos que puedan tener algún interés en lo sucedido y modificando a su vez el valor que se da a estos intereses⁶. Por su parte el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas la define como:

Cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y, si fuera procedente, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectados por el delito, participan juntos y activamente en la resolución de las cuestiones generadas por el delito, generalmente con la ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia.

Frente a la Justicia estrictamente Retributiva, la Justicia Restaurativa se caracteriza por la participación voluntaria de las partes inmensas en el conflicto, que van a tener un rol activo en la gestión de este. Se pretende por medio del diálogo (que puede materializarse en un encuentro o no), la responsabilización de la persona ofensora y la reparación de la víctima. Uno de los elementos también característicos de la Justicia Restaurativa es la atención a la comunidad dentro de la comprensión y gestión del conflicto.

Su regulación en España, además de las medidas que podemos encontrar en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM) se recoge en el Estatuto de la Víctima que ha recibido críticas por la equiparación entre medicación penal y justicia restaurativa, limitando el uso y desarrollo de otras prácticas⁷. Además, se encuentra claramente enfocada a las víctimas sin recoger de manera suficiente los beneficios que puede ofrecer también para la persona infractora (situación contraria que encontraremos sin embargo en el sistema de justicia juvenil pese a reconocerse estas medidas como restaurativas). Encontramos en este sentido un leve avance en la Recomendación (2018)⁸ del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, en la que se recuerda la necesidad de flexibilidad e innovación en procesos restaurativos abriendo así la puerta a otras prácticas como conferencias familiares o círculos de pacificación.

⁶ Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Good Books, New York, p.12 y ss.

⁷ Jimeno Bulnes, M. (2019). Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias. En H. Soletó Muñoz & A. Carrascosa Miguel, *Justicia Restaurativa: Una justicia para las víctimas* (Dir. Soletó Muñoz y Carrascosa Miguel), Tirant lo Blanch, Madrid, pp.130 y ss.

1.1.2. Especificidades de la LORPM

Para analizar correctamente la reparación a las víctimas en el sistema de justicia juvenil, deben señalarse algunas especificidades genéricas previas.

En primer lugar, como se ha visto anteriormente, se mantienen en este sistema dos formas diferenciadas de reparación: económica y no económica. Además, al hablar de la LORPM, estamos haciendo referencia únicamente a aquellos menores a quienes se les reconoce responsabilidad penal, es decir, mayores de 14 años y menores de 18.

Siendo esta cuestión una matización obvia, no lo es tanto cuando hablamos de intereses de las víctimas, cuestión sobre la que va a girar esta reflexión, existiendo víctimas también de personas menores de 14 años, las cuales no encontraría, al menos dentro de esta regulación reparación –no económica, ya que sí cabe la responsabilidad civil en estos casos–.

Nuestro Código Penal de 1995 establece en su artículo 19 que «*los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código*», aclarando posteriormente que cuando este colectivo cometa un hecho delictivo le será aplicable lo establecido en la LORPM. Esta misma establece en su artículo 1 que «*Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales*», haciendo referencia al ámbito objetivo de la LORPM, no pudiendo tipificar como conductas delictivas otras que no hayan sido reconocidas como tal para las personas adultas.

Respecto al ámbito subjetivo, el artículo 3 LORPM establece que:

Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

Por ello, en lo relativo a la responsabilidad de personas menores de edad infractoras, solamente serán responsables penalmente aquellas entre los 14 y 17 años en aplicación a lo establecido en la LORPM, pudiendo exigirse también responsabilidad civil. Cuando sean menores de 14 años, no serán responsables penalmente, siendo de aplicación lo establecido en el Código Civil en lo relativo a la protección de las personas menores de edad y siendo en este caso también posible exigir responsabilidad civil. Finalmente, aquellas personas mayores de 17 años serán responsables penalmente conforme a lo establecido en el Código Penal⁸.

⁸ Debe mencionarse lo establecido en el art. 69 CP por medio del cual «*Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabi-*

Cabe señalar que la reparación no económica puede encontrarse en la regulación de la LORPM, es decir, cuando sí se reconoce responsabilidad penal, pero que ni la ausencia de responsabilidad penal y ni la de responsabilidad civil en su caso imposibilita plenamente contemplar diferentes formas de que se lleve a cabo una reparación a la víctima, especialmente a la luz de las últimas Recomendaciones europeas. Eso sí, no se encontraría recogidas dentro de las formas de gestión de conflictos reconocidas en la LORPM y por tanto estaríamos hablando de mecanismos estrictamente extrajudiciales diferenciados a los que se abordarán a continuación (e incluso de las posibles mediaciones pre-judiciales de las que se hablará más adelante). Esto requeriría importantes matizaciones respecto a los derechos de la infancia, su seguridad en la participación y el respeto de los principios y directrices de la Justicia Restaurativa. Es decir, una adecuada valoración de la idoneidad de la herramienta restaurativa al caso concreto.

Además, la regulación actual del sistema de justicia juvenil, su estructura, sus principios y límites deben interpretarse recordando la evolución de este sistema, que ha sufrido importantes fluctuaciones en relación con la comprensión de los derechos de la infancia y la propia concepción de este colectivo. Encontramos así regulaciones que van desde una ausencia absoluta de reconocimiento de responsabilidad de las personas menores de edad ante cualquier daño causado, a una absoluta equiparación a las personas adultas en las respuestas punitivas. En la actualidad el sistema de justicia juvenil gira entorno a los principios de educación, responsabilización y reinserción, optando por un sistema sancionador-punitivo que incluye la reparación a las víctimas. Si bien estos principios son plenamente coherentes con los derechos de la infancia reconocidos en el Convenio de los Derechos del Niño de 1989, se encuentran plenamente enfocadas a la persona menor de edad infractora. Si esto puede parecer una obviedad, por la justificación misma de la existencia de este sistema de justicia, tiene importantes repercusiones en el rol de la víctima en el mismo, y por lo tanto en su reparación.

Esta ley acoge, además, de manera flexible, cuatro elementos que pueden desprenderse de lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño (CDN), especialmente en sus arts. 37 y 40, tendiendo a:

- La desjudicialización
- La desintitucionalización
- La descriminalización
- El respeto del debido proceso por medio de garantías

En su Exposición de motivos (II.13) la LORPM reconoce que «(...) en aras del principio de mínima intervención, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o la finalización del cumplimiento de la medida impuesta». Facilita así la no judicialización de algunos asuntos, como

lidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga». Pese a ello, no se encuentra en la LORPM regulación que haga aplicable esta excepción.

son delitos menos graves en lo que no hubiera violencia o intimidación⁹, situación en la cual el Ministerio Fiscal puede desistir de la incoación del expediente (art.18 LORPM), remitiéndose a lo establecido en el art. 3, es decir, lo previsto para menores de 14 años. Esto ha sido calificado como “oportunidad reglada”, en la que el Ministerio Fiscal debe valorar, en atención a los diferentes intereses en juego y las circunstancias concretas del caso, si resulta más beneficioso para la persona menor de edad no seguir adelante con el procedimiento, rigiéndose por unas normas establecidas al respecto¹⁰.

Ligadas a esta cuestión deben señalarse dos críticas importantes que son recurrentes frente al uso de la Justicia Restaurativa, y que tienen una respuesta diferenciada en el sistema de justicia juvenil.

En primer lugar, se habla de un intento de privatización de la justicia, eximiendo a la persona menor de edad de su responsabilidad penal por medio de mecanismos alternativos. Aunque justamente en el sistema de justicia juvenil el principio de oportunidad reglada vaciaría de sentido esta crítica¹¹. Señala por su parte PERULERO GARCÍA que «*No se trata de privatizar el Derecho penal sino de individualizar la respuesta del sistema a través de los mecanismos procesales y sustantivos que la legislación ofrece, para construir una Justicia más justa y sana, en un escenario de actuación menos violento y más eficiente.*»¹², hablando en términos generales del uso de mecanismos restaurativos. Es de hecho esta preocupación por que la Justicia Restaurativa anule o desplace el ius puniendo del Estado que ha llevado a que en no pocas ocasiones, como sucede en el sistema de justicia juvenil, se utilice únicamente la Justicia Restaurativa en asuntos de poca gravedad. Esto refleja una ausencia de comprensión y conocimiento tanto de la realidad práctica procesal –que no alcanza estos objetivos ideales– como del funcionamiento de la Justicia Restaurativa que respeta plenamente el principio de legalidad haciendo uso del principio de oportunidad. Señala en este sentido SOLETO MUÑOZ la llamativa incoherencia de la aceptación de la conformidad rechazando sin embargo la adecuación de las tendencias anglosajonas en relación con el principio de oportuni-

⁹ En este sentido, quedarían excluidos de la exigencia de que no haya mediado violencia o intimidación en caso de delitos leves, caso en el cual, pese a ello, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente. En este sentido, consultar Fernández Fustes, M. D. (2019). Desistimiento en supuesto de delitos leves y conformidad con manifestaciones de Justicia Terapéutica. En E. Pillado González, *Hacia un proceso penal más reparador y socializador: Avances desde la justicia terapéutica*, (Dir. Pillado González), Dykinson, Madrid, pp. 91-124

¹⁰ Fernández Fustes, M. D. (2013). La mediación penal en el proceso penal de menores. En H. Soletto Muñoz, *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, 2º (Dir. Soletto Muñoz), Tecnos, Madrid, p. 579 y ss.

¹¹ López-Terradas Paniagua, M. (2019). La reparación en el proceso de menores. En *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia* (Dir. Soletto Muñoz y Grané Chavez), Dykinson, Madrid, pp.503 y ss.

¹² Perulero García, D. (2012). Hacia un modelo de Justicia Restaurativa: La mediación penal. En *Sobre la mediación penal: Posibilidades y límites en un entorno de Reforma del proceso penal español* (Dir. Garcíandía González y Soletto Muñoz), Reuters Aranzadi, Navarra, p. 78.

dad reglada¹³. En este mismo sentido, señala MORENO CATENA que la interpretación excesivamente estricta del principio de legalidad puede llegar a encerrar al propio sistema penal en una “*trampa sin salida*”¹⁴.

Igualmente se han recibido críticas respecto a la supuesta incoherencia de estos mecanismos con los fines preventivos del derecho penal que nuevamente desoyen los fines de la Justicia Restaurativa, que incorpora un importante trabajo de responsabilización de las personas infractoras. La comprensión de las consecuencias de los hechos delictivos a nivel personal y jurídico permite una mejor aceptación de las medidas tomadas y en su caso una mayor implicación en la reparación. Es por otra parte plenamente coherente con los principios de justicia juvenil que pretenden responder desde una perspectiva educativa.

1.2. Reparación económica en la LORPM

La responsabilidad civil en el proceso penal de menores ha sufrido variaciones quedando, hasta la LORPM en 2000 excluida de dicho procedimiento.

1.2.1. Evolución de la LORPM y reparación económica

En los años previos podemos encontrar diferentes niveles o grados de dicha exclusión: mientras que en el Real Decreto de 10 de julio de 1919 regulador del Reglamento Provisional para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Niños, entre otros textos, se reconocía fuerza ejecutiva a la resolución del proceso penal de menores ante la jurisdicción civil ordinaria, la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio, de Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores terminó por excluir plenamente el ejercicio de la acción civil a los perjudicados, por medio de la eliminación de la transacción judicial.

Esto obedece al sentido otorgado al proceso penal de menores, que también ha sufrido importantes fluctuaciones, mayores cuanto más nos remontamos en el tiempo, como hemos visto en los apartados anteriores¹⁵.

Respecto a la responsabilidad civil, las modificaciones fueron lentas y pausadas hasta llegar al sistema que conocemos en la actualidad; así, aunque se señala la LORPM de 2000 como punto de inicio, tendrán que darse dos modificaciones hasta llegar al sistema conocido actualmente:

- La modificación introducida en su artículo 25, como consecuencia de la LO 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal.
- La LO 8/2006 que da paso al ejercicio acumulado de acciones.

¹³ Soletto Muñoz, H. (2019). Justicia Restaurativa para la mejor reparación de la víctima. En *Justicia Restaurativa: Una justicia para las víctimas* (Dir. Soletto Muñoz y Carrascosa Miguel) Tirant lo Blanch, Madrid, pp. 502-504.

¹⁴ Moreno Catena, V. (2010). *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 497.

¹⁵ Revilla González, J. A. (2008). La víctima y el menor infractor. En *El proceso penal de menores* (Dir. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia, pp.82-83.

La modificación del artículo 25 por medio de la LO 15/2003 no recogía realmente las críticas realizadas con relación a la responsabilidad civil, ya que mantenía la pieza separada de responsabilidad civil del expediente de reforma. Lo que sí modificaba era la participación de la víctima en el sistema de justicia juvenil, esencial para acallar al menos parcialmente las críticas frente al trato diferenciado de las víctimas en este.

Tras la modificación de 2003, el artículo 25 pasaría a la siguiente redacción:

Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes:

- a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.
- b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta ley.
- c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
- d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.
- e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.
- f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.
- g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.
- h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren.
- i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley.

Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses.

Esto suponía por tanto, por un lado, que se reconocía para las víctimas una verdadera acusación particular superando la figura de simple coayuvante, además de afectar en este caso no solamente a delitos graves cometidos por menores mayores de 16 años sino a todos aquellos delitos cometidos por personas menores de edad con responsabilidad penal.

Posteriormente la Ley Orgánica 8/2006 da paso al ejercicio acumulado de acciones. Inicialmente la LORPM estableció un sistema de doble acción del ejercicio independiente: así, aunque el perjudicado tenía la opción de ejercer la acción civil de manera ordinaria, podía en su caso contar con una pieza separada de respon-

sabilidad civil, diferenciada del expediente principal penal. Aunque suponía una protección parcial de los intereses de la víctima por medio de una reparación económica, reconociéndose además en el art. 6.1 legitimidad al Ministerio Fiscal para ejercer la acción civil siempre que el perjudicado no lo hiciera, mantenía un claro trato diferenciado de lo que encontrábamos fuera del sistema de justicia juvenil. Además, el sistema implantado por la LO 5/2000 provocaba que pudieran darse incluso incoherencias entre las dos sentencias que concluían los respectivos procesos.

Así, por medio de las numerosas modificaciones incorporadas por la LO 8/2006, se permite un cambio sustancial para las víctimas pudiendo ser los beneficios resumidos de la siguiente manera: «*concisión, evitando pronunciamientos contradictorios; concentración, suponiendo una vía más rápida y eficaz para el perjudicado; y economía procesal*»¹⁶.

1.2.2. Legitimación

En coherencia con lo anterior, actualmente la legitimación activa para ejercer la acción de responsabilidad civil se encuentra tanto en el Ministerio Fiscal como en la parte perjudicada. Acorde al art. 6 de la LORPM se “prioriza” la acción por parte de la persona perjudicada ya que el Ministerio Fiscal la ejercerá, salvo en aquellos casos en los que ésta la ejercite por sí misma (en el plazo de un mes desde la notificación de apertura de la pieza separada), se la reserve para ejercerla ante el orden civil o renuncia a ella¹⁷.

Por otra parte, el art. 64.2 LORPM reconoce también que «*podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.*».

Respecto a la legitimación pasiva, esta se verá afectada de manera significativa por la especificidad del sistema de justicia juvenil.

Señalar en primer lugar que tiene una afectación especial en el caso de la responsabilidad civil la situación de emancipación de la persona menor de edad, como se verá de inmediato, al igual que la situación de inimputabilidad de la persona menor de edad.

Exceptuando estas dos circunstancias, la LORPM establece un *sistema de responsabilidad solidaria en cascada* en su artículo 61.3 estableciendo que:

Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando és-

¹⁶ López-Terradas Paniagua, M. (2019). La reparación en el proceso de menores. Op. Cit. pp.494

¹⁷ La renuncia no se encuentra regulada en la LORPM por lo que tendremos para ello que acudir al art. 112 de la LECrim, que establece que esta podrá ejercitarse en cualquier momento del procedimiento.

tos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

Será por tanto responsable directa la persona menor de edad respondiendo solidariamente con esta (y no entre ellos), los padres, tutores, acogedores o guardadores, atendiendo a quien estuviera a cargo de la persona infractora en el momento en que cometió el hecho ilícito. Por esto último debe interpretarse que la justificación en esta respuesta solidaria se encuentra en los deberes que las personas mencionadas tienen de educación, guarda y custodia. Es decir, si bien se hace mención a que, en caso de que estos no hayan favorecido a la conducta de la persona menor de edad con dolo o negligencia grave, «*su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*», se presume responsabilidad en la atención adecuada de la persona menor de edad previniendo conductas no adecuadas que sean en su caso tipificadas.

Sin embargo, la interpretación de esta responsabilidad solidaria *en cascada* no es unánime a la luz de la redacción de la LORPM, que hace referencia a su aplicación «*por este orden*», existiendo cierto debate sobre este sistema, reconocido como tercer modelo de responsabilidad civil. Esta dificultad de interpretación es señalada de hecho por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006.

Acorde a la justificación de esta responsabilidad solidaria previamente expuesta, podría parecer más certero entender que serán responsables aquellas personas que se encuentren presentes con la persona menor de edad en el momento de realización del hecho ilícito, siendo quien ostenta ese deber de atención y supervisión. Algunos autores hablan de responsabilidad cuasi-objetiva, aludiendo al artículo 1903 del Código Civil, poniendo el acento en que esta responsabilidad se reconoce «*por un hecho ajeno, derivada del no cumplimiento o desatención de los mencionados derechos de educación, guarda, custodia y corrección*»¹⁸. Ello no termina de clarificar la expresión «*por este orden*» sobre la cual existen tres teorías: la tesis del orden excluyente tesis del orden acumulativo y la tesis de la gestión efectiva del proceso educativo.

Además, podrían darse situaciones en las que varias personas puedan ostentar esta responsabilidad al mismo tiempo, y con ello cabría plantearse si en esta responsabilidad en cascada la LORPM pretense que el listado sea excluyente.

Señala DE LA ROSA CORTINA que solamente sería responsables de las personas previstas en el artículo 61.3 LORPM, aquellas que «*han incumplido sus deberes de modo que puede responsabilizárseles de las consecuencias del hecho dañoso*» y señala que «*Si estas facultades y obligaciones son compartidas entre distintas categorías de responsables*

¹⁸ Guzmán Fluja, V. (2008). La responsabilidad civil en el proceso penal de menores. En *Proceso penal de menores* (Dir. González Pillado). Tirant lo Blanch, Valencia, pp.283-334. Sí cabe aclarar como bien expone el autor que a diferencia del art. 1903 del CC. en la LORPM no se reconoce una exoneración de dicha responsabilidad sino solamente una graduación.

previstas en el art 61.3 LORPM, cabrá condenarlos conjuntamente entre sí y con el menor infractor»¹⁹, aludiendo a lo establecido por la Fiscalía General del Estado en la Conclusión XII.9. 6ª de la Circular 9/2011, de 16 de Noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de reforma de menores.

Finalmente, cabe señalar que existe cierto desacuerdo en la aplicación de este artículo a los centros docentes, que se demuestra en respuestas dispares desde la jurisprudencia.

Retomando las excepciones que se adelantaban previamente, cuando la persona menor de edad infractora esté emancipada, el artículo 323 del CC establece que dicha emancipación habilita a la persona menor de edad para «regir su persona y bienes como si fuera mayor». Siendo así no sería en este caso de aplicación lo establecido en el artículo 61.3 LORPM, respondiendo civilmente conforme al Código Penal.

En esta misma línea, respecto a la inimputabilidad de la persona menor de edad, el artículo 5 LORPM establece que habrá que atender a las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal. En estos casos, aunque la persona sea inimputable, responderá civilmente siempre y cuando no se den ninguno de los apartados 4º y 5º del artículo 20 CP aludiendo los mismos a la legítima defensa de la persona o derechos propios o ajenos y a aquellos casos en los que se haya actuado, en estado de necesidad, para evitar que un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber.

En este sentido, la Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de menores de 2006, respecto a las sentencias absolutorias y la responsabilidad civil señala la imposibilidad de estas últimas en sentencias absolutorias «salvo que la absolución se fundamente en la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad previstas en los n.º 1, 2, 3, 5 y 6 del art. 20 CP, supuesto en el que al igual que ocurre en el proceso penal de adultos cabrá condena civil, conforme al art. 119 CP».

1.3. Reparación no económica en la LORPM

Como se adelantaba, cuando hablamos de reparación no económica lo ligamos a la satisfacción de los intereses de la víctima, a los que se ha dado valor principalmente desde la Justicia Restaurativa, o al menos desde una aproximación a la justicia desde un prisma restaurativo.

Al igual que sucedió en Ontario (Canadá) en 1974, donde la se puso en práctica por primera vez la Justicia Restaurativa para gestionar un conflicto en el que

¹⁹ De la Rosa Cortina, J. M. (2017). Responsabilidad por delitos cometidos por menores: Última jurisprudencia. Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas, p.9.

participaron personas menores de edad como infractoras²⁰, en España encontramos una mención temprana a este prisma restaurativo en la LORPM.

Esto tiene plena coherencia ya que el sistema de justicia juvenil en España surge tras la concienciación de la ausencia de adecuación del sistema de justicia de personas adultas a los intereses de la infancia infractora. No se habla tanto de la dureza de las respuestas sino de su enfoque. Así, lo que pretende la LORPM es abordar las conductas tipificadas desde un enfoque educativo y de resocializador, lo que supone un análisis más detallado de las circunstancias específicas de la persona menor de edad infractora, para adecuar la respuesta a su situación –y a la de la víctima–.

Permite ese acercamiento humanizado del que se hablaba antes, aunque desde una perspectiva diferenciada. Sin embargo, este cambio de enfoque, impulsado también por los principios de oportunidad y de mínima intervención, dan plena cabida a herramientas restaurativas, claramente recogidas en la LORPM.

En coherencia también con la apuesta de desjudicialización de ciertos asuntos, la LORPM permite al Ministerio Fiscal no incoar, o desistir de la continuación del expediente en los casos de conciliación, reparación del daño causado o en caso de existir un compromiso por cumplir con la medida educativa propuesta por el Equipo Técnico.

El asunto debe cumplir con características específicas para que esto pueda suceder, y es que debe darse una falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los delitos, atendiendo en todo caso a la gravedad y las circunstancias de los hechos y de las de la persona menor de edad. En cualquier caso, esto no podrá darse cuando se trate de delitos graves.

Como establece el artículo 19 LORPM, el Ministerio Fiscal podrá desistir de continuar con el expediente en los casos señalados, y cumpliéndose las características solicitadas (aunque podrá informar de tal extremo directamente el Equipo Técnico), pudiendo distinguirse dos figuras que permiten la reparación de las víctimas en su caso. Aunque tanto la LORPM como su RD 1774/2004 de desarrollo utilizan de manera conjunta las figuras de la conciliación y la reparación, estas pueden encontrarse en momentos distintos del proceso y sus implicaciones y características son diferentes.

Por su parte, el RD 1774/2004 utiliza numerosas veces la expresión «*soluciones extrajudiciales*» y muy contadas veces *mediación*, reconociendo esta misma como una técnica por medio de la cual podrían llevarse las demás figuras mencionada.

Así, la *conciliación* (art. 19.2 LORPM) supone el reconocimiento del daño provocado por parte de la persona menor de edad infractora, su disculpa a la víctima y la aceptación de estas disculpas por parte de esta. Por su parte la *reparación* (art.

²⁰ Se pusieron en prácticas herramientas enfocada a la reconciliación entre víctima y ofensor (*Victim-offenders Reconciliation Program o VORP*) o los programa de *Victim Offender Mediation (VOM)*. Se trataba entonces de casos de delincuencia juvenil que provocaron a su vez malestar en la comunidad.

19.2 LORPM) se reconoce cuando se dé por parte de la persona menor de edad infractora un compromiso hacia la víctima de realizar determinadas acciones en beneficio de esta o de la comunidad. El artículo 19.2 añade además la exigencia de su «*realización efectiva*». Esto puede resultar en acciones no solamente enfocadas hacia la víctima sino también hacia la comunidad, así como incorporando también actividades educativas.

Por su parte, el artículo 51.3 LORPM establece que:

La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Se habla por tanto de una medida en fase de ejecución y no ya en instrucción, pudiendo diferenciar por ello las soluciones extrajudiciales presentenciales de las postsentenciales.

Tanto la conciliación como la reparación pueden llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima. Frente a un encuentro en mediación, podría recurrirse a prestación de servicios en beneficio de la comunidad y tareas socioeducativas como medidas en las que no se daría dicho encuentro, como viene recogido en el artículo 5.1.f del RD., pudiendo ser también una valoración del Equipo Técnico. Sin embargo, esto se dará cuando no sea posible la conciliación o la reparación directa o social, por lo que se entiende que la ley prioriza la mediación, en la que vamos a tener una participación activa tanto de la víctima como de la persona infractora²¹.

Se exige en todo caso que se produzca como tal la conciliación o se cumplan los compromisos que se asumieron con la víctima para que el Ministerio Fiscal dé por concluida la instrucción. En ese momento, solicitará al Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, siendo el Equipo Técnico quien ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados y su grado de cumplimiento. De no cumplirse con la reparación –o en su caso con la actividad educativa acordada– el Ministerio Fiscal continuará con la tramitación del expediente.

Debe mencionarse que la reparación no es excluyente respecto a aquellos posibles acuerdos a los que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

En estos sobreseimientos del expediente por conciliación o reparación, tiene como se ha visto un rol esencial el Equipo Técnico en la decisión sobre la conve-

²¹ Álvarez Ramos, F. (2013). La participación de la víctima en la justicia restaurativa juvenil. En *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Deusto Digital, Bilbao, pp.267 y ss.

niencia de recurrir a estos mecanismos. Así lo establece el artículo 5.1.a del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que establece que:

Si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima.

El Equipo Técnico será quien comunique a la persona menor de edad infractora, a sus representantes y su letrado la posibilidad de solución extrajudicial que se haya considerado adecuada y en caso de aceptar la persona menor de edad, se recabará la conformidad de sus progenitores. La presencia del letrado de la persona menor de edad infractora será obligatoria, a fin de asegurar un correcto asesoramiento así como sus garantías.

En esta primera valoración de la idoneidad del uso de soluciones extrajudiciales, será un requisito indispensable el reconocimiento del daño (total o parcial) por parte de la persona menor de edad infractora. En caso de ser así, será el mismo Equipo Técnico quien se comunique con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en mediación. En caso de no aceptar la persona menor de edad, procederá a elaborar el informe que establece el artículo 27 LORPM comunicándoselo al Ministerio Fiscal.

La LORPM reconoce sin embargo la posibilidad de sobreseimiento cuando la conciliación o el cumplimiento de los compromisos de reparación no puedan llevarse a cabo por causas ajenas a la persona menor de edad infractora (art. 19.4), señalando la ausencia de necesidad, en sí misma, de reparación siempre que exista una responsabilización por parte de la persona menor de edad infractora.

Finalmente, será también el Equipo Técnico quien realice *«las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento»*.

De manera general, el sistema de justicia juvenil parece esforzarse por facilitar herramientas como la mediación en la que un trabajo previo por parte de la persona infractora es necesario. Este reconocimiento del daño causado es un elemento de debate sobre el que se volverá más adelante pero que en cualquier caso existe una responsabilización al menos parcial que puede –como generalmente sucederá– completarse a lo largo del proceso. Encontramos diferentes niveles en esta responsabilización ya que puede no ser sencillo para la persona infractora, según el tipo de delito, reconocer o dilucidar en un primer momento, el alcance de sus actos. Esta es una cuestión esencial de los encuentros restaurativos que permiten, por medio del diálogo y el apoyo de un profesional neutral e imparcial, una mayor humanización de los conflictos y un mejor acercamiento a las consecuencias y desde éstas a los intereses de las partes inmersas.

Por su parte, el acercamiento mismo de estas herramientas a la persona menor de edad infractora le ofrece la oportunidad de participar de manera activa en la gestión de su conflicto y ello está íntimamente vinculado a derechos como la dignidad (art. 16 CDN) o la participación y el fomento de la autonomía progresiva (art. 12 CDN). Facilitan a su vez estos procesos de responsabilización pudiendo afectar positivamente no solamente a la gestión del conflicto sino también a la prevención de futuros conflictos –enfoque del conflicto como oportunidad de cambio y de los mecanismos autocompositivos como contexto idóneo para la puesta en práctica de habilidades sociales y comunicativas–.

Respecto a la víctima, como veremos en el siguiente apartado, tiene un rol claramente secundario respecto al enfoque que tienen la mayoría de los mecanismos restaurativos. Se engloba por tanto su reparación como un elemento positivo en la estructura del sistema de justicia. Sin embargo, como se ha señalado, no es necesaria esta reparación efectiva de la víctima para que puedan usarse estos mecanismos siempre que no depende de la persona menor de edad infractora. Se atisban por tanto algunos elementos que merecen ser analizados con cautela respecto a la efectiva satisfacción de los intereses de las víctimas en estas herramientas restaurativas.

2. LOS INTERESES DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

Lo que supone un mayor reto cuando hablamos de reparación a las víctimas en el proceso penal de menores es la definición, detección y en su caso satisfacción de los intereses de las víctimas, desde la perspectiva de la víctima. Y es que, si bien podría parecer que no existe otra perspectiva que la de la víctima, cuando hablamos de reparación, la realidad es en muchas ocasiones bien distinta. Como se ha analizado en las líneas previas el rol secundario que ha ocupado la víctima hasta hace poco ha mantenido sus intereses en la sombra, siendo atendidos en su caso de manera genérica.

Al tener el proceso penal de menores una perspectiva claramente diferenciada del sistema de judicial de personas adultas, el acercamiento al hecho delictivo y los elementos tenidos en cuenta para que el Juez pueda dar respuesta al caso son mucho más variados e incluyen una valoración caso a caso, buscando dar cumplimiento a los principios del sistema de justicia juvenil en cuanto a la finalidad buscada en su respuesta antes el hecho delictivo.

Esta dinámica es extremadamente beneficiosa para la mejor comprensión de los hechos y de los recursos existentes para una reeducación y resocialización de la persona infractora. Si bien no es su objetivo principal, comparte como hemos visto, aunque sea de manera parcial, la lógica que se desprende de la Justicia Restaurativa.

Sin embargo, este acercamiento se realiza teniendo como eje central el interés superior de la persona menor de edad –hablando en este caso de la persona infractora, que es quien determina de derivación a este sistema–, y no la víctima, como sucede en los procesos restaurativos.

No debe confundirse en el debate que se está abordando las exigencias que pudiera parecer que se están haciendo al sistema de justicia juvenil, sino más bien se pretende ofrecer una reflexión a fin de garantizar de mejor manera los intereses de las víctimas inmersas en este proceso, sin dejarse llevar por la terminología utilizada en la LORPM.

Así uno de los mayores retos a la hora de abordar la reparación de las víctimas en el sistema de justicia juvenil es cómo ésta se equilibra y armoniza con la satisfacción del interés superior de la persona menor de edad infractora, eje central del sistema de justicia juvenil.

2.1. Enfoque restaurativo en la satisfacción de intereses de las víctimas lo largo del proceso

Desde el mundo de las ADR's (Alternative Dispute Resolution), es común hablar de necesidades y no tanto de intereses, o utilizarlos como sinónimos. Interesa aquí diferenciarlo, muy especialmente cuando hablemos más adelante de los intereses de las víctimas menores de edad y las que además debemos atender de manera específica también sus necesidades.

2.1.1. Concepto de interés

Esta diferenciación ha sido señalada en el ámbito de la Justicia Restaurativa²² y diferencia una satisfacción de necesidades de manera más orgánica, de la satisfacción de las mismas como acto voluntario, que conlleva una toma de decisión en la forma en la que deseamos satisfacer esta necesidad.

Esta diferencia tiene gran relevancia cuando hablamos de personas menores de edad, ya que tienen efectivamente unas necesidades que deben ser protegidas y aseguradas para garantizar un correcto desarrollo²³. Sus derechos específicos se encuentran justificados en estas necesidades específicas. Además de estos cuentan, como toda persona, con intereses, los cuales se han resumido a lo largo de la historia bajo el interés superior de la persona menor de edad que, si bien permite una adecuada protección, no puede simplificar los intereses de las personas menores de edad, ya sean víctimas u ofensoras.

Así, aun con matizaciones como veremos más adelante, incorporadas por sus derechos específicos, debe ser aplicado también a las víctimas menores de edad

²² Daly, K. (2017). Sexual violence and victims' justice interests. En *Restorative Responses to Sexual Violence. Legal, Social and Therapeutic Dimensions* (Dir. Zinsstag y Keenan) Routledge, New York, p.114.

²³ Ochaíta Alderete, E., & Espinosa Bayal, M. Á. (2004). *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes*. McGrawHill, Madrid, pp. 286 y ss.

la establecido en la Directiva 2012/29/UE respecto a sus derechos, necesidades e intereses y a la importancia de ser evaluadas de manera individual.

Esto centra el foco de atención en la posible variedad de intereses por parte de las víctimas en cada caso. Así, si bien «*La atención que se ofrece a la víctima por el sistema de justicia implica el establecimiento de criterios comunes para la actuación, que hacen posible ofrecer seguridad y certeza a la víctima sobre las actuaciones y actores del sistema de justicia involucrados en su caso*»²⁴, es esencial un tratamiento personalizado atendiendo a diferentes elementos como puede ser el tipo de victimización, el contexto, la edad, la madurez, el significado atribuido al hecho delictivo, la relación entre víctima y ofensor, la existencia de una red de apoyo, etc.

Este enfoque engloba por tanto la reparación económica como la no económica afectando no solamente a lo que pueda provenir de la persona infractora sino también de la vivencia en sí misma del proceso por parte de la víctima: la estructura del sistema, el rol otorgado a la víctima, el proceder de los operadores jurídicos, los mecanismos de reparación, etc.

En este sentido, podemos encontrar en la Directiva diferentes formas de referirse a estos intereses ya sea por medio de derechos como tal, bajo la protección de estos o con una protección difusa como podrían ser el reconocimiento de buenas prácticas. Podría decirse que en algunos contextos (atendiendo a diferentes tipos delictivos, necesidades o derechos específicos o incluso perspectivas) es posible definir listados genéricos de estos derechos y buenas prácticas que requerirá una mayor o menor adaptación al interés de cada persona en base a su situación específica.

Esto tiene una aplicación, cuando se habla de víctimas menores de edad –aunque las siguientes líneas podría ser plenamente aplicables a la búsqueda de los intereses también en las infractoras– que requiere de ciertas matizaciones.

Abordándolas brevemente, tenemos como punto de partida el artículo 3.1 la CDN, que establece que «*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*». Aunque es un concepto flexible, para su correcta valoración (evaluación y determinación) podemos acudir a determinados criterios:

La edad y madurez del niño; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y

²⁴ Soletó Muñoz, H., Oubiña Barbolla, S., Jullien de Asís, J., Grané Chavez, A., Diges Junco, M., Pérez-Mata, N., & Fiodorova, A. (2021). *Obstáculos que enfrentan las víctimas de delito sexual en las etapas del proceso penal. Informe Nacional España*. [Proyecto Europeo Re-Treat (Reshaping treatment approaches towards victims of sexual violence within criminal proceedings)]. Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Burgos, p.7.

desarrollo futuro; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; la opinión del niño; la identidad del niño; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones personales; el cuidado, protección y seguridad del niño; el derecho del niño a la salud; el derecho del niño a la educación y aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los niños²⁵.

Sin entrar en profundidad en ello, es importante tener presente la dificultad que reviste el correcto equilibrio entre el derecho al fomento del desarrollo progresivo y la participación, ligados íntimamente a la toma de decisiones y lo que se reconoce como interés superior de la persona menor de edad, que además de protegerle de posibles vulneraciones externas, encontraría justificación también para protegerla de sus propias decisiones en caso de que fueran contrarias a este interés superior. Se habla de una diferencia entre la voluntad expresada y la voluntad auténtica²⁶, asegurando esta última el desarrollo de la persona y el alcance planes de vida propios, pudiendo ser en ocasiones contraria a la voluntad expresada²⁷. Así, atendiendo a lo establecido en la CDN, la voluntad expresada debería valorarse como auténtica cuando la persona cuente con la posibilidad de utilizar las facultades de la razón, tenga información suficiente sobre las circunstancias relevantes para la toma de decisión y tenga experiencia para poder valorar convenientemente esa información.

Esta reflexión nos permite llamar la atención sobre la importancia de no caer en una generalización de los intereses de las personas menores de edad, recordando la importancia de los límites en las medidas paternalistas a fin de no vaciar de sentido los derechos de la infancia.

Y esto es especialmente relevante en este debate ya que, para valorar la satisfacción y muy especialmente en las prácticas restaurativas se requiere de la participación libre, voluntaria e informada de la víctima. Además, afectará no solamente al momento inicial, sino también a la valoración por parte de la víctima de la satisfacción de sus intereses. En este sentido, como se verá a continuación, el proceso penal de menores cuanta con importantes limitaciones.

²⁵ Garcías, C., y Del Moral Blasco, C. (2017). *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*. Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, p.9

²⁶ Se habla también de deseos expresados, en los que se entiende que no puede existir un error por parte de la persona, a diferencia de la forma en la que se satisfacen ciertas necesidades en las que sí (consultar Garzón Valdés, E. (2004). Desde la "modesta propuesta" de J. Swift hasta las "casas de engorde". Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños. En *Derecho de los niños. Una contribución teórica* (Dir: Fanlo) Fontamara, México. De esta manera, solamente tendría sentido recurrir al interés superior de la persona menor de edad, en contra del interés expresado por la persona cuando este último no permita el desarrollo de la persona o dificulte seriamente el alcance de planes de vida propios, atendiendo en todo caso a los criterios señalados para valorar el interés superior de la persona menor de edad.

²⁷ Campoy Cervera, I. (2006). *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*. Dykinson, Madrid, pp. 481 y ss.

En cualquier caso, es justamente el cambio de paradigma anteriormente analizado respecto al tratamiento de las víctimas a lo largo del proceso el que conlleva otorgar a estos intereses un mayor valor y espacio a lo largo del proceso y también justifica el uso de herramientas alternativas y complementarias al proceso en la gestión del conflicto cuando el sistema tradicional no alcance la satisfacción de dichos intereses y se valore positivamente la adecuación de estas herramientas al caso concreto.

2.1.2. *Enfoque restaurativo en la satisfacción de intereses de las víctimas lo largo del proceso de justicia juvenil*

Si bien la Justicia Restaurativa surge en un contexto en el que se pretende devolver a las partes inmersas un mayor control de la gestión de su conflicto, y muy especialmente devolver su espacio a la víctima en el mismo, su aplicación en la justicia juvenil reviste de ciertas complejidades o debates que merecen ser señalados.

Como se mencionaba previamente, la justicia restaurativa surgió justamente en Ontario (Canadá) en un contexto de justicia juvenil. Sin embargo, es importante recordar el desarrollo y aplicación que se realiza en España de la Justicia Restaurativa, y en qué contexto se aplica en la LORPM.

La Justicia Restaurativa aplicada en España tiene un claro enfoque hacia la víctima, despreciando en cierta parte los beneficios que su uso puede generar al infractor en cuanto a sus responsabilidades y la posibilidad de reparar el daño causado. Además, la Justicia Restaurativa puede aplicarse por medio de numerosas herramientas, más allá de la mediación. Esta herramienta es sin duda alguna la más extendida de nivel nacional cayendo en el error de incluso reconocerla como sinónimo de la Justicia Restaurativa.

En el caso de su aplicación en la Justicia Juvenil, encontramos su reflejo ya antes de la LORPM de 2000, otorgando en 1991 la facultad al Ministerio Fiscal de concluir el expediente en casos de reparación a la víctima por parte de la persona menor de edad infractora. Cuando buscamos la justificación en la aplicación de esos mecanismos en el sistema de justicia juvenil, se habla del principio de intervención mínima y del principio de oportunidad por parte del Ministerio Fiscal. En este sentido señala ÁLVAREZ RAMOS que:

Las soluciones extrajudiciales responden en la ley a una finalidad educativa y resocializadora sobre los criterios de defensa social basados en la prevención general. Por tanto, las incluye como una respuesta educativa, es decir, recoge la potencialidad educativa de los procesos de mediación. Resolución del conflicto, reparación a la víctima y aprendizaje se complementan en la mediación penal juvenil²⁸.

Significa por tanto que, independientemente de la exigencia de recoger la voluntad de la víctima en estos casos, la justificación se basa en el respeto al interés

²⁸ Álvarez Ramos, F. (2013). La participación de la víctima en la justicia restaurativa juvenil. Op. Cit, p.271.

superior de la persona menor de edad, que en el sistema de justicia juvenil se traduce en buscar las respuestas más educativas frente al hecho delictivo cometido.

Esto puede suponer más que un tecnicismo, ya que podría nuevamente relegar a un segundo plano los intereses de la víctima que no están, en un primer momento, claramente presente en la valoración del uso de la práctica restaurativa.

Ello se ve de manera más clara cuando se atiende a los requisitos exigidos, estando entre ellos la ausencia de gravedad del delito y de violencia o intimidación. Cabe señalar que en España no existe limitación para el uso de la mediación salvo en casos en los que exista un proceso judicial abierto por violencia de género, o se cuente con una sentencia condenatorio en ese ámbito. Es decir, se aplica en el sistema de justicia juvenil una limitación que únicamente encuentra su justificación –en caso de compartirla– en lo que se considera adecuado para la persona menor de edad infractora. De hecho, se posiciona contrariamente a este tipo de delimitaciones la Recomendación (2018)⁸ del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal estableciendo que «*El tipo, gravedad o ubicación geográfica del delito no deben, por sí mismos, y a falta de otras consideraciones, impedir que se ofrezca justicia restaurativa a las víctimas y los ofensores*».

En esta cuestión en concreto cabe señalar que cuando mayor sea la gravedad del delito, mayor podría ser la complejidad de la satisfacción de los intereses de las víctimas y por tanto mayor también la complejidad de que estos se vean satisfechos plenamente por medio del proceso judicial convencional. No parece por tanto del todo acertado privar a las víctimas de esta posibilidad, únicamente por que se encuentren en el sistema de justicia juvenil.

Sobre ello debe aclararse también que no se está insinuando con ello que el uso de la Justicia Restaurativa sea en sí mismo un derecho –en este caso de las víctimas– lo que sí podría serlo su valoración, lo cual en este caso quedaría excluida.

En todo caso su inclusión requeriría eso sí de una revisión del impacto de estas prácticas en el proceso.

Así, atendiendo a la reparación real de la víctima, aunque como hemos dicho el sistema de justicia juvenil parece idóneo para aplicar mecanismos restaurativos, focalizado este en la educación y reinserción, es interesante ir contrastando las herramientas que este permite, y evaluar si estas responden más a los principios del sistema de justicia juvenil (principio de oportunidad y de intervención mínima) que a los valores de la justicia restaurativa. Esto apoyándonos en la estructura, y los tiempos procesales en los que se permiten estas soluciones restaurativas.

Como hemos analizado anteriormente, estas herramientas se permiten mayormente en la fase de instrucción, como mecanismo desjudicializador, en las que se permiten diferentes formas de materialización: conciliación, reparación directa o social, servicios en beneficio de la comunidad o realización de tareas educativas. Esto únicamente se permitirá siempre que no se trate de delitos graves y que se hayan cometido sin violencia o intimidación.

También se permite dejar sin efecto las sanciones disciplinarias en caso de conciliación posterior, ya en fase de ejecución (art.60 RD 1774/2004).

Si atendemos a las herramientas usadas para ello, como se señalaba la normativa española hace referencia a conciliación, reparación del daño, servicios en beneficio de la comunidad y tareas socioeducativas, mencionando únicamente la mediación de manera indirecta, haciendo referencia principalmente a la participación del Equipo Técnico como figura facilitadora en la misma. Recordemos que existen otras numerosas herramientas restaurativas más allá de la mediación, que de hecho se usan de manera frecuente a nivel internacional cuando participan personas menores de edad como son las conferencias familiares o los círculos. Se hace por lo tanto un uso especialmente reducido de las oportunidades que brinda la Justicia Restaurativa.

Así, faltas de coherencia o perspectiva restaurativa podrían resumirse, según BERNUZ BENEITEZ en los siguientes tres puntos²⁹:

- la llamativa regulación restrictiva de la conciliación y la reparación, usándose únicamente en fase de instrucción y no a lo largo del proceso;
- la exclusión de los delitos graves o aquellos en los que medie violencia o intimidación, aludiendo la autora a un intento de evitar una imagen de endulzamiento del proceso de justicia juvenil;
- Y la ausencia de mención en el RD 1774/2004 de los valores que deberían inspirar estos procedimientos, de forma que se traslada a la práctica la más o menos certera aplicación o desarrollo de estas oportunidades.

Esto responde a una visión reducida y limitada de lo que la Justicia Restaurativa puede aportar a la víctima –y parcialmente al ofensor dada su interpretación de la reparación–. Como señala Dünkel, «*La reparación y la mediación menor infractor-víctima se asocian a la capacidad del derecho penal de resolver los conflictos y de establecer la paz, que se abandonó tanto por la primacía del modelo de reinserción social, como por el derecho clásico retributivo*»³⁰.

Esto nos lleva a pensar que la basculación que se ha vivido en el sistema de justicia de personas adultas debería darse, igualmente, en el sistema de justicia juvenil, con todas las garantías que ello supone. De la misma manera que en el primero encontrábamos ciertas resistencias justificadas en la importancia de asegurar las garantías de la persona infractora, quizá nos encontremos en el sistema de justicia juvenil en esta misma reticencia anclada aun en la superación del sistema tutelar. Parece sin embargo más sencilla esta basculación, al menos en lo teórico, al ser plenamente coincidentes principios centrales tanto del sistema de justicia juvenil como de la Justicia Restaurativa. Se trataría por ello no tanto de una bas-

²⁹ Bernuz Beneitez, M. J. (2014b) Las posibilidades de la Justicia Restaurativa en la justicia de menores (española), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-14, pp. 14 y ss.

³⁰ Dünkel, F. (1991). Mediación delincuente-víctima y reparación de los daños. En F. Dünkel & J. Zermatten, *Nuevas tendencias en el derecho penal de menores*. Dirección General de Protección Jurídica del Menor, Madrid

culación sino de una ampliación del alcance y las oportunidades del sistema de justicia, incorporando la perspectiva de las víctimas.

Para ello, es necesario abordar ciertas tensiones como son la superación de perspectivas paternalistas en la participación real de la persona menor de edad en el proceso, el acercamiento a otros mecanismos restaurativos que permitan asegurar los principios restaurativos cuando participen víctimas y victimarios (ya sea con o sin encuentro) y la superación de la perspectiva punitiva en el sistema de justicia juvenil que reaparece de manera cíclica a golpe de caso mediático.

2.2. El equilibrio entre los intereses de las víctimas y los intereses de la persona menor de edad infractora

En este punto, parece claro que tanto la víctima como persona ofensora pueden resultar beneficiadas de una aplicación de la justicia desde una perspectiva restaurativa. Sin embargo, esto no se encuentra exento de dificultades que deben ser tenidas en cuenta para una reparación adecuada a la víctima.

Señala BERNUZ que los intereses a tener en cuenta en este contexto serían tres: la comunidad afectada por el sentimiento de inseguridad que se genera, la víctima directamente agredida y el menor junto con sus padres. Señala a su vez este riesgo en el equilibrio indicando que «*Pese a la pretendida igualdad de los tres, en el caso de la Justicia de Menores, nos encontramos con un desequilibrio de la balanza que tiende a inclinarse hacia la tarea de responsabilización del menor*»³¹.

2.2.1. La participación real de la persona menor de edad infractora en la reparación

La existencia de un sistema de justicia juvenil no asegura en sí misma que profesionales y personas inmersas en este queden despojadas de una visión adultocentrista en la forma de gestionar el conflicto y, en lo que nos ocupa, en lo que a la reparación.

Atendiendo a uno de los objetivos impulsores del uso de estas herramientas en el sistema de justicia juvenil, que es la reeducación de la persona infractora, existe un riesgo en hacer un uso inadecuado de estas herramientas debiendo por ello garantizarse una participación real de la persona infractora, asegurando la ausencia de instrumentalización de estos mecanismos. Esto no solamente es relevante para la correcta utilización de las herramientas disponibles en la LORPM o para que la persona infractora realmente se beneficie del uso de estas, sino especialmente para la víctima pueda efectivamente participar en las mismas con el

³¹ Bernuz Beneitez, M. J. (2001). La conciliación y la reparación en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la justicia de menores, *Revista de Derecho Penal y Criminología* n°8, p. 269.

fin de ser reparada. No se debe por tanto caer en su uso desde una perspectiva paternalista o benevolente contraria a sus principios.

Así, además de la primera valoración que realice el Equipo Técnico en este sentido, de naturaleza distinta al que realizaría acorde al artículo 27 LORPM, debe asegurarse una supervisión continuada de la participación de la persona menor de edad.

Para ello, en primer lugar, resulta imprescindible una correcta explicación de las opciones que se proponen a la persona infractora, respetando sus tiempos en la toma una decisión y adaptando el lenguaje a las circunstancias específicas de la persona menor de edad. Debe atenderse al entorno en el que se propone y permitir que la persona menor de edad comprenda no solamente la dinámica de estas herramientas sino también el alcance que tiene en el proceso judicial tanto en caso de cumplir con lo acordado, como en caso contrario. Establece en este sentido el artículo 5.1.c del RD 1774/04 que la aceptación por parte de la persona menor de edad, de algunas de las soluciones propuestas por el Equipo Técnico, deberá darse con audiencia de su letrada o letrado.

Además, debe asegurarse, en la medida de lo posible, que la aceptación por parte de la persona menor de edad y el reconocimiento del daño sean libre y sin presiones externas. La regulación de la LORPM conlleva dos cuestiones controvertidas en este sentido.

En primer lugar, este consentimiento, además de una relación directa con los derechos de la persona infractora, ya que vincula su decisión al reconocimiento de los hechos aun sea de manera indirecta, tiene un importante impacto a nivel práctico en los mecanismos restaurativos. Pese a que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Informe sobre Justicia Restaurativa de 2002 señala que «*La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores*», la LORPM exige como requisito previo el reconocimiento del daño causado por la persona menor de edad, que si bien puede no vincularse de manera directa a un reconocimiento de hechos, vincula claramente la persona con los hechos ya que de lo contrario carecería de sentido tal reconocimiento del daño causado.

Respecto a ello señala ÁLVAREZ RAMOS que podemos encontrar tres elementos que nos ayuda a fragmentar este reconocimiento:

- Reconocimiento como conducta propia de algo que va en contra de la norma social (componente social).
- Toma de conciencia de que esa conducta ha tenido consecuencias de daño para otras personas e identificar a esa víctima (capacidad de empatía).
- Asumir las consecuencias de ese daño mediante deseos activos de reparar (componente reparador)³².

³² Álvarez Ramos, F. (2013). La participación de la víctima en la justicia restaurativa juvenil. Op. Cit. p. 265.

En un momento inicial, no es necesario un reconocimiento completo, ya que se entiende que, justamente como mecanismo restaurativo y responsabilizador, el mismo proceso de mediación facilita una evolución de este, por lo tanto, entendemos que es posible un reconocimiento gradual y que la vinculación de la persona a los daños causados puede darse de diversas formas.

En este sentido el artículo 15.a de la LEVID exige al infractor, para su participación que «*haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad*», frente a la expresión del reconocimiento de «*elementos fácticos básicos del caso*» del artículo 12.c de la Directiva. En la práctica un reconocimiento genérico suele ser suficiente siendo como es obvio más sencilla la derivación de aquellos casos en los que existe un reconocimiento de hechos o flagrancia.

Por otra parte, aunque íntimamente ligada a esta cuestión la LORPM establece que los progenitores consientan la medida, pese a que se reconozca importancia inicialmente al consentimiento de la persona menor de edad. Frente al riesgo de un falso reconocimiento en la cuestión previa o la implicación que pudiera tener en el proceso, en este caso preocupan las presiones que puedan ejercer los progenitores sobre la persona menor de edad, habida cuenta del impacto que podría tener su participación en el proceso judicial (o por los propios intereses de los progenitores que también pueden ser variados). Y es que la participación no voluntaria de cualquier persona en los mismos, además de ser contraria a sus principios, vacía de contenido las medidas siguientes dado que no permitirá un diálogo productivo y tampoco facilitará, en su caso, el cumplimiento de lo acordado. En este sentido, pese a que la Recomendación (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Reglas Europeas para Infractores Juveniles entiende que debe darse prioridad a métodos de gestión de conflictos restaurativos utilizándose solamente como último recurso los sistemas disciplinarios más formales, debe asegurarse esta participación libre y real de la persona menor de edad.

Para ello resulta de utilidad acudir al párrafo 57 de la Observación General n°10 que establece que:

El término “obligado” debe interpretarse de manera amplia y no limitarlo a la fuerza física u otra vulneración clara de los derechos humanos. La edad o el grado de desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión por parte del niño, el temor a consecuencias desconocidas o a una presunta posibilidad de prisión pueden inducirle a confesar lo que no es cierto. Esa actitud puede ser aún más probable si se le promete una recompensa como “podrás irte a casa en cuanto nos digas la verdad”, o cuando se le prometen sanciones más leves o la puesta en libertad.

Si abordamos la delincuencia juvenil desde la perspectiva de las necesidades e intereses de la infancia, cabría incluso plantearse si tendría cabida hablar también en este contexto de la posible utilidad del defensor judicial o figura análoga, reconocida para víctimas menores de edad, entre otras, por el Estatuto de

la Víctima de 2015 en su artículo 26. La justificación de esta se encuentra en el posible conflicto de intereses entre víctima y progenitores, sabiendo que en la victimización infantil la persona ofensora forma parte, en muchas ocasiones, del entorno cercano de la víctima pudiendo dificultar una adecuada protección de estos intereses por parte de los progenitores. Si se plantea la delincuencia juvenil incorporando las carencias que han podido facilitar que la persona menor de edad quede en esta situación, podríamos reunir en algunas ocasiones, en un mismo sujeto, las figuras de ofensor y víctima. Si bien como ofensor tendrá que responder de las consecuencias de sus actos y los daños causados, podría encontrar justificación una mayor protección de sus intereses.

Pese a ello, sin incorporar esta perspectiva de infractor menor de edad como posible víctima, podría igualmente justificarse como medida de adaptación del sistema de justicia a la participación real de la persona menor infractora, no estando esta obligatoriamente ligada a una supervisión por parte de sus progenitores en la toma de decisiones y evitando los conflictos de intereses que podría darse repercutiendo en posibles presiones y asegurando de manera profesional los apoyos adecuados en la toma de decisiones.

Si bien podría señalarse al rol de la abogada o el abogado de la persona menor de edad para realizar esta tarea de intermediación y apoyo en la toma de decisiones, así como supervisión del interés superior de la persona menor de edad³³, ello exigiría una formación más profunda y específica en infancia, participación, comunicación e incluso género y victimización en su caso, elementos que afectan profundamente a la toma de decisiones y la definición de los intereses de cada persona, afectando a su vez en la valoración de si estos intereses son compatibles con el interés superior de la persona menor de edad.

2.2.2. La satisfacción de los intereses de las víctimas adultas

Dado que la reparación en el sistema de justicia juvenil no debe separarse de su carácter educativo, siendo esta su justificación en la LORPM existe una complejidad añadida en la forma de reparar que no puede limitarse únicamente a la *estricta* reparación de la víctima. Debe, además de la responsabilización, permitir a la persona infractora una «*ampliación de su repertorio conductual*»³⁴.

Son por tanto dos las cuestiones a tener presentes para asegurar los intereses de las víctimas adultas: garantizar su seguridad y su no instrumentalización.

Respecto a la primera cuestión, como hemos visto, una de las medidas de protección existentes en el sistema de justicia juvenil frente a la víctima, es que se reconocen como requisitos para la participación en procesos restaurativos el

³³ Bernuz Beneitez, M. J. (2014a). La legitimidad de la justicia de menores: Entre justicia procedimental y justicia social, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1., p. 18 y ss.

³⁴ Sancha Mata, V. (2001). Reparación extrajudicial del daño en el ámbito del derecho penal de menores, *Eguzkilore*, n°15, p. 155.

reconocimiento del daño por parte de la persona infractora, de forma que la víctima únicamente participaría con menores responsabilizados. Desde esta medida cobra mayor importancia la cuestión que se señalaba previamente, y es que se tiene que garantizar una participación real de las personas menores de edad infractoras, para que esta responsabilización no se encuentre viciada. Pese a que el reconocimiento del daño puede ser en un inicio parcial, debería ser suficiente para que sea posible, por medio del proceso de mediación, para avanzar hasta un punto suficiente en el que se dé la reparación en su caso.

Resulta para ello esencial hacer referencia a una evaluación de la adecuación del caso para que le sea aplicable una herramienta restaurativa. Podemos basarnos para ello en los propuestos por SOLETO MUÑOZ:

Capacidad y actitud del agresor; buena fe y capacidad de asumir la responsabilidad, valorable por los distintos operadores, como son los miembros del tribunal que realiza la remisión, el mediador, los equipos psicosociales; capacidad y actitud de la víctima; adecuación del instrumento en sentido estricto; no reincidencia; participación de las partes adecuadas; participación de terceros; y eficacia del instrumento³⁵.

Por su parte, respecto a la no instrumentalización, deberá incorporarse la perspectiva de la víctima a todo el proceso, permitiendo un equilibrio entre los diferentes intereses. Puede jugar un rol esencial en esta labor la propia víctima, con la que tendrá que trabajarse previamente el reconocimiento de la persona menor de edad como interlocutor válido en la gestión de su conflicto a fin de garantizar un equilibrio entre las partes. Una aproximación paternalista por parte de la víctima al encuentro puede frustrar la adecuada búsqueda de intereses de esta y facilitar este desequilibrio. En este caso se busca una dinámica de co-participación en la que en ningún caso deber recaer sobre la víctima la responsabilidad de mantener en el proceso un equilibrio entre las partes (siendo responsabilidad de las personas facilitadores, resaltando la importancia de su rol).

En este sentido, la LO 8/2006 ya mencionada, que modificó parcialmente la LORPM señala que:

El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido [...]. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional.

³⁵ Soletto Muñoz, H. (2013b). Justicia Restaurativa en Europa: Sus Orígenes, Evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 sobre los Derechos, Apoyo y Protección de las Víctimas de Delitos. En *Acceso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação. A delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos*. Multideia, Curitiba, pp.147.

Esto es además plenamente coherente con lo señalado por el Comité de los Derechos del niño que señala como prioritario el interés superior de la persona menor de edad sin ser por ello ni una prioridad absoluta ni tampoco excluyente de otros intereses en el párrafo 71 de la Observación General n°12 (2012): El derecho del niño a ser escuchado.

En este sentido, resulta importante que la víctima cuente con una adecuada preparación y unos apoyos suficientes a lo largo del proceso restaurativo para una correcta comunicación con la persona menor de edad. La víctima debe ser acompañada adecuadamente para conocer las posibles limitaciones de la persona menor de edad y poder realizar una valoración libre y adecuada del grado de satisfacción de sus intereses, a la luz de todos los elementos previos.

Finalmente, en esta misma línea, no debe recaer sobre la víctima la responsabilidad de que la reparación tenga carácter educativo para la persona menor de edad. Es importante que se delimite claramente que, si bien este puede ser un interés de la víctima, no tiene por qué serlo obligatoriamente y por tanto no recaen en la víctima el deber de amoldar sus intereses a este objetivo que podría destacarse como interés del sistema de justicia o si se prefiere de la comunidad, en cuando a su relación con la reinserción de la persona menor de edad infractora. Esto debe quedar especialmente claro para la víctima, a fin de no desvirtuar el proceso³⁶.

2.2.3. *La participación real y satisfacción de los intereses de la víctima menor de edad*

En este caso se suman dos de las complejidades ya trabajadas previamente: por una parte, deberá garantizarse la participación real de la víctima menor de edad, y por otro supervisar adecuadamente la satisfacción de sus intereses. No será de especial apoyo la regulación existente en este sentido ya que tanto la LORPM como el RD 1774/04 hacen escasas menciones a la víctima menor de edad, supliendo las especificidades de la participación de víctimas menores de edad con el consentimiento de los progenitores.

El artículo 19.6 LORPM simplemente señala, respecto a la conciliación y reparación, que «*En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores*».

Algo más inclusiva resulta la redacción del RD 1774/04 que establece en el artículo. 5.1.d que «*Si la víctima fuese menor de edad o incapaz, este consentimiento deberá ser confirmado por sus representantes legales y ser puesto en conocimiento del juez de me-*

³⁶ Es como es obvio, al igual que en todo proceso restaurativo deberá la persona facilitadora mantener el diálogo o en el encuentro en su caso en un entorno seguro, debiendo asegurar en todo momento la ausencia de deseos vindicativos por parte de la víctima (elemento que debe ser trabajado ya en el momento de valoración de la idoneidad de la práctica).

nores competente», permitiendo interpretar que el consentimiento deberá ser dado por la víctima pese a requerir de la confirmación por parte de los progenitores. A diferencia de lo que sucede respecto a la toma de decisión de la persona menor de edad infractora, se exige la aprobación del juez de menores.

Parece en este caso innegable la necesidad de acudir a la figura del defensor judicial antes mencionada, y recogida en el artículo 26 del Estatuto de la víctima incorporando una matización similar a la que ya se mencionaba previamente, y es que el Estatuto de la víctima prevé esta figura en caso de existir un conflicto de intereses entre víctima y progenitores. No consideramos que sea necesario este conflicto de intereses ya que la motivación que aquí se defiende es permitir a la persona menor de edad un apoyo profesional que permita, efectivamente, su participación real. Si bien por supuesto los progenitores pueden ser un apoyo esencial en la toma de decisiones, difiere de la figura que estamos defendiendo que debería contar con una formación específica en este caso sí en infancia, victimización, participación y en su caso género para poder realizar una adecuada valoración del interés superior de la persona menor de edad y desde esta brindarle a la persona los apoyos necesarios³⁷. Se trata de algo más que el derecho de acompañamiento del artículo 20 de la Directiva 29/2012/UE y está vinculado al derecho al apoyo, la información y la dignidad.

Si como se ha visto hasta ahora, la atención a los intereses de las víctimas adultas ha sido una lucha especialmente marcada en los últimos años, que sigue dándose en la actualidad, puede afirmarse la ausencia de una rigurosidad suficiente en lo relativo a la atención de los intereses de las víctimas menores de edad. En este sentido, al igual que ha venido sucediendo con las víctimas adultas, se ha reducido a una definición genérica y superficial, que no atiende a las necesidades específicas de la víctima y que en este caso tiene especial facilidad para difuminarse dentro del ambiguo interés superior de la persona menor de edad. Además, el impacto que tiene la victimización en la infancia (diferencia de la que se da en la adultez), la necesidad de una especial protección y la sinergia de estas en la detección de intereses de la víctima.

Los tiempos procesales distan mucho de los tiempos de las víctimas en las que además tendrá un alto impacto el significado atribuido por la víctima al hecho delictivo. Estos elementos, entre otros, dificultan tanto la detección de los intereses por parte de la víctima como la valoración de estos atendiendo a lo expuesto respecto al interés superior de la persona menor de edad (valoración en la que además tendrá especial importancia la satisfacción de intereses en corto, medio y largo plazo).

Por ello, como elemento previo para valorar la participación de la víctima menor de edad en procesos restaurativos deberá realizarse una valoración

³⁷ Es decir, requiere una revisión de esta figura para que pudiese cumplir con el mencionado objetivo. Una alternativa a esta sería el rol de la abogada o abogado de la víctima, que en todo caso requeriría también de una profunda revisión.

de la adecuación de la herramienta al caso concreto, como ya se ha señalado anteriormente.

De manera previa, en el caso de la infancia, habrá que valorar si efectivamente existe algún interés que la víctima pueda satisfacer en este proceso restaurativo. Dado que las repercusiones del hecho delictivo pueden ser distintas en funciones de numerosos factores y especialmente de las circunstancias específicas de la víctima, sumado a la complejidad que reviste en estos casos el significado atribuido al hecho delictivo, que a su vez afectará inevitablemente a los intereses de la víctima, este planteamiento requiere de una profunda valoración realizada por expertos que a su vez esté ligada al interés superior de la persona menor de edad como ya se ha señalado.

Superada esta primera valoración y en caso de ser positiva, GAL propone elementos específicos que deberán incorporarse a la valoración de la idoneidad del uso de prácticas restaurativas, en caso de participación de personas menores de edad:

- Si existe un riesgo de culpabilización y manipulación de la víctima durante el proceso;
- Si la víctima está preparada para tener un encuentro directo, y, si es así, qué medidas se pueden tomar para asegurar el bienestar del menor durante el encuentro;
- Si existe un apoyo adecuado para la víctima;
- Si es probable lograr un plan de seguridad convincente;
- Si existe un alto riesgo de revictimización por el proceso³⁸.

Estos elementos confunden dos adecuaciones diferentes: la adecuación *de* la herramienta y la adecuación *en* la herramienta. Con la primera lo que se pretende es valorar si el uso de la herramienta es adecuado al caso concreto; con la segunda, adecuamos la herramienta a necesidades específicas, en este caso de la víctima menor de edad. Esta es coherente con lo establecido por la Recomendación (2018)8, según la cual «*Los servicios de justicia restaurativa deben ser lo más inclusivos posible. Se debe aplicar cierta flexibilidad para que pueda participar el mayor número de personas posible*».

Además, la participación deberá ser real, lo que será ampliamente facilitado por una correcta adecuación *en* la herramienta. Resulta interesante acudir a los niveles de participación de la infancia establecido por HART: la participación manipulada, la decorativa, la simbólica, la asignada pero informada, la participación con información y consulta, las decisiones iniciadas por personas adultas con un desarrollo dialogado con la infancia y finalmente las decisiones iniciadas por la in-

³⁸ Gal, T. (2019). Justicia Restaurativa inclusiva con menores: Heurística para profesionales. En *Justicia Restaurativa: Una justicia para las víctimas* (Dir. Soletto Muñoz y Carrascosa Miguel), Tirant lo Blanch, Madrid, pp. 562-563.

fancia (dirigida por esta o con desarrollo dialogado con el colectivo adulto)³⁹. En este caso son especialmente riesgosas la participación simbólica y la asignada pero informada, en la que la participación de la víctima no sería real, y por tanto no podrían asegurarse la satisfacción de los intereses. Se requiere de una participación informada, consultada y libre para iniciarla y terminarla, en la que la víctima no solamente sea escuchada, sino que sus intereses tengan relevancia en el desarrollo y fin de la práctica. Cuestión de debate sería la profundidad de la comprensión tanto de la práctica como su alcance. Si bien no es necesario establecer un mismo nivel de profundidad para todas las personas, sí es necesario asegurar, al menos, los elementos antes señalados. De lo contrario, no estaríamos ante una participación real sino ante una instrumentalización de la víctima y por tanto no podrá salvaguardarse su reparación (además de suponer una vulneración de sus derechos).

La valoración por tanto que se puede hacer de la reparación de la víctima menor de edad en el proceso en la actualidad no resulta satisfactoria, ya que se encuentra relegada a un segundo plano y no se observan en la regulación medidas suficientes para asegurar una correcta participación, dependiendo por tanto del enfoque que aplique cada profesional en la práctica. Pese a tener el sistema plena consciencia de los derechos de la infancia, su enfoque a la defensa del interés de la persona menor de edad invisibiliza parcialmente a la víctima menor de edad y corre un riesgo de instrumentalización aun mayor que las víctimas adultas en este sistema.

Merece ser señalado además que esto no se ha visto abordado de manera suficiente en la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Si bien hace alusión en repetidas ocasiones a la reparación de la víctima, alude principalmente a poner en marcha mecanismos para la detección de la violencia y a fin de evitar la victimización secundaria. Resulta insuficiente el acercamiento que hace a esta en el art. 11, relativo al derecho de las víctimas a ser escuchadas, en el que vincula este derecho a la reparación de las víctimas, señalando que su restricción deberá motivarse y podrá darse solamente cuando sea contrario al interés superior.

3. CONCLUSIONES

Así, podemos concluir brevemente que contamos en la actualidad con un sistema de justicia juvenil que permite un contexto idóneo para su aplicación desde un prisma restaurativo, brindando mayor espacio a la satisfacción de los intereses de las víctimas. Sin embargo, debemos ser conscientes de los principios de este sistema y que una interpretación excesivamente limitada de los mismos puede llevar a una desvirtualización de lo que realmente supone la reparación a la víctima.

³⁹ Hart, R. (1992). Children's participation from tokenism to citizenship. *UNICEF International Child development Centre, Innocenti Essays*, n° 4.

La evolución del sistema que se refleja en sus sucesivas modificaciones otorga en la actualidad un lugar a la víctima que, atendiendo a lo reflejado por la norma, podría ser calificado como satisfactorio. Pequeñas victorias como son la acusación particular, el sistema de acumulación de acciones civiles y penales, el sistema de responsabilidad económica en cascada o la existencia estructuras claras para la conciliación y reparación de la víctima podría hacer pensar que la situación de esta es plenamente adecuada y respetuosa con sus derechos e intereses.

Encontramos diversos mecanismos que permiten una reparación económica y no económica de la víctima, y se puede señalar además un rol esencial del Equipo Técnico a quien se le encomienda evaluar en cada caso la adecuación de las posibles medidas, y en su caso participar en ellas como eje facilitador. Sin embargo, cuando se analiza desde la perspectiva de la víctima, se observa una brecha significativa entre lo que refleja la norma y la implicación que tiene su práctica en la reparación a las víctimas.

La raíz de estas carencias se encuentra en la fundamentación de las medidas reflejadas en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor que centra su atención en que la respuesta hacia la persona menor de edad infractora responda a un carácter educativo-sancionador, dejando en realidad en un segundo plano la reparación a la víctima que se recogerá casi como consecuencia positiva secundaria a las medidas educativas impuestas a la persona infractora.

Ello no vacía plenamente de contenido las medidas reflejadas que, si bien en situaciones concretas pueden resultar limitantes y favorecer la desvirtualización de su enfoque restaurativo, son en realidad plenamente coherentes con los principios restaurativos y por tanto permiten alcanzar de mejor manera, en su caso, la satisfacción de los intereses de las víctimas. La responsabilización, la reparación, la importancia de la comunidad en la comprensión y gestión del conflicto, la atención a intereses, etc., son todos ellos elementos compartidos por el sistema de Justicia Juvenil y la Justicia Restaurativa. Sin embargo, la flexibilidad a la Justicia Restaurativa, junto a la que también encontramos en el sistema de justicia juvenil puede convertirse en un riesgo que se observa en nuestro sistema y es la desvirtualización de la primera en su incorporación al sistema de justicia juvenil. Esto no responde a una incompatibilidad o incoherencia entre ambas sino a que se aplican los mecanismos restaurativos dando prioridad a los principios del sistema de justicia juvenil, quedando casi como accesorios los de la Justicia Restaurativa, y perdiendo con ello la perspectiva de las víctimas.

Para poder encontrar este deseado equilibrio entre ambas justicias, es importante tener presentes ciertos riesgos y oportunidades. En este sentido, es esencial abordar las herramientas que nos brinda la LORPM desde la perspectiva de la víctima trayendo al centro del diálogo sus intereses. Como se ha visto, es posible encontrar respuesta que incorporen armoniosamente tanto el interés superior de la persona menor de edad como los intereses de las víctimas, todo ello equilibrando adecuadamente una responsabilización de la persona infractora ante los

daños causados y una reparación de las víctimas (dando igualmente una respuesta a la comunidad). La posibilidad de alcanzar estos objetivos no es desde luego sencilla, ya que requiere una profunda preparación de todas las partes inmersas en diferentes direcciones. En primer lugar, será necesario detectar los intereses de las partes y, cuando éstas sean menores de edad, será necesario además incorporar en esta valoración el interés superior de la persona menor de edad excluyendo intervenciones paternalistas innecesarias. En segundo lugar, se tendrá que garantizar una participación real de todas las partes inmersas a fin de desvirtuar o instrumentalizar las herramientas restaurativas. Conlleva no solamente una valoración previa, sino también una supervisión de adaptación de la herramienta al caso concreto y a las circunstancias de las personas participantes.

Ello supone por tanto una inversión de recursos y tiempo que nos permiten desconfiar de aquellas respuestas que se den de manera excesivamente rápida, pudiendo responder a una instrumentalización de estas herramientas teniendo como fin principal la agilización procesal.

Sin embargo, este compromiso con el sistema de justicia es necesario no solamente por alcanzar una justicia de mayor calidad, sino también, nuevamente atendiendo a los intereses de las víctimas, a fin de evitar una victimización secundaria. Una estructura que permita un desequilibrio notorio para las víctimas de personas menores de edad puede provocar un alto nivel de desconfianza y abandono.

Finalmente es necesario señalar que, si bien se ha aludido a numerosos elementos de control a fin de poder valorar los intereses y la participación de las víctimas en los procesos restaurativos, la flexibilidad señalada en ambas justicias hace compleja su estandarización. Existe de hecho un riesgo en recurrir a una regulación excesivamente rígida que podría llegar a vaciarlas de sentido, especialmente en el caso de la Justicia Restaurativa. Es por ello que se vuelve a hacer mención a la importancia de incorporar diferentes perspectivas en la interpretación de las regulaciones. No se trata tanto, salvo en puntos concretos, de una modificación de la normativa sino una interpretación acorde a los principios de la Justicia Restaurativa y desde la perspectiva de las víctimas, que incorpore adecuadamente los intereses de estas. Además, se percibe la necesidad de abandonar algunas posturas adultocentristas que reducen la participación de las personas menores de edad a un pseudo-participación, debiendo impulsarse auténticos procesos participativos con todas las garantías.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Ramos, F. (2013). La participación de la víctima en la justicia restaurativa juvenil. En *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Deusto Digital, Bilbao, pp.257-276.

- Arnaiz Serrano, A. (2006). *Las partes civiles en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia
- Bernuz Beneitez, M. J. (2001). La conciliación y la reparación en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la justicia de menores, *Revista de Derecho Penal y Criminología* n°8, 263-294.
- Bernuz Beneitez, M. J. (2014a). La legitimidad de la justicia de menores: Entre justicia procedimental y justicia social, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1., p. 18 y ss.
- Bernuz Beneitez, M. J. (2014b). Las posibilidades de la Justicia Restaurativa en la justicia de menores (española), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-14, pp. 1-27.
- Campoy Cervera, I. (2006). *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*. Dykinson, Madrid.
- Daly, K. (2017). Sexual violence and victims' justice interests. En *Restorative Responses to Sexual Violence. Legal, Social and Therapeutic Dimensions* (Dir. Zinsstag y Keenan) Routledge, New York.
- De la Rosa Cortina, J. M. (2017). *Responsabilidad por delitos cometidos por menores: Última jurisprudencia*. Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas.
- Dünkel, F. (1991). Mediación delincuente-víctima y reparación de los daños. En F. Dünkel & J. Zermatten, *Nuevas tendencias en el derecho penal de menores*. Dirección General de Protección Jurídica del Menor, Madrid.
- Fernández Fustes, M. D. (2013). La mediación penal en el proceso penal de menores. En H. Soletto Muñoz, *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, 2º (Dir. Soletto Muñoz), Tecnos, Madrid.
- Fernández Fustes, M. D. (2019). Desistimiento en supuesto de delitos leves y conformidad con manifestaciones de Justicia Terapéutica. En E. *Hacia un proceso penal más reparador y socializador: Avances desde la justicia terapéutica*, (Dir. Pillado González), Dykinson, Madrid, pp. 91-124.
- Gal, T. (2019). Justicia Restaurativa inclusiva con menores: Heurística para profesionales. En *Justicia Restaurativa: Una justicia para las víctimas* (Dir. Soletto Muñoz y Carrascosa Miguel), Tirant lo Blanch, Madrid, pp. 579-566.
- Garcías, C., y Del Moral Blasco, C. (2017). *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*. Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.
- Garzón Valdés E. (2004). Desde la “modesta propuesta” de J. Swift hasta las “casas de engorde”. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños. En *Derecho de los niños. Una contribución teórica* (Dir. Fanlo) Fontamara, México.
- Guzmán Fluja, V. (2008). La responsabilidad civil en el proceso penal de menores. En *Proceso penal de menores* (Dir. González Pillado). Tirant lo Blanch, Valencia, pp.283-334.
- Hart, R. (1992). “Children’s participation from tokenism to citizenship”. *UNICEF International Child development Centre, Innocenti Essays*, n.º 4.
- Jimeno Bulnes, M. (2019). Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias. En H. Soletto Muñoz & A. Carrascosa Miguel, *Justicia Restaurativa: Una justicia para*

- las víctimas* (Dir. Soletto Muñoz y Carrascosa Miguel), Tirant lo Blanch, Madrid, pp.95-148.
- López-Terradas Paniagua, M. (2019). La reparación en el proceso de menores. En *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia* (Dir. Soletto Muñoz y Grané Chavez), Dykinson, Madrid, pp.489-514.
- Moreno Catena, V. (2010). *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ochaíta Alderete, E., & Espinosa Bayal, M. Á. (2004). *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes*. McGrawHill, Madrid.
- Perulero García, D. (2012). Hacia un modelo de Justicia Restaurativa: La mediación penal. En *Sobre la mediación penal: Posibilidades y límites en un entorno de Reforma del proceso penal español* (Dir. Garcíandía González y Soletto Muñoz), Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 69-90.
- Revilla González, J. A. (2008). La víctima y el menor infractor. En *El proceso penal de menores* (Dir. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia, pp.75-112.
- Sancha Mata, V. (2001). "Reparación extrajudicial del daño en el ámbito del derecho penal de menores", *Eguzkilore*, nº15, pp. 153-165.
- Soletto Muñoz, H. (2013a). Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España. En *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Deusto Digital, Bilbao, pp.77-106.
- Soletto Muñoz, H. (2013b). Justicia Restaurativa en Europa: Sus Orígenes, Evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 sobre los Derechos, Apoyo y Protección de las Víctimas de Delitos. En *Acceso à jutsiça, jurisdição (in)eficaz e mediação. A delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos*. Multideia, Curitiba, pp.115-152.
- Soletto Muñoz, H. (2019). Justicia Restaurativa para la mejor reparación de la víctima. En *Justicia Restaurativa: Una justicia para las víctimas* (Dir. Soletto Muñoz y Carrascosa Miguel) Tirant lo Blanch, Madrid, pp.491-520.
- Soletto Muñoz, H., y Grané Chavez, A. (2018). *La eficacia de la reparación a la víctima en el procesal penal a través de las indemnizaciones*. Dykinson, Madrid.
- Soletto Muñoz, H., Oubiña Barbolla, S., Jullien de Asís, J., Grané Chavez, A., Diges Junco, M., Pérez-Mata, N., & Fiodorova, A. (2021). *Obstáculos que enfrentan las víctimas de delito sexual en las etapas del proceso penal. Informe Nacional España*. [Proyecto Europeo Re-Treat (Reshaping treatment approaches towards victims of sexual violence within criminal proceedings)]. Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Burgos.
- Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Good Books, New York.

CAPÍTULO IX

CIBER VIOLENCIA DE GÉNERO Y MENORES

MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN MENORES DE EDAD. 2. LA CIBER VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU PREOCUPANTE EXPANSIÓN ENTRE ADOLESCENTES. 3. LA CIBER VIOLENCIA CONTRA MUJERES Y NIÑAS DESDE LA PERSPECTIVA DE INFORMES INTERNACIONALES. 4. TIPOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ENTORNOS VIRTUALES. 5. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL ENTRE ADOLESCENTES CON ESPECIAL INCIDENCIA EN LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA. 6. ¿ES LA MEDIACIÓN EL CAMINO?.

1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN MENORES DE EDAD

La Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, manifiesta la voluntad política de dar respuesta a una nueva realidad social cada vez más sensibilizada con los problemas que emanan de este tipo de desigualdades e implica un punto de inflexión en la lucha contra «el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad»¹. No obstante, la tradicional y arcaica desigualdad basada en el género no se combate tan solo a golpe de BOE. Transformar los hábitos y la mentalidad de una sociedad es algo que escapa, en buena medida, de lo que se dispone en una determinada norma, o de las posibles sanciones que esta pueda imponer. Este cambio ha de venir necesariamente acompañado de una educación en valores que huya de determinados estereotipos anclados en la sociedad. Lograr una sociedad libre de violencia contra la mujer implica el cambio de un modelo social y cultural no solo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista social. Ha de diseñarse un nuevo modelo de sociedad respetuoso con los derechos fundamentales de las mujeres no solo en lo que atiende a su dignidad e integridad física y

¹ Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

moral, sino también en el reconocimiento de todos aquellos derechos que históricamente eran de titularidad exclusiva de los hombres.

Romper con una estructura social de discriminación, en la que era común silenciar la violencia contra la mujer cometida en el seno de la familia, tenía que partir de una ley que reforzara la protección a un colectivo que, como resultado de una determinada construcción sociocultural, fomentaba una estructura de sometimiento incompatible con el nuevo modelo de sociedad diseñado por la Constitución². Sin lugar a dudas, uno de los instrumentos más efectivos para combatir esta lacra social es la educación y en esta línea se mueve la Ley de Protección Integral cuando en su artículo 7³ apunta la necesidad de que el profesorado reciba una formación específica de cara a la prevención de la violencia de género promocionando la educación en igualdad y en la necesaria detección precoz de comportamientos violentos en el marco familiar. No obstante, si bien la Ley ofrece un marco adecuado para potenciar los instrumentos educativos en igualdad, lo cierto es que la violencia ejercida sobre mujeres víctimas de menores de 18 años sigue latente y se ve intensificado por las nuevas formas de violencia que se ejercen a través de las nuevas tecnologías⁴. Ciertamente, para comprender las características de la adolescencia actual es imprescindible tener en cuenta cómo es su relación con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Esta forma de comunicación está suponiendo un nuevo reto, ya que a la dificultad intrínseca de la violencia de género se une el empleo de estas tecnologías que funcionan como vehículo habitual de comunicación, también para llevar a cabo

² Gisbert Grifo, S., y Martínez García, E., *Género y Violencia*, (2016). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 15.

³ Literalmente se dispone que “Las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para que en los planes de formación inicial y permanente del profesorado se incluya una formación específica en materia de igualdad, con el fin de asegurar que adquieren los conocimientos y las técnicas necesarias que les habiliten para: a) La educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia. b) La educación en la prevención de conflictos y en la resolución pacífica de los mismos, en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social. c) La detección precoz de la violencia en el ámbito familiar, especialmente sobre la mujer y los hijos e hijas. d) El fomento de actitudes encaminadas al ejercicio de iguales derechos y obligaciones por parte de mujeres y hombres, tanto en el ámbito público como privado, y la corresponsabilidad de los mismos en el ámbito doméstico”.

⁴ Conforme a los datos que se extraen del estudio *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España*, Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad Centro de Publicaciones, el indicador más adecuado para comparar la situación de las jóvenes de 16-24 años en violencia de género en el ámbito de la pareja con el resto de las mujeres es la prevalencia de la que han sufrido durante los últimos 12 meses. Conforme a datos de 2019 “los resultados obtenidos en este sentido reflejan que la juventud incrementa el riesgo de todos los tipos de violencia evaluados: el 2,5% de las jóvenes que han tenido pareja en alguna ocasión han sufrido violencia física en dicho ámbito frente al 0,8% de las mujeres de 25 o más años; en violencia sexual los porcentajes son del 3,7% y del 1,1%, respectivamente; en violencia psicológica de control del 17,3% y del 5,9% y en violencia psicológica emocional, del 11,6% y el 5,0%. La violencia psicológica de control es especialmente frecuente entre las adolescentes: siendo del 20% en las mujeres de 16 a 17 años que han tenido pareja, para posteriormente ir disminuyendo conforme aumenta la edad: 16,9% para las mujeres de 18 a 24 años, 10,7% en la franja 25-29 años, 8,8% en la franja 30-34, etc”.

nuevas estrategias de ilícitos penales como el acoso que pasan a adquirir una nueva dimensión cuando se emplean los citados medios⁵.

Durante siglos el hombre ha experimentado el dominio sobre la mujer como una prueba más de su poder, un poder extraordinario que, en este caso, implica decidir sobre la vida, el cuerpo y la mente de otra persona. Ni siquiera el cambio de papel de la mujer, a lo largo del pasado siglo, que le permitió acceder a la independencia económica, social y sexual, ha puesto coto a este indeseable fenómeno. Así, el propio término «violencia de género» alude a un tipo de violencia que el hombre ejerce sobre la mujer no porque sea un ser humano biológicamente diferente, sino porque el concepto de mujer se enmarca en una determinada «idea construida y compartida socialmente»⁶. El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal diferenciado no ha estado exento de una fuerte polémica, no solo en el terreno social y político, sino, lo que es más preocupante, en el ámbito jurídico. Han sido múltiples las cuestiones de inconstitucionalidad que se han presentado contra la Ley de Violencia de Género, de tal forma que en pocas leyes el Tribunal Constitucional ha tenido tantas posibilidades de posicionarse sobre la constitucionalidad de una determinada norma. Ello nos lleva a sostener, sin temor a equivocarnos, que existen pocas normas en nuestro ordenamiento que sean más constitucionales que esta⁷.

El maltrato por violencia de género viene revestido de unas características propias que le hace radicalmente diferente a cualquier tipo de violencia a la que se haya podido enfrentar el Estado. En este contexto, confluyen elementos de la más variada índole, culturales, educacionales, sociales o jurídicos que revisten a este tipo de violencia de unas connotaciones verdaderamente complejas que traen causa de la inferior posición a la que tradicionalmente se ha colocado a la mujer en la sociedad, por el mero hecho de serlo⁸. Las motivaciones que llevan al agresor a ejercer este tipo de conducta no son las mismas que rodean una actitud violenta puntual de un hombre hacia una mujer o de una mujer hacia un hombre. La motivación, el objetivo que se persigue y, sobre todo, las consecuencias que padece la víctima hacen que no pueda ser asimilada a cualquier otro tipo de violencia interpersonal. La gravedad de esta violencia no se detiene solo en la agresión en sí, sino que trasciende a una actitud de intimidación con la que se pretende conseguir por el agresor una reacción por parte de la víctima de temor y subordinación, en base a una relación estructural basada en la desigualdad⁹.

⁵ Colás Turégano, A., (2016). Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica en *Menores y redes sociales: ciberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en red*, Cuerdo Arnau, M.L., (Dir^a), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 54.

⁶ Serrano Martínez, G., (2013). Violencia de Género: Poder y masculinidad en *Violencia de Género y Justicia*, Castillejo Manzanares, R., (Dir.), Ed. Santiago de Compostela, pág. 48.

⁷ Llorente Sánchez-Arjona, M. (2021). *Justicia con perspectiva de género. El nuevo paradigma en la lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Pamplona, pág. 26.

⁸ Fuentes Soriano, O., (2005). La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, *La Ley*, núm. 6362, 18 de noviembre de 2005, pág. 2.

⁹ La lucha por la erradicación de este tipo de discriminación, del que han dado buena cuenta numerosos textos internacionales, tiene como referente innegable a la Convención sobre la eliminación

Cuando nos enfrentamos al problema de la violencia de género los valores y objetivos esenciales que han de preservar los poderes públicos se identifican con la igualdad, la prohibición de discriminación y la dignidad de la persona que está en la base de ambos. Siempre que se comete un acto de violencia de género se está realizando una conducta profundamente discriminatoria que veja a la persona al colocarla en una situación de inferioridad por el hecho de pertenecer al sexo femenino. Esta razón ha de ser lo suficientemente potente como para impulsar a los poderes públicos a tomar las medidas que se estimen necesarias para frenar tan execrables conductas, si bien siempre conforme a los márgenes de la norma constitucional. Desde aquí volvemos a reclamar la necesaria revisión de la Ley Orgánica 1/2004 en lo que hace a su ámbito de aplicación, así como la necesidad de acomodar sus parámetros al Convenio de Estambul¹⁰. Nuestra Ley actual se ciñe al ámbito familiar y no abarca una violencia de género entendida en su sentido amplio, lo que permite cuestionar su dimensión de integral, ya que el fenómeno de la violencia de género no se contempla desde todas las perspectivas. Urge una revisión de nuestra Ley en este aspecto que coincida, finalmente, con lo reiteradamente demandado por las instancias internacionales.

Llegados a este punto resta por resolver la interrogante de si los menores pueden ser autores o víctimas de este tipo de violencia que no exige convivencia, pero sí el mantener una relación de afectividad. Esta cuestión fue abordada, en su momento, por la Fiscalía General del Estado en su Circular 6/2011¹¹ concluyendo que la víctima menor de edad está incluida en el marco de protección de la Ley integral, así como las relaciones de noviazgo que trascienden «de los meros lazos de amistad, afecto y confianza». Ahora bien, sentada la premisa que las relaciones entre menores puedan integrarse dentro del concepto de violencia de género como todo ataque de tipo físico, sexual o psíquico cometido de respecto del menor hacia la menor¹², lo cierto es que presenta ciertas particularidades que han sido convenientemente puestas de manifiesto por la Doctrina¹³. En lo que hace a la posibilidad de ser víctima de este tipo de violencia no se establece ninguna limitación en función de la edad de la menor agredida, ya que, conforme a lo que se dispone en el artículo 17 de la Ley

de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) que, a través de sus treinta artículos, consolida una verdadera Carta internacional de derechos humanos para las mujeres. La Convención consagra en su artículo 1 una definición bastante amplia de la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

¹⁰ En este sentido, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, aprobado en septiembre de 2017, contempla entre sus medidas el ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul. No obstante, a día de hoy, esta ansiada reforma no se ha producido.

¹¹ Circular de la Fiscalía General de Estado 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

¹² Correa García, R.I., (2012). Violencia y medios en *Violencia escolar y de género: conceptualización y retos educativos*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, pág. 180.

¹³ Vid., Pillado González, E., Grande Seara, P., (2016). *La justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Orgánica 1/2004 «todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley». Por su parte, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de *protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*¹⁴, modifica la Ley Orgánica 1/2004 añadiendo un nuevo apartado 4 al artículo primero estableciendo expresamente que la violencia de género comprende también la que, con el objetivo de causar daño a las mujeres, se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad. Por tanto, las menores pueden sufrir victimización de género de menor a menor o en su entorno familiar por su progenitor o por la pareja de su madre.

El caso es distinto cuando nos referimos a los agresores a los que se les aplica el régimen específico de la Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor¹⁵ desde los catorce hasta los dieciocho años, ya que los menores de catorce años son inimputables por expreso mandato legal. De esta forma, si el menor agresor se halla en la franja de edad de los 14 a los 18 años en el momento de comisión de los hechos, estará sometido a la Ley Orgánica 5/2000 que recoge unas previsiones adaptadas a la edad y circunstancias del menor infractor. Por consiguiente, las previsiones de la Ley Orgánica 1/2004 se aplican a todas las mujeres víctimas de violencia de género sin importar su edad, así como a los agresores mayores de edad, mientras que los menores agresores se regirán por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000. Se hará necesario compatibilizar las medidas de protección a la víctima menor de edad recogidas en la ley de protección integral con medidas de intervención con contenidos educativos enfocada a los menores agresores y con la posible utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos como la mediación¹⁶ que se han demostrado idóneos en el entorno de la delincuencia juvenil. Este capítulo se va a centrar en la violencia ejercida de menor a menor y, dentro de esta, por considerar verdaderamente alarmante la escalada de aumento que es está experimentando, nos circunscribiremos a la desarrollada a través de las nuevas tecnologías.

2. LA CIBER VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU PREOCUPANTE EXPANSIÓN ENTRE ADOLESCENTES

La sociedad de la información y las nuevas tecnologías han cambiado la realidad de nuestro tiempo y la forma de relación entre las personas. Las nuevas

¹⁴ BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021. El artículo 29 hace referencia expresa a la violencia de género en el ámbito familiar estableciendo la obligación de las administraciones públicas de “prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género”, así como que la actuación de estas administraciones ha de producirse de “forma integral, contemplando conjuntamente la recuperación de la persona menor de edad y de la madre, ambas víctimas de violencia de género”.

¹⁵ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

¹⁶ Cervelló Donderis, V. (2016). Violencia de género juvenil en *Menores y redes sociales: cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en red*, cit., pág. 25.

tecnologías de la información y de la comunicación, las conocidas como TIC, han revolucionado la manera de entender las relaciones interpersonales; así, espacios virtuales, formas de comunicación como WhatsApp, correos electrónicos o redes sociales como Facebook, Instagram o Tuenti, se han convertido en un contexto de socialización cada vez más frecuentado y consumido en la sociedad actual¹⁷, especialmente entre la población más joven. Es muy común entre los menores de edad el uso de estas nuevas tecnologías para mantener una permanente comunicación con su pareja y, desafortunadamente, es igualmente común que lo que comienza como una relación afectiva mutuamente aceptada acabe en conductas de acoso y control características de la violencia de género, sin que sus protagonistas lleguen a ser verdaderamente conscientes de ello¹⁸. Ya, en su momento, la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2013, constataba el aumento de denuncias por amenazas, vejaciones o coacciones a través de redes sociales o WhatsApp, imputables a la «devaluación de los valores de la intimidad y la privacidad, consecuencia del culto narcisista de la propia imagen que caracteriza la sociedad actual, así como la nula conciencia sobre las consecuencias de tales comportamientos», actuaciones que, lamentablemente, han experimentado un inquietante incremento, a nivel mundial, durante el confinamiento a causa de la pandemia COVID-19.

Además, las nuevas formas de relacionarse entre los menores a través de las nuevas tecnologías, ha hecho emerger una nueva modalidad de parejas llamadas relaciones cibernéticas o “ciber relación” o “amor 2.0”, caracterizadas por una falta absoluta de contacto físico desarrollándose toda la relación a través de un ordenador. La posibilidad de aplicar a este tipo de parejas el concepto de violencia de género ha sido abordada por un sector de la Doctrina que se muestra partidario en incluir este tipo de relaciones en el ámbito de protección de la Ley Orgánica 1/2004¹⁹. No hay que descartar que en este tipo de relaciones pueden producirse situaciones de amenazas, coacciones, acoso, vulneración del derecho a la intimidad...

Ciertamente, la velocidad a la que avanza Internet y las nuevas tecnologías es vertiginosa, adquiriendo una extraordinaria importancia en el progreso de la sociedad y de las personas que lo conforman que, para no pocos especialistas, está generando

¹⁷ Verdejo Espinosa, M.A., (2015). *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales. Análisis y herramientas de prevención*, Ed. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, apunta que “España cuenta con una población online de 23 millones de personas. El 73% de esta población utiliza activamente las redes sociales. Un 73% dice que accede a las redes desde todos los dispositivos, el 68% únicamente desde ordenador (PC o portátil), el 46% desde smartphone y el 21% desde tablet. Por importancia, las tres redes más usadas en 2014/2015 por los/as internautas españoles son Facebook, Google+ y Twitter. El 88% de los/as españoles/as que utilizan Internet tiene cuenta en Facebook, el 59% en Google+ y el 56% en Twitter. La principal red profesional es LinkedIn, con un 32% de usuarios españoles sobre el total. Instagram y Pinterest son las redes que más crecen entre los/as usuarios/as españoles/as, con un 25% y 19% respectivamente”.

¹⁸ Vid. García González, J., (2012). La violencia en el noviazgo: el delito de violencia de género entre adolescentes en *La violencia de género en la adolescencia*, Ed. Aranzadi, Navarra, pág. 53.

¹⁹ Lloira García, P. (2016). Violencia de género y adolescentes” en *Menores y redes sociales...*, cit., pág. 142.

una nueva estructura social. En efecto, las TIC no sólo se han incorporado a nuestra vida diaria, sino que, además, han modificado nuestras formas de relación social en un amplio conjunto de esferas como el trabajo, la educación, el ocio o las actividades económicas, dando lugar a la aparición de un nuevo tipo de cultura virtual generada a partir de la interconexión de los medios de comunicación de masas con Internet. Todo este conjunto de cambios sociales debidos a la irrupción, desarrollo y plena consolidación de la sociedad de la información y del conocimiento constituyen el contexto social en el que se dan otros hechos relevantes de nuestras sociedades²⁰.

No obstante, este avance no ha venido acompañado de una adecuada educación en el uso de estas nuevas formas de interaccionar siendo relativamente frecuente que se produzcan agresiones en estos entornos virtuales²¹. Y es que agredir y acosar en el mundo virtual tiene unas características propias que se identifican, en primer lugar, por su facilidad de acceso al bastar con un dispositivo conectado a Internet, y, en segundo lugar, por el anonimato que proporcionan, lo cual dificulta el rastreo de la persona que agrede proporcionándole sensación de impunidad²². Este nuevo entorno delictivo aumenta las posibilidades de control y fomenta los actos de acoso, exponentes ambos claros de la violencia de género, unido, en múltiples ocasiones, a la falta de percepción por parte de las menores víctimas de estar insertas en una espiral de violencia. Sorprendentemente, estos actos de dominación se confunden con el “amor romántico” justificando comportamientos que han de atajarse por la vía de programas educativos en igualdad que destierren comportamientos sexistas. No deja de resultar llamativo como en pleno siglo XXI, entre el sector más joven de la población, continúa latente antiguas fantasías románticas que condicionan las relaciones de pareja, teledirigen afectos y expectativas y justifican, en última instancia, conductas violentas²³. Y es, precisamente, en este segmento de la población que estudios empíricos lanzan la voz de alarma sobre el notable incremento de la violencia 2.0 entre adolescentes²⁴.

²⁰ El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: Un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento, Delegación de Gobierno para la violencia de género, www.violenciadegennero.igualdad.gob.es. págs. 17 y ss.

²¹ Tauste Sola, O., (2016). Nuevas formas de violencia de género y nuevas posibilidades de acción y prevención, en *X Seminario Estatal Isonomía contra la violencia de género*, 13 de noviembre de 2014, Ed. Universitat Jaume I, pág. 15, “Es habitual igualmente que las víctimas no dispongan de formación sobre los riesgos de Internet, ni sobre los riesgos genéricos para evitar ser víctimas de cualquier tipo de fraude como las estafas on line, ni de los riesgos específicos que afectan a la violencia de género 2.0. La formación y educación en cibercrimitos se ha convertido en algo fundamental para evitar ser víctima de cualquiera de ellos, ya que va a ser muy difícil protegernos de algo que no conocemos. Es una asignatura pendiente en todos los ámbitos educativos, aunque cada vez se oyen más voces que promueven su implantación en los programas formativos de centros escolares desde las etapas de primaria. Pensemos que los menores son usuarios potenciales de las TIC, comenzando a edades cada vez más tempranas”.

²² Donoso-Vázquez, T. (2018). Las ciberviolencias de género, nuevas manifestaciones de la violencia machista, en *Violencias de género en entornos virtuales*, Ed. Octaedro, Barcelona, pág. 19.

²³ Bosch, E., Ferrer, V., Ferreiro, V., (2013). *La violencia contra las mujeres. El amor como coartada*, Ed. Anthropos, Barcelona.

²⁴ Vila Baños, R., García Pérez, R., Aneas, A. (2018). Predictores de la violencia de género en las redes sociales, en *Violencia de género en entornos virtuales*, Ed. Octaedro, Barcelona, pág. 31 y ss.

Así, conforme a lo que se desprende de recientes informes internacionales, el uso generalizado de las redes sociales ha convertido la ciber violencia en un problema mundial. Un reflejo de esta violencia ejercida en red lo tenemos en el marco de los delitos sexuales o los que se comenten en el seno de la pareja que se integran dentro del paraguas de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ya que, para que podamos hablar de violencia de género a través de nuevas tecnologías, solo se podrán considerar como tales las agresiones producidas entre sujetos que mantengan o hayan mantenido una relación afectiva. De este modo, los ataques inferidos por personas que no se encuadren en el marco subjetivo del artículo 1.1 de la Ley se tipificarán como delitos de amenazas, acosos, coacciones..., pero no como delitos de violencia de género digital²⁵.

El machismo, imperante aún en nuestra cultura, se manifiesta en el entorno virtual en el que las relaciones continúan bajo los mismos parámetros de la realidad ordinaria. Y es que el espacio virtual mantiene las discriminaciones por razón de género con el peligro añadido que la violencia desarrollada a través de estos procedimientos tiene más posibilidades de diluirse como parte de un ambiente de normalidad²⁶. Machismo y violencia se han adaptado a estos entornos virtuales, dando lugar a nuevas formas de acoso que posibilitan una insistencia desconocida hasta el momento actual, ya que el que agrede puede destinar el tiempo que desee a denigrar, humillar y acosar a la víctima, haciéndolo desde múltiples dispositivos de forma simultánea sin importar el lugar en que se halle. A la angustia que este comportamiento genera en las víctimas, ha de añadirse que lo que se cuelga en red permanece, ya que, aun cuando se pueda borrar, lo cierto es que cualquier usuario puede habérselo descargado de Internet antes de que se haya procedido a su retirada. Resulta llamativo que, a pesar de los esfuerzos institucionales, este tipo de comportamientos están experimentando un incremento notable en las relaciones sentimentales juveniles a edades ciertamente muy tempranas. Si bien los estudios empíricos realizados se muestran coincidentes en sostener la mayor sensibilización entre los más jóvenes frente al fenómeno de la violencia de género, se suele identificar por este colectivo con los casos de violencia física, obviando los supuestos de violencia sexual leve o los de violencia psíquica que son las situaciones que más tienden a darse entre ellos²⁷.

Por tanto, la violencia de género debe analizarse también a la luz de estas formas actuales de relación, que nos permiten hablar de la aparición de nuevos métodos para ejercer este tipo de violencia estrechamente vinculadas al desarrollo de las nuevas tecnologías. De hecho, todas las conductas de violencia de gé-

²⁵ Bueno de la Mata, F. (2016). Cuestiones procesales acerca de la e-violencia de género, *Revista Foro Jurídico*, núm. 15, pág. 228.

²⁶ Lorente Acosta, M. (2021). Virtualidad ficticia y violencia de género, en *Violencias de género en entornos virtuales*, cit., pág. 8.

²⁷ Colás Turégano, A. (2016). Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica, en *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en red*, cit., págs. 61-62.

nero que se ejercen a través de estas nuevas tecnologías, de las redes sociales o de Internet se conocen ya como violencia de género digital. Así, la ciberdelincuencia de género será aquel tipo de violencia que se desarrolla por el victimario mediante el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, contra una víctima con la intención de someterla, rebajarla o controlarla, en base a los estereotipos de género.

El proceso de comunicación que proporcionan las nuevas tecnologías puede ser utilizado con fines intimidatorios, insultantes, injuriosos o agresivos atentando contra la dignidad de la mujer que ha sido o es su pareja. Nos encontramos con una forma de violencia psicológica ejercida sobre la mujer mediante conductas desarrolladas en el plano virtual que provocan en la víctima desvalorización o sufrimiento. No se trata de nuevos bienes jurídicos lesionados, sino de nuevas estrategias de lesión que requieren la adaptación de esta realidad social al ámbito judicial y punitivo²⁸. Este tipo de violencia afecta a la integridad moral y emocional de la mujer dejándola expuesta ante conocidos y desconocidos y generándole un tipo de presión psicológica que puede llegar a tener implicaciones muy graves. Son conductas que responden a un patrón de control y manifestación de poder que se exteriorizan en actuaciones susceptibles de la comisión de algún hecho delictivo. Al utilizarse la vía electrónica como medio para delinquir, hace que la violencia física quede descartada y estos ataques se conciben como una nueva modalidad de ejercer violencia psicológica sobre las víctimas.

Emergen nuevas tácticas de control de la pareja como puede ser el control por parte del novio del móvil de la menor para averiguar las llamadas que recibe o ha realizado, la presión para que elimine determinados contactos de redes sociales, impedir que suba determinadas fotos por considerarlas no adecuadas o averiguar donde se encuentra por cualquier tipo de aplicación. Estas y otras muchas se han convertido en importantes herramientas de control que funcionan con una intensidad desconocida hasta el momento actual²⁹ y que requieren de la actuación de los poderes públicos a través de campañas de sensibilización que conciencien a educadores, padres y menores sobre los peligros de este tipo de conductas, así como las consecuencias devastadoras que pueden provocar sobre la vida de las víctimas.

3. LA CIBER VIOLENCIA CONTRA MUJERES Y NIÑAS DESDE LA PERSPECTIVA DE INFORMES INTERNACIONALES

Conforme a lo que se desprende de recientes informes internacionales, el uso generalizado de las redes sociales ha convertido la ciber violencia en un problema

²⁸ Llorente Sánchez-Arjona (2021). *Justicia con perspectiva de género...*, cit., pág. 207.

²⁹ Colás Turégano, A. (2016). Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica, en *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en red*, cit., págs. 68.

de alcance mundial, de forma tal que se puede afirmar que no es un problema del primer mundo, sino que va estrechamente ligado a la expansión de Internet. Así, según se desprende del *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas (2018)*³⁰, desde la perspectiva de los derechos humanos, se ha estimado que el 23% de las mujeres manifestaron haber sufrido abuso o acoso en línea al menos una vez en su vida, y que 1 de cada 10 mujeres ha sido víctima de alguna forma de violencia en línea desde los 15 años de edad. Se subraya por este Informe que, a pesar de las ventajas proporcionadas por Internet y las TIC, la otra cara de la moneda para mujeres y niñas viene de la mano de nuevos tipos de violencia por razón de género, que fomentan la discriminación, así como comportamientos sexistas, misóginos y violentos en línea. Los términos “violencia en línea”, “violencia digital” o “ciber violencia”, comienzan a ser habituales siendo sus principales víctimas tanto mujeres como niñas³¹.

Es interesante resaltar, tal como apunta el Informe, que los derechos de la mujer son derechos humanos y que la prohibición de la violencia de género, entendida en este contexto en un sentido amplio, se ha reconocido como un principio internacional de los derechos humanos, que han de estar protegidos en el mundo de Internet mediante la prohibición de la violencia por razón del género en las formas que se facilitan por las TIC y en línea. La utilización de Internet como una plataforma en la que se ejercen diversas formas de violencia contra las mujeres y niñas, como la pornografía, los juegos sexistas, o las violaciones de intimidad preocupa a las instancias internacionales, junto con fenómenos de acoso en línea a aquellas mujeres que participan en debates públicos a través de internet o que, por razón de su profesión, se exponen a este tipo de fenomenología delictiva. Consecuencia de ello, es que estos actos de violencia llevan a muchas mujeres a apartarse de redes sociales o de cualquier uso de Internet reduciendo deliberadamente su presencia en línea pudiendo llevar a provocar, en ocasiones, aislamiento social, daños físicos o psicológicos, sexuales o de naturaleza económica.

³⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de junio de 2018, A/HRC/38/47.

³¹ La cuestión de la violencia en línea se abordó por primera vez en el año 2006 en un estudio del Secretario General sobre todas las formas de violencia contra la mujer (A/61/122/Add.1 y Corr.1), en donde ya se apuntó la necesidad de más investigaciones acerca del uso de las TIC. Por su parte, la Resolución 20/8 del Consejo de Derechos Humanos afirmó los derechos de las personas a ser protegidos en línea. Así mismo, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer exhortó a los Estados a utilizar las TIC para empoderar a mujeres y elaborar mecanismos para combatir la violencia contra mujeres y niñas. La Asamblea General en su resolución 68/181 del año 2013, expresó su grave preocupación porque las defensoras de los derechos humanos corrían el riesgo de ser víctimas de violaciones de sus derechos tanto en línea como por medios tradicionales; de igual forma, el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 29/14 del año 2015, reconoció que la violencia doméstica podría incluir actos como el ciber acoso o el hostigamiento criminal a través de Internet. En el año 2016, la Asamblea General en su resolución 71/199, reconoció que las mujeres se veían particularmente afectadas por las violaciones del derecho a la privacidad en la era digital, exhortando a los Estados que siguieran elaborando medidas preventivas y procedimientos de recurso. Igualmente, el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 34/7 del año 2017, reafirmó este llamamiento.

Esta nueva realidad lleva a los Estados a asumir la obligación de prevenir y combatir la violencia en línea contra mujeres y niñas. Así, el *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer*, en su recomendación general núm. 35 del año 2017, exhorto a los Estados a que fomentaran la participación del sector privado en los esfuerzos para erradicar toda forma de violencia contra mujeres y niñas, entre las que se incluye la violencia en línea, protegiendo a las víctimas por medio del establecimiento de procedimientos encaminados a la supresión inmediata de contenidos perjudiciales por motivos de género mediante la eliminación del material original o su distribución, que puede llevar a requerir la cooperación internacional en algunos supuestos. No hay que perder de vista que este tipo de violencia suele perpetrarse por plataformas de propiedad privada, que operan en diversas jurisdicciones. En este sentido, todas las empresas de almacenamiento de datos y las que proporcionan almacenamiento en la nube, tienen el deber de respetar las normas de derechos humanos debiendo asumir responsabilidades específicas en este sentido. Por esta razón, muchos intermediarios han elaborado políticas que permiten la detección, denuncia y rectificación del acoso o violencia cometido contra las mujeres en las plataformas de proveedores de servicios de Internet, estableciendo mecanismos diferentes para hacer frente a los abusos en línea mediante normas internas dirigidas a bloquear a los agresores en línea o a eliminar contenidos que no sean apropiados. No obstante, y a pesar de estos intentos, lo cierto es que la aplicación de las normas para garantizar la rápida presentación de denuncia de violencia de género en las plataformas es, a día de hoy, limitada.

Por su parte, del Informe de la Comisión de la Banda Ancha para el desarrollo digital (ONU) *Combatir la violencia en línea contra las mujeres y las niñas: Una llamada de atención al mundo (2015)*, apunta como, conforme a datos empíricos, un 73% de las mujeres se han visto expuestas o han experimentado algún tipo de violencia en línea presentando mayor riesgo de verse expuestas a este tipo de violencia las mujeres entre 18 a 24 años. Concretamente, en la Unión Europea el 18% de las mujeres han experimentado alguna forma de violencia grave en edades tan tempranas como los 15 años, lo que representa 9 millones de mujeres. Además, conviene detenerse en un dato sobre el que merece la pena reflexionar. Conforme a lo que se extrae del informe, las fuerzas del orden y los tribunales no toman las medidas adecuadas en el 74% de los 86 países objeto de estudio y, además, una de cada cinco usuarias en Internet viven en países donde es muy poco probable que se castigue el acoso y abuso de las mujeres en línea. En este sentido, aún cuando nos encontramos con un problema a nivel mundial, lo cierto es que muchos Estados no disponen, a día de hoy, de un marco jurídico integral para combatir la violencia en línea contra la mujer. Así, en aquellos Estados en los que la divulgación de imágenes íntimas no es en sí mismo ilegal, los fiscales se ven obligados a acudir a otras figuras delictivas como el acoso, el hostigamiento, la vigilancia ilegal o la distribución de pornografía

infantil³², otros Estados han actualizado sus marcos jurídicos para hacer frente a la violencia en línea a través de leyes específicas, mientras que otros aplican leyes nacionales para combatir estos delitos contemplándolo como circunstancia agravante en los delitos contra la violencia doméstica. Otros ordenamientos van más allá y exigen a los proveedores de servicios que presten asistencia a los tribunales para la identificación de las personas responsables del ciberacoso, lo que permite a las víctimas demandar a los autores por daños y perjuicios. Esta disparidad normativa ha llevado a la ONU a recomendar a los Estados el recoger en sus ordenamientos leyes y medidas que prohíban las diversas formas de ejercer violencia en línea, basándose en el derecho internacional de los derechos humanos de la mujer.

De igual forma, en el Informe de la Organización de Estados Americanos (OEA) *Combatir la violencia en línea contra las mujeres. Un llamado a la protección (2019)*, se apunta que el sistema interamericano de derechos humanos no ha establecido una definición de la multiplicidad de comportamientos que constituyen la violencia en línea, por lo que existe una necesidad urgente de establecer unos estándares comunes para poder preparar «una base conceptual y normativa sólida para las políticas públicas y otras acciones que tengan por objeto abordar la violencia en línea contra las mujeres»³³. No obstante, los países de América Latina y el Caribe han ido avanzando en los últimos años en la lucha contra la violencia en línea contra las mujeres; así, existen leyes como la brasileña³⁴, que penaliza la grabación no autorizada y la exposición de contenidos desnudos o sexuales, lo que se conoce como *porno vengativo*. Otros países como Argentina, Chile, México y Uruguay están discutiendo proyectos de ley relacionados con el porno vengativo, mientras que otros países de América Latina como Bolivia han aprobado una legislación sobre acoso político contra las mujeres, o Estados como Costa Rica, Ecuador, Honduras, México o Perú están discutiendo proyectos de Ley relacionados. Todo ello resulta indicativo de cómo, al igual que acontece en el continente europeo, los países de América Latina y el Caribe están actuando en el reconocimiento y definición del problema, así como en el fortalecimiento de las protecciones a las mujeres en línea.

Finalmente, interesa traer a colación un último Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer *Erradicación de la violencia contra periodistas (2020)*³⁵, al haberse convertido en blanco cada vez más frecuentes corriendo un riesgo cada vez mayor de sufrir agresiones sexuales. Se considera que los abusos en línea contra mujeres periodistas son un ataque directo a la visibilidad de

³² Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas (2018), apartado 82.

³³ <https://www.oas.org/es/sms/cicte/docs/20191125-ESP-White-Paper-7-VIOLENCE-AGAINST-WOMEN.pdf>.

³⁴ Ley 13.772/2018, diciembre de 2018, <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13772-19-dezembro-2018-787488-publicacaooriginal-157031-pl.html>.

³⁵ <https://undocs.org/es/A/HRC/44/52>.

las mujeres y su participación en la vida pública, violando no solo el derecho de la mujer a llevar una vida libre de violencia, sino también creando un déficit democrático al limitar el derecho de información.

4. TIPOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ENTORNOS VIRTUALES

La ciber violencia de género implica una agresión psicológica, constante y repetida en el tiempo, contra la pareja o expareja, a través de la utilización de las nuevas tecnologías, cuya finalidad radica en la dominación, así como, en la intromisión, sin consentimiento, en la vida privada de la víctima. La magnitud que este tipo de comportamientos está alcanzando entre los menores de edad, es otro argumento a favor de replantear el ámbito de aplicación de la violencia de género y encuadrar toda aquella que se comete contra mujeres o niñas en entornos virtuales, haya o no relación sentimental entre víctima y victimario. Y es que este tipo de violencia puede tener lugar tanto en el seno de una pareja como fuera de ella, dando lugar a la aparición de nuevas formas delictivas incorporadas al Código Penal tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, como el *ciberstalking* o *sexting*, entre otras, y que pueden ser atribuidas al menor de edad como sujeto responsable. Conductas tales como el acoso sexual o el control se utilizan por los nativos digitales afectando gravemente la integridad moral y emocional de la menor que, en ocasiones, llegan a ser confundidas por las propias víctimas como manifestaciones de celos por el “amor que les profesan”³⁶.

Las relaciones interpersonales en este segmento de la población están fuertemente condicionadas por las nuevas tecnologías dando lugar a un vuelco en las formas de provocar las agresiones de género que facilita la posibilidad de someter a las víctimas a formas de acoso con una fuerza desconocida hasta el momento actual, invadiendo la intimidad de la menor con una intensidad mayor que la violencia real al poder enviar mensajes a todas las horas y en cualquier lugar³⁷. Además, al ser Internet un escaparate abierto al mundo, la difusión viral en redes sociales de determinadas escenas puede atentar gravemente al derecho de la intimidad de la menor sometiéndola a un escarnio público que amplía de forma inimaginable el daño que puede ocasionársele a la víctima.

Conforme a lo que se desprende en el Informe de la Delegación de Gobierno en relación al ciberacoso como vía para ejercer la violencia de género en la juventud³⁸, «la reiteración se convierte en la estrategia de invasión de la intimidad

³⁶ Vargas Gallego, A.I. (2013). *Nuevas formas de violencia contra las mujeres. Redes sociales. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, pág. 2 (<https://lefevre.es/>).

³⁷ Informe del Observatorio Vasco de la Juventud (2013). *La desigualdad de género y el sexismo en las redes sociales. Una aproximación cualitativa al uso que hacen de las redes sociales las y los jóvenes de la CAPV*, Victoria Gasteiz, pág. 104.

³⁸ *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: Un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, cit., págs. 4-5.

mas utilizada por los acosadores», presentando los menores una percepción muy baja de los efectos perniciosos que se derivan de estos comportamientos. Además, se apunta que las mujeres jóvenes son más vulnerables a este tipo de daños perpetuándose los estereotipos tradicionales sin necesidad de que exista contacto físico. De esta manera, conductas tales como la distribución en Internet de una imagen de contenido sexual, el dar de alta a la víctima en un sitio web con objeto de ridiculizarla, el crear un perfil falso en nombre de la víctima para realizar ofertas sexuales, el divulgar por Internet grabaciones en las que se agrede o persigue a una persona, el acceder al ordenador de la víctima para controlar sus comunicaciones o el hacer correr en redes sociales bulos, son algunos ejemplos de formas en las que se puede expresar el ciber acoso.

Ante esta situación, la reforma orquestada por la Ley Orgánica 1/2015, introduce en nuestro panorama penal la tipificación de nuevas conductas delictivas imputables a menores de edad y que van dirigidas también a víctimas menores. Comenzando con la conocida internacionalmente con la palabra *sexting*³⁹ se tipifica toda conducta que consiste en enviar, mediante un dispositivo móvil, un archivo audiovisual de contenido sexual contra la voluntad de la víctima. Por tanto, el núcleo de la acción típica consistirá, no en obtener, sino en difundir imágenes que menoscaben gravemente la intimidad personal de la víctima⁴⁰. Tras la reforma se otorga una nueva redacción al punto séptimo del artículo 197 del Código penal⁴¹, si bien no queda limitada a la difusión de archivos de contenido sexual, ya que atiende a la difusión no consentida de cualquier archivo que vulnere gravemente la intimidad de la víctima, pero es en este precepto donde se acoge la difusión ilícita de este tipo de material erótico⁴². Además, se añade un subtipo agra-

³⁹ La palabra *sexting* nace de la unión de las palabras inglesas sex (sexo) y texting (envío de mensajes de texto vía SMS desde teléfonos móviles).

⁴⁰ Conforme al tenor literal del artículo 197.7 se castiga “con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

⁴¹ Conforme a lo que se dispone en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, “Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima. Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad”.

⁴² En la Sentencia 492/2020, de 24 de febrero, el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre el artículo 197.7 CP. El núcleo del delito en cuestión, subraya el Supremo, no es “obtener” las imágenes, sino “difundirlas” cuando afectan gravemente a la intimidad de las personas. La Sala reconoce que el citado artículo del Código Penal enfrenta a quienes lo ven indispensable para evitar clamorosos vacíos de impunidad ante fenómenos conocidos como *sexting* o *revenge porn* y, por otro lado, a quienes entienden que el tipo vulnera algunos de los principios informadores del derecho penal. Recuerdan los magistrados

vado cuando el sujeto pasivo de la conducta es alguna de las personas descritas en el artículo 173.2 CP, aun cuando no cuenta con una agravación específica para violencia de género, sino que ésta es genérica en violencia doméstica y violencia contra la mujer, limitándose a hablar de la difusión de archivos cuyo contenido lesione gravemente la intimidad de la pareja o persona con la que el victimario esté unida de forma afectiva. Por tanto, al no especificarse el género ni de agresor ni de víctima puede ser tanto hombre como mujer el sujeto activo y sujeto pasivo del delito⁴³. Además, cuando la víctima sea menor de dieciséis años, se aplica lo dispuesto en el artículo 183 ter⁴⁴, encontrándonos ante un concurso de delitos.

Este tipo de intercambio de material resulta frecuente entre la población adolescente considerándose, desde un punto de vista sociológico, como una forma más de expresión de su sexualidad. Esta cuestión no tendría mayor relevancia al quedarse en un intercambio de fotos o escenas íntimas, salvo por la pérdida de privacidad que conlleva la divulgación de dicho material a través de las nuevas tecnologías⁴⁵. Aún cuando es cierto que quien lleva a cabo estas conductas de *sexting*, pone en riesgo su propia intimidad al remitir su grabación, o permitir que le graben, no es menos cierto que esta ampliación de la exposición del riesgo, o la existencia de la propia imprudencia de la víctima, no debe conllevar que estos hechos queden impunes, al no existir autorización expresa o tácita de que esas imágenes se difundieran a terceros⁴⁶. Por consiguiente, esta conducta resulta,

casos de especial relevancia mediática en los que amantes despechados se vengan de su pareja mediante la difusión de imágenes que nunca fueron concebidas para la visión de terceros y consideran que la reforma de 2015 buscaba dar respuesta a ese tipo de sucesos. Quienes defienden esa interpretación, sostienen que “la sociedad no puede permanecer indiferente a la difusión intencionada de imágenes” íntimas a través de las redes sociales, que multiplican exponencialmente el daño. Pero también hay quienes afirman que, si la imagen ha sido obtenida con pleno consentimiento, la reparación de la víctima tendría mejor acomodo fuera del derecho penal; tipificar esta conducta, a su juicio, supone establecer “un insólito deber de sigilo” para toda la población, “convirtiendo a los ciudadanos en confidentes” de personas que han abandonado “sus expectativas de intimidad”. La Sala incide en la “defectuosa técnica jurídica” de quien redactó el artículo y no se inclina por una u otra alternativa. Aunque predominan los supuestos de difusión de imágenes de marcado carácter sexual, el tipo delictivo no se restringe a esos contenidos, sino a todos los que, al divulgarse, “menoscaban gravemente la intimidad personal”.

⁴³ Soriano Ruiz, N. (2013). *Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España*, cit., 11.

⁴⁴ Literalmente se dispone “El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o les muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

⁴⁵ Colás Turégano, A., “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica” en *Memores y redes sociales: cyberbullying, ciberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en red*, cit., págs. 77-78.

⁴⁶ Magro Servet, V., *Los delitos de sexting y stalking en la reforma del Código Penal*, (www.observatorioviolencia.org), págs. 4 y 7 apunta que “Algunas personas añaden que ese riesgo debería ser asumido por la persona que permite estas grabaciones por el peligro que ello supone, sobre todo al tratarse de imágenes que pueden dañar su intimidad, pero en realidad también es cierto que las afectadas también tienen derecho a que lo que graban ellas o les dejan que se graba se quede en el ámbito estrictamente personal y que no traspase esa esfera personal, por lo que la difusión no autorizada debe tener la repulsa no solo social, sino del derecho, y para ello debe existir una tipificación que permita actuar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para realizar la oportuna investigación por los equipos de investigación en delitos informáticos

naturalmente, atípica al generarse libremente por las propias mujeres, o con su consentimiento, en un momento anterior a la situación de conflicto⁴⁷. El problema, trasladado al ámbito de la violencia de género, se presenta cuando se decide sobrepasar los límites del consentimiento de la mujer y difunde estos archivos por redes sociales y otras *apps*, provocando que, en pocos días, la imagen haya sido vista por millones de personas⁴⁸.

Hay que partir que los menores, como nativos digitales, tienen una concepción de la privacidad distinta de las generaciones que les preceden. Las redes sociales han fomentado una cultura en la que la exhibición de la intimidad se comparte no ya por el entorno más cercano, sino por todo el universo de la red. En buena parte de las ocasiones, estos menores, tanto agresores como víctimas, no son conscientes de los peligros que pueden acarrear la exposición de este tipo de conductas íntimas, ni de la humillación que le va a acompañar a la víctima mucho tiempo por la dificultad de hacer desaparecer los contenidos una vez que se han volcado a la red unido a un sentimiento de culpabilidad por la difusión de sus imágenes privadas que le puede acarrear un profundo abatimiento psicológico. Solo potenciando las políticas preventivas con objeto de alertar a los menores de los riesgos de dichas prácticas, como pueden ser charlas en los centros educativos se puede llegar a concienciar a los menores de este nuevo instrumento de materialización de la violencia machista.

En relación al menor agresor, al serle de aplicación el régimen de responsabilidad penal recogido en la Ley Orgánica 5/2000, se le ha de imponer la medida que se considere más adecuada enfocada a la educación del menor teniendo en cuenta su edad, las circunstancias personales, familiares y sociales, así como el interés del menor (art. 7 LORRPM). Con todo, la medida a adoptar ha de centrarse en trabajar un programa educativo que le permita concienciarle de la gravedad de su comportamiento y de las consecuencias que ello le puede acarrear a la víctima. A nuestro parecer, trabajar la empatía y la cultura de género son los dos pilares que han de inspirar estos programas educativos.

Otra conducta que puede producirse, igualmente, en el marco de la violencia de género es una derivación del *sexting* que se conoce como *sextorsión*, o chantaje por el que el agresor amenaza a su pareja o expareja con difundir imágenes de contenido erótico a su entorno más cercano o colgarlas en internet, si no accede a sus pretensiones que pueden ser de diverso signo, como el obtener el retorno

que son los que deben realizar la investigación oportuna para ver desde qué dispositivo técnico se han difundido esas imágenes y poder detener al autor de los hechos”.

⁴⁷ Cfr, sobre este delito, Colás Turégano, A., (2015). Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter), en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch; Fernández Olmo, I., *El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles*, Ponencia de la Fiscal Delegada de la Fiscalía de Menores de Málaga; Borges Blazquez, R., (2018). El sexting, la violencia de género y la prueba electrónica en el Proceso Penal, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 44.

⁴⁸ Llorente Sánchez-Arjona, M. (2021). *Justicia con perspectiva de género. El nuevo paradigma en la lucha contra la violencia de género*, cit., pág. 215.

sentimental de la víctima, o cualquiera otras. En estos casos, la menor puede verse extorsionada por otro menor que tiene fotografías o vídeos privados viéndose obligada a realizar acciones en contra de su voluntad. Al igual que en el supuesto de *sexting* resulta necesario recalcar la importancia de inculcar a los menores la cultura de la privacidad y de hacerles conscientes de los riesgos que existen ante estas conductas expositivas.

De igual forma, el *ciberacoso* o *acoso en línea*, está incrementándose de forma significativa, y prueba de ello es su tremenda repercusión mediática con continuas noticias aparecidas en los medios de comunicación afectando, con especial intensidad, al colectivo de niñas y jóvenes por su mayor vulnerabilidad. Esta forma de ejercer la violencia contra la mujer, que se identifica con el desequilibrio de poder y la repetición, incluye acciones como amenazas, insultos, suplantación de identidad, vigilancia de las actividades de la víctima, uso de información privada para chantajear a la víctima o falsas acusaciones, entre otros comportamientos, a través de cualquier escenario virtual tales como correo electrónico, SMS, whatsapps, redes sociales, blogs o foros. Las víctimas de ciberacoso pueden llegar a sufrir depresión, trastornos de ansiedad, ataques de pánico y un elevado nivel de estrés, lo que constituye claramente una forma de violencia psíquica especialmente grave⁴⁹. Estas actividades, normalmente, tienen lugar entre personas que han tenido o tienen alguna relación y se produce por motivos vinculados a la esfera afectiva⁵⁰.

Este acoso está íntimamente vinculado con un tipo delictivo conocido como acoso o *ciberstalking*⁵¹, tipificado el artículo 172 ter del Código Penal⁵². La práctica

⁴⁹ Chacón Medina, A., (2003). Una nueva cara de internet: el acoso, *Revista Ética-Net*, Granada, págs. 4-6.

⁵⁰ Verdejo Espinosa, M.A., (2015). Redes sociales y ciberacoso. Análisis y prevención, en *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales. Análisis y herramientas de prevención*, Verdejo Espinosa, M.A., (Coord.), Ed. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, pág. 36.

⁵¹ El vocablo *stalking* tiene origen anglosajón y procede del verbo *to stalk*, que significa acto de seguir, acechar o perseguir sigilosamente a alguien. Nace en EEUU en la década de los 90 debido a una serie de asesinatos y acosos de famosas a manos de sus admiradores, así como del asesinato de cuatro mujeres por sus exparejas en California. Implantado en la legislación americana y en la inglesa, se fue extendiendo por el continente europeo. Cfr., sobre este delito, Prieto Usano, J.C., (2014) *El stalking, un nuevo delito*, Revista El Legajo, núm. 35, cuarto trimestre de 2014 (www.digaley.com).

⁵² Literalmente se establece que “1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo. 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”

del *ciberstalking* es muy común entre los más jóvenes, tanto en los que desean iniciar una relación negándose la otra parte a ello, como cuando han finalizado una relación comenzando con el acoso o acecho, lo que integraría el delito de *ciberstalking* como de violencia de género⁵³. Nos encontramos ante una forma de acoso que consiste en la persecución de forma ininterrumpida a un sujeto con el que se pretende restablecer un contacto personal en contra de su voluntad, sirviéndose de las Tecnologías de la Información y la Comunicación⁵⁴. No se produce un anuncio explícito ni se muestra intención de causar algún mal (amenazas), tampoco se emplea violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), pero si se producen «conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento»⁵⁵. Actuaciones todas ellas que poseen un claro componente hostigador, con las que se pretende intimidar a la víctima, enviando de forma continua mensajes no deseados en los que no se amenaza ni insulta, utilizando alguna de las herramientas que proporciona Internet, como son e-mail, chat, mensajes de texto, WhatsApp o redes sociales⁵⁶. Sobre este particular, recientes estudios que se han realizado sobre el *ciberstalking* como modalidad delictiva de violencia de género, han constatado que es frecuente por parte del agresor establecer un control sobre la víctima a través del teléfono móvil a modo de “llamadas de control”⁵⁷. Estas llamadas pueden incluir amenazas o humillaciones constantes⁵⁸ a horas intempestivas, o conductas como el uso de blogs y foros para amenazar o desacreditar a la víctima, el uso de medios de localización geográfica como el GPS o la vigilancia de la víctima por medio de programas espía como el *Spywere* o el *Spybubble*⁵⁹. En este escenario, la sensación de temor o angustia que produce en la víctima el repetido acechamiento por parte del acosador puede hacerle llevar a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia⁶⁰, precisándose una alteración grave de su vida cotidiana.

⁵³ Magro Servet, V., *Los delitos de sexting y stalking en la reforma del Código Penal*, (www.observatorioviolencia.org), pág. 20.

⁵⁴ Bueno de la Mata, F. (2016). Cuestiones procesales acerca de la e-violencia de género, *Revista Foro Jurídico*, cit., pág. 229.

⁵⁵ Sentencia del Juzgado de Instrucción número 3 de Tudela, de 23 de marzo de 2016.

⁵⁶ Alonso de Escamilla, A., (2013). El delito de Stalking, *Ley Penal*, núm. 105, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2013, Editorial La Ley. La Ley 8896/2013, pág. 9.

⁵⁷ Cámara Arroyo, S., (2016). Las primeras condenas en España por stalking, *La Ley Penal*, núm. 121, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, del 1 Julio al 1 Agosto 2016, Editorial La Ley, La Ley 5987/2016, pág. 16.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 1647/2017, de 8 de mayo apunta que “Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima”

⁵⁹ López Gutiérrez, V., (2013). *Las tecnologías de la información y comunicación. Su conexión en el tránsito hacia la prostitución y la trata. Nuevos escenarios de violencia de género*. IV Congreso anual para el estudio de la violencia contra las mujeres.

⁶⁰ Cámara, S., (2016). *La primera condena en España por acecho o stalking*, www.revistaqdc.es, 28 de noviembre de 2016.

De igual forma, dentro de los delitos contra la intimidad, el artículo 197 bis del Código Penal⁶¹ contempla el fenómeno conocido como *hacking* o intrusismo informático, comportamiento cada vez más frecuente en violencia de género y que se identifica con aquellos supuestos en los que el sujeto activo quiebra las barreras de protección de un dispositivo electrónico para indagar las conversaciones y mensajes de sus parejas, para acceder a sus archivos con objeto de controlar su contenido, así como conocer los destinatarios con los que la víctima tiene contacto. El agresor se sirve de este medio para controlar en cada momento qué hace, dónde se encuentra y con quién se relaciona su pareja o expareja.

Inquieta, particularmente, el fenómeno del *grooming on line* cometido cuando un adulto, utilizando una identidad falsa, contacta con un menor de edad a través de Internet ganándose su confianza para tratar de involucrarle en una actividad de contenido sexual que pueden ir desde pedirle fotos de alto contenido sexual hasta quedar con el para tener relaciones íntimas. Así como también resulta, igualmente, inquietante la trata de personas a través de internet, valiéndose los traficantes de las redes sociales y las aplicaciones de mensajería para acceder a sus posibles víctimas y reclutarlas para luego explotarlas sexualmente en el caso de las mujeres y las niñas. Según el *Informe Mundial sobre la Trata de Personas* presentado por la UNODC (2020), los tratantes han incorporado la tecnología a su modelo de negocio en todas sus fases, desde la captación hasta la explotación de las víctimas en el que las mujeres siguen siendo las principales víctimas. Por cada 10 víctimas detectadas en 2018, 5 eran mujeres adultas y 2 niñas, observándose un inquietante aumento progresivo de personas menores detectadas. Conforme a datos empíricos, el 50% de víctimas de trata lo fueron con fines de explotación sexual, el 38% trabajo forzoso, el 6% actividades delictivas forzadas, el 1% mendicidad forzada y un número menor a matrimonios forzados, extracción de órganos y otros fines. En su informe la UNODC ha identificado dos tipos de estrategias, la primera de ellas se identifica con la “caza”, en la que el tratante persigue a la víctima normalmente en las redes sociales; la segunda, con la “pesca”, en la que los delincuentes publican anuncios de trabajo y esperan a que las víctimas potenciales respondan. Además, internet permite a los tratantes retransmitir en directo la explotación de las víctimas, lo que posibilita el abuso simultáneo de una víctima por parte de muchos consumidores en todo el mundo.

⁶¹ Literalmente se establece que “1.El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

El universo de Internet y las redes sociales permite a los menores compartir todo tipo de información, formando parte de su día a día el compartir con sus seguidores imágenes suyas, hablando a escarapate abierto de sus gustos o preferencias, de los planes que tienen e, inclusive, de sus sentimientos y preocupaciones. Todas estas conductas, que forman parte de su vida cotidiana, no han de suponer un problema en sí mismas, pero la población menor ha de tomar conciencia de los riesgos y de las consecuencias que puede acarrear un mal uso de las TIC y, para ello, se dispone de dos poderosas herramientas, cuales son, la información y la educación en el buen uso de las nuevas tecnologías.

5. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL ENTRE ADOLESCENTES CON ESPECIAL INCIDENCIA EN LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA

Aún cuando la violencia de género en entornos virtuales no deja de ser otro tipo de violencia ejercida sobre la mujer-pareja que comparte el mismo objetivo común de subordinación y control que la violencia física, psíquica o sexual, lo cierto es que suscita una serie de peculiaridades en el plano procesal que traen causa de la forma de comisión del hecho delictivo. Estas peculiaridades se acrecientan cuando nos encontramos con víctimas y victimarios menores de edad al entrar en juego dos leyes de carácter especial, por un lado, la Ley Orgánica 1/2004 que reconoce una protección de carácter integral a todas las víctimas de violencia de género y, por el otro, la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de un procedimiento penal específico para los delitos cometidos por los menores de edad que viene a condicionar al juez competente, el procedimiento que se ha de seguir, las medidas de protección, así como las consecuencias jurídicas del delito⁶². Nos encontramos con dos leyes especiales que tratan de dar una respuesta legal diferenciada a la delincuencia juvenil y a la violencia de género⁶³, por lo que resulta necesario compatibilizar, por un lado, los principios que inspiran el proceso penal de menores orientado a la educación y reinserción social y, por el otro, una eficaz tutela a la víctima de violencia. De este modo, la protección integral que ha de garantizarse a toda mujer víctima de violencia de género ha de convivir con las peculiaridades que caracterizan este proceso informado por el interés superior del menor.

Una de las principales señas de identidad de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género fue la puesta en marcha, como órganos especializados, de los juzgados de violencia sobre la mujer, pasando la instrucción

⁶² Cervelló Donderis, V. (2016). "Violencia de género juvenil" en *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en red*, cit., pág. 23.

⁶³ Pillado González, e., Grande Seara, P. (2016). *La justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*, cit., pág. 27.

de estos delitos a la competencia de estos Juzgados, conforme a lo que se dispone en el artículo 87 ter de la LOPJ. No obstante, cuando nos enfrentamos a infracciones penales cometidas por menores de entre 14 y 18 años será el Ministerio Fiscal el que, conforme a lo que se establece en el artículo 16.1 LORPM, asuma la investigación, mientras que el juicio oral será competencia del Juzgado de Menores. Las peculiares características que rodean al victimario menor de edad justifican la asunción de la competencia por personal especializado en la problemática de la delincuencia juvenil. Al no admitirse excepción alguna por estimar prioritario el interés superior del menor, ha de promoverse, con especial intensidad, la formación en perspectiva de género tanto de Fiscales, como de jueces de menores con objeto de compatibilizar el interés educativo que se deriva de la responsabilidad penal de los menores con una eficaz tutela de las víctimas.

Conviene no olvidar que nos encontramos con un procedimiento en el que se pretende la reinserción y reeducación del menor mediante medidas individualizadas de carácter eminentemente educativo, lejos de la finalidad marcadamente retributiva que caracteriza el proceso penal de adultos. Además, la Ley reguladora de la responsabilidad del menor se inspira en los principios de intervención mínima y de oportunidad, lo que permitirá al Ministerio Fiscal, siempre que concurren determinados requisitos, desistir de la acción penal aún cuando se haya acreditado la comisión de un hecho delictivo y la participación del menor, e, inclusive, remitir los hechos a mediación. De igual forma, el Juez de Menores está facultado para elegir la sanción más adecuada en atención a la personalidad del menor, sanción que tendrá un contenido marcadamente educativo que, en función de la evolución del menor, podrá ser suspendida o sustituida.

Si el interés superior del menor no puede aminorar la tutela de los derechos de la víctima y, a su vez, el alcanzar esta tutela no puede implicar una minusvaloración de las medidas enfocadas a la educación del menor, alcanzar la compatibilidad de ambos intereses se erige en el objetivo a lograr. De este modo, la víctima menor de edad ha de disfrutar de las mismas medidas de protección que las víctimas adultas, y ello ha de convivir con la imposición al menor agresor de medidas enfocadas a la educación e inserción en la sociedad cobrando protagonismo el modelo de justicia restaurativa.

Reforzar la posición de la víctima en el proceso se ha convertido, en los últimos tiempos, en un objetivo a lograr por parte de los poderes públicos. Buena muestra de ello es la propia LO 1/2004 que refuerza los derechos de las víctimas de violencia de una forma integral y, como no puede ser de otra forma, en el seno del proceso. No obstante, tradicionalmente, en nuestro país la jurisdicción de menores ha ignorado el papel de la víctima en el proceso al considerarlo incompatible con el sistema de justicia diseñado⁶⁴. Como es sabido, esta situación fue revirtiendo progresivamente tras diversas reformas, como la operada por Ley

⁶⁴ Millán de las Heras, M.J., (2009). La jurisdicción de menores ante la Violencia de Género, *Revista de Estudios de la juventud*, septiembre 2009, núm. 86, pág. 139.

Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó el texto de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor pasando a permitir a la víctima del delito o a sus representantes la personación en el proceso como acusación particular. Con ello se modificó el panorama imperante hasta ese momento caracterizado por reservar en exclusiva el ejercicio de la acción penal al Ministerio Fiscal⁶⁵. Por tanto, actualmente la víctima menor puede personarse como acusación particular, al igual que en el proceso de adultos, y tiene derecho a estar informada de las resoluciones que se adopten⁶⁶, como la sentencia que se haya dictado o la resolución de desistimiento por parte del Fiscal. De igual forma, la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁷ prevé que durante la celebración del juicio la declaración de la víctima menor de edad se llevará a cabo evitando cualquier tipo de confrontación visual con el agresor, pudiendo acordarse de que dicha comparecencia se desarrolle a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido en todos aquellos supuestos en los que la comparecencia resulte gravosa o perjudicial.

Evitar la “victimización secundaria” o los daños que se sufren por las víctimas menores como consecuencia de su paso por el proceso penal, ofrecerle las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, otorgarle una evaluación y trato individualizado, protegerle y apoyarle no solo en los aspectos materiales, sino también en su dimensión moral, son todos ellos aspectos que atienden a la finalidad reparadora del daño sufrido que se pretende conseguir. Así, aspectos como proporcionar a la víctima toda la información que contribuya a aminorar una posible situación de angustia a que puede verse sometida por el temor de ser agredida nuevamente o reducir el contacto entre víctima y agresor pueden contribuir a aliviar el sufrimiento a que se ven sometidas. No es aceptable que el contacto de la víctima con la Administración de Justicia le suponga un nuevo fren-

⁶⁵ Así, la Ley de Bases sobre organización y atribuciones de Tribunales para niños de 15 de agosto de 1918, el Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores o la Ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento en los juzgados de menores. Por su parte, y hasta la modificación reseñada, la LO 5/2000 justificaba su decisión argumentando que “se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares”.

⁶⁶ Literalmente el artículo 25 de la Ley de Responsabilidad del Menor apunta que “Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes: a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento. b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta ley. c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden. d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor. e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos. f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento. g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor. h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren. i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley”.

⁶⁷ Cfr. Artículos 448, 707 y 731 bis LECr.

te adicional cuya consecuencia directa sería la de provocarle un daño añadido y desconfianza en el sistema. La victimización secundaria supone un choque entre las legítimas aspiraciones de la víctima y la realidad institucional, identificándose con todas aquellas consecuencias bien psicológicas, sociales, jurídicas o económicas de carácter negativo que dejan las relaciones de la víctima con el sistema judicial penal⁶⁸.

En sintonía con la especial preocupación que, de un tiempo a esta parte, despierta la protección de las víctimas, el artículo 4 de la Ley Orgánica de responsabilidad del menor señala, de forma expresa, que tanto el Ministerio Fiscal, como el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y perjudicados por las infracciones cometidas por menores, instruyéndoles de las medidas de asistencia que estén previstas por Ley. Entre las medidas cautelares penales, el artículo 28 de la Ley de Responsabilidad del menor contempla el internamiento, la libertad vigilada o la prohibición de acercarse a la víctima con la finalidad preventiva de evitar la reiteración de hechos delictivos que el victimario pueda realizar en el futuro, tratando con ello de generar un espacio de “seguridad y protección” que les permita alejarse del ámbito de hostigamiento físico o moral al que se ven sometidas por parte del agresor⁶⁹. Así, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, establece en su artículo 19 que se podrán adoptar las medidas necesarias «de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada». De igual forma, la Ley Integral contra la Violencia de Género contempla en sus artículos 61 a 69 las medidas judiciales que garanticen la protección y seguridad de las víctimas, consideradas «uno de los aspectos más importantes» de esta Ley «que deben hacer que la lucha contra la violencia de género, desde el punto de vista judicial, no sea un rotundo fracaso»⁷⁰.

Ahora bien, por la propia idiosincrasia del proceso penal de menores y, acorde a sus principios informadores, en el caso de imposición de estas medidas cuando el agresor es un menor resulta necesario atender a diversas particularidades que vienen referidas a aspectos como los criterios judiciales de imposición, que se centran más en el menor que en la víctima, o en el propio contenido al tener que darse satisfacción a la obligación de conciliar seguridad de la víctima con la no inferencia en el desarrollo educativo de ambos menores⁷¹. Por consiguiente, han de concurrir los presupuestos que tradicionalmente se exigen a toda medida cau-

⁶⁸ *Guía de Buenas Prácticas para la toma de declaración de las víctimas de violencia de género*, (2018), Consejo General del Poder Judicial, noviembre.

⁶⁹ Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

⁷⁰ Gómez Colomer, J.L. (2007). *Violencia de género y proceso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 213.

⁷¹ Cervello Donderis, V., *Violencia de género juvenil*, cit., pág. 28.

telar, a saber, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, debiendo ser no solo adecuado a los fines que persigue, sino también valorando el interés del menor. Todas estas medidas, que pueden afectar a los derechos fundamentales del menor agresor, serán de la competencia del Juez de Menores, que actúa en la fase de instrucción como juez de garantías encargado de valorar la necesidad de protección de la víctima.

De entre todas las medidas de protección a la víctima merece la pena detenerse en analizar las peculiaridades que, en este contexto, presenta la Orden de Protección. Como es sabido, el artículo 544 ter LECr establece que el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en todos aquellos supuestos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual o la libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima. Se aúnan en este instrumento las distintas medidas cautelares de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos, ya sean de naturaleza civil, penal, de asistencia o de protección social, con el fin de otorgar un estatuto integral de protección. Con ello, se consigue que en una misma resolución judicial se incorporen las medidas que impiden la aproximación del agresor a la víctima, las medidas de naturaleza civil orientadas a proporcionar seguridad y protección jurídica a la víctima y su familia, así como medidas asistenciales establecidas en el ordenamiento jurídico. Ciertamente, nos encontramos con un mecanismo más amplio que las medidas limitativas de derechos por cuanto dispensa a la víctima una protección completa en el proceso penal, evitándole el peregrinar a la jurisdicción civil y activando los mecanismos asistenciales proporcionados por la Administración.

La orden de protección puede acoger medidas de diverso signo, tal como se dispone en el artículo 544 ter 5 LECr. Así, las medidas de naturaleza penal pueden consistir en cualquiera de las que se prevén en la LECr pudiéndose acordar, en atención a la necesidad de protección inmediata e integral de la víctima, tanto una privación de libertad como cualquier limitación en el ejercicio de sus derechos (art. 544 ter.6 LECr); por su parte, las medidas de orden civil pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos o personas con capacidad modificada judicialmente, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se estime oportuna y que resulte beneficiosa para los menores (art. 544 ter.7 LECr); las medidas de orden asistencial derivan de la comunicación que, una vez aprobada la orden, se ha de hacer a las Administraciones Públicas y pueden consistir en medidas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de otra índole (art. 544 ter.8 LECr). De igual forma, la orden de protección implica el deber de informar a la víctima sobre la situación procesal del investigado y sobre el alcance y vigencia de las medidas adoptadas (art. 544 ter.9 LECr).

Aún cuando esta Orden de Protección asume un papel relevante de cara a alcanzar un estatuto integral de protección a toda víctima de violencia, la Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor no contempla un sistema similar al que deriva de esta Orden de Protección. El sentir mayoritario es que esta Orden resulta incompatible con la Ley Orgánica 5/2000, debiendo acudir a las medidas contenidas en los artículos 28 y 29 de la Ley Orgánica de responsabilidad del menor⁷², entre las que se encuentran la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima. El núcleo del problema se encuentra, no tanto en la forma que reviste esta medida, como en el alcance de la protección que ha de dispensarse a la víctima de violencia de género de agresores menores de edad y en la protección integral que garantiza la Ley Orgánica 1/2004. La prohibición de aproximación y comunicación que se contempla en la Ley Orgánica 5/2000 no dota a la víctima de un estatuto integral de protección, asegura, eso sí, el enfoque educativo compatible con el interés superior del menor, pero puede resultar insuficiente para la víctima, por lo que ha de facilitársele medidas asistenciales de atención psicológica, de apoyo social, educativo, ayuda para la formación laboral y formación en el valor de la igualdad. Por consiguiente, tanto en el marco del proceso, como fuera de él, se ha de garantizar el cumplimiento de la obligación de informar a la víctima de todos sus derechos por parte de los operadores jurídicos y de las oficinas de atención a las víctimas.

Preocupa, en especial, cuando nos enfrentamos a delitos de violencia de género cometidos a través de las TICS, el problema de los posibles quebrantamientos de condena. Como es sabido, el artículo 7.1 i) de la Ley 5/2000 recoge medidas de distanciamiento que incluyen la prohibición de aproximarse o de comunicarse con la víctima o con los familiares que se determinen por el juez «por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual». No obstante esta prohibición, cuando nos enfrentamos a este tipo de delitos, el quebrantamiento resulta frecuente y más entre adolescentes. No hay más que pensar en aquellos supuestos en que la víctima sube una foto o un texto como “estado” y se visualiza por el menor agresor. Parece lógico sostener que, en estos casos, se puede entender que se quebranta la prohibición de comunicación ya que la perjudicada va a constatar en su móvil que el investigado ha visualizado su estado. Cuando se visualiza el estado de *WhatsApp* de la víctima se es consciente que ella recibirá en su teléfono la información de que ha visto su estado, lo que equivale a un mensaje indirecto de “he visto tu estado”, que en vez de ser escrito se constata de este modo por la aplicación. Esto mismo puede aplicarse en las “*Stories*” de Instagram o Facebook. Lógicamente, esta afirmación tiene sentido si estas visualizaciones se producen de forma reiterada pudiendo provocar en la

⁷² La Fiscalía General de Estado en la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, rechazó la posibilidad de aplicar los artículos 544 bis y ter de la LECr al entender que los preceptos de la LECr y del CP solo deben aplicarse si no hay pronunciamiento por parte de la Ley Orgánica de responsabilidad del menor y siempre que no resulte incompatible con sus principios inspiradores.

víctima un quebranto en su sensación de seguridad⁷³. En el supuesto que ambos pertenecieran a un mismo grupo de *WhatsApp*, dado que no se puede obligar a la persona perjudicada a que abandone el citado grupo, debe ser el condenado o investigado quien lo haga o, en su caso, abstenerse de participar ya que siempre que escriba un mensaje se está produciendo un proceso de transmisión de información entre el emisor-condenado y el resto del grupo, incluida la víctima, que quebranta la prohibición de comunicación.

Si atendemos a la red social Facebook hay que diferenciar diversas situaciones en función de las posibilidades de interacción que proporciona esta red social. Así, si se escribe un comentario en alguna foto que suba la víctima o se publica algo en su muro, no cabe duda de que nos encontramos con un acto de comunicación; lo mismo que si se nombra o etiqueta en cualquier publicación o fotografía del que tiene la prohibición de comunicación al salir publicada en el propio muro de la víctima. Otra manera de quebrantar la prohibición de comunicación es dando al “me gusta” en una publicación de la víctima.

El fundamento de esta prohibición es el evitar la victimización secundaria, con los perjuicios psicológicos que supondría una mera comunicación en el que la víctima sufriera ese temido contacto con su agresor. En reiteradas ocasiones, el temor de la víctima no es tan solo por la presencia física del condenado, sino, también, por un acto de comunicación virtual del investigado o condenado. Las múltiples posibilidades de interacción que ofrecen las redes sociales suponen un reto a la hora de determinar si se ha producido o no un quebrantamiento de la prohibición de comunicación, pero, en ningún caso, pueden amparar conductas que impliquen una interacción en las que el investigado o condenado sabe, positivamente, que está haciendo llegar un mensaje a la víctima que contribuya a quebrantar la indemnidad de la víctima. Y es que el espíritu educativo que rige en el proceso de menores no ha de estar reñido con dispensar una protección integral a la víctima compatibilizando ambos intereses, dando con ello cumplimiento a lo que se plasma en la Exposición de Motivos de la reforma de la LORRPM operada por la LO 8/2006, «el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido».

Finalmente, y en relación a la responsabilidad penal del menor agresor, decir que el sistema de justicia juvenil se conforma sobre la base de un sujeto que se haya en fase de evolución, de tránsito hacia la etapa madura y sin la suficiente capacidad de culpabilidad, razón por la que las medidas se hayan mas enfocadas a la educación que al castigo. Partiendo del criterio inspirador del interés superior del menor, junto con el principio de intervención mínima que vertebra todo el

⁷³ Gutierrez Mayo, E. (2018). *Quebrantamiento de la prohibición de comunicación a través de las redes sociales*, 4 de mayo 2018, www.elderecho.com.

orden penal, la actuación penal ha de venir limitada a los casos más graves con medidas que resulten proporcionales y respetuosas con los derechos del menor⁷⁴.

Cuando nos enfrentamos a un delito de violencia de género, el carácter educativo de las medidas que se pueden imponer a los menores infractores resultan cruciales para evitar la reincidencia y trabajar en una educación en valores. Conviene, además, no olvidar el papel que en estos procesos juega el principio de oportunidad materializado en los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica 5/2000, al posibilitar que el infractor no se someta necesariamente al proceso bien por desistimiento de la incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal por corrección en el ámbito educativo o familiar, o bien por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. No obstante, la aplicación de este principio en violencia de género presenta una notable complejidad tanto por la propia materia a tratar como por los artículos que lo regulan. Así, el mencionado artículo 18 se contempla para casos leves de delincuencia en los que no concurre violencia o intimidación; mientras que el sobreesimiento del que habla el artículo 19 requiere de unos requisitos técnicos cuales son el examen por equipo técnico, la conciliación con la víctima y la reparación del daño a favor de la víctima o colectividad. Aplicado este último artículo a los supuestos de violencia de género resultará necesario efectuar un estudio de las circunstancias de la infracción, valorar los perfiles psicológicos y actitudes de los menores, teniendo siempre presente la proporcionalidad de la medida a imponer que habrá de tener en cuenta no solo el daño infringido a la víctima sino también las circunstancias personales del menor infractor.

De este modo, será el Juez de menores el que, acorde a las circunstancias del caso y a la personalidad del menor escoja la medida que estime mas adecuada y que puede consistir en una amonestación, en tareas socioeducativas, en medidas de alejamiento, de libertad vigilada o de internamiento. Pero, sin lugar a dudas, en el contexto de la violencia de género cobra especial repercusión todas aquellas medidas con contenido educativo de aprendizaje de comportamientos en igualdad. Ciertamente, la necesidad de dotar de contenido educativo a las medidas que se acuerden se debe, primordialmente, a las peculiaridades específicas de la violencia de género entre adolescentes que «justifican el especial interés por la prevención primaria y la necesidad de intervención entre víctima y agresores»⁷⁵. La importancia que, en este contexto, adquieren los programas formativos específicos se entienden desde la óptica que el género obedece a una construcción social y cultural muy arraigada en nuestro entorno tras siglos de primacía. Por ello, reforzar los programas especiales de reeducación en el que el menor tome responsabilidad de su comportamiento agresivo, reestructurando los roles de género tradicionales, eliminando comportamientos violentos y aprendiendo a re-

⁷⁴ Informe *El interés del menor agresor frente al interés del menor víctima de violencia de género en los procedimientos de menores*, junio 2016, www.fundacionpombo.org.

⁷⁵ Cervello Donderis, V., *Violencia de género juvenil*, cit., pág. 41.

lacionarse de una forma más adecuada, se estima de todo punto imprescindible. Además, en el entorno en que nos movemos, esta formación se ha de ampliar dentro de un programa más amplio que eduque al menor en el uso responsable de las nuevas tecnologías haciéndole ver ciertos comportamientos que se estiman ordinarios, como conductas ilícitas manifestación de un rol dominador del hombre sobre la mujer.

6. ¿ES LA MEDIACIÓN EL CAMINO?

La justicia restaurativa pone el foco de atención en la vulneración de las relaciones entre las personas y en el daño causado, lo cual entraña una profunda revisión sobre el sistema penal vigente. Implica, por tanto, un auténtico cambio de paradigma que parte del fracaso del modelo actual y de la imperiosa necesidad de dar un giro a la relación entre la víctima y el Estado⁷⁶. Se permite dar amparo a necesidades que la justicia retributiva no alcanza, situando a la víctima y a la comunidad en una posición protagonista que le es negada en el sistema de justicia convencional, que tiene como actores principales al Estado y al victimario⁷⁷. La justicia restaurativa ha de analizarse desde la perspectiva de lo que puede aportar a los intereses de los tres actores que operan en todo proceso restaurativo, víctimas, victimarios y comunidad, pasando este último a convertirse en un actor fundamental del proceso restaurativo por cuanto nos encontramos con procesos de naturaleza pública en las que se pretende la restauración de las relaciones sociales dañadas por el ilícito criminal. La participación en la resolución del conflicto de la comunidad puede materializarse dando entrada a los trabajos voluntarios a la comunidad como contenido posible de los acuerdos de reparación.

De este modo, se trabaja para que la víctima logre la reparación o el resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad, así como la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria. Por lo que respecta al victimario, se persigue su responsabilización por la conducta infractora, conseguir la reparación a través de la aplicación de la pena correspondiente, y una aptitud más positiva hacia el sistema represivo que significa el sistema penal. A estos beneficios que obtienen víctima y victimario hay que añadir otro no menos importante cual es que la sociedad en general recobre la confianza en la justicia cuando es consciente de que tanto la víctima como el victimario han obtenido una respuesta satisfactoria a su conflicto⁷⁸. Sentar las bases de un nuevo modelo

⁷⁶ Armenta Deu, T., (2019), La víctima como parte procesal, justicia restaurativa y mediación penal: conexiones y paradojas, en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Soletto, H., Carrascosa, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 393.

⁷⁷ Tamarit Sumalla, J., (2012). Justicia restaurativa y delitos de terrorismo: la respuesta del derecho vigente, en *Justicia para la convivencia*, Ed. Deusto, junio 2012, Bilbao, pág. 72.

⁷⁸ Castillejo Manzanares, R., (2019). Estado de la mediación penal en España, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 49, enero.

de justicia penal que se adecue a la nueva realidad social, económica, cultural, tecnológica y criminal del siglo XXI, requiere de posicionamientos concretos sobre la incorporación de otras opciones para la resolución de conflictos penales a través de mecanismos de justicia restaurativa⁷⁹, entre los que se encuentra la mediación. La mediación en el marco penal se puede conceptualizar como el método de resolución de conflictos que atiende prioritariamente a la protección de la víctima y a el restablecimiento de la paz social a través del diálogo y el encuentro personal entre los afectados, con los objetivos de procurar la responsabilización de la persona infractora y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas a la víctima⁸⁰.

Conviene no olvidar que cuando una mujer es víctima de este tipo de violencia se le infringe un daño moral, físico y familiar que resulta difícil dimensionar en términos estrictamente jurídicos, por lo que resulta imprescindible abordarlo desde una perspectiva multidisciplinar que pueda ofrecer una solución lo más global posible. En este sentido, el proceso penal no crea espacios en los que las víctimas puedan poner de manifiesto sus puntos de vista y sus sentimientos, dejándose de lado una cuestión tan importante como la reparación del impacto emocional experimentado por el hecho injusto, o la recuperación del sentimiento de seguridad perdido tras la comisión del delito. A ello ha de sumarse que, lamentablemente, las medidas penales adoptadas pueden, en ocasiones, producir en el agresor un sentimiento de mayor animadversión y venganza hacia la víctima y hacia el propio sistema⁸¹. Estudios empíricos ponen de manifiesto que las víctimas no están tan interesadas en la punición del delincuente, como en una asistencia y reparación por el delito cometido, en un reconocimiento del daño y en un esfuerzo por repararlo⁸². Todas estas finalidades contribuyen a que las víctimas adquieran un mayor empoderamiento, por lo que todas las actuaciones que contribuyan a lograr esta finalidad y a reforzar la seguridad de las víctimas deben acogerse como actuaciones prioritarias, actuaciones que, además, han de ser bidireccionales. Por esta razón, se han de potenciar los programas de educación para el menor infractor, ya que no podemos perder de vista que la violencia de género es producto de una estructura patriarcal y es un problema fuertemente educacional.

Ahora bien, todas estas consideraciones encuentran un freno indiscutible en lo que se dispone por el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género, que prohíbe de forma absoluta utilizar la mediación en temas de violencia de género, modificando el

⁷⁹ Martín Diz, F., (2019). Justicia restaurativa y víctimas especialmente vulnerables: notas para un desafío en el sistema de justicia penal, en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO, H., (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 430.

⁸⁰ Ríos Martín, J., Molal de Altarejos, A., (2011). Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad, *Revista de Mediación*, núm. 8, págs. 10-19.

⁸¹ Llorente Aánchez-Arjona, M. (2021). *Justicia con perspectiva de género...*, cit., pág. 256.

⁸² Guardiola Lago, M.J., (2009). La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, pág. 14.

art. 87 ter apartado 5 de la LOPJ al establecer que en todos los casos de violencia de género está vedada la mediación, sin ninguna distinción que matice esta exclusión⁸³. La prohibición de la mediar en violencia de género ha dividido a la Doctrina, división que se ha acentuado tras la posibilidad que se abre por el artículo 15 del Estatuto de la Víctima del Delito de acudir a mecanismos de justicia restaurativa. Ciertamente, el panorama actual invita a la reflexión, al plantear serias dudas sobre lo acertado de la respuesta penal, sobre todo si se tiene en cuenta la insatisfacción de los resultados alcanzados y la resistencia de muchas víctimas a colaborar con el sistema penal. Se impone, por tanto, un replanteamiento del papel jugado por el Derecho Penal en la resolución de estos conflictos⁸⁴.

Así las cosas, la discusión acerca de la idoneidad de implantar la mediación en violencia de género está cobrando cada día más fuerza en la Doctrina. La crítica más compartida por los autores detractores de esta posibilidad parte de que el principio de igualdad es un criterio informador de todo proceso de mediación⁸⁵. Por ello, teniendo en cuenta la situación de desigualdad entre víctima y agresor que caracteriza este tipo de relaciones, dominadas por la sumisión y la violencia prolongada en el tiempo, se desecha la posibilidad de mediar al considerar que no existe el equilibrio y la equidad necesaria entre los mediados. Sentada esta premisa, los eventuales acuerdos que se lograsen serían, en realidad, fruto de la voluntad unilateral del agresor que seguiría teniendo sometida a la víctima⁸⁶. Otro de los argumentos más destacados entre los que se oponen a la implantación de la mediación en violencia de género es la posible transgresión del principio de legalidad al dar prioridad a la solución voluntariamente acordada por las partes frente a la sanción penal⁸⁷, se permitiría que un acuerdo entre dos personas de carácter privado pueda convertirse en una sustitución de los poderes del Estado. Asimismo, se esgrime que la introducción de procedimientos de la justicia restaurativa, podrían contribuir a minimizar los logros que se han alcanzado en materia de violencia de género.

Por su parte, la Doctrina partidaria de aplicar la mediación a este tipo de procesos parte de la rigidez del proceso penal, así como del efecto intimidatorio que

⁸³ Para Guardiola Lago, M.J., *La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal*, cit., pág. 18, este precepto supuso la paralización de los procesos de mediación que se estaban llevando a cabo, por ejemplo, en Cataluña.

⁸⁴ Sáez Rodríguez, M.C., (2014). Marco general de la mediación en supuestos de violencia de género, en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, Castillejo Manzanares, R., (Dir.), Ed. Universidad de Santiago de Compostela, pág. 371.

⁸⁵ Este principio se recoge en el artículo 7 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE núm. 162 de 7 de julio de 2012.

⁸⁶ En este sentido, Del Pozo Pérez, M., (2012). *Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004*, La Ley núm. 98/99, pág. 7; Fuentes Soriano, O., (2017). Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género, en *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Ed. Thomson Reuters Arandí, pág. 273.

⁸⁷ Renedo Arenal, M.A., (2014). ¿Mediación penal en violencia de género? No gracias, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre de 2014, págs. 180 y 181. Para Martín Diz, F., *La mediación sistema complementario a la Administración de Justicia*, CGPJ, Madrid, 2010, el principio de legalidad se erige como tope al avance de la mediación en nuestro sistema procesal penal.

provoca en las víctimas que puede suponer un riesgo de victimización secundaria. Ciertamente, los procesos penales seguidos por delitos de violencia de género suelen suponer una experiencia bastante traumática para la propia víctima que ha de hacer frente no sólo a las consecuencias del delito sufrido, sino además a las que se derivan del propio proceso, siendo frecuente en la práctica que las mujeres incluso se nieguen a prestar declaración ante el temor y la desprotección que sienten por parte del sistema de justicia. En el marco de un proceso penal se hace evidente la violencia institucional que se ejerce sobre el sufrimiento de las víctimas ante la falta de escucha y apoyo por parte de las instituciones que conforman el sistema penal. Se trata de una segunda victimización después de haber soportado el daño injusto del delito.

No es lo mismo un episodio puntual que años de vejaciones y sufrimiento, como en todo, también en estos delitos confluyen actos de distinto grado y consideración, y es que no todos los actos susceptibles de tipificarse como violencia de género son producto de una situación de desequilibrio de poder que hace prevalecer una relación de tipo patriarcal, ni en todos los supuestos las víctimas se hallan en una situación de dependencia emocional. De igual forma, no en todos los escenarios la capacidad de decidir de la mujer se halla igualmente afectada, y es que no todas las víctimas son vulnerables e incapaces de defender sus intereses ni todas están preparadas para defenderse y actuar delante de su agresor⁸⁸.

Partir de una absoluta prohibición implica desconocer las circunstancias concretas de cada situación y de cada persona; la posibilidad de aplicar la mediación penal cuando sea posible permite dar una respuesta personalizada y adaptada a las necesidades y circunstancias concretas de sus protagonistas⁸⁹, respetuosa con la plena libertad de víctima y victimario a la hora de tomar decisiones y opciones para las que tienen plena capacidad y voluntad suficiente. El reconocimiento de esta evidente diversidad debe venir acompañada de la colaboración de expertos en la valoración de la plena capacidad cognitiva, volitiva y decisoria de las víctimas que garanticen su participación en la mediación libres de toda coacción o dependencia emocional o psicológica. Si se parte de una situación en la que está limitada, coartada o anulada la voluntad y capacidad de decisión de la víctima, la mediación no será el instrumento adecuado al faltar la voluntad informada y consciente careciendo la víctima de la capacidad necesaria para defender sus intereses y necesidades⁹⁰.

Que duda cabe que la mediación entre menores en los supuestos de violencia de género resulta especialmente conveniente tanto para evitar el proceso judicial como para diseñar un programa con contenido educativo notablemente

⁸⁸ Guardiola Lago, MJ., (2009). *La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal*, Revista General de Derecho Penal, núm. 12.

⁸⁹ Vall Rius, A., Justicia restaurativa y violencia de género, en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas...*, cit., pág. 710.

⁹⁰ Vall Rius, A., Justicia restaurativa y violencia de género, en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas...*, cit., pág. 723.

más efectivo y acorde al caso concreto. Evitar la rigidez del proceso y dar voz a los protagonistas del conflicto permite, además, compatibilizar tanto los objetivos de la Ley Orgánica de responsabilidad del menor, como la de violencia de género al potenciar la tutela de la víctima y concienciar en su responsabilidad al infractor. Además, como ya se puso de manifiesto, la reparación y la conciliación son formas de sobrepasar el expediente en los supuestos de justicia entre menores, objetivos que se alcanzan vía mediación a través del equipo técnico que será el encargado de informar al Ministerio Fiscal de la posibilidad de lograr un acuerdo, reparador con el daño causado a la víctima y educativo en valores para el menor infractor que, en el caso de violencia de género on line, ha de potenciar el uso responsable de las nuevas tecnologías respetuosa con los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso de Escamilla, A., (2013). El delito de Stalking, *Ley Penal*, núm. 105, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2013, Editorial La Ley. *La Ley* 8896/2013.
- Armenta Deu, T., (2019). La víctima como parte procesal, justicia restaurativa y mediación penal: conexiones y paradojas, en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Soletto, H., Carrascosa, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Borges Blázquez, R., (2018). El sexting, la violencia de género y la prueba electrónica en el Proceso Penal, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 44.
- Bosch, E., Ferrer, V., Ferreiro, V., (2013). *La violencia contra las mujeres. El amor como coartada*, Ed. Anthropos, Barcelona.
- Bueno De la Mata, F., (2016). Cuestiones procesales acerca de la e-violencia de género, *Revista Foro Jurídico*, núm. 15.
- Cámara Arroyo, S., (2016). Las primeras condenas en España por stalking, *La Ley Penal*, núm. 121, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, del 1 Julio al 1 Agosto 2016, Editorial La Ley, *La Ley* 5987/2016.
- Castillejo Manzanares, R., (2019). Estado de la mediación penal en España, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 49, enero.
- Cervelló Donderis, V., (2016). Violencia de género juvenil, en *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en red*, Cuerda Arnau, M.L., (Dir^a), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Colás Turégano, A., (2015). Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter), en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Colás Turégano, A., (2016). Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica, en *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en red*, Cuerda Arnau, M.L., (Dir^a), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Correa García, R.I., (2012). Violencia y medios, en *Violencia escolar y de género: conceptualización y retos educativos*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva.

- Cucarella-Galiana, L.A., (2013). Violencia de género y justicia, en *Violencia de género y justicia*, Castillejo Manzanares, R., (Dir.), Santiago de Compostela.
- Chacón Medina, A., (2003). Una nueva cara de internet: el acoso, *Revista Ética-Net*, Granada.
- Del Pozo Pérez, M., (2012). Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, *La Ley* núm. 98/99.
- Donoso-Vázquez, T., Las ciberviolencias de género, nuevas manifestaciones de la violencia machista, en *Violencias de género en entornos virtuales*, Ed. Octaedro, Barcelona.
- Fuentes Soriano, O., (2005). La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, *La Ley*, núm. 6362, 18 de noviembre de 2005.
- Fuentes Soriano, O., (2017). Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género, en *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- García González, J., (2012). La violencia en el noviazgo: el delito de violencia de género entre adolescentes, en *La violencia de género en la adolescencia*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- Gisbert Grifo, S., y Martínez García, E., (2016). *Género y Violencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Gómez Colomer, J.L., (2007). *Violencia de género y proceso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Grande Seara, P., Pillado González, E., (2016). *La justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Guardiola Lago, M.J., (2009). La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12.
- Gutiérrez Mayo, E., (2018.) *Quebrantamiento de la prohibición de comunicación a través de las redes sociales*, 4 de mayo 2018, www.elderecho.com.
- López Gutiérrez, V., (2013). *Las tecnologías de la información y comunicación. Su conexión en el tránsito hacia la prostitución y la trata. Nuevos escenarios de violencia de género. IV Congreso anual para el estudio de la violencia contra las mujeres*.
- Lorente Acosta, M. (2021). Virtualidad ficticia y violencia de género, en *Violencias de género en entornos virtuales*, Ed. Octaedro, Barcelona.
- Lloira García, P., (2016). Violencia de género y adolescentes, en *Menores y redes sociales: cyberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en red*, CUERDA ARNAU, M.L., (Dir^a), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Llorente Sánchez-Arjona, M. (2021) *Justicia con perspectiva de género. El nuevo paradigma en la lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Pamplona.
- Magro Servet, V., *Los delitos de sexting y stalking en la reforma del Código Penal*, www.observatorioviolencia.org.
- Martín Diz, F., (2010). *La mediación sistema complementario a la Administración de Justicia*, CGPJ, Madrid.

- Martín Diz, F., (2019). Justicia restaurativa y víctimas especialmente vulnerables: notas para un desafío en el sistema de justicia penal, en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO, H., (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Millán de las Heras, M.J., (2009). La jurisdicción de menores ante la Violencia de Género, *Revista de Estudios de la juventud*, septiembre 2009, núm. 86.
- Prieto Usano, J.C., (2014). El stalking, un nuevo delito, *Revista El Legajo*, núm. 35, cuarto trimestre de www.digaley.com.
- Renedo Arenal, M.A., (2014). ¿Mediación penal en violencia de género? No gracias, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre de 2014.
- Ríos Martín, J., Olalde Altarejos, A., (2011). Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad, *Revista de Mediación*, núm. 8.
- Sáez Rodríguez, M.C., (2014). Marco general de la mediación en supuestos de violencia de género, en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, Castillejo Manzanares, R., (Dir.), Ed. Universidad de Santiago de Compostela.
- Serrano Martínez, G., (2013). Violencia de Género: Poder y masculinidad, en *Violencia de Género y Justicia*, Castillejo Manzanares, R., (Dir.), Ed. Santiago de Compostela.
- Soriano Ruiz, N., (2013). Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España, *Revista electrónica de estudios penales y de seguridad*, www.ejc-reeps.com.
- Tamarit Sumalla, J., (2012). Justicia restaurativa y delitos de terrorismo: la respuesta del derecho vigente en *Justicia para la convivencia*, Ed. Deusto, junio 2012, Bilbao.
- Tauste Sola, O., (2016). Nuevas formas de violencia de género y nuevas posibilidades de acción y prevención, en *X Seminario Estatal Isonomía contra la violencia de género*, 13 de noviembre de 2014, Ed. Universitat Jaume I.
- Vall Rius, A., (2019). Justicia restaurativa y violencia de género, en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO, H., CARRASCOSA, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Vargas Gallego, A.I., (2013). *Nuevas formas de violencia contra las mujeres. Redes sociales. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, <https://lefebvre.es/>, febrero 2013.
- Verdejo Espinosa, M.A., (2015). *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales. Análisis y herramientas de prevención*, Ed. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla.
- Verdejo Espinosa, M.A., (2015). Redes sociales y ciberacoso. Análisis y prevención, en *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales. Análisis y herramientas de prevención*, Verdejo Espinosa, M.A., (Coord.), Ed. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla.
- Vila Baños, R., García Pérez, R., Aneas, A., Predictores de la violencia de género en las redes sociales en *Violencia de género en entornos virtuales*, Donoso Vázquez, T., Rebollo Catalán, A., (coords.), Ed. Octaedro, Barcelona.

CAPÍTULO X

MENORES VÍCTIMAS

DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO

MARÍA CASTRO CORREDOIRA

*Profesora interina de Derecho Penal y Criminología
Universidad de Santiago de Compostela*

Sumario: 1. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS: MENORES, VIOLENCIA DE GÉNERO Y DIFICULTADES PROBATORIAS. 2. PROBLEMAS PROBATORIOS ASOCIADOS A LA DELIMITACIÓN DE LA «RELACIÓN DE AFECTIVIDAD ANÁLOGA». 2.1 Regulación. 2.2 Criterios de las Audiencias Provinciales. 2.3 La posición del Tribunal Supremo 3. EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO 3.1 Introducción. 3.2 La presunción de inocencia como garantía procesal. 3.3 La doctrina jurisprudencial sobre las exigencias del testimonio de la víctima como prueba de cargo de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

1. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS: MENORES, VIOLENCIA DE GÉNERO Y DIFICULTADES PROBATORIAS

En la actualidad, la violencia de género tiene la consideración de vulneración grave de los derechos humanos, entendida como un problema de salud pública de notable relevancia, tanto por su incidencia como por su impacto en el ámbito familiar, social, jurídico y económico. En un contexto general, se considera violencia de género cualquier forma de maltrato (físico, psicológico y/o sexual), perpetrado en el ámbito de la relación de pareja en un contexto de dominación y control, que en no pocas ocasiones se agrava y termina con el peor desenlace posible: la muerte de la mujer a manos de su pareja o ex pareja¹. A pesar de las dificultades para probar la prevalencia real² de este fenómeno, organismos e instituciones a nivel mundial vuelcan sus esfuerzos en conocer la realidad de la vio-

¹ Jewkes, R. Intimate partner violence: causes and prevention. *Lancet*, 359(2002), 1423-1429.

² Domínguez Fernández, M. y Rodríguez Calvo, M. S. (2017). Características sociodemográficas. En M. S. Rodríguez Calvo y F. Vázquez-Portomeñe Seijas (Dirs.), *Estudio Empírico sobre la violencia contra la mujer*. Tirant lo Blanch.

lencia de género. Así, por ejemplo, en el caso de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el año 2013 publicó un informe en que se estimaba que el 30% de las mujeres, a lo largo de su vida, ha sufrido algún tipo de violencia por parte de su pareja o ex pareja sentimental. Otro estudio elaborado por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con datos de 28 Estados Miembro revela que un 22% ha sufrido algún tipo de abuso a partir de los 15 años. En el ámbito nacional, la V Macro-encuesta sobre violencia contra la mujer, publicada en el año 2015 apunta que el 12,5% de las mujeres españolas ha sufrido maltrato de su pareja o ex pareja en algún momento de su vida. Los datos de los Ministerios de Sanidad y de Igualdad adolecen de ciertos límites a tener en cuenta. Quizás uno de los más importantes sea el hecho de que la denuncia no es un buen indicador de la prevalencia de la violencia, por cuanto existen sólidas investigaciones que atestiguan que los casos denunciados únicamente representarían un entre un 10% y un 30%³. A ello hay que unir que se han identificado numerosos factores de riesgo que se encuentran íntimamente asociados a una mayor probabilidad de victimización, siendo uno de ellos la edad⁴. De este modo, se considera que las mujeres jóvenes⁵ son las que tienen una mayor probabilidad de sufrir esta violencia⁶.

En el ámbito puramente normativo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004), en su Exposición de Motivos, expresa que hay tres ámbitos básicos de relación de la persona en los que se acomete la violencia contra la mujer: la relación de pareja, la vida social y el medio profesional. En su artículo 1º define la violencia de género como la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

De ello se deducen varios presupuestos: a) que la definición normativa de la violencia de género se limita a uno de los tres ámbitos relacionales mencionados: el de las relaciones de pareja; b) que nos encontramos ante una violencia con un sujeto pasivo diferenciado: la mujer. Mayores problemas plantea la concreción del sujeto activo, aunque de la lectura de la definición parece deducirse que es-

³ Patró, R., y Limiñana, R. M. (2005). Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas. *Anales de psicología*, 21(1), 11-17.

⁴ Ackerson, L. K., Kawachi, I., Barbeau, E. M. y Subramanian, S. V. (2008). Effects of individual and proximate educational context on intimate partner violence: a population-based study of women in India. *Am J Public Health*, 98, 507-514.

⁵ Penado Abilleira, M., Rodicio-García, M. L. (2017). Análisis del autoconcepto en las víctimas de violencia de género entre adolescentes. *Suma Psicológica*, 24:107-114.

⁶ No obstante, es importante tener presente que en la categoría de “mujeres jóvenes” los estudios integran un umbral muy amplio, llegando hasta los 50 años de edad. Vid. Ballester, A. y Ventura, M. (2010). Evaluación mediante el Inventario MCMI-III de mujeres víctimas de maltrato psicológico por parte de su anterior pareja. *Revista Española de Medicina Legal*, 36(2), pp. 68-76.

tamos hablando también de un sujeto activo diferenciado (varón). En palabras de Mendelsohn, para poder apreciar la existencia de esta clase de violencia, hay que partir de la existencia de una «pareja penal» (sujeto activo y sujeto pasivo; víctima-agresor); y c) que estamos ante una violencia cuyo origen se sitúa en la desigualdad, la dominación y el sometimiento de la mujer por parte del hombre.

Esta Ley Orgánica es expresión del progresivo incremento de la preocupación social por la violencia en el marco de la pareja. La proliferación de estudios, campañas de prevención y sensibilización y el desarrollo de programas específicos de intervención con agresores de género da buena muestra de ello. En el campo de las relaciones adolescentes, se está observando un claro aumento de conductas violentas que, como consecuencia de la frecuencia con que se producen, se encuentran generalizadas, e incluso normalizadas⁷. Así lo ponen de manifiesto las investigaciones más recientes, como el estudio «Percepción de la Violencia de Género en la Adolescencia y la Juventud», promovido por la Delegación del Gobierno de España para la Violencia de Género⁸.

Lejos de apartarnos o desarraigarnos de una sociedad claramente patriarcal, perpetradora de valores y directrices conductuales de dominio, la normalización de ciertas conductas y patrones de control, sumisión, humillación y maltrato tienden a normalizarse entre los más jóvenes. De hecho, la percepción de la desigualdad de género, a pesar de que se encuentra extendida entre los menores, no es en edades tempranas donde encuentra una mayor sensibilización y percepción de este tipo de conductas. Así se pone de manifiesto en el estudio del Gobierno de España, donde también se expresaron conclusiones muy interesantes, como las que a continuación se detallan: a) la población joven es un poco más tolerante que el conjunto de la población a las conductas relativas a la violencia de control. A ello han contribuido, indefectiblemente, las redes sociales, como forma de exposición constante; b) un 81% de la juventud reconoce la LO 1/2004, el teléfono 0,16 o recuerda alguna campaña de sensibilización contra la violencia de género; c) una de cada tres personas jóvenes no identifica comportamientos de control como violencia de género, lo que conecta directamente con la primera conclusión apuntada: los niveles de tolerancia con patrones de control son cada vez más elevados; d) la percepción de la desigualdad entre hombres y mujeres por la población joven es diferente en función del sexo, siendo mayor en mujeres que en hombres, e) la juventud considera inaceptable la violencia de género, así como la violencia física y la violencia sexual, siendo el rechazo de la violencia de género algo superior en las mujeres jóvenes que en los hombres en el mismo rango de edad; f) el rechazo de la violencia de género es mayor entre las personas adolescentes que conocen los contenidos de la Ley Integral contra la violencia de

⁷ Ruiz Repullo, C. (2016). *Voces tras los datos: una mirada cualitativa a la violencia de género en adolescentes*. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla, pp. 13 y ss.

⁸ Este estudio se fraguó en cumplimiento de lo dispuesto en la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-2016), y como manifestación concreta de la importancia y de la necesidad de mejora en el conocimiento de la violencia de género.

género, el teléfono 016, o recuerdan alguna campaña de sensibilización contra la violencia de género, que entre quienes no conocen ninguna de estas medidas; g) el 88% de los adolescentes y la juventud sabe a donde acudir para interponer una denuncia por maltrato.

Una vez que un caso de violencia de género se ha judicializado, desde el punto de vista legal, uno de los principales problemas que se plantea es de carácter probatorio. Recordemos que frecuentemente las agresiones –independientemente de cuál sea su naturaleza– se producen en un contexto de privacidad e intimidad, siendo común que no se produzcan en público. A esta circunstancia hay que unir la preocupante percepción de los menores sobre estas formas de violencia. Desde un punto de vista probatorio, las dificultades son notables, sobre todo si tomamos como punto de partida que el legislador español ha delimitado el ámbito de aplicación penal de la violencia de género a dos supuestos: relaciones conyugales y relaciones de afectividad análoga. Al referirnos a menores de edad, casi con total seguridad aludiremos, en la mayor parte de los casos, a relaciones de afectividad análoga. En las próximas líneas se estudiarán las dificultades que entraña acreditar la existencia de un vínculo con encaje en el grupo de relaciones de afectividad análoga, y cómo esas dificultades se hacen todavía más plausibles en casos de violencia de género entre adolescentes.

2. PROBLEMAS PROBATORIOS ASOCIADOS A LA DELIMITACIÓN DE LA «RELACIÓN DE AFECTIVIDAD ANÁLOGA»

2.1. Regulación

De la lectura conjunta de la LO 1/2004 y los artículos del Código Penal (en adelante, CP) relacionados con la violencia de género se deduce que en el término “pareja” tienen acogida las relaciones de naturaleza matrimonial y las de afectividad análoga, aun sin convivencia. Podríamos decir que estamos ante dos categorías diferenciadas: relaciones conyugales y relaciones asimiladas. En el primer supuesto, la violencia perpetrada contra «quien sea o haya sido cónyuge» da cabida a los vínculos de naturaleza conyugal. La protección se extiende a todos sin excepción, con independencia de que se trate de un vínculo actual o ya finalizado mediante proceso de nulidad, de separación legal o de hecho, o de divorcio (arts. 73 y siguientes del Código Civil), independientemente de que el cese de la relación haya supuesto la ruptura del vínculo o no. La relación de afectividad análoga aparece contemplada en diversos artículos del Código Penal (*vgr.* 57, 153, 173) y ha sido objeto de constantes modificaciones desde que la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, confiriere por primera vez un tratamiento idéntico a los vínculos matrimoniales y a las relaciones de afectividad existentes de manera permanente y estable. Lo hizo a través de los

artículos 11 y 18 del Código Penal, relativos a la circunstancia mixta de parentesco y la figura del encubridor, respectivamente, ampliando así los efectos jurídico-penales de las relaciones afectivas⁹.

Ya con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal actual, el legislador ha ido formulando reformas paulatinas, con el ánimo de acomodar la norma penal a la realidad social. La primera data de 1999, cuando la LO 14/1999 incorporó al texto penal la referencia a la relación de afectividad análoga con convivencia. Poco recorrido tuvo esta reforma, pues entre las novedades legislativas de 2003 se amplió este espectro de protección a las relaciones análogas sin convivencia a través de la inclusión de la fórmula «personas unidas por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». Dicha circunstancia, unida a la eliminación del requisito de la estabilidad del art. 153 CP, se valoró como una apertura a la protección de las relaciones de noviazgo¹⁰.

Esta reforma, como apuntó la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, contribuiría a consolidar uno de los hoy en día principales núcleos de controversia en esta materia: precisar cuáles son las relaciones incluidas en este ámbito específico de protección, a partir de la asunción de la inclusión de las relaciones de noviazgo en el ámbito de protección reforzada de la violencia de género.

Sobre la ampliación del círculo de personas protegidas, en su apartado II.5 señalaba la asunción de más criterios de ampliación en materia de violencia doméstica. Se reseñan otras, como por ejemplo, la sustitución del término “hijos” por “descendientes”, dando entrada a los nietos, principalmente; la introducción de una alusión expresa a los “hermanos” en el art. 173.2 CP, o la instauración de la formulación “descendientes, ascendientes o hermanos” que lo sean por “naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente” sin exigirse, como anteriormente, el elemento de la convivencia, elemento este que únicamente se exige para “menores e incapaces” (que convivan con el agresor). Asimismo, se destacan dos novedades: la inclusión de las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados; y la de otras personas que, amparadas en otras relaciones, se encuentren integradas en el núcleo de convivencia familiar del agresor.

Con esta reforma se extendió el marco de especial protección a vínculos que, según la legislación anterior, quedaban excluidos, por carecer de los requisitos de convivencia y estabilidad. Así, dentro de estos denominados “noviazgos”, la ju-

⁹ A propósito de esta reforma, véanse, entre otras, SSTS 8118/1989, de 24 de abril, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120011989103097); 12505/1989, de 24 de abril, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120021989100773); 7568/1991, de 2 de julio, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120011991103015); 3816/1991, de 2 de julio, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120011991108937).

¹⁰ SAP de Madrid (Sección 16ª), nº 16/2015, de 12 de enero (Id Cendoj 28079370262015100006).

risprudencia entiende que pasaron a quedar incluidas relaciones de dos clases¹¹. En primer término, las de carácter amoroso y sexual que no fuesen esporádicas o intermitentes, sino que se definiesen por la existencia de un vínculo de carácter afectivo¹², íntimo, con independencia de que su “formato” sea más o menos “convencional”. En segundo término, las uniones consideradas “de estricto noviazgo”. Esta nomenclatura es ciertamente curiosa, pues es utilizada por la jurisprudencia, pero no por el Código Penal, lo que dificulta en gran medida, la delimitación del concepto. Sea como fuere, parece que con esta terminología se pretendería aludir a las relaciones más «serias» o, al menos, a aquellas en las que concurren más elementos probatorios, como resultado de tener proyección hacia una vida en común, ya sea mediante una unión de hecho, una relación conyugal o asimilada.

Ni el art. 153 CP, ni el 173.2 CP, ni el art. 57.2 CP ni ningún otro se refieren a la relación de noviazgo, ni a la relación de pareja. Ambos términos, además, carecen de un contenido semántico único o cerrado. No obstante, en el caso del noviazgo, el diccionario de la RAE apunta que ostentan la condición de novios: las personas que acaban de casarse, quienes mantienen relaciones amorosas con fines matrimoniales, e incluso quienes, sin intención de casarse o de convivir, mantienen relaciones amorosas. En relación a las dos primeras acepciones, no existe duda sobre su inclusión en el ámbito de protección. Sin embargo, la situación de protección de la tercera acepción no es pacífica, es decir, en aquellos supuestos en los cuales el sujeto activo del delito y la perjudicada mantienen una relación amorosa sin intención alguna de casarse y sin convivencia, relación que, sin embargo, en el lenguaje común sí puede calificarse como “de pareja”.

Son muchos los preceptos del Código Penal que hablan de personas que estén o hayan estado ligadas al condenado por una “análoga relación de afectividad”¹³: 57.2, 148.4, 153.1, 171.4, 172.2, 173.2. En esencia, el término “afectividad”

¹¹ SAP de Murcia nº 83/2017, de 15 de febrero (Id Cendoj 30030370022017100072).

¹² Intensidad emocional que, al menos, se encontraría en el origen de las agresiones.

¹³ Sobre la dificultad de determinar qué ha de entenderse por relación de afectividad análoga, vid. Guinarte Cabada, G. (2013). Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género. En M. S. Rodríguez Calvo y F. Vázquez-Portomeñe Seijas, *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*. Tirant lo Blanch. Señala que «la exigencia de una análoga relación de afectividad al matrimonio, aun sin convivencia» es una expresión «nada fácil de precisar por cuanto, en la realidad social actual, y en la realidad de las relaciones humanas de pareja, o afectivo sexuales, no existe un único cliché o modelo estereotipado de comportamiento que permita reconducir esas relaciones a estándares que aun siendo mayoritarios, como es el caso del matrimonio, no son aceptados ni compartidos por amplios sectores sociales»; Molina Gimeno, F. J. (2007). Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género. *Diario La Ley*, 6818. Critica las dificultades interpretativas que pone de manifiesto la redacción de la fórmula “relaciones de afectividad análogas a las conyugales”, sobre todo en los casos de relaciones esporádicas en las que puede haber (o no) afectividad. Pese a haber abandonado el TS su formulación tradicional de asimilación de “aquellos que comparten techo, mesa y lecho”, la redacción actual plantea importantes problemas, y estos se hacen extensibles a otros preceptos del Código Penal. Piénsese, por ejemplo, en la dispensa del deber de declarar. Ya instaurada la reforma de 2003, la Fiscalía en sus Seminarios posteriores, (*v. gr.* el de 2005), planteaban que el derecho de dispensa asiste a cónyuges y parejas unidas por relación de afectividad análoga, exigiendo que esta sea estable y con convivencia y, además, concluían expresamente los Sres. Fiscales que quedaban excluidos los ex-cónyuges y las parejas que hubiesen finalizado su relación de afectividad,

entraña dos dificultades: concretar su propio contenido y probar su existencia. Es sumamente complejo definir cuál y cómo es la relación afectiva conyugal, ya que el ordenamiento jurídico no brinda pautas o elementos que faciliten su determinación¹⁴, ni siquiera en los arts. 66 a 71 del Código Civil. Por su parte, la RAE define la afectividad como un «conjunto de sentimientos, emociones y pasiones de una persona», lo que hacen de este, sin duda, un concepto muy variable. Esta variabilidad o mutabilidad definitoria de la afectividad no casa del todo con la idea de permanencia y estabilidad inherentes al matrimonio¹⁵. Además, al problema relativo a la definición del contenido de la afectividad le sigue la complejidad probatoria que entraña, pues parece evidente que la única manera de acreditarla será mediante confesión expresa de los implicados o a través de actos externos.

Mayores dificultades añade a la cuestión la cláusula “aun sin convivencia”¹⁶, procedente de la reforma de la LO 11/2003¹⁷. La inclusión de este inciso supuso una verdadera ampliación del bien jurídico protegido, más allá de la paz familiar¹⁸ o de la dignidad de las personas. Con ella se dio entrada a

así como los novios, al no tratarse de relación análoga a la matrimonial. Conviene matizar ciertos puntos. En primer lugar, resulta curioso que se siguiese exigiendo las notas de convivencia y estabilidad cuando, expresamente, el legislador ya se había decantado por su eliminación. No se comprende el porqué de su mantenimiento, se insiste, por los Fiscales, para ciertos casos, como el de la dispensa, en lugar de optar por la unificación inmediata de criterios. Por otra parte, que se excluyan las relaciones ya cesadas, dada la institución de la que hablamos (la dispensa) puede tener fundamento, efectivamente, pero mayores dudas plantea salvar la distinción que los fiscales realizan entre las relaciones análogas y las de noviazgo.

¹⁴ Guerra González, R. (2014). A vueltas con la análoga relación de afectividad. *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía*, 85; y Magro Servet, V. (2015) ¿Cómo debe interpretarse la expresión “análoga relación de afectividad aun sin convivencia” en los delitos de violencia de género? *La Ley Penal*, 112.

¹⁵ Vid. Orga Larrés, J. C. (2008). *Violencia de género. Mi experiencia como juez*. Aranzadi, pp. 53 y ss., en cuya opinión es aquí donde radica el error. Propone que lo idóneo sería erradicar la afectividad como criterio rector de las relaciones de pareja en favor del amor, o la mera atracción sexual.

¹⁶ Cfr. Art. 173.2 CP tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Con anterioridad a esta reforma, se rechazaba la equiparación al matrimonio de las relaciones de noviazgo sin convivencia, pues como había declarado el TS en su sentencia de 11 de mayo de 1995 (Id Cendoj 28079120011995103283), aunque se proyecte contraer matrimonio en el futuro no constituye una relación análoga al matrimonio, exigiéndose una convivencia *more uxorio*. A partir de esta reforma, y tal y como indica Orga Larrés, J. C. (2008). *Violencia de género...*, *cit.*, p. 5, «el legislador ha eliminado como requisito para ser mujer víctima de violencia de género el requisito de la estabilidad en la relación de pareja con el agresor y ha especificado que esa condición de víctima tampoco depende de que haya convivido o no con el agresor».

¹⁷ Las modificaciones al CP se incluyeron en el art. 1º. En la Exposición de Motivos de esta LO se señala que en el Plan de lucha contra la delincuencia presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002 incluía un conjunto de medidas entre las cuales algunas estaban destinadas a combatir la violencia doméstica. Dichas medidas eran, en esencia: medidas preventivas, medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, medidas incentivadoras de la investigación y medidas legislativas. Las medidas legislativas, orientadas principalmente hacia la disuasión de la comisión de hechos delictivos relacionados con esta clase de violencia, trabajaban en dos direcciones: por una parte, aumentando la penalidad de este tipo de conductas (elevando a la categoría de delito aquellas faltas de lesiones del art. 617 CP que se cometiesen en el ámbito doméstico), y mejorando la sistemática de los delitos de violencia doméstica “cometidos con habitualidad”; y, por otra parte, ampliando el círculo de posibles víctimas, y eliminando aquí las notas de estabilidad y permanencia de los arts. 153 y 173.2.

¹⁸ En este sentido, vid. Orga Larrés, J. C. (2008). *Violencia de género...*, *cit.*, p. 53, donde señala que «tradicionalmente, el bien jurídico protegido en las infracciones penales relacionadas con la violencia

relaciones de noviazgo o de carácter similar basadas en una afectividad amorosa y sexual¹⁹.

La complejidad de este “conglomerado terminológico” entorpece notablemente la concreción de los elementos definitorios de las relaciones análogas, por cuanto es muy difícil conceptualizar la analogía, la afectividad, y los noviazgos sin convivencia merecedores de protección reforzada, lo cual, como es lógico, todavía se agrava o intensifica más en el caso de adolescentes. En este sentido, como recoge, con buen criterio, la sentencia 83/2017, de 15 de febrero de 2017, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia²⁰:

“La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas, no faltando casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas”.

2.2. Criterios de las Audiencias Provinciales

Qué ha de entenderse por relación de afectividad análoga a la conyugal, aun sin convivencia, es una cuestión de difícil definición²¹. A ello hay que unir, como bien señaló la Fiscalía General del Estado en su Dictamen 7/2012, sobre criterios de actualización en supuestos de violencia de género, que el vínculo afectivo que se genera en las parejas adolescentes, como es propio y consustancial a las relaciones que se entablan en esta etapa de la vida, dista mucho de presentar la estabilidad y consistencia características de las parejas de adultos. Por ello, difícilmente existirá –o habrá existido– matrimonio o convivencia *more uxorio*.

En el ámbito jurisprudencial se aprecia una gran disparidad de criterios en lo atinente a la concreción de las categorías, clases, clasificaciones o tipos de relaciones de pareja con encaje en dicho concepto. Esa falta de unanimidad, traducida en una amplia disparidad de criterios, tiene especial reflejo en las Audiencias Provinciales.

doméstica ha venido siendo considerado la paz familiar, lo cual ha dotado de una sustantividad propia al delito de violencia familiar habitual, con independencia de los diferentes actos de violencia física o psíquica que la conforman».

¹⁹ STS 1376/2011, de 23 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120012011101368); Vid. SAP de Segovia (Sección 1ª), nº 12/2005, de 1 de marzo (Id Cendoj 40194370012005100027); y SAP de Barcelona (Sección 10ª), nº 583/2004, de 7 de julio (Id Cendoj 08019370102004100505).

²⁰ SAP de Murcia (Sección 2ª), nº 83/2017, de 15 de febrero (Id Cendoj: 30030370022017100072).

²¹ Sobre esta cuestión, vid. ampliamente Guinarte Cabada, G. (2013). Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género. En M. S. Rodríguez Calvo y F. Vázquez-Portomeñe Seijas, *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*. Tirant lo Blanch, pp. 215 y ss.; Guinarte Cabada, G., y Castro Corredoira, M. (2018). Eximentes y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En M. S. Rodríguez Calvo, y F. Vázquez-Portomeñe Seijas (Dirs.). *Estudio Empírico Sobre la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, pp. 95 y ss.

Una primera interpretación apunta a la estabilidad y a la permanencia de la relación como criterios distintivos de las relaciones de afectividad análogas a las conyugales²². Este sector concreta la permanencia en la habitualidad en el modo de vida. Señala que la continuidad es compatible con rupturas, más o menos breves, que no impidan reconocer la existencia de la relación. En concreto, las Audiencias Provinciales²³ especializadas en violencia sobre la mujer ponen el acento en la existencia de una “evidente” vocación de estabilidad²⁴ en la pareja, o sea, la existencia de un proyecto de vida en común declarado y presentado frente a terceros, ya sean amigos o familiares²⁵. Excluyen, por ello, del régimen especial, las relaciones “reservadas”, argumentando que cuando dos personas son pareja, lo lógico es que así aparezcan claramente frente a los demás, o que se den a conocer a través de las redes sociales²⁶.

Dadas las dificultades probatorias que entraña la acreditación de la estabilidad sin convivencia, así como la ausencia de criterios objetivos de determinación, el estudio de estos elementos obliga a acudir a otros matices. Se tendrán entonces en cuenta aspectos como la intención de estabilidad de la pareja y circunstancias externas: contratos comunes de arrendamiento o de adquisición de vivienda, negocios comunes o la existencia de cargas asumidas por ambos. Ahondando en esa idea de estabilidad y permanencia, en algunas sentencias se exige la acreditación de algún elemento (aparentemente) adicional, como la existencia de planes de futuro que sirvan de base para forjar ese vínculo duradero, con vocación de futuro y derechos y obligaciones para las partes. Las exigencias de los órganos judiciales partidarios de esta postura no difieren en exceso de las exigencias de aquellos otros que, como señalamos, se limitan a exigir la acreditación de las notas de estabilidad y permanencia. En este sentido, podríamos decir que, en esencia, materializan la reiteración de esas exigencias en la existencia de planes de futuro. De hecho, de la lectura de muchas de estas resoluciones judiciales se concluye que los órganos judiciales, en no pocas ocasiones, identifican la estabilidad en ese proyecto de vida en común.

²² SAP de Alicante (Sección 1ª), n° 262/14, de 27 de marzo (Id Cendoj 03014370012014100251); SAP de Soria (Sección 1ª), n° 70/2014, de 4 de septiembre (Id Cendoj 42173370012014100136); SAP de Pamplona (Sección 2ª), n° 173/2014, de 24 de septiembre (Id Cendoj 31201370022014100338); SAP de León (Sección 3ª), n° 492/2014, de 29 de septiembre de 2014 (Id Cendoj 24089370032014100475); SAP de Barcelona (Sección 2ª), n° 291/2004, de 15 de marzo, *cit.*; también sigue este criterio la Circular FGE 4/2005, p. 61.

²³ En los distintos Seminarios de los JVM y de los Magistrados destinados en Secciones de Audiencias Provinciales especializadas en violencia sobre la mujer, se han adoptado criterios uniformes, conforme a los cuales en el referido precepto estarían incluidos los novios, pero siempre que en la relación exista una evidente vocación de estabilidad, no bastando para cumplir las exigencias del mismo, las relaciones de mera amistad, o los encuentros puntuales y esporádicos.

²⁴ SAP de Almería (Sección 3ª), n° 31/2014, de 6 de febrero (Id Cendoj 04013370022014100086).

²⁵ SAP de Tarragona (Sección 4ª), n° 313/2015, de 28 de septiembre (Id Cendoj 43148370042015100313).

²⁶ SAP de Logroño n° 27/2015, *cit.*

En cambio, otras desechan, expresamente, la exigencia de un proyecto de vida en común²⁷, aduciendo que la existencia de esos planes a futuro obedece a múltiples contingencias y factores, sin que ello incida, en absoluto, en la intensidad o afectividad de la relación.

Distintas son, asimismo, las posturas que no consideran imprescindible que el vínculo sea estable o que conlleve relaciones familiares añadidas o amigos comunes, (al contrario de lo que sucede con la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP²⁸), planteando únicamente que sea duradero en el tiempo e incluya sentimientos comprometidos²⁹. La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha rechazado en varias ocasiones la posibilidad de acudir al proyecto de vida en común como criterio probatorio. Baste señalar su sentencia 1376/2011:

“El grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en este, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquel la naturaleza de la afectividad en lo que la redacción legal pone el acento, la propia relación personal e íntima que traspase con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea esta”.

Para otro sector³⁰, más que el tiempo durante el que se haya desarrollado, que puede ser escaso, debe otorgarse primacía a la esencia misma de la relación, es decir, a la voluntad recíproca de unión entre los dos miembros de la pareja y a la existencia de un proyecto de vida común. En este sentido, la Audiencia Provincial de Logroño³¹ ha señalado que la tradicional conservación de la terminología «relación de afectividad análoga a la conyugal» pone de manifiesto que el elemento central es la esencia misma de la relación. La proximidad entre la relación matrimonial y la relación análoga tendría que verificarse acreditando la existencia de un proyecto de vida en común (con todas las manifestaciones esperables de este), así como a través de la comprobación de que comparten la misma naturaleza afectiva, esto es, la de una relación personal e íntima que traspasa con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea esta³².

²⁷ SAP de Barcelona (Sección 5ª), n° 919/2005, de 29 de noviembre (Id Cendoj 08019370052005100566); SAP de Murcia (Sección 3ª), n° 104/2016, de 16 de febrero (Id Cendoj 30030370032016100115).

²⁸ SAP de Valencia (Sección 2ª), n° 151/2014, de 7 de febrero de 2014, (Id Cendoj 46250370022014100038). Vid. También STS 59/2013, de 1 de febrero de 2013, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120012013100098), donde se recuerda que se tiene en cuenta para la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP: «a) existencia de una relación matrimonial o asimilada a la matrimonial, y b) que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas»; SAP de Ávila (Sección 2ª), n° 202/2005, de 20 de diciembre (Id Cendoj 05019370012005100419).

²⁹ SAP de Tenerife (Sección 5ª), n° 77/2016, de 26 de febrero (Id Cendoj 38038370052016100072).

³⁰ SAP de Pontevedra (Sección 4ª), n° 51/2011, de 25 de marzo (Id Cendoj 36038370042011100108).

³¹ SAP de Logroño n° 27/2015, *cit.*

³² SAP de Madrid (Sección 26ª), n° 848/2014, *cit.*; SAP de Vizcaya (Sección 6ª), n° 8/2007, de 22 de enero de 2007 (Id Cendoj 48020370062007100005).

En este sentido, para la Audiencia Provincial de Murcia³³, la clave es que exista un vínculo sentimental de tal intensidad que «haya permitido la existencia de un compartir entre ellos con conocimientos de las personas de su intimidad, tener relaciones íntimas, compartir aficiones, haber conocido a los familiares más directos y permanecer en las residencias familiares»³⁴.

Esta falta de unanimidad interpretativa suscita críticas de diversa índole. Una primera cuestión alude a la idoneidad de homogenizar el tratamiento de quien es cónyuge o pareja sentimental en la actualidad, y quien lo ha sido en el pasado, aunque hayan transcurrido varios años y no se hayan vuelto a ver. Estas voces críticas defienden que sí tiene justificación un tratamiento igualitario de las relaciones actuales –sean conyugales o de noviazgo– pero que, por el contrario, existe tal variedad de tipos de ex parejas sentimentales, que no cabe justificar un tratamiento punitivo igualitario, salvo que el delito se haya cometido por el hombre contra su ex mujer, por el hecho de serlo³⁵. De lo contrario, se abogaría por la equiparación de supuestos muy diversos, donde no existe siempre un fundamento agravatorio justificado: no es igual un caso en que un hombre no acepta una ruptura sentimental y persigue y acosa a su ex mujer impidiéndole desarrollar su vida o nuevas relaciones, que el caso de una ex pareja que, años después de su último encuentro, chocan con sus vehículos casualmente en la calle y se enzarzan a golpes a resultas del accidente.

En otro sentido, la regulación actual tampoco contempla ningún límite temporal en la antigüedad de la relación que haya de servir de base a la satisfacción de la hipótesis típica; ni ninguna exigencia mínima de temporalidad en su duración.

Todo ello hace necesario realizar un intensísimo esfuerzo interpretativo para llegar a apreciar si una relación de pareja sin convivencia tiene unas características adecuadas para atraerla a los tipos penales del CP relacionados con la violencia de género y, especialmente, los reformados por la LO 1/2004.

A mi juicio, la envergadura del problema interpretativo planteado y sus implicaciones desde una óptica jurídico-penal dificultan la consecución de una solución satisfactoria. Recordemos que, con la configuración actual, se establece legalmente la analogía conforme a la afectividad de la relación conyugal. Sin embargo, en este sentido, se puede decir que esa afectividad en el ámbito matrimonial opera como una presunción, ya que, acreditada la existencia de relación matrimonial, no se entra a valorar, más allá, los términos en que existe esa relación, por lo que esa afectividad se presume, reduciéndose únicamente la prueba a la acreditación legal del vínculo matrimonial, cosa que, por otra parte, es fácilmente demostrable a efectos probatorios. Piénsese, además, que, por ejemplo, partiendo

³³ SAP de Murcia (Sección 3ª), nº 91/2015, de 24 de febrero (Id Cendoj 30030370032015100079).

³⁴ SAP de Albacete (Sección 2ª), nº 51/2014, de 6 de febrero, (Id Cendoj 02003370022014100086), que se refiere a un supuesto de coacciones leves penadas como delito por haber sido cometidas contra la mujer con quien el condenado mantenía, según el Tribunal, una relación de afectividad análoga a la conyugal.

³⁵ Orga Larrés, J. C. (2008). *Violencia de género...*, *cit.*, pp. 55-56.

de la hipótesis de un caso en que un esposo golpea a su mujer, el hecho de tratar de probar la ausencia de afectividad (*v. gr.* porque ya no existe entre ellos, porque el matrimonio se basa en otra clase de arreglos) entre los cónyuges no impediría la aplicación de un delito de violencia de género.

Por el contrario, los problemas a la hora de acreditar la existencia de una relación de afectividad análoga no se agotan en determinar qué es, o en qué consiste esa relación, sino que, a mayores, existe el problema probatorio añadido, pues no hay certeza sobre los criterios que toman en cuenta cada uno de los órganos judiciales a la hora de entender acreditada la existencia de esta clase de relaciones, debido a la ingente casuística existente. Estos problemas se agravan en el contexto de la violencia en parejas adolescentes, pues todavía será más complicado acreditar la existencia de un vínculo asimilable al matrimonial.

El propio Tribunal Supremo ha determinado que la afectividad, por las propias características que entraña, es difícilmente demostrable, de manera que los tribunales deben recurrir a otros criterios para acreditar la existencia de la relación. Esta cuestión, por tanto, todavía permite incidir más en la necesidad de modificar la redacción del Código Penal en este extremo. Si por una parte presuimos que en la relación conyugal existe afectividad, pero por otra parte, determinamos que esa misma afectividad es difícil de demostrar a la hora de juzgar la analogía con una relación conyugal, esto resulta altamente contradictorio, y a la par, introduce un elemento distorsionador e incluso discriminatorio, sin mencionar el problema de inseguridad jurídica que supone el hecho de que un mismo supuesto pueda ser enjuiciado de diferente forma según los aspectos ponderados por distintos órganos judiciales.

Sea como fuere, es evidente la falta de unanimidad en el tratamiento de una cuestión tan trascendental como la definición y concreción de la relación de afectividad análoga a la conyugal. La ausencia de definición legal puede colisionar con algunos principios como la seguridad jurídica, la presunción de inocencia y la proporcionalidad. Estos tres principios operan como límite en diferentes niveles o esferas.

En un primer nivel, la seguridad jurídica preside todo el proceso penal. Por lo tanto, si no existe una definición, si no legal, al menos, sólida, de la análoga relación de afectividad, se evidencia un vacío normativo que han de colmar los tribunales. Sin embargo, la observancia del empleo de criterios tan dispares que, en la práctica de los tribunales, puede traducirse en que un mismo caso pueda recibir distintos tratamientos judiciales, choca frontalmente con este principio de manera irremediable, sobre todo por las intensas diferencias penológicas que hemos visto en una materia tan sensible como la violencia de género.

En un segundo nivel, la presunción de inocencia juega también un papel de todo punto fundamental en muchos casos. No son pocos los recursos de apelación en que el recurrente trata de convencer al juez o tribunal de que la relación es puramente amistosa o sexual, sin existir mayor compromiso. En este caso, la

defensa no puede aducir muchos más argumentos, al desconocer las exigencias que pueda valorar el órgano judicial para entender acreditada la relación afectiva: pueden existir o no pronunciamientos previos de este en uno u otro sentidos, como también puede asumir los criterios de otros órganos judiciales. Esto, por tanto, refleja una interconexión entre la distorsión generada en relación a la presunción de inocencia y la relativa a la seguridad jurídica.

En un tercer y último nivel, una vez el sujeto ha sido condenado, el órgano judicial debe acordar la pena o penas correspondientes. Esta actuación se encuentra sujeta al principio de proporcionalidad. A estos efectos, tendrá gran importancia, sobre todo en los casos de noviazgo, observar si el órgano judicial considera que se encuentra ante un caso de violencia de género, por los efectos penológicos inherentes a tal calificación: entre otros, la adopción preceptiva del alejamiento.

Además de todo lo expuesto, como hemos visto, diversos criterios adoptados por los tribunales en esta materia entrañan importantes dificultades en materia probatoria. En este sentido, por ejemplo, tratar de acreditar la existencia de sentimientos comprometidos parece un razonamiento de difícil demostración en un proceso judicial, salvo que se presuma como consecuencia de circunstancias externas observables y que puedan ser corroboradas.

En otro sentido, la durabilidad puede cumplir una doble función. Por un lado, contribuir a demostrar la existencia de una relación de noviazgo análoga cuando su perdurabilidad sea extensa (con la consecuente dificultad de determinar en qué punto llegaría a tener tal consideración: a los seis meses, al año...). Por otra parte, sin embargo, no resulta en ningún caso aconsejable que se erija como criterio absoluto, puesto que podría dejar fuera de la protección penal reforzada relaciones que, con proyección de permanencia y estabilidad, se encuentran en sus primeros meses de existencia o en una fase muy incipiente. Ello, sobre todo, pensando en el caso de relaciones adolescentes, en las que los integrantes, muy probablemente, todavía no hayan alcanzado un grado de madurez suficiente como para poder hablar de estabilidad y proyección de vida común.

Desde luego, la solución no parece sencilla, aunque en relación a la duración podría hacerse la siguiente propuesta. Una posibilidad sería estipular dos umbrales distintos a partir del elemento temporal. Sería entonces necesario fijar un concreto periodo de duración que discerna, a efectos jurídico-penales, las relaciones de “larga duración” de las de “corta duración”. De esta forma, una relación «larga» ya contaría con el elemento de la durabilidad, por lo que para probar su existencia y posible analogía con la relación conyugal se arbitrarían otros requisitos, como por ejemplo la estabilidad y la existencia de un proyecto de vida en común, con manifestaciones externas como la publicidad de la relación (viajes, eventos), la existencia de obligaciones comunes y, en su caso, la convivencia. Estas manifestaciones externas también servirían para acreditar la existencia de una relación de noviazgo “corta” o “incipiente”, así como su vocación de permanencia, o el conocimiento de la existencia de la relación por terceros.

En cualquier caso, es de todo punto fundamental clarificar qué ha de entenderse por relación de afectividad análoga, ya que se trata de un elemento normativo de ciertos tipos penales, entre ellos: del delito de maltrato ocasional del 153.1 CP, del delito de amenazas del 171.4 CP y del delito de malos tratos habituales del 173.2 CP. Parece claro, pues, que si el legislador pretende dar cabida en estos tipos penales a un amplio espectro de relaciones afectivas (sobre todo, teniendo en cuenta la rapidez con la que avanza la sociedad), parece lógico que se exija una mayor precisión de las exigencias probatorias que se van a dirimir judicialmente para ponderar el encaje de un supuesto en este ámbito de protección reforzada.

Por todo lo expuesto, tal vez lo adecuado sería revisar la terminología empleada por la norma, contemplando incluso la opción de eliminar de la redacción del Código Penal la referencia a la afectividad –con independencia de que se pueda tener en cuenta, sobre todo, a la hora de analizar el posible móvil del agresor–. Si realmente se quiere proteger de manera específica cualquier relación de pareja, dado lo cambiante de la realidad social, y la amalgama de tipologías relacionales que podemos encontrarnos, el legislador debería optar por otra nomenclatura, referida, quizás, a la comprobación de la concurrencia de algunos aspectos habituales, comunes, de una relación de pareja. De esta forma, existiría una mayor precisión de lo que se requiere en los tribunales para acreditar, a efectos probatorios, la existencia de una relación merecedora de la protección específica del ámbito de la violencia de género. En cualquier caso y con independencia del criterio o criterios por los que se opte, urge una unificación de criterios que facilite: en primer lugar, conocer, a nivel probatorio, qué rasgos van a ser acreditativos de la existencia de un noviazgo; y en segundo lugar, la valoración judicial con unidad de criterio en materia probatoria.

2.3. La posición del Tribunal Supremo

En vista de lo diluida que se encuentra la definición de este concepto, el TS ha tratado el tema de los vínculos de afectividad con el fin de contribuir a una mayor delimitación conceptual e interpretativa de las exigencias de la norma penal. Entre otras, su mencionada sentencia de 23 de diciembre de 2011³⁶ recuerda que

³⁶ De especial interés son las SSTs 510/2009, 654/2009, 1177/2009 y la expuesta 1376/2011 de 23 de diciembre de 2011, en las que se interpreta qué ha de entenderse por manifestación de la violencia de género y de la violencia familiar, así como qué ha de entenderse por relación de pareja análoga al matrimonio.

De entre las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo citadas en esta línea, destacamos la STS 510/2009, de 12 de mayo, donde se desestima un recurso presentado por el hombre motivado en la alegación de error de derecho por aplicación indebida de los arts. 153.1, 169.2 y 173.2 CP. La Sala de instancia había dado por probada la existencia de una relación de pareja con estabilidad suficiente, haciendo constar, como hechos probados, que “... Juan Francisco y Antonieta mantenían una relación de pareja desde septiembre del año 2000, sin compartir domicilio con carácter habitual pero manteniendo relaciones sexuales y presentándose públicamente como novios en diferentes ámbitos, habiendo convivido plenamente en períodos de corta duración, bien en casa de Antonieta, bien en casa de los padres de Juan Francisco, bien en una habitación que se alquiló a nombre de Juan Francisco en junio de 2005 en la Avda. del Cid de la ciudad de Valencia. Pese a ser relativamente frecuente que discutieran y llegaran a plantearse abandonar la relación incluso en un par de ocasiones cada mes, ésta se reanudaba inmediatamente, de

no toda relación afectiva, sentimental o de pareja es susceptible de ser calificada como análoga. No obstante, sí estarían comprendidas en este concepto determinadas relaciones de noviazgo con vocación de estabilidad, no siendo por tanto suficiente la mera amistad o los encuentros puntuales y esporádicos. En este sentido, ha reconocido que, efectivamente, en la praxis judicial diaria, la afectividad no es un factor exigible, ya que puede no estar presente en la relación conyugal³⁷.

forma que puede afirmarse su continuidad durante este período de tiempo”. Al respecto, señala el TS en su resolución que “no resulta fácil, desde luego, dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia o proyectos de vida en común susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de aquellos preceptos. La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas. No faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas. En principio, la convivencia—ya sea existente en el momento de los hechos o anterior a éstos—, forma parte del contenido jurídico del matrimonio. No se olvide que conforme al art. 69 del Código Civil, la convivencia se presume y que el art. 68 del mismo texto señala entre las obligaciones de los cónyuges vivir juntos. La convivencia es también elemento esencial de las parejas de hecho, incluso en sus implicaciones jurídico-administrativas.

Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los artículos 153 y 173 del Código Penal situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical—vivir en compañía de otro u otros—. De lo contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.

De acuerdo con estas ideas, los hechos han sido certeramente calificados por la Sala de instancia. Aun si diéramos por probada la circunstancia de que el acusado Juan Francisco tuviera relaciones con otras mujeres, nada de ello obstaculizaría la valoración que ha hecho el órgano decisorio acerca del vínculo afectivo que mediaba entre el recurrente y Antonieta. Tampoco alteraría la corrección del juicio de tipicidad el hecho de que esa relación se llegara a romper—como enfatiza la defensa— una o dos veces cada mes o que la propia víctima no calificara su vínculo como noviazgo, sino como relación afectiva. El debate sobre qué etiqueta semántica mereciera la unión entre Juan Francisco y Antonieta no deja de ser puramente nominal. No demuestra el error jurídico que se atribuye al Tribunal a quo. Nada añade el hecho de que el recurrente afirmara que ambos eran “...más que amigos y menos que novios”. La sentencia dedica buena parte de su FJ 3º a motivar la inferencia de la Audiencia acerca de la relación de noviazgo entre agresor y víctima. Allí se hace una glosa del testimonio que prestaron los diferentes testigos, algunos de ellos familiares del acusado. De forma conclusiva, proclaman los Jueces de instancia que “...considerando los testimonios de Juan Francisco y de Antonieta, así como los de los testigos llamados a declarar sobre este extremo, no cabe duda de que la relación entre ambos era una relación estable de pareja, manteniendo relaciones sexuales y presentándose públicamente como novios, conviviendo ocasionalmente bien en casa de ella, bien en casa de él, bien incluso en casa de los padres de Juan Francisco (como han reconocido estos mismos)”.

Con esta sentencia, el Tribunal Supremo viene a consolidar un criterio menos restrictivo, y también parece admitir la posibilidad de que resulten incluidas las relaciones extramatrimoniales.

³⁷ Como hemos visto, la normativa se refiere a las relaciones análogas de afectividad. Por ello, la afectividad se configura como un elemento normativo, si bien es cierto que su dificultad probatoria conlleva que, en la praxis judicial, se tengan en cuenta otros elementos, como los analizados anteriormente. Asimismo, dice el Tribunal Supremo a este respecto que la afectividad nunca podría servir como referencia en un supuesto de malos tratos judicializado, ya que la forma de llegar el caso al ámbito judicial es a través

Por tanto, podría entenderse que la afectividad, tal y como se acoge penalmente en la normativa, opera como una presunción *iuris et de iure*: se asume y presume en la relación conyugal y se impone como elemento determinante de la análoga naturaleza de un noviazgo, sin que quepa desvirtuarlo judicialmente.

El Alto Tribunal fija una correlación entre convivencia, estabilidad y afectividad, aunque la cuestión es mucho más compleja y surgen muchas dudas al respecto. Siguiendo a Magro Servet³⁸, no cabe la prueba en estos casos de la inexistencia de la afectividad para excluir la aplicación de los tipos penales de la violencia de género, ya que los tribunales de justicia están valorando más la existencia de una relación estable aun sin convivencia que la propia afectividad (aunque forme parte de los tipos penales). Tampoco considera acertado el TS acudir a la existencia de un proyecto de vida en común, siendo más aconsejable la comprobación de que la relación comparta naturaleza similar a la matrimonial (en el sentido de tratarse de una relación personal e íntima que traspase con nitidez los umbrales de una simple amistad, por intensa que sea esta). Por este motivo ha optado por un criterio de estabilidad (asumido, como se ha visto, por buena parte de los tribunales de instancia), para excluir del ámbito de aplicación de los tipos penales relacionados con la violencia de género los encuentros puntuales y esporádicos.

En cualquier caso, nos encontramos ante una cuestión que tendrá que ser dirimida en el proceso penal, donde se comprobará la existencia de circunstancias de hecho que permitan advertir ese plus que acredite la vocación de permanencia, la seriedad y la estabilidad de la relación. Resulta sumamente controvertido determinar o fijar unas pautas generales que permitan concretar qué ha de entenderse por convivencia, o cuándo se entiende que existe afectividad en el núcleo de la pareja, ya que intentar delimitar unos parámetros puede suponer caer en consideraciones o pautas excesivamente abstractas. Por una parte, como ya se apuntó, la prueba del afecto no aparece contemplada entre las obligaciones conyugales del Código Civil, por lo que ha sido un error su incorporación como exigencia en algunos tipos penales (más aún cuando ello ha supuesto una adjetivación confusa y errada). Por otra parte, la convivencia también es un tema espinoso por varias razones: en primer lugar, porque no son pocas las ocasiones en que los miembros de la pareja tienen percepciones distintas sobre el alcance de su convivencia. En segundo lugar, el proyecto de vida en común que aparece normalmente asociado a esa convivencia, puede no ser compartido por ambos integrantes de la pareja. No obstante, la convivencia sí goza de una mayor susceptibilidad de exigencia en la aplicación de los tipos penales referidos, desde el momento en que la normativa civil sí la contempla como una obliga-

de diligencia por una denuncia de malos tratos o por la actuación de oficio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Por tanto, la afectividad, lejos de jugar un papel determinante y calificativo de la relación que hay o ha habido entre los sujetos de la pareja penal podría devenir nula.

³⁸ Vid. Magro Servet, V (2015). *¿Cómo debe interpretarse...?*, *cit.*, pp. 2 y ss.; Guerra González, R. (2014). *A vueltas con...*, *cit.*, pp. 5 y ss.

ción conyugal en el art. 68 CC, afianzando esto el art. 69 CC al disponer que la convivencia de los cónyuges se presume.

Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los arts. 153 CP y 173 CP situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical –vivir en compañía de otro u otros–. De lo contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios.

Por ello, el TS afirma que lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no exista fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.

3. EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO

3.1. Introducción

La Sala Segunda del Tribunal Supremo sostiene una pacífica y reiterada doctrina conforme a la cual la declaración inculpativa de una víctima de violencia de género puede constituirse en prueba de cargo de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y fundamentar una resolución condenatoria. Dada la sensibilidad de las cuestiones a las que se frente en casos de violencia de género, el Alto Tribunal diseñó unas pautas orientativas que se concretan en tres exigencias: ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la inculpativa. Cuando estos tres requisitos concurren en el testimonio de la víctima (adolescente o adulta), este, aunque sea la única prueba frente a la inocencia del acusado, opera con entidad de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del agresor.

En las líneas que siguen se tratará el modo en que la presunción de inocencia opera desde el punto de vista constitucional para, con posterioridad, plantear cómo dicha presunción se erosiona ante el testimonio persistente, verosímil y fundado de la víctima en los casos de violencia de género.

3.2. La presunción de inocencia como garantía procesal

El juicio sobre la valoración de la prueba pertenece³⁹ al tribunal que sentencia. A este respecto, tal y como ya se declaró en la sentencia de 24 de noviembre de 1987, existe una doctrina consolidada que reconoce aptitud probatoria al testimonio de la víctima para generar el decaimiento de la presunción de inocencia⁴⁰. Para lograr este objetivo, se emplean criterios de racionalidad (corroboraciones periféricas). En el control realizado por el Tribunal Supremo no se observará nada que lleve a pensar que la decisión de aceptar la declaración de la víctima como prueba de cargo es inmotivada, arbitraria o gratuita⁴¹.

Para que el testimonio se erija como prueba directa, la mujer tiene que comparecer en el juicio oral, a fin de prestar declaración, que será valorada en atención al principio de inmediación. Con una declaración de la víctima que reúna los requisitos expuestos, la presunción de inocencia del acusado queda enervada, por cumplirse las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

- a) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde en exclusiva a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos.
- b) Solo se puede entender como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad.
- c) Se exceptúan los supuestos de prueba pre-constituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.
- d) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, y por lo tanto este la ejerce con discrecionalidad, con la única exigencia de razonar el resultado de esta valoración⁴².

En lo que atañe a la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo advirtió que, afirmar dicha vulneración equivaldría a decir que el recurrente pueda ser condenado en vacío probatorio, esto es, sin pruebas de cargo de entidad suficiente.

La presunción constitucional de inocencia exige que la actividad probatoria que se practique sea suficiente para desvirtuarla. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el derecho a la presunción de inocencia solo puede ser destruido en virtud de prueba de cargo de entidad suficiente y practicada de ma-

³⁹ Cfr. art. 741 LECrim.

⁴⁰ SSTs 434/1999, de 17 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120011999103448); 486/1999, de 26 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120011999103516).

⁴¹ Salvo en lo referente a las costas procesales.

⁴² SSTC 76/1990 de 26 de abril; 138/1992, de 13 de octubre y 102/1994, de 11 de abril.

nera debida en el acto del juicio. En este sentido, el Alto Tribunal, en sentencia de 3 de marzo de 2006, declaró que:

“El respeto a la presunción constitucional de inocencia implica que nadie puede ser condenado sin que se acredite su culpabilidad con arreglo a la ley. Esto supone que es necesario que existan pruebas de cargo, cuya aportación corresponde a la acusación, que permitan considerar acreditada la realidad de unos determinados hechos imputados por la acusación, así como la participación del acusado en ellos. Tales pruebas deben ser válidas; haber sido aportadas al proceso con respeto a las exigencias constitucionales y legales; tener contenido inculpatario suficiente para demostrar los hechos; y, en este sentido, haber sido valoradas por el Tribunal de manera racional, respetando las reglas de la lógica, las enseñanzas de la experiencia común y los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos”⁴³.

Por este motivo, en ocasiones las sentencias son absolutorias: en unos casos, por las versiones contradictorias de las partes sobre los hechos, cuando no existen otras pruebas de cargo, directas o indiciarias, que permitan inculpar al procesado; en otros casos, la absolución por falta de pruebas también se puede producir cuando el juez considere que no se practicó prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia que ampara a todo acusado, incluso cuando la víctima acuda a juicio y ratifique la denuncia.

3.3. La doctrina jurisprudencial sobre las exigencias del testimonio de la víctima como prueba de cargo de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia

En los procesos penales por delitos de violencia de género resulta fundamental la posición adoptada por la víctima (en este caso, adolescente), cuya declaración constituirá, con frecuencia, la única prueba directa del delito. La credibilidad de la víctima no se cuestiona cuando esta mantiene y defiende con firmeza la misma explicación en todas y cada una de las declaraciones que preste durante la causa.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo mantiene una doctrina reiterada y pacífica conforme a la cual la declaración inculpativa de la víctima sobre el hecho ilícito puede constituirse en prueba de cargo de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria. No obstante, el Tribunal advierte que, en los casos en que dicha declaración constituya la única y exclusiva prueba de cargo del ilícito y la participación del acusado en los hechos, el juez o tribunal que enjuicie el caso concreto deberá ser muy cauteloso y prudente en su valoración del testimonio, con el objetivo de evitar condenar a un inocente. Por este motivo, y aunque no se exige que la declaración cumpla con unos requisitos rígidos para poder ser valorada como prueba de

⁴³ Siguiendo este criterio, entre otras, SAP de la Audiencia Provincial de Murcia nº 83/2017.

cargo, el Tribunal Supremo diseñó «una serie de pautas orientativas que tienden a garantizar, en lo posible, la exclusión de dicho riesgo, y que sirven al juzgador de instancia como parámetros de referencia a la hora de evaluar la veracidad del testimonio de cargo a fin de extremar la garantía de una decisión acertada»⁴⁴.

En esencia, los criterios son tres: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación.

- Ausencia de incredibilidad subjetiva: para acreditar dicha circunstancia se presta especial atención a la relación que existe entre el acusado y la víctima (que en este caso será, casi con total seguridad, una relación asimilada o de noviazgo). Esto tendrá especial relevancia a la hora de determinar si existe algún móvil, es decir, alguna motivación de venganza, enfrentamiento, enemistad, interés, resentimiento o de otra índole que pudiese privar la declaración de la aptitud probatoria que se requiere para generar el estado de certeza en el que estriba la convicción judicial.
- Verosimilitud: para que el testimonio sea verosímil y dotado de aptitud probatoria, requiere de lo que se conoce como «corroboraciones periféricas de carácter objetivo». Son elementos que contribuyen a realizar un juicio de razonabilidad sobre el método o, lo que es lo mismo, aspectos que resulten razonables de manera suficiente⁴⁵.
- Persistencia en la incriminación y firmeza del testimonio: las manifestaciones incriminatorias tienen que ser persistentes, plurales, sin cambios sustanciales de unas a otras y sin ambigüedades ni contradicciones ya que, al constituir la única prueba frente a la inocencia del acusado, es importante brindarle a este la posibilidad de cuestionar eficazmente la declaración (centrando su atención en las contradicciones en la declaración que pueden llevar a mantener su falta de veracidad), y evitar así la indefensión⁴⁶.

⁴⁴ Estas pautas orientativas aparecen recogidas y descritas, entre otras, en la sentencia 1961/2000, de 21 de noviembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120012002103323), y en la sentencia 1285/2006, de 21 de diciembre, del mismo órgano judicial (Id Cendoj 28079120012006101261), así como en las más recientes resoluciones judiciales SSTs de 13 junio 2018 (Rec. 10776/2017) y de 6 de marzo de 2019 (Rec. 2611/2018).

⁴⁵ Sobre la exigencia de corroboraciones periféricas, SSTs 39/2009, de 29 de enero (Id Cendoj 28079120012009100084); y 172/2009, de 24 de febrero (Id Cendoj 28079120012009100132).

Con estas corroboraciones se acredita lo que constituye una declaración de parte, dado que la víctima se puede personar como parte acusadora particular o como perjudicada civil en el procedimiento. Así se deduce del contenido de los artículos 109 y 110 LECrim.

⁴⁶ STS 1845/2000, de 5 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120012000102526), ejemplo claro de esta doctrina. En ella se resolvió un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de 7 de octubre de 1998 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia, donde se condenaba al acusado como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de agresión sexual consumado, y diez delitos de igual clase en grado de tentativa, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de prisión por delito consumado, y diez penas de tres años por cada uno de los delitos intentados, con pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo que duren las condenas, así como la prohibición de residir en la población de residencia de la víctima (Gandía) durante cuatro años, fijando un tiempo

Son numerosos los fallos judiciales que acogen, con buen criterio, esta doctrina jurisprudencial. Entre ellos, ad exemplum, Sentencia 59/2014, de 16 de abril, del Juzgado de Menores de Lleida (Id Cendoj 25120530012014100027); Sentencia 227/2013, de 7 de noviembre, del Juzgado de Menores de Barcelona (Id Cendoj 08019530012013100095); Sentencia 67/2013, de 18 de marzo, del Juzgado de Menores de Barcelona (Id Cendoj 08019530012013100136); y Sentencia 53/2013, de 13 de marzo, del Juzgado de Menores de Barcelona (Id Cendoj 08019530012013100131).

Todos ellos son casos de violencia de género en parejas adolescentes, menores de edad, en las que ha servido como prueba de cargo la declaración de la víctima.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Hoy en día es fundamental que nuestra juventud, protagonista indiscutible de la sociedad futura, conozca, identifique y comprenda los diversos aspectos que atañen a la violencia de género. Especial atención merecen los primeros signos de maltrato, pues precisamente, como se ha demostrado en varias investigaciones, es fundamental que los adolescentes desarrollen las aptitudes y actitudes necesarias para identificar situaciones de esta naturaleza y ponerles freno. El fin último que se persigue con todas estas medidas y formaciones es lograr una sociedad igualitaria que rechace actitudes y estereotipos que promocionen o legitimen la violencia.

Un tratamiento adecuado de la violencia de género exige un abordaje global, integral, plural e interdisciplinar, que facilite o promueva el tratamiento de todas y cada una de las aristas del fenómeno.

No existen especificidades en el tratamiento de la relación de afectividad análoga y su concreción. Sin embargo, como ya se ha expresado, sería muy recomendable una doble revisión, tanto de los criterios normativos empleados por el

máximo de prisión de veinte años (para cuyo cómputo se abonó el tiempo que había pasado en prisión provisional), declarando extinguido el resto (art. 76 CP). En este proceso, el acusado fue absuelto de tres delitos de agresión sexual a que se refería el apartado primero de los escritos de acusaciones, por haber prescrito los delitos que dichos hechos referían. Con independencia de ello, también se le condenó al pago de 11/14 partes de las costas causadas, así como a indemnizar a la víctima con diez millones de pesetas. El recurso de casación interpuesto por la representación del acusado se fundamentaba en una supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la vulneración del principio acusatorio y, en consecuencia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías con prohibición de indefensión, por vulneración de los principios de inmediación y contradicción, a la par que se planteaba quebrantamiento de forma por la resolución recurrida, al no recoger qué hechos se entendían probados de manera expresa, e infracción de ley, por aplicación errónea o indebida de los artículos 116, 123, 124, e 178 en relación con el 179 del Código Penal. En este caso, el tribunal no apreció ningún aspecto que pudiera denostar el testimonio de la víctima (más aún teniendo en cuenta que se trataba de una chica menor de edad). Sirve por tanto, como ejemplo de la notoriedad que la doctrina del Supremo ha alcanzado en lo que atañe al valor probatorio del testimonio de la víctima.

legislador (afectividad), como de la interpretación judicial que se hace de ellos. Coincidiendo con la idea ya apuntada de que no es aconsejable trazar unos límites demasiado rígidos –ya que ello podría contribuir a dejar fuera del ámbito de protección reforzada de la violencia de género–, sí sería conveniente trazar unas directrices generales. Una de las características de la violencia de género es su transversalidad: afecta a mujeres de toda clase, con independencia de su edad, estatus social, raza... Sin embargo, un adecuado tratamiento debe conllevar un esfuerzo por individualizar los supuestos y darles la mejor respuesta que se acomode a sus necesidades. Es por esta razón que, en los casos de violencia de género en adolescentes, sería conveniente suavizar las exigencias que se puedan derivar de la interpretación judicial de la relación de afectividad análoga, y ello por varias razones. Principalmente, porque, por razón de edad, no han alcanzado la madurez suficiente como para –como bien indicaba el Fiscal General del Estado en el Dictamen de 2012 mencionado–, poder hablar de estabilidad o de compromiso de futuro. En la mayor parte de los casos, tampoco podrá guiarse el operador jurídico por la existencia de convivencia, pues frecuentemente no la habrá en estos casos. Además, otro problema grave lo plantea la dificultad que los menores tienen para detectar la violencia, y ello puede conllevar a mayores complejidades. Es por ello que a la hora de observar un caso judicializado de violencia de género en menores, será necesario prestar especiales cautelas para tratar de asegurar su buen devenir.

Otro problema que ha sido objeto de análisis es el relativo a la presunción de inocencia del acusado y la declaración de la víctima como única prueba de cargo. Desde una perspectiva constitucional, como vimos, la presunción de inocencia se encuentra muy blindada. Las exigencias impuestas por el Tribunal Constitucional para desvirtuarla operan a modo de garantías, procurando que una declaración de culpabilidad esté fundamentada de manera suficiente, adecuada, pertinente y justificada. Por el contrario, el tratamiento de esta presunción de inocencia, en los supuestos de violencia de género, goza de ciertas especialidades. Especialidades que, como no podría ser de otro modo, van asociadas a la propia singularidad que reviste la naturaleza de esta lacra social.

Como se puso de manifiesto, el Tribunal Supremo ha hecho incesantes esfuerzos por articular un sistema que, sin vulnerar la presunción de inocencia, garantice también el valor probatorio del testimonio de la víctima, sobre todo, cabe decir, en aquellos casos en que el testimonio es el único medio probatorio de que dispone la víctima. No podemos perder de vista que no es infrecuente que la violencia de género sea un problema circunscrito al ámbito privado –en el sentido de que no trascienda frente a terceros y que no tenga evidencia pública–. Por tanto, las pruebas, en muchos casos, se reducen a la declaración de la víctima, o lo que es lo mismo, «la palabra de uno contra la del otro». Para evitar la impunidad de los agresores por falta de pruebas, las exigencias del Tribunal Supremo procuran garantizar que, en aquellos casos en que el testimonio de la víctima cumpla

ciertos requisitos, gozará de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del agresor y concluir su culpabilidad. No obstante, sí cabe cuestionar la idoneidad de la formulación de estas pautas. Lo cierto es que la praxis judicial revela amplio consenso en la materia, ya que, más que valorar cada uno de los presupuestos de manera aislada, se realiza una ponderación global con la que poder emitir un juicio de razonabilidad bien fundado. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que el testimonio de una mujer de edad avanzada constituye la única prueba de cargo y esta mujer padece un deterioro cognitivo tal que le dificulta cumplir con los tres presupuestos planteados por la jurisprudencia. O el supuesto de una mujer que padezca una disfuncionalidad que le haga especialmente vulnerable. O el caso de una adolescente que ha normalizado completamente ciertos patrones de conducta controladora y agresiva, y que todavía no tiene el grado de madurez suficiente. Habría entonces que pensar en casos como los planteados, de cara a poder articular soluciones más concretas e individualizadas según las especialidades del *factum*.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerson, L. K., Kawachi, I., Barbeau, E. M. y Subramanian, S. V. (2008). Effects of individual and proximate educational context on intimate partner violence: a population-based study of women in India. *Am J Public Health*, 98.
- Ballester, A. y Ventura, M. (2010). Evaluación mediante el Inventario MCMI-III de mujeres víctimas de maltrato psicológico por parte de su anterior pareja. *Revista Española de Medicina Legal*, 36(2).
- Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. (2015). Percepción de la violencia de género en la adolescencia y la juventud. (<http://www.interior.gob.es/documents/642012/1626283/Percepci%C3%B3n+violencia+g%C3%A9nero+en+la+adolescencia+y+juventud+ene+2015.pdf/4921b47f-3d08-426c-af9d-ae5b9f5e1244>).
- Domínguez Fernández, M. y Rodríguez Calvo, M. S. (2018). Características sociodemográficas. En M. S. Rodríguez Calvo y F. Vázquez-Portomeñe Seijas (Dirs.), *Estudio Empírico sobre la violencia contra la mujer*. Tirant lo Blanch.
- Guerra González, R. (2014). A vueltas con la análoga relación de afectividad. *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía*, 85.
- Guinarte Cabada, G. (2013). Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género. En M. S. Rodríguez Calvo y F. Vázquez-Portomeñe Seijas, *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*. Tirant lo Blanch.
- Guinarte Cabada, G., y Castro Corredoira, M. (2018). Eximentes y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En M. S. Rodríguez Calvo, y F. Vázquez-Portomeñe Seijas (Dirs.). *Estudio Empírico Sobre la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch.

- Jewkes, R. (2002). Intimate partner violence: causes and prevention. *Lancet*, 359.
- Magro Servet, V. (2015). ¿Cómo debe interpretarse la expresión “análoga relación de afectividad aun sin convivencia” en los delitos de violencia de género? *La Ley Penal*, 112.
- Orga Larrés, J. C. (2008). *Violencia de género. Mi experiencia como juez*. Aranzadi
- Patró, R., y Limiñana, R. M. (2005). Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas. *Anales de psicología*, 21(1).
- Penado Abilleira, M., Rodicio-García, M. L. (2017). Análisis del autoconcepto en las víctimas de violencia de género entre adolescentes. *Suma Psicológica*, 24:107-114.
- Rodríguez Calvo, M. S. y Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (Dir.) (2017). *Estudio Empírico sobre la violencia contra la mujer*. Tirant lo Blanch.
- Ruiz Repullo, C. (2016). *Voces tras los datos: una mirada cualitativa a la violencia de género en adolescentes*. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla.

CAPÍTULO XI

LA VALORACIÓN SOCIAL DE LA VÍCTIMA DURANTE EL PROCESO PENAL DE MENORES DESDE EL TRABAJO SOCIAL FORENSE

CARMEN VERDE-DIEGO

Profesora Titular de Trabajo Social. Universidad de Vigo

RUBÉN GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ

Profesor Contratado Doctor de Trabajo Social. Universidad de Vigo

SANTIAGO PRADO CONDE

Profesor Contratado Doctor Trabajo Social. Universidad Internacional de La Rioja

IRIA VÁZQUEZ SILVA

Doctora. Profesora de Sociología. Universidad de Vigo

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL TRABAJO SOCIAL EN EL “ÁMBITO SOCIO-JURÍDICO”. 3. LAS INTERSECCIONES DEL TRABAJO SOCIAL CON LA JUSTICIA Y EL DERECHO. 4. EL TRABAJO SOCIAL FORENSE. 5. JUSTIFICACIÓN NORMATIVA Y ÁMBITOS DE DESEMPEÑO DEL TRABAJO SOCIAL FORENSE EN ESPAÑA. 5.1. La normativa que ampara el trabajo social forense en España. 5.2. Los todavía poco conocidos ámbitos de desempeño del trabajo social forense. 5.3. La potencialidad del trabajo social forense. 6. EL PERITAJE SOCIAL. 7. METODOLOGÍA DEL TRABAJO SOCIAL PERICIAL. 8. LA IMPORTANCIA DE LAS ÁREAS E INDICADORES PARA IDENTIFICAR EL “DAÑO SOCIAL”. 8.1. Las áreas e indicadores de análisis en el peritaje social. 8.2. Conceptualización del “daño social” y de la “vulnerabilidad social”. Una propuesta de Marta Simón Gil. 8.3 Un ejemplo práctico de la aplicación de indicadores: la valoración social de la víctima en un caso de violencia de género. 9. LA VALORACIÓN SOCIAL DE LA VÍCTIMA DURANTE EL PROCESO PENAL DE MENORES. 9.1. La adolescencia: una etapa compleja. 9.2. Mitos sobre los adolescentes en conflicto con la ley. 9.3 Algunos delitos cometidos por los adolescentes en conflicto con la ley. 9.4. La valoración social de la víctima en la violencia filiofamiliar. 9.5. La valoración social de la víctima en la violencia de género. 10. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo se adentra en la valoración psico-social de las víctimas durante el proceso penal de menores desde la perspectiva de los profesionales del trabajo social por ser éstos, probablemente, los más desconocidos de los equipos que intervienen en estos procedimientos. Esto es, nos dedicamos en este capítulo más específicamente a la valoración “social” de las víctimas en estos equipos psico-sociales.

Para ello, hemos realizado una introducción sobre el trabajo social en el ámbito socio-jurídico, tanto desde una perspectiva histórica, como también conceptual, para continuar, desde estas intersecciones del trabajo social con la justicia y el derecho, con la descripción del trabajo social forense en España, la normativa que ampara su existencia y legitima su labor y sus todavía poco conocidos ámbitos de desempeño, y potencialidades.

Esta contextualización nos permite detallar en qué consiste el trabajo social forense y el peritaje social realizado por sus profesionales.

Cada uno de estos apartados puede ser leído por separado como piezas independientes, de forma que aquellos lectores no interesados especialmente en los fundamentos epistemológicos e históricos del trabajo social pueden comenzar la lectura del capítulo en su segunda parte, destinado más en concreto al peritaje social (apartado 6).

En la segunda parte del capítulo nos adentramos ya en cómo se concibe el peritaje desde la perspectiva del trabajo social, así como en la metodología y sus requerimientos en las distintas fases o etapas del peritaje social.

Se reclama la potencialidad de los informes periciales específicamente sociales, a pesar de su todavía escaso conocimiento, al ser siempre concebidos como una parte integrada de los informes psico-sociales (y no como una parte independiente y con entidad propia de los mismos).

Nos hacemos eco de la propuesta de Marta Simón Gil, trabajadora social forense en la Unidad de valoración forense del Instituto de Medicina Legal de Álava al resaltar la importancia de ser capaces de identificar las áreas o dimensiones que se deben analizar para la realización del dictamen pericial social, así como la trascendencia de medir correctamente hechos y circunstancias a través de indicadores. En este sentido profundizamos en su conceptualización del “daño social” que, siendo concretado en lesiones y secuelas sociales, posibilita identificar los grados de vulnerabilidad social a los que se ha visto abocada la víctima.

La propuesta de Simón nos sirve para abordar la valoración social de la víctima durante el proceso penal de menores. Nos hemos detenido en dos tipos de delito: la violencia filio-parental y la violencia de género, intentando identificar aquellos aspectos relevantes para la valoración social de las víctimas en estas situaciones.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL TRABAJO SOCIAL EN EL “ÁMBITO SOCIO-JURÍDICO”

El trabajo social en el denominado “ámbito socio jurídico” ha sido uno de los primeros espacios laborales de las primeras representantes históricas del trabajo social. Incluso en algunos casos, la creación de esos nuevos espacios, han sido promovidos por ellas mismas. Es bien conocido que, en Estados Unidos, Mary Ellen Richmond (1861-1928) se dedicó a la intervención con individuos y familias, a través del trabajo social de casos, con especial preocupación por el trabajo infantil y reclamando la puesta en marcha de tribunales para menores.

En el mismo período, especialmente desde el centro-residencia sociocomunitario *Hull House* (1889), Jane Addams (1860-1933), su fundadora, junto al resto de residentes, llevaron a cabo investigaciones sociales, entre otras sobre justicia juvenil, provocando la apertura de nuevos servicios como el primer *Tribunal juvenil* de Chicago (1899), el primero del mundo, o el *Instituto Psicopático Juvenil de Chicago* (1909), este último abierto tras un estudio realizado por Addams y Ethel Sturgess Dummer (1866-1954)¹.

Los *informes diagnósticos* sobre diferentes aspectos de la cuestión social redactados por las residentes de Hull House tuvieron efectos prácticos en la modificación de la legislación, por ejemplo, en la regulación del trabajo infantil tras las investigaciones de Florence Kelley (1859-1932) o en la consolidación de despachos gubernamentales como el *Departamento de la niñez* de Chicago, donde destacó Julia Clifford Lathrop (1858-1932) como responsable del *Children bureau*, un organismo destinado a informar e investigar sobre la infancia– y años más tarde del propio *Tribunal juvenil* de Chicago.

Todas estas mujeres, entre otras², fueron investigadoras –científicas sociales–, docentes y reformadoras sociales, ligadas a Hull House o a la Universidad de Chicago (o a ambas), en lo que vino a denominarse “la escuela sociológica de mujeres de Chicago”³. Esta red fue segregada por la “Academia” a una facultad es-

¹ Véase García Dauder, S. (2010). La historia olvidada de las mujeres de la Escuela de Chicago, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (REIS), núm. 131, pp. 11-41. También Verde-Diego, C. (2013). Hull House: la ciencia al servicio de la reforma social, en *Hull House: El valor de un centro social*, (Jane Addams), Madrid, Consejo General del trabajo social y Paraninfo, pp. 19-35.

² Por ejemplo, Sophonista Beckinridge (1866-1948), abogada y politóloga, y Edith Abbott (1876-1957), economista y estadista, consiguieron que sus investigaciones empíricas sobre las condiciones familiares de jóvenes delincuentes (en particular, aquellos que eran hijos de viudas) y los problemas de la vivienda ligados a la pobreza, fuesen considerados factores determinantes de la delincuencia. Las consecuencias eran muy importantes en la época ya que se constataba que los delitos no derivaban de la herencia, y además podían disminuirse solventando las degradantes condiciones de vida en las que se encontraban estos jóvenes. Dorothea Lynde Dix (1802-1887) abogó por una aproximación psicosocial a los trastornos mentales y una mejora del sistema penitenciario estadounidense; Julia Jessie Taft (1882-1960) trabajó primero con adolescentes y en salud mental, y más tarde con Virginia Robinson (1883-1977) para implementar un sistema de adopción.

³ Véase Deegan, M. J. (2000). *Jane Addams and the Men of the Chicago School, 1892-1928*. New York, Transaction Books. También García Dauder, S. y Pérez Sedeño (2015). Los inicios de la sociología del trabajo: Jane Addams, la Hull House y las mujeres de la Escuela de Chicago, *Sociología del trabajo*, núm. 83, pp. 24-49.

pecífica de “Trabajo social” especialmente fundada para “ellas” ya que entendían que la Universidad debía profundizar en teorías abstractas y no estaba para realizar “práctica social”, mucho menos con pretensiones de reforma social⁴.

Todas ellas tienen algo en común: han desarrollado sus teorías a partir de la investigación empírica (empirismo) en torno a las circunstancias que afectan a los individuos, familias, barrios, o comunidades. Han utilizado para ello técnicas de recogida de datos por aquel entonces innovadoras como: el mapeo social, la tabulación estadística de datos cuantitativos, la entrevista narrativa o las historias de vida, además de las visitas domiciliarias, largamente usadas por las “visitadoras amigables” (usan metodologías de la investigación social). Han analizado los resultados procedentes de estos datos cuantitativos y cualitativos en “informes diagnósticos” realizados *ex profeso* para ser entregados a las administraciones competentes con el objeto último de generar cambios sustanciales en los servicios (pragmatismo) destinados a promover –de la forma que fuese– mejoras en el bienestar individual y social (reforma social).

Esto es lo que, en este texto, nos interesa resaltar de ellas ya que son importantes precursoras de los diagnósticos sociales expresados en informes sociales, que, a fecha de hoy, podemos señalar como precedentes de los informes periciales.

Mary Ellen Richmond y Jane Addams son consideradas como las primeras trabajadoras sociales del mundo. En España, la pionera del trabajo social está ligada al campo “socio-jurídico” en la persona de Concepción Arenal (1820-1893) quien ejerció profesionalmente como “visitadora de presos”, un puesto creado especialmente para ella y precursor del trabajo social en el sistema penitenciario español. Al igual que en Estados Unidos, podemos apreciar cómo el trabajo social en España nace en esa intersección entre lo social y lo jurídico.

3. LAS INTERSECCIONES DEL TRABAJO SOCIAL CON LA JUSTICIA Y EL DERECHO

El trabajo social nace a finales del siglo XIX, como hemos visto, como profesionalización de aquellas actividades destinadas a mejorar el bienestar de las

⁴ Todas estas mujeres hubieron de estudiar en *College junior* segregados por sexo. Ya siendo investigadoras de éxito (contratados por ejemplo por el ayuntamiento de Chicago para indagar las condiciones sociales de los barrios inmigrantes de la ciudad) siguieron siendo discriminadas, en el sentido literal del término, por la Academia. Es así como el Trabajo social, como disciplina, nace de una doble segregación: por sexo y disciplinar estableciendo una distinción entre una *masculinizada* sociología teórica –a la que no se podían dedicar las mujeres porque no se les permitía *de facto*, al considerar que no estaban suficientemente capacitadas para el pensamiento abstracto, como quedó redactado en las Actas de la Asociación de Sociología– y “el trabajo social”, ese saber que procedía de la práctica y volvía a ella con espíritu de reforma social (Véase Deegan, M. J. (2000), *Jane Addams and the Men of the Chicago School...* op. cit.); Un saber, por lo tanto, que ya nació *feminizado*, además de *desprestigiado* en la Universidad en tanto que “templo del conocimiento”, y no “de la acción”, en aquel período. Véase García Dauder, S. (2010). La historia olvidada... op.cit. y Verde-Diego, C. (2013). Hull House: la ciencia... op. cit.

personas, familias, grupos y comunidades. Esto es, nace de la intervención profesional y se consolidará en la procura de la justicia social en sus múltiples formas y en diferentes sistemas (educación, salud, justicia, servicios sociales...).

El trabajo social, desde su dimensión socio-jurídica, remite a situaciones de derechos individuales, pero también de justicia social colectiva. Además, refiere tanto a contextos institucionales como a intervenciones “privadas” orientadas a la obtención de mayor justicia particular ya que cualquier persona puede verse traspasada por cuestiones de orden jurídico o necesitar reparación como víctima o rehabilitación como victimario.

Asimismo, el trabajo social “socio-jurídico” no se restringe al ámbito de la administración de justicia, sino que se extiende al corpus normativo y a las políticas sociales. Muestra la convergencia entre el trabajo social y el derecho, el trabajo social en relación con la legislación, con la jurisprudencia, con los procedimientos judiciales, con las demandas de los tribunales... Es decir, lo “socio-jurídico” puede aludir a la reivindicación y restitución de derechos en cualquier sistema de protección social o en cualquier otro “espacio” donde se produce el quehacer profesional habitual de un o de una trabajador/a social.

De forma más concreta, la perspectiva socio-jurídica del trabajo social apunta a “la pericia” comprendida tanto dentro de los procesos judiciales como fuera de ellos. Puede además abarcar el “arbitraje social”, la mediación, y la negociación que se constituyen en técnicas alternativas de resolución de conflictos buscando la desjudicialización de aquellos llevados a los tribunales de forma que también podemos asociar el «trabajo social en justicia» con la justicia terapéutica y la restaurativa.

Por último, podemos referirnos a “lo forense”, tal como lo definen Ponce de León y Krmpotic en *Trabajo Social Forense. Balance y Perspectivas* como una “práctica discursiva”⁵. Esta práctica se realiza a través de diferentes etapas relacionadas con el proceso de aplicación de conocimientos científicos para la obtención de evidencias y la evaluación de distintas situaciones sociales en las que se requiere la toma de decisiones. No sólo abarca el proceso judicial en sí, sino que tiene unos antecedentes y una intervención posterior al procedimiento estrictamente judicial.

En resumen, la hibridación entre el trabajo social y la justicia y el derecho puede entenderse de muchas formas y de hecho se recoge con muy diferentes denominaciones: trabajo social en el campo socio-jurídico, trabajo social en justicia, trabajo social en la administración de justicia, trabajo social en el sistema judicial, trabajo social forense:

La intervención sociojurídica será entendida como una especialidad profesional centrada en la interfaz entre los sistemas legales y humanos de una sociedad

⁵ Ponce de León A. y Krmpotic, C.S. (2012). *Trabajo Social Forense. Balance y Perspectivas*, Editorial Espacio.

(Barker y Branson 2000)⁶ con la finalidad de conocer, comprender, explicar y evaluar situaciones presentes y pasadas y anticipar situaciones futuras, a partir de Estudios Sociales, pericias, evaluaciones y diagnósticos, que no se restringen ni al ámbito judicial pues incluye instancias pre y post judiciales, ni a la realización de pericias, sino que están presentes en toda circunstancia en que se hallan comprometidos derechos y obligaciones jurídicas. Baste como ejemplo un trabajador social escolar que detecta una situación de incumplimiento de derechos y, sobre la base de esa lectura técnica, inició una intervención cuyo objetivo es el cumplimiento integral de derechos, independientemente de la judicialización de la situación⁷.

Las intersecciones entre trabajo social y el derecho se han ido construyendo de formas diferentes en los distintos países del mundo⁸. La tradición anglosajona la sitúa en el propio nacimiento del trabajo social, como hemos visto, sin embargo, la tradición iberoamericana emplaza los orígenes del trabajo social en espacios *parajurídicos* y *paramédicos*; esto es, como una disciplina “auxiliar” del derecho y de la medicina, además de con fuertes connotaciones religiosas⁹. En Europa, el trabajo social nace también al abrigo de las campañas higienistas de principios del siglo XX, de la mano de médicos y benefactores preocupados por las condiciones de vida del mundo obrero. La *cuestión social* que subyace al trabajo social europeo, tras la Segunda Guerra mundial, remite a los sistemas públicos de protección social de los Estados de Bienestar que ofrecen servicios individuales a los ciudadanos cubriendo sus necesidades básicas. En España, tras la experiencia pionera de Concepción Arenal, el trabajo social surge en Cataluña, en 1932, también apegado al higienismo y al catolicismo social. Sin embargo, el inicio de la guerra civil (1936) interrumpe su recorrido y lo sustituye por una beneficencia asistencialista durante el régimen franquista. Habrá que esperar hasta la década de los años 80 del siglo XX para encontrar en España, un trabajo social contemporáneo, similar al del resto de los países europeos, ligado principalmente a los sistemas públicos de protección social y, en especial, a los servicios sociales¹⁰.

4. EL TRABAJO SOCIAL FORENSE

Hemos introducido ya la noción de la dimensión sociojurídica del trabajo social, así como la presencia del trabajo social en el ámbito sociojurídico desde los

⁶ Se refiere a Barker, R. y Branson, D.M. (2000). *Forensic social work: legal aspects of professional practice*, Hawort Press.

⁷ Ponce de León, A. y Krmpotic, C.S. (2012). *Trabajo Social Forense...* op. cit., pp. 356-357.

⁸ Véase Amaro, S. y Krmpotic, C.S (Coord.) (2017). *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico*, Nova Casa Editorial.

⁹ Véase Krmpotic, C.S. y Ponce de León, A., (2017). Trabajo Social e intervención sociojurídica en la Argentina, en *Diccionario internacional del trabajo social...* op.cit., pp. 348-349.

¹⁰ Véase Lima Fernández, A.I., Verde-Diego, C. y Pastor Seller, E. (2016). El trabajo social en los servicios sociales en España, en *Políticas e intervenciones sociales ante los procesos de vulnerabilidad y exclusión de personas y territorio: Un análisis comparado México-España* (Coords. Pastor Seller y Cano Soriano), Dykinson, pp.173 y ss.

inicios de la profesión en los Estados Unidos. La tradición anglosajona recoge con mayor asiduidad la conceptualización de este campo como “Trabajo social forense”. Esta expresión, sin embargo, también ha generado sendos debates en la disciplina, en especial en Iberoamérica, en tanto que se sugiere un uso instrumental, dependiente y auxiliar del trabajo social al derecho, al tiempo que este último parece ser ajeno a los mandatos de promoción de la justicia social que acompañan al trabajo social desde su nacimiento y en todas sus definiciones internacionales¹¹.

Asimismo, nos encontramos recurrentemente con dos visiones antagónicas: un trabajador social como auxiliar de la justicia y agentes del control social frente al papel de un agente activo en la exigibilidad de los derechos, lo que refleja las dificultades para articular en el pensamiento las nociones de bien social y de bien jurídico, como en la práctica dos planos: el de las políticas y el de la administración de justicia; en este sentido, identificamos una debilidad en comprender que lo jurídico no se halla escindido sino que es constitutivo de la definición social de los problemas en el marco del Estado social de derecho¹².

En ese sentido también se expresa Salum quien identifica el tránsito de los trabajadores sociales desde los dispositivos de control social –en gran medida por el rol profesional en el sistema judicial de menores y de familia– hasta un trabajo social garante de los derechos humanos (obviamente también respecto de la infancia y de la familia)¹³. Una revisión de la conceptualización del trabajo social forense nos la ofrece Maschi quien afirma:

El trabajo social forense en términos generales es como una subespecialidad del trabajo social que aplica un informe integrador, es decir generalista, especializado y colaborativo en las prácticas con poblaciones diversas afectadas por cuestiones legales, sean civiles o penales. Combina el trabajo social con unas habilidades especiales orientadas a los requerimientos socio legales. El uso del término forense subraya la imbricación con la justicia social y los principios de Derechos Humanos¹⁴.

El propio Maschi recoge otras definiciones del trabajo social forense desde aquellas más amplias que nos hablan de cualquier práctica del trabajo social rela-

¹¹ La última definición internacional del Trabajo social, aprobada en Asamblea general de la Federación Internacional de Trabajo social, en Melbourne, en 2014, dice:

El trabajo social es una profesión basada en la práctica y una disciplina académica que promueve el cambio y el desarrollo social, la cohesión social, y el fortalecimiento y la liberación de las personas. Los principios de la justicia social, los derechos humanos, la responsabilidad colectiva y el respeto a la diversidad son fundamentales para el trabajo social. Respaldada por las teorías del trabajo social, las Ciencias Sociales, las Humanidades y los conocimientos indígenas, el trabajo social involucra a las personas y las estructuras para hacer frente a desafíos de la vida y a aumentar el bienestar.

¹² Mitjavila, M., Krmpotic, C., y De Martino, M. (2008). El Trabajo social en el campo sociojudicial: construcción sociohistórica, modalidades y desafíos recientes en Argentina, Brasil y Uruguay, *Revista Colombiana de Trabajo social*, núm. 21, p. 146.

¹³ Salum Alvarado, S. (2017). Trabajo sociojurídico en contexto judicial en Chile, en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit, p. 398.

¹⁴ Maschi, T. (2017). Trabajo social forense. Conceptos fundamentales, en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit, pp. 227-228.

cionada con problemas legales y litigios, tanto penales como civiles como la propuesta por Greene Thorpe y Traupmann en 2005, hasta otras más restringidas como la Roberts y Brownell difundida en 1999 que delimitan el trabajo social forense al realizado con delincuentes y con víctimas; o la de Hughes y O'Neal de 1983 quienes lo circunscriben a cuestiones relativas a la salud mental, en especial en asuntos de incapacitaciones, tutelas, etc.¹⁵ La definición de Barker (2003) muestra la gran amplitud de áreas que puede abarcar el trabajo social forense:

[...] una práctica especializada del trabajo social que se centra en el derecho, los asuntos legales y formas de arbitraje, tanto penales como civiles, incluyendo cuestiones de protección y custodia de niños, divorcio, delincuencia juvenil, ausencia de apoyo familiar y social, responsabilidades familiares, derechos de bienestar, tratamientos por mandato y capacidad legal. La especialidad ayuda a los trabajadores sociales en su preparación como testigos expertos. También procura capacitar a los profesionales del derecho acerca de los aspectos del Bienestar Social y a los trabajadores sociales acerca de las leyes¹⁶.

A su vez la Organización Nacional del Trabajo Social Forense de los Estados Unidos, en 1997, describió el trabajo social forense como:

[...] la aplicación del trabajo social a los interrogantes y problemas relacionados con la ley y los sistemas legales. Esta especialidad va más allá de la evaluación clínica de los acusados en materia de competencia y responsabilidad. Una definición más amplia incluye no solo la práctica del trabajo social relacionada con cuestiones y litigios legales, tanto penales como civiles. La custodia de los niños en procesos de separación familiar, divorcio, abandono, clausura de los derechos de patria potestad, las implicancias del abuso y malos tratos en niños y cónyuges, servicios de justicia para jóvenes y adultos, procesos de rehabilitación y tratamientos por mandato judicial, se incluyen también en esta amplia definición¹⁷.

En España, la Asociación Española de Trabajo Social Forense (de ahora en adelante, AETSF) señala que:

Los trabajadores sociales forenses ayudamos al sistema judicial a entender a las personas en conflicto teniendo en cuenta su contexto familiar y socioeconómico y lo hacemos también para las personas más frágiles del sistema social, las que tienen más dificultad de hacer valer su voz y sus derechos: los menores, las mujeres víctimas de violencia de género, los discapacitados, los ancianos, las víctimas en general. (...) Para realizar los Informes socio-familiares utilizamos, además de las técnicas de investigación propias del trabajo social, los protocolos diseñados para recoger sus testimonios en los tribunales, minimizando con ello el impacto que el proceso judicial puede causarles y ello tanto en procedimientos civiles: divorcio, desamparo de menores, incapacidades. Como en los procedimientos penales: violencia familiar, y de género, malos tratos y abusos sexuales a menores (pruebas preconstituidas)¹⁸.

¹⁵ Ibidem, pp. 226-227.

¹⁶ Barker, R. (2003). *The social work Dictionary*, NASW Press, p. 166.

¹⁷ National Organization of Forensic Social Work of the United States. <https://www.nofsw.org/>

¹⁸ Puede consultarse en <http://trabajosocialforense.com/blog/post/bienvenidos-a-nuestro-blog>

5. JUSTIFICACIÓN NORMATIVA Y ÁMBITOS DE DESEMPEÑO DEL TRABAJO SOCIAL FORENSE EN ESPAÑA

5.1. La normativa que ampara el trabajo social forense en España

En España los/as profesionales del trabajo social asesoran a la administración de Justicia desde 1931 en materia de protección de menores. Ese año se creó el Consejo Superior de protección de menores donde los, por aquel entonces, “asistentes sociales”, comenzaron a trabajar al servicio de los tribunales, en especial como “visitadores sociales”.

En las Juntas provinciales de protección de menores se velaba por los menores en situación de riesgo y de desamparo, se proponían acogimientos, se apoyaba a sus familias y también se intervenía con jóvenes que debían asumir medidas correctoras por sus actos.

Tal como describe Pilar Ruiz Rodríguez, presidenta de la AETSF, a partir de la democratización de España y con el traspaso de las competencias en protección de menores a las Comunidades autónomas, algunos trabajadores/as sociales pasaron a depender del sistema de protección de menores autonómico, mientras que otros/as siguieron prestando servicio en el Ministerio de Justicia en lo que respecta a las medidas de reforma que tenían los tribunales tutelares de menores transformados en juzgados de menores. Cada uno de estos juzgados debía contar al menos con un equipo técnico en cada provincia española compuesto por un educador/a, un psicólogo/a y un o una trabajador/a social cuya función sería la de asesorar a los fiscales y a los jueces de menores¹⁹.

En el año 1979 la figura del trabajador social se incorpora a la Comisión de asistencia social de las prisiones²⁰. Pero será en el año 1981 cuando se pueda hablar del trabajo social “forense” en términos contemporáneos con la promulgación de la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*. En particular en su Art. 92 se indica que «El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas» lo que

¹⁹ Gallo Gómez, A. (2020). En portada: Pilar Ruiz Rodríguez. Presidenta de la Asociación Española de trabajadores sociales forenses (AETSF), *Servicios sociales y política social*, Vol. XXXVII, núm. 124, pp. 73-74.

²⁰ Los servicios sociales penitenciarios, en tanto que servicio social especializado de la Administración General del Estado, deben favorecer la inserción social de las personas privadas de libertad sometidas a medidas alternativas, intermedian entre los órganos judiciales, penales, y los servicios comunitarios, para la aplicación y seguimiento de los sustitutivos penales y las medidas de seguridad. También participan en el diseño de la realización de programas de tratamiento, establecen aquellas actuaciones necesarias que posibilitan tanto a los internos como los exreclusos, así como a sus familias acceder a los recursos, y desarrollan en la comunidad programas orientados a la reinserción de los penados. En prisión, la labor del trabajador social se inicia en el momento del ingreso en prisión, atendiendo a las demandas del preso y las de su familia y continúa en todas las fases del cumplimiento de la condena a efectos de poder emitir informes para la concesión de permisos, para la progresión o regresión del grado que se le haya adjudicado, para la libertad condicional, etc.

provocará la constitución de los equipos psicosociales que asesoran en materia familiar en los juzgados de familia. Ello junto a la posibilidad de que la administración de justicia pueda contratar a expertos para auxiliarla expresada en la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* impulsó enormemente el trabajo social forense hasta el punto de que en 1987 se producen las primeras oposiciones para el acceso al empleo público de estos profesionales para equipos técnicos constituidos por psicólogo/a y trabajador/a social en los juzgados de familia.

Contratados para informar de las realidades sociales de las familias a los jueces o juezas, los profesionales del trabajo social se incorporan –además de en los juzgados de primera instancia y los de menores– a las clínicas médico-forenses.

La *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, así como en materia de custodia compartida, provocó una ampliación de peticiones de dictámenes de especialistas debidamente cualificados en estos procesos, de los que se beneficiaron los profesionales del trabajo social en tanto que especialistas o expertos en familia.

La *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* permitió la regulación de un doble sistema de pruebas periciales: perito privado designado por las partes y perito judicial designado por el Tribunal para aportar informes periciales en el proceso civil (Art.335) de forma que las partes pueden aportar dictámenes emitidos por peritos por ellas designados (Art.339). A partir de ese momento los/as trabajadores/as sociales se convierten en profesionales habituales (y autorizados) para presentar pruebas periciales.

Esto conllevó, por una parte, el establecimiento de listados para actuar en “turnos” en los colegios profesionales de trabajo social y, por otra parte, el ejercicio en bufetes privados en calidad de peritos sociales.

La *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* vino a complementar la normativa existente que avala el trabajo social forense al establecer en su Art. 43, una jurisdicción especial –los «juzgados de violencia sobre la mujer»– en los que también realizan labores profesionales los/as trabajadores/as sociales.

Asimismo, la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* determinó, en su Preámbulo (VII) que en la lucha contra la violencia de género:

Asimismo, se asegura una asistencia técnica y profesional por parte de los equipos adscritos a la Administración de Justicia, en especial, en el ámbito de los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que podrán estar integrados por psicólogos y trabajadores sociales para garantizar entre otras funciones la asistencia especializada a las víctimas de violencia de género.

Continuando con esta norma, el Preámbulo (X) y el Art.479.3 indican que los institutos de Medicina legal y Ciencias forenses contarán con «unidades de valoración forense integral» que incluirán profesionales del trabajo social:

[...] En todo caso los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses contarán con unidades de valoración forense integral, de las que podrán formar parte los psicólogos y trabajadores sociales que se determinen para garantizar, entre otras funciones, la asistencia especializada a las víctimas de violencia de género y el diseño de protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género. Asimismo dentro de los Institutos podrán integrarse el resto de equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores, cuyo personal tendrá formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica. Su formación será orientada desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres.

Para finalizar, no queremos dejar de señalar las múltiples posibilidades de incrementar la presencia del trabajo social forense desde la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* que indica en su Disposición adicional primera y en relación con la Dotación presupuestaria:

El Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán dotar a los Juzgados y Tribunales de los medios personales y materiales necesarios para el adecuado cumplimiento de las nuevas obligaciones legales. Asimismo, se deberá dotar a los Institutos de Medicina Legal, Oficinas de Atención a las Víctimas, órganos técnicos que prestan asesoramiento pericial o asistencial y servicios sociales de los medios personales y materiales necesarios para el adecuado cumplimiento de los fines y obligaciones previstas en esta ley.

5.2. Los todavía poco conocidos ámbitos de desempeño del trabajo social forense

Los ámbitos de desempeño de los profesionales del trabajo social forense en España, tal y como los ordena la AETSF, se desarrollan en los órganos de competencia penal y en los órganos de competencia civil. En los primeros el trabajo social forense se realiza en: a) los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses; b) los Juzgados de Instrucción; c) los Juzgados de lo Penal; d) los Juzgados de Menores; e) los Juzgados de Violencia sobre la Mujer; y f) los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. En los segundos, de competencia civil, los espacios de desempeño son en: a) los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses; b) los Juzgados de Familia; c) los Juzgados de Primera Instancia; d) los Juzgados de Incapacidades y Tutelas; e) la Fiscalía de Incapacidades. A estos añade la AETSF el trabajo social forense realizado en el Servicio de Atención a la Víctima de delitos violentos; y en el Servicio de Protección de Testigos.

Hay otras formas de visualizar la labor de los y las trabajadores/as sociales forenses. La jurista Muñoz Martín²¹ identifica “lo valioso” que resulta el peritaje social realizado por los profesionales del trabajo social, identificando los múltiples

²¹ Muñoz Martín, A. (2005). El Peritaje Social: Un instrumento procesal valioso, *Trabajo Social hoy*, núm. 44, pp. 12-14 (<http://www.comtrabajosocial.com/documentos.asp?id=318>)

informes que realiza en diferentes “ámbitos” como el penal²², el penitenciario²³, el “social”²⁴, el de violencia de género²⁵, en procesos de indemnización de daños²⁶, en casos de acoso²⁷, etc. Así mismo se puede visibilizar este ingente trabajo aludiendo a los diferentes juzgados donde se desempeña el trabajo social forense.

Así, en los Juzgados de familia, las funciones del equipo psico-social constituidos por profesionales del trabajo social y de la psicología son intervenir, de forma individual o conjunta, en los procedimientos propios del derecho de familia, de forma que, las peritaciones sociales completan la perspectiva legal de la problemática familiar incorporando un análisis técnico de las implicaciones sociales, afectivas, educativas, culturales y socioeconómicas de las personas implicadas en el proceso²⁸.

²² «Informes para valorar el grado de integración social del acusado y su grado de responsabilidad penal, especialmente en materia de abusos sexuales, abandono y maltrato a menores, ancianos y violencia familiar; Informes sobre los factores sociales que pueden ser tenidos en cuenta para la determinación de la pena del acusado (eximente o atenuante), así como de los que concurren en las víctimas y que agravan la situación en que quedan tras haber sufrido el hecho delictivo; Informes sobre el posible establecimiento de medidas alternativas de carácter terapéutico de seguridad, más adecuadas a las circunstancias socio-familiares del inculpaado; Informes sobre los factores sociales concurrentes en orden a la posible tramitación de indulto; Informes sobre la situación socio-familiar del penado en relación a la consecución de la libertad provisional o libertad con fianza».

²³ «Informes para el seguimiento de libertades vigiladas, medidas terapéuticas, alternativas a prisión, trabajos para la comunidad o cualquier otra que tenga que cumplir el penado».

²⁴ «Informes sobre los factores sociales que deben tenerse en cuenta para una correcta valoración de las secuelas producidas por enfermedades y accidentes laborales».

²⁵ «Informes sociales para el diagnóstico, asistencia y rehabilitación de la mujer en las situaciones de violencia de género; Informes para la asistencia social integral de las mujeres que sufren esta violencia y la de los menores que se encuentran bajo su patria potestad o guarda y custodia; Informes sociales en las materias competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer; Informes sociales de las juntas de tratamiento para la valoración de la concesión de permisos, libertad condicional, seguimiento y aprovechamiento de programas específicos por parte de reos por delitos de violencia de género; Informes sociales confirmatorios o contradictorios con la valoración que de los aspectos sociales realicen las unidades de valoración integral previstas en la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género».

²⁶ «Informes para fundamentar indemnizaciones por factores sociales tendentes a cubrir las necesidades sociales originadas por el daño producido, como, por ejemplo, precisar servicios de ayuda a domicilio, teleasistencia, estancias en centros diurnos, temporales o de respiro familiar, sea cual fuere la causa que motivó el daño (accidentes de tráfico o laborales, responsabilidad decenal, negligencias médicas...). En todos estos casos, si se prueba la existencia de situaciones de necesidad social, se podrá reclamar que las indemnizaciones y/o compensaciones económicas que se demandan se extiendan a ellas para poder cubrir las específicamente».

Sobre los informes periciales en accidentes de tráfico véase también Tornero Moreno, S. y Rama Samperio, A. (2017). La pericial forense del Trabajador Social en los accidentes de tráfico, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 61. (http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/PERICIAL_FORENSE_RC61.pdf)

²⁷ «Informes sobre la existencia de acoso moral en el trabajo, acoso escolar o “bullying”, mobbing inmobiliario, etc.».

²⁸ En este caso, el trabajo social forense será muy útil en: a) Procedimientos de nulidad, separación y divorcio; en la determinación del tipo de guarda y custodia, tanto en su atribución inicial como en los seguimientos técnicos, así como en los posibles cambios de custodia; también en los supuestos de parejas de hechos en relación con su progenie; b) Determinación del régimen de visitas y adaptación a las nuevas circunstancias; c) Cuantificación de alimentos reclamados por un progenitor al otro para hijos/as menores o incluso para mayores dependientes; d) Medidas previas y provisionales, modificación de medidas, ejecución de sentencias; e) Procedimientos relativos a la filiación, paternidad y maternidad: posesión de estado, reconocimiento tácito de la paternidad; f) Procedimientos relativos a los alimentos entre parientes

En los Juzgados de menores, y de acuerdo con la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores*, se contempla la intervención y las funciones del equipo técnico que, en este caso, está constituido por profesionales de la psicología, del trabajo social y de la educación social. El informe que realicen tiene que ser conjunto y debe centrarse en el menor de edad objeto de la denuncia. El informe pericial es preceptivo y, en consecuencia, no vinculante para la toma de decisiones del juez o jueza, aunque obviamente la clarifican²⁹.

Los institutos de Medicina legal disponen de equipos técnicos compuestos por médicos forenses, psicólogos, y trabajadores sociales que realizan su trabajo tanto en materia civil como en materia penal³⁰. En ellos, recuérdese que se constituyeron las unidades de valoración integral de la víctima con asistencia especializada a las víctimas de violencia de género, de forma que los/as trabajadores sociales han de realizar peritajes sociales tanto de las víctimas como de los imputados para profundizar en las situaciones que se aborden. Ello ha supuesto una especialización en el trabajo social forense y con perspectiva de género como puede observarse en la obra de Marta Simón Gil.

No podemos olvidar los servicios de asistencia a las víctimas. Son un servicio público, judicial y gratuito cuyo objetivo es informar a la ciudadanía de los procedimientos en defensa de las víctimas por delitos violentos y contra la libertad sexual, con resultado de muerte, lesiones graves, o daños contra la salud física o mental. Ofrece asistencia social y psicológica inmediata y su objetivo fundamental es el de ofrecer una atención integral a la víctima. La intervención se inicia a solicitud de la víctima. Se desarrolla una primera atención social individual o en equipo con el psicólogo y se puede solicitar por parte de los juzgados informes periciales sociales en relación con el asunto que se haya valorado. La intervención social que se puede realizar desde el servicio de asistencia a las víctimas es: a) la recepción y análisis de la información obtenida; b) el asesoramiento y orientación

que incluyan factores sociales y precisen determinar el grado de necesidad de esa prestación de alimentos; g) Procedimientos relativos a la patria potestad, a su privación o restitución; h) procesos relativos a las relaciones de los menores de edad con abuelos, otros parientes u otras figuras significativas en su crianza; i) Procedimientos en materia de acogimientos (familiares y residenciales), adopciones, y en procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; j) Procedimientos relativos a la incapacitación que aborden qué factores sociales impiden (o no) a la persona gobernarse por sí misma, cuál el alcance de la incapacitación ya declarada, el nombramiento de tutor, curador, defensor judicial, guarda de hecho, etc.

²⁹ Los profesionales del trabajo social forense en estos Juzgados realizan: a) informes sobre factores sociales a tener en cuenta para la efectividad de las medidas preventivas tendentes a la reinserción de estos chicos y chicas; b) informes sobre el comportamiento y grado de integración social de los menores de edad que posibiliten valorar su personalidad y adecuar la medida; c) informes para establecer una adecuada coordinación de los distintos servicios intervinientes en el proceso como, por ejemplo, Juzgados, Servicios de protección infantil (esto es, equipos técnicos del menor en servicios sociales especializados que no deben confundirse con los profesionales del juzgado de menores), servicios sociales de atención primaria o comunitaria, servicios de salud infantil, etc.

³⁰ Aquí se elaboran: a) informes sobre las circunstancias personales, familiares y sociales que inciden en la problemática presentada por las personas intervenidas; b) informes para profilaxis de suicidios; c) presupuestos para la admisibilidad de esterilizaciones, interrupciones de embarazo, cambio de sexo, etc.

social; y una vez analizada y evaluada la situación sociofamiliar; c) la derivación a la psicóloga o a la letrada. Así mismo será específico de la función de los profesionales del trabajo social realizar el informe pericial social correspondiente.

Por ir finalizando con los ámbitos de desempeño de los trabajadores sociales forenses recordemos su participación en los juzgados de vigilancia penitenciaria y en las prisiones, ya comentada en la nota 4.

También es importante señalar la posibilidad de que los/as trabajadores/as sociales ejerzan en equipos de mediación intrajudicial en materia civil y penal. Normalmente estos equipos están constituidos por profesionales de la psicología, de la abogacía y del trabajo social y están pensados para intervenir, en general, en situaciones de divorcios y de separaciones conflictivas, con especial incidencia en la relación paternofilial y la coparentalidad positiva tras la ruptura de pareja. Es un proceso más breve que el judicial, reduce la carga emocional de un proceso contencioso y evita trabajo y costes procesales.

Así mismo se puede realizar mediación también con menores de edad, entre el victimario y la víctima o la persona perjudicada por el mismo. Obviamente la posibilidad de la mediación viene determinada por el consentimiento de las partes y por el beneficio que pueda generar en el proceso, por lo que sugerimos que los casos que se propongan a mediación sean bien fundados por el equipo psico-social y tengan bien presentes el interés superior del menor. En todo caso, las 102 soluciones extraprocerales (conciliación y reparación) que se produjeron en Galicia en el año 2019 según la Fiscalía de la Comunidad autónoma de Galicia, aunque habiendo disminuido respecto años anteriores, siguen poniendo sobre la mesa la alta eficacia de la mediación y las ventajas de utilizarla en el ámbito de la justicia juvenil, al acelerar la resolución de los procedimientos y de los conflictos³¹

En todos estos espacios, y aún en algún otro como en la novedosa “autopsia social” en tanto que técnica pericial forense *post mortem*³², el profesional del traba-

³¹ Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Galicia (2021), *Memoria 2020 (ejercicio 2019)*, p.180 https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/recursos/fiscalias/superiores/galicia.pdf

³² Se utiliza en especial en situaciones de violencia de género con resultado de muerte. Tal y como el trabajador social reconstruye la realidad social presente puede analizar así mismo qué *escenario vital* existía para la víctima cuando se produjo el hecho violento; esto es, el contexto en el que se produjo el delito. Como comenta Pilar Ruiz (2011) en su Post “La Autopsia Social: Estudios sociales Post-Morten” (7 de diciembre de 2011), <http://trabajosocialpericial.blogspot.com/>:

Para estudiar la producción del delito por una parte habría que estudiar a la víctima y a los componentes del grupo familiar a nivel individual (su historia y su situación antes del fallecimiento). Como no podemos contar con la versión de la víctima, podemos inferirla en parte estudiando los documentos (fotografías, correos electrónicos, sms, documentos oficiales...) y los testimonios de familiares, amigos, compañeros, vecinos...) pero también es necesario para conocer el contexto de producción del delito, cuando este se produce dentro del grupo familiar, estudiar las relaciones familiares, sus pautas de interacción, y los factores socio-culturales, laborales y económicos que pudieron actuar como estresores. Lo que podría hacerse también cuando la víctima ha fallecido. Todos esos datos son los que habitualmente se estudian y recogen en el informe social cuando se produce la violencia y todos los miembros están vivos. Por ese motivo, cuando se tenga que investigar una muerte violenta, siendo el agresor un miembro del grupo familiar, a este tipo de estudio desde el Trabajo Social lo denominaremos “Autopsia social”.

jo social despliega una particular forma de analizar, describir y valorar la situación que se le solicita, interrelacionando de forma integral, holística, transversal e interseccional, los distintos “sistemas” de los que forma parte cualquier persona: el familiar, social, cultural, etc.

Esto lo realiza a partir de sus conocimientos multidisciplinarios, del uso de la metodología científica y del auxilio de herramientas técnicas que, junto al cumplimiento de la ética profesional y del cumplimiento de la ley en tanto que perito, ofrecerá garantías de imparcialidad, credibilidad y experticia a su dictamen pericial.

5.3. La potencialidad del trabajo social forense

El desconocimiento todavía existente de la labor del trabajo social, en tanto que forense se debe, a juicio de Simón, a que:

[...] en los primeros años las peticiones judiciales de valoración recibidas con más frecuencia eran en el ámbito de la familia o menores, mientras que las relativas a cuestiones de orden penal de adultos, tales como agresiones, violencia de género, homicidios, delitos contra la libertad sexual o imputabilidades, han sido habitualmente dirigidas a las y los profesionales de la medicina forense y de la psicología forense. Así, en el ámbito penal, el trabajo social ha sido identificado únicamente con la realización de propuestas relativas a la resocialización de las personas penadas o con el asesoramiento sobre recursos sociales³³.

Así mismo existe otro factor que incide en la poca visibilidad del trabajo social forense y que se encuentra radicado en la propia normativa que no reconoce legalmente la posibilidad de que existan “daños sociales” entre las circunstancias que sufren las víctimas:

[...] A la controversia sobre la delimitación de los espacios disciplinares propios, se suma que los dictámenes más solicitados en el ámbito judicial en casos de violencia género, cuando aluden a las secuelas, se refieren exclusivamente a la valoración de las secuelas psíquicas o psicológicas, pero no a las sociales. Esto se debe a que el propio Código Penal español no hace referencia al daño sociofamiliar derivado de la violencia, aunque sí al daño psicológico o psíquico. Este vacío en la legislación, sin duda ha sido otro factor agravante de los problemas de visualización y reconocimiento del objeto de análisis específico del trabajo social forense³⁴.

Existe en los últimos años un verdadero esfuerzo por visibilizar el trabajo social forense y el peritaje social que realizan los trabajadores sociales de forma específica en los equipos psicosociales, de modo que su valoración social sea propia y distinguible dentro de la “psi-social”. Este esfuerzo se ha concretado en la arti-

Véase también la muy interesante propuesta de Sánchez Arenas, J. (2016). Autopsia social como técnica pericial forense post mortem, en Mateos de la Calle y Ponce de León Romero (Coords.) *El trabajo social en el ámbito judicial*, Ed. Colegio Oficial de Trabajadores Sociales de Madrid, pp.155 y ss.

³³ Simón Gil, M. (2017). Evaluación de secuelas y lesiones sociales de víctimas adultas de violencia de género en el contexto del trabajo social forense, en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit., pp. 473-474.

³⁴ *Ibidem*, p. 474.

culación de los profesionales en torno a la asociación española de trabajadores sociales forenses; en la promoción del primer máster específico en esta especialidad en la Universidad Carlos III; en la celebración del primer congreso de trabajo social forense en España³⁵ y por parte de profesionales en activo, como la propia Marta Simón:

La práctica forense diaria de muchas trabajadoras/es sociales en estos años se ha dirigido a revertir esta situación. De hecho, determinadas propuestas realizadas desde el trabajo social que no estaban reguladas en contexto judicial han sido finalmente incorporadas en la legislación debido a sus resultados positivos³⁶

En definitiva, se puede concluir que, aunque el peritaje social realizado por los trabajadores sociales es un medio de prueba todavía escasamente conocido para otros profesionales y para el público en general,

la práctica forense de nuestros juzgados representa, a la vista de todo lo expuesto, un instrumento procesal de enorme potencial que, una vez descubierto por los operadores jurídicos y demostrado por los peritos sociales su gran utilidad, pronto se convertirá en una herramienta imprescindible en el fallo de todas aquellas causas en las que los factores sociales, por su incidencia en el caso, deban ser valorados para hacer justicia³⁷.

6. EL PERITAJE SOCIAL

Los profesionales del trabajo social se convierten en peritos cuando es necesario que emitan dictámenes periciales –a través de informes periciales– cuya finalidad será la de clarificar hechos o circunstancias relevantes de carácter social en algún asunto del proceso judicial, a través de sus conocimientos científicos, técnicos, o prácticos. Y ello a instancias de la propia administración de justicia o de una de las partes interesadas en un litigio:

En el rol de perito experto, el trabajador(a) social tiene la responsabilidad de brindar un asesoramiento objetivo como ha pasado en un conocimiento actualizado en las Ciencias de la conducta que le ayudan a fundamentar sus recomendaciones y sirvan al juez (a), abogados de partes o fiscal (dependiendo para quien ejerza como perito), en la toma de decisión del caso³⁸.

³⁵ Véase entrevista realizada a Pilar Ruiz por Gallo Gómez, A. (2020). En portada: Pilar Ruiz Rodríguez... op.cit., p. 77.

³⁶ Simón se refiere, en nota a pie de página, a la mediación intrajudicial en los ámbitos penales de menores, penal de adultos y familia iniciada en equipos psicosociales y en equipos técnicos del menor sin estar previamente reguladas. Simón Gil, M. (2017). Evaluación de secuelas..., op.cit., p. 474.

³⁷ Muñoz Martín, A. (2005). El Peritaje Social: Un instrumento procesal valioso ..., op.cit., p. 14.

³⁸ López Beltrán, A.M. (2017). Desarrollo y Trayectoria del trabajo social forense en Puerto Rico, en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit., p. 385.

El peritaje se iniciará, obviamente, antes de redactar el informe pericial, como una etapa de indagación, de estudio o de investigación de todas las circunstancias o aspectos –sociales– que se consideren relevantes para el caso. Continuará con el análisis de la información recopilada y la redacción del informe pericial, y puede proseguir compareciendo como testigo en el juicio si así se considera pertinente, pero no finalizará probablemente hasta el seguimiento de la propuesta realizada o de las medidas finalmente impuestas.

El informe pericial social es un informe relativo al carácter social inherente a todas las personas que abarcan diferentes aspectos individuales, familiares, sanitarios, laborales, sociales, económicos, sobre la vivienda y todos aquellos aspectos del caso que sean importantes en la valoración social.

Los conocimientos que puede aportar el trabajador social son aquellos relativos a esclarecer la situación de las personas, sus relaciones, su entorno, y todos aquellos aspectos relevantes en la valoración social de un caso³⁹ que, además, no sean específicos de ninguna otra disciplina como la medicina, la psicología o la educación⁴⁰.

En general, el estudio tiene tres partes diferenciadas: por un lado, los datos objetivos recopilados durante la investigación; por el otro, el diagnóstico social basado en esos datos, así como la interpretación que hará el profesional del trabajo social de los mismos al integrarlos con la teoría; y, por último, una propuesta fundada ajustada al diagnóstico.

Han sido varios los autores que han descrito detenidamente qué aspectos deben investigarse y analizarse al objeto de redactar un informe pericial, así como aquellos que se han detenido en las diferentes teorías que sustentan esta etapa de la investigación, el método científico empleado, las etapas del proceso⁴¹, las técnicas idóneas para la recogida de la información⁴², las áreas o dimensiones que se deben investigar así como sus indicadores, cómo se debe estructurar y redactar el informe, cómo debe realizarse la exposición del mismo en el juicio oral de ser convocado para defenderlo o incluso cuáles son las destrezas que debe reunir un/una trabajador/a social forense⁴³. No podemos reproducir todos y cada uno de estos aspectos de forma que nos detendremos sólo en aquellos que nos parecen más importantes en la valoración social de la víctima durante el proceso penal de menores.

³⁹ Tal como lo expresa Muñoz Martín, A. (2005). El Peritaje Social..., op.cit., p.8.

⁴⁰ La especificidad del trabajo social ha sido especialmente defendida por Hernández Escobar, A. (2006). La prueba pericial de los trabajadores sociales, *La Toga*, núm. 157, pp. 16-19.

⁴¹ Se han seguido las presentadas por Reyes Legaza, C. (2018). Una mirada metodológica al peritaje social: análisis, consideraciones y propuesta situada, *Margen*, núm. 89, (https://www.margen.org/suscri/margen89/reyes_89.pdf).

⁴² Muy interesante resulta la propuesta de Amaro, S. (2017). La realización de las visitas domiciliarias en el ámbito sociojurídico, en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit., pp. 311-344.

⁴³ Como se verá más adelante, se encuentran detalladas en López Beltrán, A.M. (2017). Desarrollo y Trayectoria del trabajo social forense en Puerto Rico, en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit., pp. 367-389.

7. METODOLOGÍA DEL TRABAJO SOCIAL PERICIAL

López Beltrán señala que para que una buena indagación cumpla con la metodología científica debe tener una base empírica que descansa en la observación y la medición, en vez de la intuición o la opinión del profesional, no apoyada por la evidencia. Los enfoques basados en la teoría construida a partir de las evidencias empíricas son un nuevo paradigma epistemológico que comparte espacio con aquellos otros que hacen derivar el conocimiento de la teoría abstracta. Los procesos de deducción e inducción son igualmente aceptados, hoy en día, en el trabajo social, como procesos legítimos y complementarios para obtener conocimiento científico⁴⁴.

En todo caso, la información obtenida –procedente de la teoría o de la sistematización de la práctica profesional– debe medirse de forma rigurosa, de manera que se espera que los peritos estén actualizando permanentemente respecto a los conocimientos (teóricos y técnicos) y en relación con la evaluación de la efectividad de su propio ejercicio profesional, para hacer los ajustes necesarios, al objeto de asegurarse los mejores resultados.

Obviamente los peritos habrán de conocer las teorías que sustentan la comprensión de la realidad social para comenzar a diseñar la investigación inicial⁴⁵. Por ejemplo, en el estudio de cualquier caso se hará imprescindible el conocimiento sobre la familia ya que es el primer sistema en el que se insertan todos los seres humanos por lo que sus experiencias siempre estarán condicionadas por la familia (o la ausencia de ésta). Así será importante conocer la teoría del ciclo familiar, así como el modelo contextualista evolutivo, las teorías sistémicas y ecosistémicas⁴⁶, las teorías ecológicas, la perspectiva del fortalecimiento o *empowerment*⁴⁷, y el enfoque de competencia familiar y de redes⁴⁸.

⁴⁴ Ibidem, p. 374.

⁴⁵ Los principales errores que se cometen al inicio de la evaluación del caso, según López Beltrán son una recogida de datos de la dinámica familiar superflua y sin profundizar en posibles incongruencias; la recolección de información de las partes sin analizar lo relatado; la exposición de forma detallada de la información de una de las partes y no la de la otra (parcialidad); la exposición de problemas de salud mental tan en detalle que vulneren la confidencialidad; el olvido o al falta de información sustancial respecto a eventos, conductas o estados emocionales de la persona que puedan ser valiosos para la resolución de su caso; la no utilización de documentación existente o errores graves al analizarlos al no identificar contradicciones o no utilizarlos para validar hipótesis; el uso incorrecto de técnicas de observación de la dinámica familiar; ya que para que esta cumpla con el rigor del método científico debe ser bien diseñada y estructurada. Todo ello puede conducir a fallos, en esta etapa de la investigación, que impidan una correcta conceptualización del caso.

⁴⁶ Véase Carlson, J., Sperry, L. & Lewis, J. (1991). *Family Therapy: Ensuring treatment efficacy*, Brooks/Cole.

⁴⁷ Véase Rapp, C. A. (1998). *The Strengths model. Case management with people suffering from severe and persistent mental illness*, Oxford; Saleebey, D. (1992). *The Strengths Perspective in Social Work Practice*, Longman; Weick, A., Rapp, C., Sullivan, W.P. & Kisthardt, W.E. (1989). A strengths perspective for Social Work practice, *Social Work*, núm. 34, pp. 350-354.

⁴⁸ Véase Orte, M.C., Ballester, L. y March, M.X. (2013). El enfoque de la competencia familiar: una experiencia de trabajo socioeducativo con familias, *Pedagogía social: Revista Interuniversitaria*, núm. 21, pp. 13-37.

Si la pericia se realiza respecto de menores de edad, los y las trabajadores/as sociales deben necesariamente conocer cuáles son las necesidades básicas de la infancia y de la adolescencia y modelos del buen trato a la infancia, por ejemplo, los expuestos por Barudy y Dantagnan⁴⁹, en especial, si han de afrontar el análisis de situaciones de malos tratos.

Respecto de la infancia es importante también saber cuáles han sido los estilos educativos parentales⁵⁰, cuáles las competencias parentales⁵¹ y será necesario comprender la graduación de la gravedad de las situaciones de riesgo y de desamparo en la infancia y en la adolescencia que, por ejemplo, investigaron Ignacia Arruabarrena y Joaquín de Paúl (2011) hasta desarrollar en 2001 el instrumento Balora⁵² implementado en los equipos del menor de los servicios sociales especializados (servicios de protección infantil) de gran parte de España⁵³. Al igual que el/la trabajador/a social identifica los factores de riesgo y los estresores de la situación, tendrá que tomar en consideración los factores de protección de esta.

Si de lo que se trata es de profundizar en situaciones con víctimas de violencia de género, los peritos habrán de estar formados especialmente en ella⁵⁴ y, en particular, en modelos periciales de intervención social con perspectiva de género⁵⁵, cruciales para poder operar en la realidad judicial desde unos principios definidos y ordenados que ayuden a describir, comprender y operativizar la compleja realidad de la violencia machista.

Si además la violencia de género se ha producido en la adolescencia se tendrá que comprender esta compleja etapa del ciclo vital⁵⁶ y las nuevas formas que tiene

⁴⁹ Barudy, J. y Dantagnan, M. (2005). *Los buenos tratos a la infancia. Parentalidad, apego y resiliencia*, Gedisa.

⁵⁰ Del Fresno-García, M. y Segado-Sánchez-Cabezudo, S. (2013). Trabajo Social con familias: los estilos familiares como indicadores de riesgos, una investigación etnográfica, *Portularia*, Vol. 13, núm. 1, pp. 37-46. (doi: <http://doi.dx.org/10.5218/prts.2013.0005>).

⁵¹ Rodrigo López, M^aJ. y Martín Quintana, J.C. (2009). Las Competencias Parentales en Contextos de Riesgo Psicosocial, *Intervención psicosocial*, Vol. XVIII, núm. 2, pp. 113-120

⁵² Puede encontrarse en <http://www.euskadi.eus/valoracion-situaciones-riesgo/web01-a2gizar/es/>

⁵³ Véase Verde-Diego, C., Picornell-Lucas, A., y Navarro-Pérez, J.J. (2019). La protección pública a la infancia desde el trabajo social: factores de riesgo y desamparo, en *Respuestas del Trabajo social ante emergencias sociales y problemáticas sociales complejas de México y España* (Coords. Pastor Seller y Cano Soriano), Dykinson, México-España, pp.129-146.

⁵⁴ Véase, en especial, Dominelli, L. y Mac Leod, E. (1999). *Trabajo social feminista*, Cátedra; Ferreira, G. (1992). *Hombres violentos, mujeres maltratadas. Aportes a la Investigación y tratamiento de un problema social*, Edit.Sudamericana; Osborne, R. (Coord.) (2001). *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, UNED; Walters M., Carter B, Papp P., y Silverstein O. (1991). *La red invisible. Pautas vinculadas al género en las relaciones familiares*, Paidós.

⁵⁵ Especialmente interesante en este sentido son: Simón Gil, M. (2016). Cómo valorar las secuelas y lesiones sociales en la entrevista forense: Criterios, dimensiones, indicadores en *Respuestas transdisciplinares en una sociedad global: Aportaciones desde el Trabajo Social* (Coords., Carbonero, Raya, Caparros, y Gimeno), Universidad de La Rioja, Logroño; y SIMÓN GIL, M. (2017). Evaluación de secuelas..., op.cit.

⁵⁶ Véase Navarro Pérez J.J. (Coord.) (2017). *InfAdolescenci@as. Una mirada socioeducativa-tecnocrítica*, Tirant lo Blanch; Navarro Pérez J.J. y Mestre M.V. (2015). *El marco global de atención al menor. Prácticas basadas en la evidencia, reflexiones y experiencias de éxito*, Tirant Humanidades.

de relacionarse la población más joven, construyendo nuevos contextos a través de las redes sociales, *escenarios inéditos* hasta ahora de la violencia.

Todos los modelos teóricos usados, en especial, el modelo ecosistémico, ofrecen apoyo al trabajador social forense permitiendo que analice e interprete los datos, dando significado a los hechos, a las relaciones personales y sociales, a los comportamientos y a los sentimientos, así como a las influencias del entorno estableciendo correspondencias entre los datos más relevantes y permitiendo avanzar en el diseño de la investigación con la formulación de hipótesis que permitan explicar lo sucedido y el impacto social producido, esto es las lesiones o secuelas derivadas del daño social.

Poner en valor los modelos teóricos que subyacen al peritaje es incidir en la necesidad de interpretar los datos recogidos en la práctica, a la luz de la teoría, para que la integración del conocimiento científico con el uso del juicio técnico provoque un diagnóstico social experto⁵⁷.

Las técnicas más usadas por parte de los/las trabajadores/as sociales forenses para la recogida de la información son la entrevista en profundidad, los cuestionarios (tradicionalmente utilizados por psicólogos/as) y la visita domiciliaria⁵⁸.

En el ejercicio del peritaje social, no solo se precisa estar atento a las técnicas de recogida de datos, sino que también es importante el registro adecuado de la información en genogramas, ecomapas, mapa de relaciones familiares, etc., cuestión en la que ya no entraremos en detalle.

Tras la recogida de los datos, y el correspondiente registro de estos, es necesario su análisis y su puesta en relación. Ya se ha explicado que esto se hace integrando los conocimientos de carácter teórico con las evidencias encontradas en la práctica profesional. Es importante evitar, como nos recuerda López Beltrán⁵⁹ algunos errores en esta fase de análisis. Por ejemplo, indicar que se utilizarán técnicas de registro (genograma, dibujo, etc.) y no realizar el análisis de los resultados a partir de estos instrumentos, o no documentarlo en el informe; no integrar la teoría en el análisis para sustentar los hallazgos o citarla sin establecer la vinculación con la conducta observada de las personas evaluadas; no interpretar la dinámica familiar observada y ofrecer solamente información traída por las partes o por los menores; no ofrecer pronósticos basados en lo observado, etc.

⁵⁷ El juicio profesional guiado por la teoría, precisa de determinadas destrezas como señala López Beltrán (op.cit., p.385): la empatía, la capacidad para interrogar, la sensibilidad para escuchar, la habilidad para observar y para interpretar. Esto es, habilidades de comunicación (verbal y no verbal) y capacidad de razonamiento –objetivo y científico–, inferencia y síntesis.

⁵⁸ En palabras de Amaro:

[...] la visita domiciliaria es una técnica social, de naturaleza cualitativa, por medio de la cual el profesional se centra sobre la realidad social con intención de conocerla, describirla, comprenderla o explicarla. Su diferencia con respecto a otras técnicas es que tiene por *locus* el medio social, especialmente el lugar social más privado y qué dice respecto al territorio social del sujeto: su casa o lugar de domicilio que puede ser una institución.

Amaro, S. (2015). *Visita domiciliaria: teoría e práctica*, Porto editora, p. 5.

⁵⁹ Op.cit., pp. 377-378.

En este proceso metodológico del peritaje social todavía falta detenerse en la redacción del informe y en su ulterior presentación. Durante la redacción del informe el profesional discriminará la información más relevante, identificará incongruencias, relacionará los datos entre sí, asociará diferentes ideas, corroborará hipótesis, etc., hasta expresar el dictamen de forma precisa y clara. Teniendo en consideración, además, que puede ser llamado como testigo pericial para explicar su dictamen pericial, el/la trabajador/a social debe contar con destrezas para expresarse con facilidad, coherencia y consistencia. Ciertamente la claridad en su testimonio es imprescindible para un adecuado resumen de los hallazgos y su puesta en relación para determinar la existencia (o no) de daño social.

8. LA IMPORTANCIA DE LAS ÁREAS E INDICADORES PARA IDENTIFICAR EL “DAÑO SOCIAL”

8.1. Las áreas e indicadores de análisis en el peritaje social

Las áreas más habituales en las que investiga el/la trabajador/a social forense son similares a las utilizadas en cualquier investigación del trabajo social, si bien pueden variar ligeramente dependiendo del modelo teórico en el que se sustente y, en el caso del peritaje social, tendrán que concretarse en aquellos aspectos en los que hay que incidir respecto al tipo de situación que se debe analizar. Ya hemos explicado cómo nos ayudará la teoría para “escoger” esos aspectos y también hemos formulado, a lo largo de este capítulo que los saberes de los profesionales del trabajo social son multidisciplinares, estando especialmente formados y capacitados para ofrecer diagnósticos holísticos, transversales e integrales de la realidad social.

En la Figura 1 se recogen las áreas o dimensiones y los indicadores correspondientes a las mismas, susceptibles de ser investigadas en el peritaje social: en la primera y segunda columnas las propuestas por Muñoz Martín para cualquier caso; en la tercera, como ejemplo, las presentadas por la trabajadora social en el ejercicio libre de la profesión Hernández Escobar (2016) en un caso concreto de una víctima adulta por negligencia médica⁶⁰.

⁶⁰ Hernández Escobar, A. (2016). Aportaciones de un dictamen pericial social en una causa de negligencia médica, *La Toga*, núm.193, pp. 58-60.

Figura 1. Cuadro de Áreas e indicadores significativas para la evaluación pericial

Martín Muñoz (2005)		Hernández Escobar (2016)
Áreas	Descripción indicadores	Áreas e indicadores
Aspectos familiares	<ul style="list-style-type: none"> • datos de identificación • parentesco • relaciones familiares • dinámica de estas relaciones • historia familiar 	<ul style="list-style-type: none"> • Genograma • Información demográfica y funcional • Información relacional • Organización y dinámica familiar de la unidad convivencial en el sistema sociofamiliar
Aspectos de relación con el entorno	<ul style="list-style-type: none"> • Relaciones vecinales • Relaciones sociales • Procesos de socialización 	<ul style="list-style-type: none"> • Relación con el entorno
Aspectos relacionados con la educación	<ul style="list-style-type: none"> • Nivel de instrucción/estudios realizados • Escolarización • Absentismo escolar 	<ul style="list-style-type: none"> • Nivel académico de la persona a analizar y de su pareja
Aspectos económicos	<ul style="list-style-type: none"> • Ingresos mensuales individuales y familiares • Organización y distribución económico-doméstica • Procedencia de ingresos: pensiones, prestaciones, apoyos familiares gastos: créditos, préstamos bancarios... 	<ul style="list-style-type: none"> • Ingresos y gastos actuales del grupo familiar

<p>Aspectos laborales</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Situación laboral • Tipos de relación contractual • Periodos y prestaciones de desempleo • Capacitación, oficios, profesión, ocupación, trabajos economía sumergida • Perspectivas de futuro... 	<ul style="list-style-type: none"> • Trayectoria profesional de la persona a analizar y de su pareja. Proyecto vital económico autónomo o dependiente
<p>Aspectos relacionados con la salud</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Enfermedades • Minusvalías y sus grados • Cobertura sanitaria • Tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas 	<ul style="list-style-type: none"> • Datos de salud del grupo familiar: * en este caso concreto datos de salud anterior a la negligencia y salud actual
<p>Aspectos relativos al hábitat-vivienda</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Descripción del hábitat circundante: barrio, zona, servicios como colegios, zonas verdes, centros sanitarios, comercio, transporte... • Tipo vivienda –condiciones, características–: superficie, ventilación, luminosidad, condiciones de habitabilidad • Grado de hacinamiento • Régimen de posesión o tenencia: alquiler, precario, usufructo... 	<ul style="list-style-type: none"> • Vivienda familiar: * en este caso concreto no tuvo incidencia especial
<p>Aspectos socioculturales</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Vinculación a la vida cultural • Aficiones, intereses, pasividad y anomia • Ocio y tiempo libre: asistencia a eventos... • Pertenencia a grupos o asociaciones (religiosas, deportivas, culturales...) • Relaciones con servicios sociales 	<ul style="list-style-type: none"> • Contexto de ocio y tiempo libre • Redes de apoyo de los miembros del grupo familiar convivencial

Elaboración propia

La Figura 1 ya muestra la enorme complejidad que supone, por un lado, averiguar todos los aspectos indicados; por otro, analizar, interpretar e interrelacionar cada una de las áreas con las demás y con cada uno de los aspectos sobre los que se ha inquirido y, por último, interpretar toda esta información en relación con el objetivo forense. Sin embargo, identificar bien qué áreas o dimensiones e indicadores se deben usar ha resultado fundamental para identificar el “daño social”.

8.2. Conceptualización del “daño social” y de la “vulnerabilidad social”. Una propuesta de Marta Simón Gil

Ya hemos señalado que, según Marta Simón⁶¹, a diferencia del daño físico, psicológico y psiquiátrico, el “daño social” no existe, *sensus stricto*, en el Código Penal español. La necesidad de su reconocimiento surge en el contexto laboral de la Unidad de valoración forense del Instituto de Medicina Legal de Álava, al observar las dificultades para que los impactos sociales provocados en las víctimas de violencia de género pudiesen ser valorados de la misma forma fehaciente que aquellos identificados por médicos forenses y por psicólogos. El desarrollo de la victimología en los años 90 y el reconocimiento legislativo de la violencia de género ha ayudado al trabajo social a poder fundamentar el daño ocasionado por el delito en los aspectos personales, familiares, económicos y sociales de la víctima.

La autora formuló por aquel entonces⁶², el modelo pericial de intervención social con perspectiva de género en once pasos⁶³. A partir de la aplicación de este modelo, Simón identificó en las entrevistas forenses como las víctimas decían sufrir una serie de consecuencias negativas tras haber sufrido violencia de género, por lo que concluyó que aquellos *impactos* «precipitaban a las mujeres y a las niñas en una situación de vulnerabilidad social exclusivamente asociada a los hechos de los que habían sido víctimas»⁶⁴.

Las consecuencias generadas por la violencia de género se aprecian, por ejemplo, en la posición social y familiar que ocupan las víctimas antes y después

⁶¹ Simón Gil, M. (2017). Evaluación de secuelas... en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit., p. 474.

⁶² La primera publicación al respecto puede encontrarse en Simón Gil, M. (2012). El trabajo social en las Unidades de Valoración Forense Integral: aportes específicos y modelo pericial de intervención social, *Servicios Sociales y Política Social*, núm. 97, pp. 117-128.

⁶³ Puede encontrarse en su formulación revisada en Simón Gil, M. (2020). El daño social: secuelas y lesiones sociales, la evaluación del trabajo social forense en víctimas de violencia de género, *Servicios Sociales y Política Social*, Vol. XXXVII, núm. 124, p. 16:

1) identificación y ajuste de la demanda del juez/a; 2) contextualización de la familia en el ámbito judicial; 3) explicitación del modelo de trabajo ampliando el objetivo del dictamen pericial hacia la intervención; 4) identificación de la demanda de la persona usuaria; 5) redefinición de la demanda; 6) evaluación integral de la situación, previa selección de la metodología a utilizar y puesta en práctica de todas las técnicas necesarias para ello; 7) diagnóstico social; 8) devolución a la persona/familia del contenido del diagnóstico; 9) establecimiento de un acuerdo verbal con la persona/ familia sobre el plan de intervención propuesto; 10) coordinación del tratamiento social con los servicios socio-sanitarios; 11) redacción del informe pericial.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 15.

del delito. Son, en este sentido claramente sociales. Sin embargo, no podían ser directamente medidas como una “lesión” o una “secuela”. Simón explica que el trabajador social forense no solo debe «apuntar, nombrar y evaluar las consecuencias socioeconómicas y familiares resultantes del delito» sino además también debe ser capaz de dotar de contenido dichas consecuencias ante los tribunales. Ello la llevó a profundizar en los instrumentos de evaluación (en sus indicadores) y a conceptualizar el daño social como:

Los efectos experimentados por una víctima en sus relaciones familiares y/o sociales como consecuencia de un evento traumático, donde tales efectos están asociados a la resonancia de dicho suceso en las nuevas condiciones sociales y posición en ella del afectado, respecto a su contexto y mapa relacional anterior. Esto, tanto en referencia a los aspectos vinculados con la construcción social del sujeto (dimensión subjetiva del daño), como al propio mapa relacional en que éste se encuentra inserto (dimensión objetiva) ⁶⁵.

Simón no identifica el daño social con el estrés post traumático, dado que ello volvería a circunscribir el daño al ámbito psicológico o psiquiátrico, sino que lo relaciona con el “trauma social” conceptualizado por Martín Beristaín, que remite a la afectación de las esferas personal, familiar, laboral, económica, social y/o recreativa de las personas con consecuencias para sí mismas y respecto de los demás, por ejemplo, al sufrir estigma social.

Forman parte de este “daño social” la ruptura con las redes sociales de apoyo, tanto informales (familia, amistades) como formales (sistemas de protección) dado que el sentimiento de culpa, la vergüenza, el silencio, el miedo y el aislamiento⁶⁶ impiden a las víctimas denunciar con prontitud, lo que provoca la prolongación de su sufrimiento en el tiempo y la intensidad del mismo; la pérdida de referencias laborales o formativas; la reducción de los bienes económicos, la disminución de las actividades de ocio y tiempo libre, etc. Todo ello imposibilita a las víctimas tener una vida personal y social plena y autónoma ampliando su “vulnerabilidad social” como:

condición social de riesgo, de dificultad que inhabilita e invalida, de manera inmediata o en el futuro, a los grupos afectados, en la satisfacción de su bienestar en tanto subsistencia y calidad de vida en contextos socio históricos y culturalmente determinados»⁶⁷.

⁶⁵ Ibidem, p. 16.

⁶⁶ Esto ha sido investigado en profundidad por Durand, V. (2017). Mujeres en riesgo: Historias de violencia, opresión y muerte en el contexto de las relaciones amorosas, en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit., pp. 71-93.

⁶⁷ Simón Gil, M. (2017). Evaluación de secuelas... en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit., p. 18.

Simón se apoya en el concepto de vulnerabilidad⁶⁸ (asociado a factores externos como la pobreza, el género, la migración, entre otras) para construir el de “vulnerabilidad social” incluyendo en el mismo la afectación del capital físico (vivienda, terreno, bienes, etc.), el capital humano (con valor añadido por educación, salud) y el capital social (contactos, redes sociales, acceso a la información, etc.). Al poder utilizar la vulnerabilidad como un agravante en el sistema jurídico español, la introducción de «la vulnerabilidad social entendida como la pérdida o imposibilidad de futuro de acceder a estos tres tipos de capitales» y, en especial, al capital social, posibilita usar en los informes periciales el daño social que deriva en:

- a) Lesión social cuando se produce vulnerabilidad social de carácter socio familiar en tanto que la víctima se situará en una situación de desventaja social, al menos durante 3 meses como consecuencia de lo sucedido.
- b) Secuela social, en función de la existencia y gravedad, si se produjera de manera crónica la pérdida de red para el desarrollo social, en tanto en cuanto las consecuencias en la interacción individual con sus sistemas de apoyo social supongan la ruptura total con alguno de ellos de manera permanente, condicionando todo su futuro relacional de por vida⁶⁹.

La articulación del daño social, tan cómo es utilizado por esta trabajadora social forense, es un gran avance teórico y práctico ya que permite delimitar y circunscribir de forma específica el impacto y las consecuencias de un delito, por ejemplo, de violencia de género, a sus dimensiones sociales, de forma que se complementen con otras lesiones y secuelas de carácter físico y psicológico. En este sentido, la propia Simón señala el éxito del uso de la conceptualización de “daño social” aparecido ya en algunas sentencias en España, al mismo nivel que el daño físico o psicológico.

La primera es la n° 238/16 de la Audiencia Provincial de Álava del 1 de septiembre del 2016 referida a la violencia sexual sufrida en pareja [...]

Y la segunda es la n° 266/2016 de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de octubre de 2016 referida a una violencia sexual fuera de la pareja. [...]

⁶⁸ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008 que señalan en su “1. Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad”:

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

⁶⁹ Simón Gil, M. (2017). Evaluación de secuelas... en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit., pp. 20-21.

A estas sentencias le han seguido tres más, la tercera es la nº 351/18 de la Audiencia Provincial de Álava de 22 de noviembre del 2018: Abuso sexual a tres niñas. La cuarta es la nº254/2019 de la Audiencia Provincial de Álava de 26 de octubre de 2019 que condena al agresor por violencia sexual una contra menor de 16 años con acceso carnal. La quinta es la sentencia 40/169 de la Audiencia Provincial de Badajoz del 2 de diciembre del 2019 que condena por malos tratos habituales, detención ilegal, coacciones en el ámbito de la violencia doméstica, amenazas en el ámbito de la violencia de género, delito continuado de agresión sexual, de abusos sexuales (...) amenazas de un marido y padre a sus hijas y pareja⁷⁰.

8.3. Un ejemplo práctico de la aplicación de indicadores: la valoración social de la víctima en un caso de violencia de género

Resulta absolutamente revelador descubrir cómo Simón establece dimensiones específicas que se desagregan en diferentes indicadores que comportan una batería de preguntas a la víctima para identificar de forma transversal: 1) el control y 2) el poder del hombre sobre la mujer, en los casos de violencia de género⁷¹.

Las respuestas positivas o negativas a las preguntas realizadas tienen por objeto último identificar posibles “lesiones sociales” y “secuelas sociales”, en resumen, el “daño social” producido, y el posible incremento de la “vulnerabilidad social” de la víctima.

Las dimensiones generales a las que alude Simón son cinco: 1) Dinámica interaccional entre la víctima y el agresor; 2) sistema familiar (de origen de la víctima y sistema familiar propio); 3) sistema formativo-laboral; 4) sistema social; y 5) sistema cultural.

En la Figura 2 se ha recopilado, a modo de ejemplo, la primera de las dimensiones relativa a la dinámica interaccional entre la víctima y el agresor, los indicadores respectivos y las preguntas realizadas para constatar su presencia o ausencia. La técnica de recogida de datos propuesta por la experta es la entrevista en profundidad con la víctima.

⁷⁰ Ibidem, pp. 24-25.

⁷¹ De acuerdo con la legislación vigente, solo se puede aplicar cuando son pareja o han sido pareja; la violencia ejercida por los hombres contra las mujeres entre los cuales no ha existido una relación sentimental no puede considerarse a fecha de hoy, como violencia de género, aunque sí como otro tipo de violencia.

Figura 2. Cuadro resumen de indicadores de la primera dimensión en peritajes con víctimas de violencia de género

Dimensiones en peritajes con víctimas de violencia de género		
Dimensión 1: Dinámica interaccional entre la víctima y el agresor		
Indicadores:	Autoridad en la pareja	¿Quién toma las decisiones en el hogar; ¿Cómo se toman?: ¿Quién impone las normas de organización dentro y fuera del hogar?
	Gasto y manejo del dinero	¿Ella puede decidir el gasto libremente sin ser cuestionada?, ¿Tiene acceso al dinero?
	Ámbito de ocio y disfrute	¿Quién decide salir? ¿Con quién? ¿Cuándo? ¿Cómo? ¿Ella puede salir sola? ¿Con qué frecuencia? Preguntar si puede (o no) decidir cuáles son sus relaciones sociales. Si realiza actividades de ocio en solitario sin provocar en el enfado o reproche. Si dejó de relacionarse o de realizar actividades de ocio para centrarse solamente en su pareja o evitar discusiones con ella. ¿Se le exigió mantener pautas de relación fuera de casa concretas con hombres o mujeres conocidos o desconocidos?
	Ámbito de creencias y opiniones propias	¿Ella modificó sus opiniones por respetar la autoridad de su pareja?, ¿Se le prohibía hablar en determinados lugares sobre determinados temas?
	Ámbito educativo respecto de los hijos	¿Se respeta el estilo educativo de ella o es cuestionado, criticado, infravalorado por su pareja? ¿La desautoriza a su pareja ante los hijos? ¿Ha cedido espacio educativo a su pareja por su cuestionamiento?
	Ámbito de las relaciones con la familia extensa	¿Quién decide las visitas a casa de los progenitores de ambos? ¿Cuáles son los criterios para dichas visitas? ¿Quién los ha instaurado? Realizar las mismas preguntas cuando se recibe en el hogar a la familia extensa de cualquiera de ellos
	Ámbito de la formación o el trabajo externo e interno al hogar	¿Ha dejado la víctima su trabajo por decisión propia o por el comportamiento de su pareja? ¿Ha decidido priorizar el trabajo en el hogar de forma libre? ¿Ha decidido renunciar a alguna oferta laboral por indicación o imposición de su pareja?
	0.1 Asimetría de poder	

<p>0.2 Existencia de control de pareja</p>	<p>¿Exige saber las actividades realizadas por la víctima? ¿Saber dónde estaba?, ¿sabe cuánto va a tardar en volver?, Frecuencia de este control y tono del control: ¿parece un interrogatorio? Preguntar si acaban con insultos o con agresiones. Descubrir si el control se extiende al dinero, al aspecto físico, o al comportamiento: ¿revisaba sus cosas?, ¿controlaba su tiempo?, ¿sonsaaba qué había hablando con los demás?, ¿la seguía objetando pretendiendo protegerla?, ¿revisaba su correo o teléfono móvil?</p>
<p>0.3. Dependencia de la pareja</p>	<p>Verificar si existe dependencia económica por parte de la víctima. Si tiene acceso al dinero y de qué modo. Comprobar si hay dependencia por aislamiento. Si tiene posibilidad de salir del hogar y de qué forma. Descubrir si existe dependencia relacional (emocional) al punto de que la víctima se ve incapaz de abandonar a su pareja y justifica su comportamiento o minimiza los malos tratos que vive. Si considera que ella es capaz de cambiarlo. * El grado de dependencia relacional también se puede medir preguntando hasta qué punto está dispuesta a sufrir: cuál es el límite de agresión que no estaría dispuesta a tolerar.</p>
<p>0.4. Estilo interactivo violento de pareja</p>	<p>Se pregunta cómo surgió el primer conflicto. Quién es el que cede habitualmente. Quién y cómo se retoma la relación después de un enfado. Cómo discute la pareja (tono de voz, insultos, reproches, opiniones despreciativas) y sobre qué se discute habitualmente (temática recurrente). Se indaga sobre qué pasa antes y después de la discusión para descubrir pautas que anteceden a la descarga o disparador violento (la víctima calla, contesta...) Si existe violencia física, hay que preguntar si se produce contra objetos, animales u otras personas; Cuándo y dónde se produce; En presencia de quien; Con qué frecuencia; Con qué resultado de gravedad; Cómo responde ella ante la agresión; Qué estrategias de apaciguamiento usa con el agresor: ¿se defiende? ¿hay agresiones mutuas?, etc.</p>
<p>0.5. Progresión en la agresión</p>	<p>Se pregunta cuándo sintió la víctima que algo no iba bien en la relación y si, en ese momento, fue criticada, despreciada, abroncada, agredida. Si aceptó la imposición de su agresor. Si comenzó a hacer o a no hacer algo por miedo a su pareja, o para apaciguarla. Si le funcionó esa solución por mucho o por poco tiempo. Si la situación se repitió y de haberlo hecho, con qué frecuencia, con mayor o menor gravedad o intensidad. Si se resolvió de la misma forma o se modificó la estrategia...</p>

Elaboración propia a partir de Simón

Las preguntas propuestas por la autora intentan identificar la existencia o ausencia de control y de poder del varón sobre la mujer en su relación de pareja, y las lesiones y secuelas sociales que puede haberle producido intensificando la vulnerabilidad social de la víctima.

Esta “dinámica” –desagregar una dimensión en indicadores; éstos en preguntas, identificar intensidad y duración, entre otros– se produce en todas y cada una de las cinco dimensiones propuestas por la autora para los casos con víctimas de violencia de género⁷². No cabe en este capítulo profundizar en todas ellas, pero podemos poner algunos ejemplos.

Cuando se analiza el sistema familiar de origen de la víctima para ver si ha sido víctima, en el pasado, de vivencias de violencia previas a la constitución de su propia familia, se busca contrastar la posible interiorización de una cultura patriarcal que pudiese haber inducido a la víctima a “justificar”, “minimizar” o “soportar” la situación de violencia con su pareja, al haberla “naturalizado”. Simón estudia la autoridad jerárquica en el hogar actual de la víctima, por ejemplo, la tolerancia hacia la violencia, y el estilo interaccional familiar con el objeto de identificar si las respuestas ofrecidas nos confirman un estilo relacional violento que genera un impacto en el empeoramiento de la calidad de las relaciones de los miembros del sistema familiar. De ser así, se concluiría la existencia de daño social.

Así mismo cuando la experta analiza el sistema formativo de la víctima intenta identificar si existió abandono en la formación y, de ser así, si se produjo por la presión –explícita o implícita– de la pareja, lo cual provocaría una lesión en el capital humano de la víctima que se concretaría en la merma de sus posibilidades de mejora futura.

Ocurre lo mismo cuando se abordan los indicadores relativos al sistema laboral: si la víctima ha declinado posibilidades de ascenso o se ha visto inducida a renunciar a mejoras en su trabajo, o se ha visto presionada para priorizar el trabajo de su pareja ante el suyo, se podrá acreditar que se ha producido una lesión en los capitales humano y social de la víctima que la sitúan en una posición de mayor vulnerabilidad social.

Al indagar en el sistema social, se puede constatar la pérdida o disminución de contactos con familiares o con amistades lo que provoca una ruptura con las redes de apoyo que, a su vez, nos señalan una lesión o secuela (en función de su perdurabilidad) que se sitúa en el mismo nivel de importancia que la capacidad de la víctima de mantener su autonomía, su inclusión y participación social.

De lo que se trata, en definitiva, es de fundar epistemológica y jurídicamente el daño social del mismo modo que un médico forense o un psicólogo identifican los daños físicos, psicológicos y morales y poder utilizarlos en beneficio de las víctimas.

⁷² Simón Gil, M. (2016). *Cómo valorar las secuelas...*, op.cit., pp. 1-25.

9. LA VALORACIÓN SOCIAL DE LA VÍCTIMA DURANTE EL PROCESO PENAL DE MENORES

Hasta dónde llega nuestro conocimiento no existe prácticamente literatura sobre cómo realizar la valoración social de las víctimas en los procesos penales de menores de edad. Pero antes de profundizar en esta cuestión deseamos anticipar algunas reflexiones.

9.1. La adolescencia: una etapa compleja

En primer lugar, ya comentamos la necesidad de tener conocimientos teóricos sobre la adolescencia. Nadie negará que es una de las etapas más complejas del ciclo vital de la persona, de curiosidad, de construcción de la identidad personal, sexual, social, etc. Es una etapa en la que la predisposición al desarrollo de conductas disruptivas o antisociales se justifica, en parte, por el modelo familiar en el que se ha crecido (y se ha observado) como explican Carbonell, Fernández y Navarro-Pérez⁷³, de forma que muchas de las situaciones que viven los adolescentes no dejan de ser una prolongación de las que han vivido en sus familias.

No se puede obviar además que, en España, entre 2010 y 2013 se ha producido un importante cambio en las formas de relación adolescente debido al creciente uso de las nuevas tecnologías, detectando que cerca del 95% de los jóvenes utilizan a diario internet⁷⁴.

Las nuevas tecnologías han adquirido una gran importancia en la adolescencia, siendo instrumentos que han construido “lugares novedosos” de interrelación, como Facebook que en 2020 tenía más de 2700 millones de usuarios; WhatsApp con más de 100.000 millones de mensajes cada día; o Youtube que, en 2014 ya almacenaba 100 horas de vídeo por minuto⁷⁵. Este cambio de hábitos en la comunicación y la interrelación puede facilitar las relaciones sociales o de pareja, pero también puede incrementar los riesgos en éstas, en especial, en relación con el aprendizaje de las dinámicas interpersonales en las relaciones amorosas y en las sexuales.

En el reciente informe sobre *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España*⁷⁶ se constata un incremento significativo de la tasa de violencia de género en la adolescencia debido al mal uso –explican las investigadoras– de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, sumado, entre

⁷³ Carbonell, A., Fernández, I. y Navarro-Pérez, J.J. (2021). Sexismo y mitos del amor romántico en adolescentes que residen en centros de acogida, *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, Vol.16, núm.1, pp. 75-86. (<https://doi.org/10.14198/OBETS2021.16.1.05>).

⁷⁴ Véase el informe sobre la *Evolución de la adolescencia española sobre la igualdad y prevención de la violencia de género* de Díaz-Aguado, M. J., Martínez Arias, R., y Martín, J. publicado en 2013 por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España.

⁷⁵ Véase Blanco, M. A. (2014). Implicaciones del uso de las redes sociales en el aumento de la violencia de género en adolescentes, *Comunicación y Medios*, núm. 30, pp. 124-141.

⁷⁶ Díaz-Aguado, M. J., Martínez Arias, R., Martín Babarro, J., y Falcón, L. (2021). *La situación de la violencia contra las mujeres en la Adolescencia en España*, Ministerio de Igualdad, Madrid.

otras cuestiones, a la poca precaución de los progenitores respecto del uso seguro de las redes sociales por parte de sus hijos/as.

Esta “desprotección” de la adolescencia frente a las redes sociales se origina en cualquier lugar: en los hogares, en la escuela –donde ha crecido el ciberbullying⁷⁷ y el sexting⁷⁸, generalmente utilizando el teléfono móvil⁷⁹– o en los territorios de ocio (parques, equipamientos deportivos, etc.). Y, aunque parezca una simpleza, la desprotección de los niños, niñas y adolescentes ante estos riesgos se produce a cualquier hora del día y de la noche, ya que el uso de las redes sociales, en especial usando los teléfonos móviles, es de difícil control por parte de los adultos.

El mal uso de las redes sociales no solamente puede producir impactos psicológicos y físicos importantes (autoimagen, autoestima, anorexia, vigorexia, bulimia, etc.), sino que, además, puede constituir una forma de cibercriminalidad social. La investigación sobre *Cibercriminalidad juvenil: La cifra negra*⁸⁰ señala que los fenómenos de ciberacoso, *sexting* y *grooming* implican ya a un importante número de menores de edad, sin que todavía las legislaciones de cada país los tipifiquen como tales⁸¹.

La ciberviolencia de género es otro de los importantes focos de la cibercriminalidad y constituye un importante incremento de la violencia de género entre adolescentes, destacando fuertemente la violencia de control, como muestran las últimas investigaciones.

9.2. Mitos sobre los adolescentes en conflicto con la ley

Cuando abordamos la cuestión de los adolescentes en conflicto con la ley habremos de estar atentos a los mitos que, según Assis, se encuentran ligados a ellos.

⁷⁷ El acoso virtual multiplica infinitamente el número de personas que pueden agredir a la víctima de forma que también se multiplica infinitamente su impacto sobre ella. Pongamos de ejemplo el caso sucedido en 2013 a Matthew Burdette, un menor de 14 años ciberacosado por sus compañeros de clase después de que uno de ellos difundiese en redes sociales la grabación que le había hecho masturbándose en un baño del colegio. Este adolescente no soportó la vergüenza provocada por el altísimo número de burlas y humillaciones, de forma que se suicidó. Las conductas de ciberacoso no pueden ser catalogadas como “un juego de niños”, ya que ello invisibiliza el fenómeno, a la vez que genera en las víctimas un sentimiento de desprotección e indefensión que las sume en el silencio y la desesperación.

⁷⁸ El “*sexting*” se define como el envío inicialmente voluntario de contenidos eróticos, pornográficos especialmente entre dispositivos móviles. Su peligro estriba en la difusión de sus contenidos sin permiso de su autor. El “*Grooming*” es el engaño por parte de adultos a jóvenes, quienes haciéndose pasar por personas de su edad les solicitan fotos o vídeos de carácter erótico o sexual, llegando luego a chantajearles con difundirlos en las redes si no aceptan mantener contactos físicos.

⁷⁹ Álvarez-García, D., Rodríguez, C., González-Castro, P., Núñez, J.C. y Álvarez, L. (2010). La formación de los futuros docentes frente a la violencia escolar, *Revista de Psicodidáctica*, Vol. 15, núm.1, pp. 35-56.

⁸⁰ Montiel Juan, I. (2016). Cibercriminalidad social juvenil: La cifra negra, *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22 (doi:10.7238/idp.v0i22.2972).

⁸¹ Agustina, J.R., y Gómez-Duran, E.L. (2016). Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, núm. 22, pp. 32-58. (<https://doi.org/10.7238/idp.v0i22.2970>).

El primero, el “hiperdimensionamiento”⁸², remite a la idea de que la infracción juvenil crece vertiginosamente, aunque la realidad constata que no delinquen de forma masiva. El segundo mito, en estrecha relación con el primero, es el de la *peligrosidad* y el tercero el de la *impunidad*. La cuestión de la peligrosidad se vincula directamente con el énfasis que la prensa hace en reportajes que involucran a adolescentes y a jóvenes en delitos, sobre todo si han tenido como resultado la muerte. En cuanto a la impunidad se suele confundir con la inimputabilidad: de alguna forma se manifiesta que los menores de edad (todos) no son suficientemente “castigados” y que el sistema les protege por encima de “lo justo”. Más allá de recordar el espíritu reeducativo de la ley de responsabilidad penal de menores, los tres mitos construyen un imaginario social que sobredimensiona el fenómeno de la adolescencia en conflicto con la ley.

9.3. Algunos delitos cometidos por los adolescentes en conflicto con la ley

En lo que respecta a los delitos, tomando como ejemplo los datos de la Fiscalía de Galicia podemos decir que, en el año 2019, los tipos delictivos más representativos, en relación con el total (3.582), fueron las lesiones (456-12.7%), el hurto (364-10.2%) y la violencia doméstica (211-5,9%) que junto a la violencia de género, con 22 ilícitos, situaron el *Grupo de violencia familiar (doméstica y de género)*, en «el tercer grupo más numeroso, con una cifra de 233 ilícitos, el 6,50% en cifra total»⁸³.

La violencia doméstica será, por lo tanto, uno de los principales asuntos a afrontar en el proceso penal de menores, siendo mayoritaria, dentro de la misma la violencia filiofamiliar.

Este tipo de violencia tiene un par de características muy especiales: se produce mayoritariamente contra personas adultas y éstas tienen relación de parentesco con el menor, siendo generalmente la madre la víctima habitual (violencia ascendente). Esta peculiaridad dota a la violencia filiofamiliar de una complejidad extrema.

Dentro del grupo de la violencia familiar nos encontramos también con la violencia de género que, aunque en menor número, no deja de alarmarnos como sociedad. A diferencia de la anterior es una violencia que se produce generalmente entre iguales, siendo las víctimas mayoritariamente también adolescentes.

Otro tipo de delitos como el acoso o el ciberacoso no suelen llegar a suponer ilícitos, aunque también supongan gran preocupación social.

Los que sí generan alta preocupación social son las agresiones sexuales, aunque son minoritarias las provocadas por menores de edad.

⁸² Assis Santos, A. (2017). El Adolescente, los delitos y la privación de la libertad, en *Diccionario internacional del trabajo social...*, op.cit., p. 131.

⁸³ Op.cit., p. 186.

9.4. La valoración social de la víctima en la violencia filio-parental

Como se ha visto pueden ser muy variados los delitos cometidos por adolescentes y jóvenes y también diversas las características de las víctimas. Ello comporta que la valoración psicosocial de las mismas pueda ser absolutamente dispar y diversificarse en personas jóvenes o mayores, personas con discapacidad, etc.

Si analizamos la violencia filio-parental al hilo del objeto de este capítulo veremos que existe abundante bibliografía sobre el tema, pero cuyo foco de atención son los menores *agresores*. Es verdad que muchos de estos estudios abordan la victimización, pero limitada, por un lado, a caracterizar a las víctimas (principalmente las madres, en el mejor de los casos, las familias o la multivictimización con hermanos, abuelos, otros cuidadores)⁸⁴. Y, por otro lado, a describir tratamientos para estos progenitores o familiares impactados por la violencia de sus hijos/as⁸⁵. Así mismo, estas propuestas de tratamiento para las víctimas suelen ser de carácter psicológico o terapéutico-educativo⁸⁶. En todo caso, pocas veces la literatura alude a la determinación del daño social –tal como lo hemos abordado en el apartado anterior– a las lesiones o secuelas sociales que ha provocado la violencia filio-parental en sus víctimas⁸⁷. En este sentido, es interesante la tesis de Salazar quien, a través de entrevistas en profundidad a madres biológicas y a madres cuidadoras, abordó diferentes aspectos de la violencia filio-parental sobre las víctimas: a) Vivencia en cuanto al ejercicio de la parentalidad; b) Descripción de factores ambientales, familiares y personales involucrados; c) Descripción de la situación de violencia filio-parental vivida; d) Comprensión de la violencia filio-parental; e) Emociones y sentimientos asociados a la situación vivida; f) Significado del secreto familiar sobre vivencia de violencia filio-parental; g) Factores que influyen en el mantenimiento del secreto; h) Expectativas y sueños en cuanto a los(as) hijos(as). Pero incluso así, esta indagación, como puede deducirse de los aspectos

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Peligero Molina, A.M^a. (2016). La violencia filio-parental en el contexto de la violencia familiar, *Intervención Psicosocioeducativa en la Desadaptación Social*, núm. 9, pp. 69-84.

⁸⁵ Por ejemplo: García de Galdeano, P., y González, M. (2007) *Madres agredidas por sus hijos/as. Guía de recomendaciones prácticas para profesionales*. (<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Gu%C3%ADa-de-recomendaciones-madres-agredidas.pdf>). También Ibabe, I., Arnoso, A. y Elgorriaga, E. (2019). *Programa de Intervención Precoz en situaciones de Violencia Filio-Parental: descripción, protocolización y evaluación*, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, Vitoria.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, Morán, N. (2013). *Padres víctimas de abuso por parte de sus hijos: características descriptivas, factores de riesgo y propuesta de un programa de intervención psicológica*, (Tesis Doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid. (<https://eprints.ucm.es/id/eprint/21685/1/T34526.pdf>)

Así mismo Padilla Falcón, C. M^a, (2020). *Violencia filio-parental desde la jurisdicción de menores: factores de riesgo psicosocial*, (Tesis Doctoral), Universidad de Extremadura, (https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/11727/1/TDUEX_2020_Padilla_Falcon.pdf)

⁸⁷ Entre la escasa bibliografía podemos citar a Salazar, M.A. (2018). *La significación de la vivencia de violencia filio parental (VFP) por parte de madres, padres y cuidadores (as) víctimas*. Universidad de Concepción, Chile; y a Urruela Arnal, I. y González Granja, R. (2016). Evaluación socio-familiar en el marco de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. Aspectos a considerar cuando las víctimas son los padres, en Mateos de la Calle y Ponce de León Romero (Coords.) *El trabajo social en el ámbito judicial*, Ed. Colegio Oficial de Trabajadores Sociales de Madrid, pp. 125-140.

mencionados, tiene por finalidad, más el análisis de la víctima en relación con el victimario, que respecto de sí misma.

Hace bien Peligero en recordarnos que el abordaje de la violencia filio parental debiera ser multidisciplinar. En este sentido debemos subrayar la escasa participación del trabajo social forense en este tipo de situaciones, muy abordadas por los colegas psicólogos.

Ahora bien, hay que clarificar que el afrontamiento de este tipo de situaciones se produce por parte del trabajo social antes de que constituya un ilícito penal. Esto es, la violencia filio parental se trabaja especialmente desde los dispositivos de los servicios sociales especializados (servicios de protección infantil) de las comunidades autónomas. En Galicia, por ejemplo, constituye buena parte de los expedientes de los Gabinetes de Orientación Familiar, así como de otros servicios de mediación. No podemos olvidarnos que también constituye una preocupación importante en los servicios de salud mental infanto-juvenil dado que una parte de los adolescentes y jóvenes que ejercen este tipo de violencia sobre sus progenitores y familiares acaban siendo diagnosticados con trastornos de la conducta o del comportamiento.

En todos estos dispositivos la violencia filio parental sí que forma parte importante de la labor de los/as trabajadores/as sociales, si bien, no de la especialidad forense. En los equipos técnicos del menor de los servicios sociales especializados sí se realizan valoraciones psicológicas y valoraciones sociales del menor agresor y, en especial de la familia, para identificar estilos educativos, existencia o ausencia de límites de normas, competencia parental, tolerancia a la frustración adolescente, control de la ira, etc. con el objeto último de que justamente la violencia filio parental no finalice en un proceso penal de menores.

Estos equipos técnicos de los servicios sociales suelen trabajar en equipos interdisciplinarios y aplican cuestionarios de carácter psicosocial, así como realizan entrevistas a las familias y a los menores también de forma interdisciplinar sobre los aspectos que acabamos de señalar.

Para concluir este apartado diremos que sería interesante, a nuestro juicio, aplicar la conceptualización de daño social de Simón al proceso penal de menores en casos de violencia filio parental. Para ello, sería necesaria una adaptación del modelo usado para víctimas adultas de la violencia de género en la formulación de las preguntas, especialmente sobre las dimensiones del sistema familiar y del sistema social. No en vano existen numerosas investigaciones que identifican en la relación de los adolescentes varones agresores respecto de sus madres, pautas que aluden a la violencia “por razones” de género identificadas en sus dinámicas interrelacionales y que pueden estar reproduciendo modelos de poder-sumisión vivenciados en los modelos de las familias de origen de las víctimas (las madres, normalmente) y, en especial en familias monoparentales con jefatura femenina (obviamente en una relación filio parental no podemos utilizar la conceptualización de violencia de género existente en estos momentos en España).

9.5. La valoración social de la víctima en la violencia de género

Si nos fijamos ahora en los delitos de violencia de género producida por menores de edad, nos encontramos con la realidad compleja esbozada más arriba, en especial, la relacionada con las nuevas tecnologías.

Al igual que comentábamos antes respecto a la violencia filioparental no existe prácticamente literatura que se fije en la valoración de carácter social para las víctimas de violencia de género provocada por adolescentes o jóvenes. Existen sí un amplio número de pruebas y de cuestionarios de carácter clínico y/o psicológico para abordar los daños de este tipo en las víctimas, pero están todavía por explorar dimensiones e indicadores para la valoración social de las víctimas en el proceso penal de menores, como las expuestas por Simón.

La conceptualización del daño social, a través del análisis de determinadas dimensiones e indicadores, tal como se ha presentado en el apartado anterior es, a nuestro juicio, reproducible para la valoración social de la víctima durante el proceso penal de menores, siempre que sea adaptada a su edad y al tipo de relación que se configura entre jóvenes ya que no podemos hablar de “pareja” de forma idéntica en cómo lo hacemos con víctimas adultas (sería poco habitual en nuestra cultura que un joven de menos de 18 años haya constituido una familia propia). Eso no significa que en las relaciones llamémosle “de noviazgo” no existan formas de violencia de género idénticas a las que existen en las relaciones más estabilizadas, aunque es lógico que algunas tipologías de violencia de género se produzcan en mayor o menor medida. Por ejemplo, es inferior el impacto de la violencia de género de tipo económico en los más jóvenes y sería excepcional la violencia vicaria; sin embargo, es muchísimo más intensa la violencia de género de control en mujeres de menos de 25 años, a la luz de las últimas investigaciones de Díaz-Aguado, Martínez Arias, Martín Babarro, y Falcón en 2021.

Así las cosas, a nuestro parecer, la metodología de la evaluación forense propuesta por Simón para víctimas de violencia de género adultas tendría que adaptarse a la violencia de género entre adolescentes, al menos, respecto a las siguientes particularidades: 1) a la edad de la víctima y su conceptualización idealizada del amor. Habrá que profundizar en los mitos del amor romántico ya que generan dependencia emocional, son causa directa de la reproducción de roles sexistas y disfrazan la violencia con afecto; 2) sistema interaccional basado en el *noviazgo* más que en la pareja estable; 3) adaptación de los indicadores a los espacios compartidos ya que no existirá “un hogar” en el que presumiblemente se produzcan situaciones de violencia sino otro tipo de escenarios, como por ejemplo, las redes sociales; 4) ajuste también, por lo tanto, respecto a la forma de infringir daño sobre la víctima (fotos, grabaciones, por ejemplo); 5) atención especial a las secuelas sociales que provocan los delitos realizados en las redes sociales ya que en Internet no existe el derecho al olvido y la “reputación”, el honor, de la víctima se verán afectados para toda la vida (medir la perdurabilidad y la intensidad

del daño); 6) especial incidencia en los aspectos relacionados con la violencia de control.

Como señala Simón en el caso del peritaje social respecto a las víctimas de violencia de género y, en especial, en la etapa de la propuesta que realizan los peritos sociales, las mujeres, no deben ser consideradas *solamente* como “víctimas” (aunque se haya puesto el foco en el daño social que han sufrido) sino que tienen que ser conceptualizadas como *supervivientes*, de forma que el tratamiento social que, como trabajadores/as sociales forenses propongamos, debe estar basado en la identificación de las fortalezas, capacidades, competencias y cualidades de estas mujeres resilientes. Esto es absolutamente fundamental si trabajamos con víctimas adolescentes y jóvenes e imprescindible para evitar su revictimización⁸⁸.

Al igual que con la violencia filiofamiliar debemos destacar que el abordaje de la violencia de género entre adolescentes se realiza de forma interdisciplinar principalmente en los espacios educativos, formales e informales, de los jóvenes, además de a través de sus familias. Es así como el abordaje en esta cuestión ha de ser fundamentalmente preventivo, justamente para evitar que pueda llegar a un proceso penal de menores.

Sobre cómo afrontar la prevención y de qué forma se pueda llevar a cabo, puede consultarse en el siguiente capítulo titulado «Intervención socioeducativa para prevenir la violencia de género en adolescentes».

10. CONCLUSIONES

Las valoraciones psicosociales son habituales en los procesos penales donde los trabajadores/as sociales forman parte de los equipos psico-sociales que informan a jueces y juezas para que dispongan de mayores elementos para su toma de decisiones.

Si la prueba pericial, como todo medio de prueba indirecta, tiene como finalidad provocar la convicción judicial sobre algún hecho o circunstancia relevantes en el asunto, creemos que aportar el estudio y la valoración de los factores sociales que se dan en el caso, es realmente relevante.

Es cierto que los informes sociales de los profesionales del trabajo social se presentan en los juzgados, de igual forma que los aportados por los médicos forenses y por los psicólogos, sin embargo, la literatura constata que existe todavía un amplio desconocimiento por parte de los operadores jurídicos de que lo que los profesionales del trabajo social pueden aportar en ellos.

Ello se debe, en gran medida a que, a diferencia del daño físico y del daño psicológico, no existe en el Código Penal español el reconocimiento del “daño social”. Y por lo tanto resulta difícil identificar su impacto en las víctimas.

⁸⁸ Simón Gil, M. (2020). El daño social..., op.cit., p. 21.

Desde hace una década, Marta Simón Gil lleva trabajando en las distintas dimensiones e indicadores necesarios para que el daño social pueda ser incorporado en las sentencias. Un esfuerzo que ya ha dado resultados al identificar al menos cinco sentencias en las que el daño social ha sido tomado en consideración de forma independiente a otro tipo de daños. La importancia de este hecho estriba en que los aspectos sociales de las valoraciones psicosociales puedan ser analizados por separado y de forma específica, de modo que complementen realmente las valoraciones “psico-sociales”.

Así que, en definitiva, aunque la valoración social sea todavía bastante escasa en ámbitos como el proceso penal de menores, se ha avanzado mucho en conceptualizar un espacio propio para el peritaje social que creemos, sinceramente, que redundará en amplios beneficios para los equipos interdisciplinarios psicosociales y, en especial para las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

- Agustina, J.R., y Gómez-Duran, E.L. (2016). Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, núm. 22, pp. 32-58 (<https://doi.org/10.7238/idp.v0i22.2970>).
- Álvarez-García, D., Rodríguez, C., González-Castro, P., Núñez, J.C. y Álvarez, L. (2010). La formación de los futuros docentes frente a la violencia escolar, *Revista de Psicodidáctica*, Vol.15, núm. 1, pp. 35-56.
- Amaro, S. (2015). *Visita domiciliaria: teoría e práctica*, Porto editora, Brasil.
- Amaro, S. (2017). La realización de las visitas domiciliarias en el ámbito sociojurídico, en *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico* (Coords. Amaro y Krompotic), Nova Casa Editorial, Brasil, pp. 311-344.
- Amaro, S. y Krompotic, C.S. (Coord.) (2017). *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico*, Nova Casa Editorial, Brasil.
- Arruabarrena Madariaga I., y De Paúl Ochotorena, J. (2011). Valoración de la gravedad de las situaciones de desprotección infantil por los profesionales de los Servicios de Protección Infantil, *Psicothema*, Vol. 23, núm. 4, pp. 642-647.
- Assis Santos, A. (2017). El Adolescente, los delitos y la privación de la libertad en *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico* (Coords. Amaro y Krompotic), Nova Casa Editorial, Brasil, pp. 113-138.
- Barker, R. (2003). *The social work Dictionary*, NASW Press.
- Barker, R. & Branson, D.M. (2000). *Forensic social work: legal aspects of professional practice*, Hawort Press.
- Barudy, J. y Dantagnan, M. (2005). *Los buenos tratos a la infancia. Parentalidad, apego y resiliencia*, Gedisa, Barcelona.
- Blanco, M. A. (2014). Implicaciones del uso de las redes sociales en el aumento de la violencia de género en adolescentes, *Comunicación y Medios*, núm. 30, pp. 124-141.

- Carbonell, A., Fernández, I. y Navarro-Pérez, J.J. (2021). Sexismo y mitos del amor romántico en adolescentes que residen en centros de acogida, *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, Vol.16, núm. 1, pp. 75-86 (<https://doi.org/10.14198/OBETS2021.16.1.05>).
- Carlson, J., Sperry, L. & Lewis, J. (1991). *Family Therapy: Ensuring treatment efficacy*, Brooks/Cole.
- Deegan, M.J. (2000). *Jane Addams and the Men of the Chicago School, 1892-1928*, Transaction Books.
- Del Fresno-García, M. y Segado-Sánchez-Cabezudo, S. (2013). Trabajo Social con familias: los estilos familiares como indicadores de riesgos, una investigación etnográfica, *Portularia*, Vol.13, núm.1, pp. 37-46 (doi: <http://doi.dx.org/10.5218/prts.2013.0005>).
- Díaz-Aguado, M.J., Martínez Arias, R., y Martín, J. (2013). *Evolución de la adolescencia española sobre la igualdad y prevención de la violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid.
- Díaz-Aguado, M^a J., Martínez, R., Martín, J. y Falcón, L. (2021). *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España*, Ministerio de Igualdad, Madrid.
- Dominelli, L. y Mac Leod, E. (1999). *Trabajo social feminista*, Cátedra, Madrid.
- Durand, V. (2017). Mujeres en riesgo: Historias de violencia, opresión y muerte en el contexto de las relaciones amorosas en *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico* (Coords. Amaro y Krompotic), Nova Casa Editorial, Brasil, pp. 71-93.
- Ferreira, G. (1992). *Hombres violentos, mujeres maltratadas. Aportes a la investigación y tratamiento de un problema social*, Edit.Sudamericana, Buenos Aires.
- Fiscalía de la comunidad autónoma de Galicia (2021). *Memoria 2020 (ejercicio 2019)*. (https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/recursos/fiscalias/superiores/galicia.pdf).
- Gallo Gómez, A. (2020). En portada: Pilar Ruiz Rodríguez. Presidenta de la Asociación Española de trabajadores sociales forenses (AETSF), *Servicios sociales y política social*, Vol. XXXVII, núm. 124, pp. 72-80.
- García Dauder, S. (2010). La historia olvidada de las mujeres de la Escuela de Chicago, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 131, pp. 11-41.
- García Dauder, S. y Pérez Sedeño (2015). Los inicios de la sociología del trabajo: Jane Addams, la Hull House y las mujeres de la Escuela de Chicago, *Sociología del trabajo*, núm. 83, pp. 24-49.
- García de Galdeano, P., y González, M. (2007). *Madres agredidas por sus hijos/as. Guía de recomendaciones prácticas para profesionales*, (<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Gu%C3%ADa-de-recomendaciones-madres-agredidas.pdf>).
- Hernández Escobar, A. (2006). La prueba pericial de los trabajadores sociales, *La Toga*, núm. 157, pp. 16-19.
- Hernández Escobar, A. (2016). Aportaciones de un dictamen pericial social en una causa de negligencia médica, *La Toga*, núm. 193, p. 58-60.

- Ibabe, I., Arnoso, A. y Elgorriaga, E. (2019). *Programa de Intervención Precoz en situaciones de Violencia Filio-Parental: descripción, protocolización y evaluación*, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, Vitoria.
- Krmpotic, C.S. y Ponce de León, A., (2017). Trabajo Social e intervención sociojurídica en la Argentina en *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico* (Coords. Amaro y Krmpotic), Nova Casa Editorial, Brasil, pp. 347-365.
- Lima Fernández, A.I., Verde-Diego, C. y Pastor Seller, E. (2016). El trabajo social en los servicios sociales en España, en *Políticas e intervenciones sociales ante los procesos de vulnerabilidad y exclusión de personas y territorio: Un análisis comparado México-España*, (Coords. Pastor y Cano Soriano), Dykinson, México-Madrid, pp. 173-187.
- López Beltrán, A.M. (2017). Desarrollo y Trayectoria del trabajo social forense en Puerto Rico en *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico* (Coords. Amaro y Krmpotic), Nova Casa Editorial, Brasil, pp. 367-389.
- Martin-Beristain, C. (2010). *Manual sobre perspectiva psicosocial en la investigación de Derechos Humanos*, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional (HEGOA UPV/EHU), Bilbao.
- Mashi, T. (2017). Trabajo social forense. Conceptos fundamentales en *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico* (Coords. Amaro y Krmpotic), Nova Casa Editorial, Brasil, pp. 223-243.
- Mitjavila, M., Krmpotic, C., y De Martino, M. (2008). El Trabajo social en el campo sociojudicial: construcción sociohistórica, modalidades y desafíos recientes en Argentina, Brasil y Uruguay, *Revista Colombiana de Trabajo social*, núm. 21, pp. 145-160.
- Montiel Juan, I. (2016). Cibercriminalidad social juvenil: La cifra negra, *IDP: Revista De Internet, Derecho Y Política*, núm. 22 (doi:10.7238/idp.v0i22.2972).
- Morán, N. (2013). *Padres víctimas de abuso por parte de sus hijos: características descriptivas, factores de riesgo y propuesta de un programa de intervención psicológica* (Tesis Doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid (<https://eprints.ucm.es/id/eprint/21685/1/T34526.pdf>).
- Muñoz Martín, A. (2005). El Peritaje Social: Un instrumento procesal valioso, *Trabajo Social hoy*, núm. 44, pp. 7-14 (<http://www.comtrabajosocial.com/documentos.asp?id=318>).
- Navarro Pérez J.J. (Coord.) (2017). *InfAdolescenci@s. Una mirada socioeducativa-tecnocrítica*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Navarro Pérez J.J. y Mestre M.V. (2015). *El marco global de atención al menor. Prácticas basadas en la evidencia, reflexiones y experiencias de éxito*, Tirant Humanidades, Valencia.
- Orte, M.C., Ballester, L. y March, M.X. (2013). El enfoque de la competencia familiar: una experiencia de trabajo socioeducativo con familias, *Pedagogía social: Revista Interuniversitaria*, núm. 21, pp. 13-37.
- Osborne, R. (Coord.) (2001). *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, UNED ediciones, Madrid.
- Padilla Falcón, C.M^a. (2020). *Violencia filio-parental desde la jurisdicción de menores: factores de riesgo psicosocial*, Tesis Doctoral, Universidad de Extremadura. (https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/11727/1/TDUEx_2020_Padilla_Falcon.pdf).

- Peligro Molina, A.M^a. (2016). La violencia filio-parental en el contexto de la violencia familiar, *Intervención Psicosocioeducativa en la Desadaptación Social*, núm. 9, pp. 69-84.
- Ponce de León, A. y Krmpotic, C. (2012). *Trabajo Social Forense. Balance y Perspectivas*, Editorial Espacio, Argentina.
- RAPP, C.A. (1998). *The Strengths model. Case management with people suffering from severe and persistent mental illness*, Oxford UP.
- Reyes Legaza, C. (2018). Una mirada metodológica al peritaje social: análisis, consideraciones y propuesta situada, *Margen*, núm. 89 (https://www.margen.org/suscri/margen89/reyes_89.pdf).
- Rodrigo López, M^aJ. y Martín Quintana, J.C. (2009). Las Competencias Parentales en Contextos de Riesgo Psicosocial, *Intervención psicosocial*, Vol. 18, núm. 2, pp. 113-120.
- Ruíz Rodríguez, P. (7 de diciembre de 2011). La Autopsia Social: Estudios sociales Post-Morten, (<http://trabajosocialpericial.blogspot.com/>).
- Salazar, M.A. (2018). *La significación de la vivencia de violencia filio parental (VFP) por parte de madres, padres y cuidadores (as) víctimas*, Universidad de Concepción, Chile.
- Saleebey, D. (1992), *The Strengths Perspective in Social Work Practice*, Longman.
- Salum Alvarado, S. (2017). Trabajo sociojurídico en contexto judicial en Chile en *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico* (Coords. Amaro y Krmpotic), Nova Casa Editorial, Brasil, pp. 391-407.
- Sánchez Aarenas, J. (2016). Autopsia social como técnica pericial forense post mortem, en *El trabajo social en el ámbito judicial* (Coords. Mateos de la Calle y Ponce de León Romero). Ed. Colegio Oficial de Trabajadores Sociales de Madrid, Madrid, pp. 155-174.
- Simón Gil, M. (2012). El trabajo social en las Unidades de Valoración Forense Integral: aportes específicos y modelo pericial de intervención social, *Servicios Sociales y Política Social*, núm. 97, pp. 117-128.
- Simón Gil, M. (2014). *Bases Teóricas y Metodológicas del Trabajo Social Forense para la Evaluación de Lesiones y Secuelas Sociales del Abuso Sexual a Menores*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- Simón Gil, M. (2016). Cómo valorar las secuelas y lesiones sociales en la entrevista forense: Criterios, dimensiones, indicadores en *Respuestas transdisciplinarias en una sociedad global: Aportaciones desde el Trabajo Social*, (Coords. Carbonero, Raya, Caparros, y Gimeno), Universidad de La Rioja, pp. 1-25.
- Simón Gil, M. (2017). Evaluación de secuelas y lesiones sociales de víctimas adultas de violencia de género en el contexto del trabajo social forense en *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico* (Coords. Amaro y Krmpotic), Nova Casa Editorial, Brasil, pp. 469-504.
- Simón Gil, M. (2020). El daño social: secuelas y lesiones sociales, la evaluación del trabajo social forense en víctimas de violencia de género, *Servicios Sociales y Política Social*, Vol. XXXVII, núm. 124, pp. 11-27.
- Tornero Moreno, S. y Rama Samperio, A. (2017). La pericial forense del Trabajador Social en los accidentes de tráfico, *Revista de la Asociación Española de Abogados*

Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 61, pp. 33-40, (http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/PERICIAL_FORENSE_RC61.pdf).

- Urruela Arnal, I. y González Granja, R. (2016). Evaluación socio-familiar en el marco de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor: Aspectos a considerar cuando las víctimas son los padres, en *El trabajo social en el ámbito judicial* (Coords. Mateos de la Calle y Ponce de León Romero, Ed. Colegio Oficial de Trabajadores Sociales de Madrid, Madrid, pp. 125-140.
- Verde-Diego, C. (2013), Hull House: la ciencia al servicio de la reforma social, en *Hull House: El valor de un centro social* (Addams), Consejo General del trabajo social y Paraninfo, Madrid, pp. 19-35.
- Verde-Diego, C., Picornell-Lucas, A., Navarro-Pérez, J.J. (2019). La protección pública a la infancia desde el trabajo social: factores de riesgo y desamparo, en *Respuestas del Trabajo Social ante emergencias sociales y problemáticas sociales complejas de México y España* (Coords. Pastor-Seller y Cano Soriano), Dykinson, México-España, pp. 129-146.
- Walters M., Carter B., Papp P., y Silverstein O. (1991). *La red invisible. Pautas vinculadas al género en las relaciones familiares*, Paidós, Barcelona.
- Weick, A., Rapp, C., Sullivan, W.P. & Kisthardt, W.E. (1989). A strengths perspective for Social Work practice, *Social Work*, núm. 34, pp. 350-354.

CAPÍTULO XII

INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA PARA PREVENIR LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ADOLESCENTES

SANTIAGO PRADO CONDE

Profesor Contratado Doctor de Trabajo Social. Universidad Internacional de La Rioja

IRIA VÁZQUEZ SILVA

Doctora. Profesora de Sociología. Universidad de Vigo

CARMEN VERDE-DIEGO

Profesora Titular de Trabajo Social. Universidad de Vigo

RUBÉN GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ

Profesor Contratado Doctor de Trabajo Social. Universidad de Vigo

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. VIOLENCIA DE GÉNERO: MÁSCARAS Y REALIDADES EN LA ADOLESCENCIA. 2.1. Violencia de género y modos de dominación. 2.2. Violencia de género en adolescentes: alcance del fenómeno. 3. INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA PARA PREVENIR LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ADOLESCENTES. 3.1. Acciones socioeducativas para promover la igualdad de género en adolescentes. 3.1.1. *Nós tamén navegar!*. 3.1.2. *Actividades de igualdad en el IES Laxeiro*. 4. CONCLUSIONES: implicación y prevención para un futuro de esperanza.

1. INTRODUCCIÓN

Cada 25 de noviembre se celebra uno de los días más tristes del año, el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y también las Niñas. ÚNETE es la campaña que en el año 2008 comenzó el Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon. Recaudar fondos es fundamental, puesto que sin financiación no se pueden llevar a cabo proyectos tanto de prevención como de intervención sobre una lacra que no entiende de países ni de culturas.

La ONU estima que el 35% de mujeres en el mundo han sufrido algún tipo de violencia, bien sea a manos de su pareja o algún miembro de su entorno más

cercano. En España, en particular, los datos se mueven entre las 28.281 del año 2016 y las 29.215 del año 2020, un dato, este último, realmente destacable al ubicarse en el año de la pandemia por COVID-19, puesto que en el año anterior el número ascendía a 31.911¹ (INE, 2021). Si nos fijamos en la violencia doméstica, el año 2020 es el más alto de la serie 2016-2020, con 8.279. Cifras realmente escalofriantes que únicamente recogen datos de hechos denunciados. Pero, como bien se sabe, la realidad es muchísimo más estremecedora porque una gran cantidad de víctimas no denuncian. Lo más tenebroso es pensar en los menores que también han sufrido algún tipo, por ejemplo, de agresión sexual y todos aquellos que por circunstancias múltiples no pueden hacerlo público.

La problemática se ha visto durante muchas décadas como un fenómeno que se reducía al campo de lo privado, es decir, de lo familiar y no deberían entrometerse personas ni instituciones ajenas. En cierto modo, y a pesar de las legislaciones concretas que se han creado y, sobre todo, de la visibilidad en los medios de comunicación, la violencia contra la mujer sigue siendo un tema tabú excesivamente generalizado. Sigue costando mucho como sociedad inmiscuirse, denunciar o, simplemente, alertar de que dicha situación puede estarse produciendo en casa ajena o propia. Que dicha lacra pase a ser una cuestión de orden público ha llevado a la misma ONU a calificar la problemática como una pandemia y, por lo tanto, un problema de salud pública. La Organización Mundial de la Salud (OMS) define pandemia como la propagación mundial de una nueva enfermedad. Ésta se propaga y no existe inmunidad contra dicha enfermedad. Cuando el número de casos deja de ser algo puntual o coyuntural y pasa a convertirse en normalidad la OMS califica los hechos de pandemia. En este sentido, la violencia contra las mujeres y las niñas goza de inmunidad en muchos lugares e incluso se consiente en otros muchos o no existe implicación comunitaria hasta que una nueva mujer muerta hace que se resientan los cimientos mismos de la sociedad.

Para que las pandemias no se vuelvan eternas es relevante tomar medidas de precaución y trabajar en su eliminación. En el caso de la violencia de género, la prevención debe recalar, específicamente, entre aquellos que serán los adultos del mañana o como se dice popularmente, el futuro de la sociedad. Entonces, si el virus violencia contra las mujeres está presente en la sociedad, se reproducirá también entre los más jóvenes. Atajarlo es una decisión ética como sociedad para construir un futuro con menor desigualdad.

Por lo tanto, en este texto nos vamos a acercar a la violencia de género en general y a la violencia de género entre adolescentes en particular y, finalmente, se presentarán acciones socioeducativas en materia de igualdad de dos centros escolares de educación secundaria en Galicia y que redundan positivamente en la prevención.

¹ Véase al respecto, INE (2021). *Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG)*.

2. VIOLENCIA DE GÉNERO: MÁSCARAS Y REALIDADES EN LA ADOLESCENCIA

2.1. Violencia de género y modos de dominación

El uso de la fuerza física para alcanzar los objetivos de un determinado grupo o persona de manera particular ha sido recurrente a lo largo de la historia, de hecho, ya Maquiavelo² en el siglo XVI indicaba que era algo propio al ser humano, aunque matizaba que ésta no podía ser mantenida en el tiempo de manera coercitiva. Quizás, la gran aportación de Maquiavelo ha sido, como bien ha indicado Bacon al referir a su obra: «Debemos mucho a Maquiavelo y a otros escritores de esta clase, los cuales manifiestan o describen claramente y sin ficción lo que los hombres hacen, y no lo que debieran hacer»³. Si bien es cierto que en los estados contemporáneos y democráticos el uso de la violencia legítima es un recurso que únicamente tiene el propio Estado, aunque no puede ser el principal porque perdería legitimidad, existen otras formas de dominación que Gramsci denominó como poder hegemónico⁴. Éste se caracteriza por ser sutil, es decir, no percibirlo directamente. Se trata, entonces, de un poder de tipo simbólico o cultural porque unos se apropian de las mayores instancias de poder (aquellos que tienen poder se convierten en hegemónicos) y permiten a los no hegemónicos participar de sus prácticas, pero, sin embargo, los cambios son difícilmente realizados. Por lo tanto, se caracteriza dicho proceso por generar consenso, en tanto en cuanto es aceptado. Sin embargo, la dominación nunca es total (como en el poder coercitivo), puesto que necesita constantemente renovarse y resistir a las que se denominan fuerzas contrahegemónicas, es decir, aquellas susceptibles de alcanzar el poder.

La violencia, en el sentido de dominación, se muestra con múltiples máscaras y se oculta bajo el paraguas de distintos ámbitos sociales. De hecho, Gledhill reflexionaba, para el campo de la disciplina antropológica, sobre la importancia que hay que darle al poder y su conocimiento:

El imaginario occidental siempre se ha basado en el presupuesto de que toda la humanidad podía beneficiarse a largo plazo del hecho de permitir a Occidente ejercer su dominación, reforzando su causa con los imaginarios democrático, capitalista, industrial, científico y racionalista. Los antropólogos se hallan en mejor situación que muchas otras personas para apreciar el carácter limitado de lo que se ha cumplido y la crudeza de las preguntas que plantea este fracaso. Asimismo, debemos ser capaces de apreciar dónde se plantean cuestiones importantes y dónde hay que tomar decisiones difíciles. Comprometerse con las cuestiones políticas significa, en última instancia, tener el valor de dejar de ocultarse tras un

² Maquiavelo, N. (2010). *El príncipe*, Ediciones Akal, Madrid.

³ Citado en Cortés, F. (2001). La política y la violencia en el pensamiento de Nicolás Maquiavelo, *Estudios Políticos*, núm. 19, p. 189.

⁴ Véase Boivin, M., Rosato, A. y Arribas, V. (2004). Capítulo 3. La construcción del otro por la desigualdad, *Constructores de Otridad. Una introducción a la Antropología Social y Cultural* (eds. Boivin, Rosato y Arribas) Buenos Aires, pp. 65 y ss.

relativismo liberal paternalista y una postura de imparcialidad académica. Los antropólogos deben estar dispuestos a defender públicamente futuros humanos más inclusivos, fortalecidos por lo que pueden aprender del amplio abanico de la experiencia humana y por el cuestionamiento constante de las premisas estimulado por la atención a los múltiples y, a menudo contradictorios puntos de vista de los diversos actores que configuran nuestra historia contemporánea. Pero no podemos hacerlos sin abordar teóricamente el poder, tanto en la historia como en nuestro propio mundo académico⁵.

Sobre violencia y poder se han vertido ríos de tinta que podemos rastrear ya en la antigüedad clásica, así como en la forma de aprehenderlas socialmente y con una amplia variabilidad contextual. Pensar en los distintos tipos de violencia nos llevaría a enumerar una gama tan amplia que sería de difícil concreción, aunque suelen destacarse en las sociedades occidentales como motivo de especial preocupación la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, la violencia doméstica con sus diferentes caras, la violencia filio-parental, la violencia contra las personas mayores, el racismo y la xenofobia, la violencia por razones étnicas, la violencia por razones ideológicas, la violencia contra la mujer, entre otras. Si bien es cierto que las violencias expuestas, entre otras muchas, pueden ser universales, la violencia contra las mujeres de manera específica ha tomado el rango de problema social en muchos Estados porque ha salido del campo de lo privado. De hecho, en la *Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer* se define la violencia contra la mujer de la siguiente manera:

A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada⁶.

La violencia contra la mujer es, seguramente, la violencia más extendida y que recorre a todas las clases sociales, los distintos contextos, edades, y un largo etcétera. Pero la violencia contra las mujeres puede adoptar distintas formas, como la trata de mujeres, el acoso sexual, los feminicidios, psicológica, física, sexual, mediática, entre otras. Aunque la más común y que ha llevado, principalmente, a su visibilización es la que ejerce contra la mujer su pareja o expareja, principalmente cuando es un hombre.

La violencia contra las mujeres, lejos de responder a unas características concretas, trasciende las condiciones sociales y tiene elementos que se repiten a pesar de la especificidad de cada caso concreto. El documental *¿No queríais saber por*

⁵ Gledhill, J. (2000). *El poder y sus disfraces. Perspectivas antropológicas de la política*, Editorial Bellaterra, Bellaterra (Barcelona), p. 382.

⁶ ONU (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, artículo 1.

*qué las matan? Por nada*⁷ (2009) expone claramente los porqués de la violencia contra las mujeres. El documental se basa en un proyecto de investigación liderado por la antropóloga Mercedes Fernández-Martorell. El foco de atención no se pone en las víctimas, como es lo más habitual, sino en hombres que han sido declarados culpables de ejercer violencia contra sus parejas. Durante los tres años que duró el proyecto, el trabajo de campo del equipo investigador se acercó a 700 juicios y se realizaron 30 entrevistas a hombres condenados para tratar de entender los porqués del maltrato, es decir, conocer sus subjetividades, planteamientos y formas de proceder. Como bien se refleja en el vídeo, los patrones comunes de los agresores responden a la construcción de un tipo de moralidad sobre la relación hombre-mujer que se define porque la mujer debe hacer aquello que el hombre ha dispuesto. Alejarse de tal forma de proceder por parte de la mujer lleva a que el hombre se vea cuestionado en su construcción genérica y a desencadenar violencia. Por lo tanto, se está poniendo en entredicho la aparente igualdad de derechos y, más allá de legislaciones concretas, se manifiesta que las relaciones se construyen bajo el paraguas de la desigualdad y desencadenan en violencia. La investigación, que ha tomado forma de documental, viene a demostrar, al fin y al cabo, que seguimos viviendo en una sociedad en la que una parte importante de sus ciudadanos genera relaciones entre los sexos mediante una construcción diferencial del género y, así, se perpetúa un nuevo tipo de patriarcado. Es decir, más allá del gozo de los mismos derechos y oportunidades, la sociedad sigue dominada por un androcentrismo masculino. Tanto es así, que los propios varones son víctimas de sí mismos, de aquello que se espera de ellos como representantes del orden social.

Es asumido en el campo de las ciencias sociales lo que se conoce como el ciclo de la violencia en el campo de la pareja. Su explicación guarda relación, principalmente, con que la mujer no es consciente de que su relación es perjudicial para ella misma, es decir, comienza como una violencia sutil, que apenas se visibiliza o que no se asocia a una relación que acaba enquistado en su propia vida. Se ha basado en tres fases⁸ de tipo secuencial y cíclico y su objetivo no era otro que indicar cómo las mujeres se convierten en víctimas.

- La primera fase o acumulación y aumento de tensión, se caracteriza por agresiones de tipo verbal, psicológico, por provocaciones e, incluso, pequeñas agresiones por parte del agresor, por tratar de indicar que lo que hace la mujer no está bien, es decir, por generar una relación constante de tirantez, de malestar y porque la mujer trata de justificar su forma de actuar. Es así como lograr la calma por parte de la mujer se vuelve en su contra y cualquier situación cotidiana es proclive a elevar la tensión.

⁷ Fernández-Martorell, M. (2009). *¿No queráis saber por qué las matan? Por nada* [Archivo de vídeo].

⁸ En este sentido, Walker, L. (1979). *Battered woman*, Harper & Row, New York.

- La segunda fase o de agresión, se define por el estallido de la violencia, es decir, por un aumento de la violencia física, por amenazas, entre otras que no es pertinente relatar, y, sobre todo, porque se asume por parte de la mujer que es algo de lo que no se puede escapar, es decir, por su inevitabilidad. En esta fase, la mujer se encuentra psicológicamente en un callejón sin salida, el miedo es algo que le genera dificultad para solicitar ayuda o, incluso, se acaba disculpando o negando su situación ante su entorno más cercano.
- Por último, la tercera fase o fase de arrepentimiento y de luna miel, es decir, de reconciliación. La tensión y la violencia quedan en un segundo lugar, el agresor solicita el perdón de la mujer, actúa de manera arrepentida y trata de convencer a la mujer de que no volverá a ocurrir. Las promesas de que las agresiones han sido algo puntual y que la fuerza del “amor” le ayudará a superar dicha situación acaba en el perdón al maltratador.

Estas tres fases, como se ha indicado, son cíclicas y se repiten constantemente, pero se caracterizan porque las fases de tensión y arrepentimiento se vuelven más efímeras en su marco temporal y se recrudece la de agresión.

Como bien se ha reflexionado en el libro *Ideas que matan* (2012), donde se relata todo el proceso investigador del vídeo documental referido más arriba:

Lo más insólito de la dependencia de las mujeres respecto a los hombres en las sociedades machistas es que su subordinación no se ha ceñido al momento de nacer, sino que ha persistido a lo largo de toda su vida. Efectivamente, ya lo sabemos, la pareja era quien le proporcionaba el estatus de mujer completa; él era quien ratificaba que, en verdad, ella era una mujer de bien.

La sumisión a la pareja era interiorizada por esas mujeres; es más, llegaban a considerar su sumisión a él como algo natural. Así que, en esas condiciones, ellas –incluso hoy en día– consienten el primer y segundo maltrato en espera de que se trate de hechos circunstanciales. Eso sin olvidar el permanente temor que padecen las mujeres ceñidas al orden social machista a perder su cualidad de mujer auténtica si él las abandona.

Son mujeres que para autoestimarse dependen de la aprobación de él, en todo. En fin, que ese esperpento de relación a golpetazos emocionales y físicos acaba por fosilizarse. Ella vive prisionera del terror que él le produce. Inmersa en la amenaza a ser tachada por su entorno, y por sí misma, como mujer imprudente y poco virtuosa.

A veces, incluso mujeres con autonomía económica, por ejemplo, también persisten en una relación de pareja con un hombre que las maltrata. Son mujeres a quienes les sucede lo mismo que a aquellas que son dependientes económicamente. Viven prisioneras de la educación recibida en su medio machista. En última instancia ellas mismas juzgan que una mujer es completa cuando la pareja hombre (con su mera presencia) lo acredita⁹.

⁹ Fernández-Martorell, M. (2012). *Ideas que matan*, Alfabia, p. 141.

Entre los indicadores más comunes para entender que se comienza a producir violencia de género, se puede indicar, entre otros muchos, ejercer control de manera continuada, es decir, con quién se está, se habla, cómo se viste, en que gasta el dinero, etc.; los celos continuos; tratar de aislar a la mujer de su entorno familiar y de amistades más cercano; responsabilizarla constantemente de que los problemas de su relación se deben a su forma de actuar y, así, lograr que se culpabilice; un constante abuso de poder sobre qué hacer cómo pareja, con quien relacionarse, no tener en cuenta aquello que le gusta, etc.; y comentarios que se vuelven despectivos hacia las mujeres de manera general.

Esta explicación del ciclo de la violencia es ampliamente extendida para explicar los porqués de que muchas mujeres tarden en denunciar o no se atrevan a hacerlo. De todas maneras, los datos que se utilizan para medir la violencia de género no parecen indicarnos la realidad en su totalidad. Por ejemplo, en el año 2020, 45 mujeres fueron asesinadas según los datos de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. En cambio, *feminicidio.net* indica que han sido 83 porque tiene también en cuenta el caso de mujeres en situación de prostitución, suegras, cuñadas o con otro vínculo familiar, etc.

2.2. Violencia de género en adolescentes: alcance del fenómeno

La desigualdad social tiene distintas máscaras, se encuentra oculta o se ejerce mediante la violencia simbólica que, sin embargo, parece ser en los tiempos que corren mucho más efectiva que la explícita. En muchos lugares han quedado extintas, o en proceso de extinción, viejas formas de desigualdad o, al menos, se tiende a atenuarlas de tal manera que nos sorprenderíamos mucho de manifestaciones que en otros momentos eran el común denominador. Sin embargo, la construcción desigual de las relaciones de género parece persistir, adoptando nuevos matices y generando desigualdades perpetuas. En nuestra sociedad podemos escuchar constantemente que la violencia que se ejerce contra las mujeres, y que incluso causan la muerte de un número muy alto en España y en el resto del mundo, es una lacra. En nuestra opinión, más que una secuela, se trata de la impunidad con la que se ha tratado el tema durante un buen número de años y únicamente hasta hace bien poco se ha tratado de tomar conciencia de la situación. Se ha legislado, se han generado programas específicos e, incluso, se han llevado a cabo acciones que eran impensables en décadas pretéritas.

A pesar de los esfuerzos realizados, asistimos hoy en día a indicadores que no parecen mostrar que en el futuro estaremos mucho mejor. La violencia de género entre adolescentes ha aumentado o, al menos, están emergiendo cada vez más sus denuncias en los últimos años. Tanto los chicos como las chicas parecen ejercerla, en cambio las chicas parecen tolerarla más, ver como normales ciertas conductas y el comportamiento agresivo se manifiesta más en los chicos. De hecho, el número de chicas menores de dieciocho años con orden de protección por violencia de

género a manos de sus parejas o sus exparejas va en aumento, tal y como puede observarse en la siguiente tabla.

Tabla 1. Víctimas (con orden de protección o medidas cautelares) según edad y tipo de relación con el denunciado.

Año	Novia	Ex novia
2015	191	306
2016	178	263
2017	194	298
2018	213	312
2019	224	348
2020	158	240

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INE

Lógicamente, en el año 2020 existe una bajada debido a que se trata del año de la pandemia por COVID-19 y el confinamiento de la población en España seguramente está detrás de esta explicación.

Una rápida consulta por cualquier buscador sobre la denominada violencia de género entre adolescentes nos acerca a noticias nada halagüeñas. Podemos encontrar rápidamente informaciones que inciden en el exceso de control, por ejemplo, a través de las nuevas tecnologías, el riesgo de convertirse en un maltratador en un futuro cercano, el aumento de los casos en los menores, etc. Como vemos en la tabla que presentamos a continuación, resultado del estudio *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España* (2021) en todo el territorio estatal, las situaciones entre adolescentes podemos considerarlas de muy altas porque, en muchos casos, todavía se están iniciando en relaciones de pareja.

Tabla 2.
Frecuencia de situaciones de maltrato en la pareja
que las chicas reconocen haber sufrido¹⁰

Situaciones	Nunca	A veces	A menudo	Muchas veces
Me ha insultado o ridiculizado	82,6%	13,7%	1,8%	1,8%
Me ha dicho que no valía nada	91,3%	5,9%	1,4%	1,4%
Me ha aislado de las amistades	84,3%	10,3%	2,6%	2,8%
Me ha intentado controlar, decidiendo hasta el más mínimo detalle	82,9%	10,3%	3,4%	3,3%
Me ha hecho sentir miedo	90,4%	6,0%	1,8%	1,8%
Me ha pegado	96,4%	2,6%	0,4%	0,5%
Me ha amenazado con agredirme para obligarme a hacer cosas que no quería	96,7%	2,1%	0,6%	0,6%
Me ha intimidado con frases, insultos o conductas de carácter sexual	91,5%	5,8%	1,7%	1,0%
Me ha presionado para actividades de tipo sexual en las que no quería participar	88,9%	8,1%	1,7%	1,3%
Me ha culpado de provocar la violencia en alguna de las situaciones anteriores	94,8%	3,1%	1,0%	1,1%
Me ha tratado de controlar a través del móvil	85,1%	9,6%	2,6%	2,7%
Ha usado mis contraseñas para controlarme	93,4%	3,8%	1,3%	1,5%
Ha usado mis contraseñas para suplantar mi Identidad	97,5%	1,6%	0,4%	0,5%
Me ha enviado mensajes a través de internet y/o móvil para insultarme, amenazarme, ofenderme o asustarme	93,7%	4,0%	1,3%	1,1%
Ha difundido mensajes, insultos o imágenes mías por internet o por teléfono móvil sin mi permiso.	96,1%	2,7%	0,7%	0,5%
Ha presumido de realizar alguna de las conductas anteriores ante amigos u otras personas.	92,0%	5,1%	1,5%	1,3%

¹⁰ Díaz-Aguado, M^a. J., Martínez, R., Martín, J. y Falcón, L. (2021). *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España*, Ministerio de Igualdad, Madrid, p. 34.

Esta tabla se une a otros resultados que se sitúan en el campo de lo realmente preocupante:

Los resultados obtenidos en 2020 reflejan que las situaciones de violencia de género en el ámbito de la pareja que un mayor porcentaje de chicas adolescentes reconocen haber vivido, alguna vez o con más frecuencia, son las de abuso emocional (“insultar o ridiculizar”, por el 17,3%), control abusivo general (“decidir por mí hasta el más mínimo detalle”, por el 17,1%) y controlar a través del móvil (por el 14,9%). El 11,1% reconoce que se “ha sentido presionada para situaciones de tipo sexual en las que no quería participar”, el 9,6% que le han hecho “sentir miedo”, el 8,7% que le han dicho que “no valía nada” y el 8% que el chico que la maltrató “presumía de dichas conductas”. Al preguntar por la relación con el chico que ejerció la violencia vivida, solo el 16,9% de las adolescentes responde que sea el chico con el que salen actualmente. El resto reconoce que es el chico con el que salía, quería salir o quería salir con ella¹¹.

Se deben buscar, entonces, algún tipo de respuestas, puesto que los mensajes que nos llegan es que estamos cada vez más ante una sociedad más madura, que nuestros adolescentes son más exigentes ante la equidad de género, que la sociedad está tendiendo de una manera imparable hacia la asunción de responsabilidades y compromisos por parte del hombre y la mujer y que el cambio en las familias parece vislumbrar hacia relaciones más igualitarias en su seno.

Entre las múltiples explicaciones, podemos introducir aquellas que se asocian a factores de riesgo que se encuentran en los principales agentes socializadores, como la familia, la escuela, los medios de comunicación y redes sociales a través de internet, y los grupos de pares.

La familia, como primer agente enculturador o transmisor de cultura¹² (Spindler, 1993), nos acerca a la entrada en los múltiples mundos sociales, a las normas, a aquello que está bien y mal y nos adapta al contexto/s específico en toda su diversidad. La escuela, en tanto en cuanto acerca al discente a ideales que reproduce los valores socialmente asumidos, promueve y perpetúa roles o, de la misma manera, se enfrenta, reinterpreta y reconduce los desajustes asumidos como normalidad en un juego que dista mucho de ser neutral. De hecho, trata de reproducir, por exceso, valores universales que, sin embargo, reproduce también las desigualdades contextuales y en muchas ocasiones obviadas¹³. Entonces, introducimos aquí

¹¹ Díaz-Aguado, M^a. J., Martínez, R., Martín, J. y Falcón, L. (2021). *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España*, Ministerio de Igualdad, Madrid, p. 273.

¹² Se puede profundizar sobre este concepto en Spindler, G. D. (1993). La transmisión de la cultura, *Lecturas de antropología para educadores* (eds. Velasco, García Castaño y Díaz de Rada), Trotta, Madrid, pp. 205 y ss.

¹³ Por ejemplo, para el caso del medio rural gallego véase: Prado, S. (2007). *Novas minorías nas institucións educativas*, Sotelo Blanco, Santiago de Compostela; en el medio rural francés Reed-Danahay, D. (1996), *Education and Identity in Rural France*, Cambridge University Press, Cambridge; en alumnado de familias de clases trabajadora Willis, P. (1988). *Aprendiendo a trabajar*. Akal, Madrid; y en un grupo étnico en Canadá Wolcott, H.F. (1993). El maestro como enemigo, *Lecturas de antropología para educadores* (eds. Velasco, García Castaño y Díaz de Rada), Madrid, pp. 242 y ss.

las siguientes palabras reflexivas, enunciadas hace ya más de cuatro décadas y que siguen de plena actualidad para entender las instituciones educativas:

Sin embargo, y aunque la sociedad constituye un mosaico de grupos, de clases, de intereses, de culturas, en lo fundamental todo esto se estrellaría en el muro de la escuela, como en el muro de la Iglesia. Habría desde luego distintas facilidades de acceso, tanto en una como en la otra, pero una vez franqueadas las puertas, y salvo corruptelas, aquéllas harían pasar por su aro, único y específico, a todos sin distinción ninguna. Dentro del sistema de enseñanza, como dentro de la Iglesia, no habría ya diversidad de grupos, de intereses, de culturas, sino que aquéllas serían un corrosivo de todos éstos, ya que se regirían por principios universalistas, en suma, por una lógica propia y distinta. No se piensa que esa lógica y ese sistema de reglas de juego específico (el cultural, el religioso) bien pueden ser una traducción, más o menos opaca, del sistema de reglas de juego dominante en esa sociedad concreta. Lejos de eso, se piensa que éstas y otras instituciones son instancias colocadas más allá, por encima de estos grupos, intereses, culturas. Por ejemplo, el Estado sería el representante, no de la voluntad o del interés de éstos o aquéllos, sino de la voluntad y el interés general. Paralelamente, el sistema de enseñanza sería el depositario y administrador de la cultura, no de éstos o aquellos grupos, sino de la cultura universal¹⁴.

Los medios de comunicación¹⁵ y su papel en la formación de la opinión pública, que podemos repensar a través de aquellos contenidos pensados para los primeros años, puesto que se asocian al consumo pasivo. Mensajes continuos de agresividad, prototipos de belleza que se vuelven inalcanzables e imágenes sutiles sobre lo que se espera de uno y otro sexo y que alcanzan rápidamente al público infantil. O cómo las tecnologías de la información y la comunicación influyen en la vida y formación de los adolescentes, en la construcción de su identidad y el reto que supone para las familias¹⁶.

Y los grupos de pares, que en la célebre obra *Aprendiendo a trabajar*¹⁷ quedó perfectamente ejemplificado cómo se relacionan los adolescentes y el impacto, lógicamente, que tiene el contexto social.

Unidos a estos cuatro elementos socializadores, se encuentran muchos mitos comúnmente asumidos sobre la violencia de género. Mitos que se centran en el campo de lo excepcional, de algo que ocurre de vez en cuando y no se visualiza el fenómeno como algo universal; aquellos mitos que refieren a las características específicas de un hombre y que, así, lo eximen de la generalidad; los que refieren a que suceden en otros lugares culturales o que dicha violencia la perpetúan personas que proceden de países subdesarrollados o en familias en situación de exclusión social; que los maltratadores son personas que han sido maltratadas, que son

¹⁴ Lereña, C. (1976). *Escuela, ideología y clases sociales en España*. Ariel, Barcelona, p. 47.

¹⁵ Rubio, J. M^a. (2009). Opinión pública y medios de comunicación. Teoría de la agenda setting, *Gazeta de Antropología*, vol. 25, núm. 1.

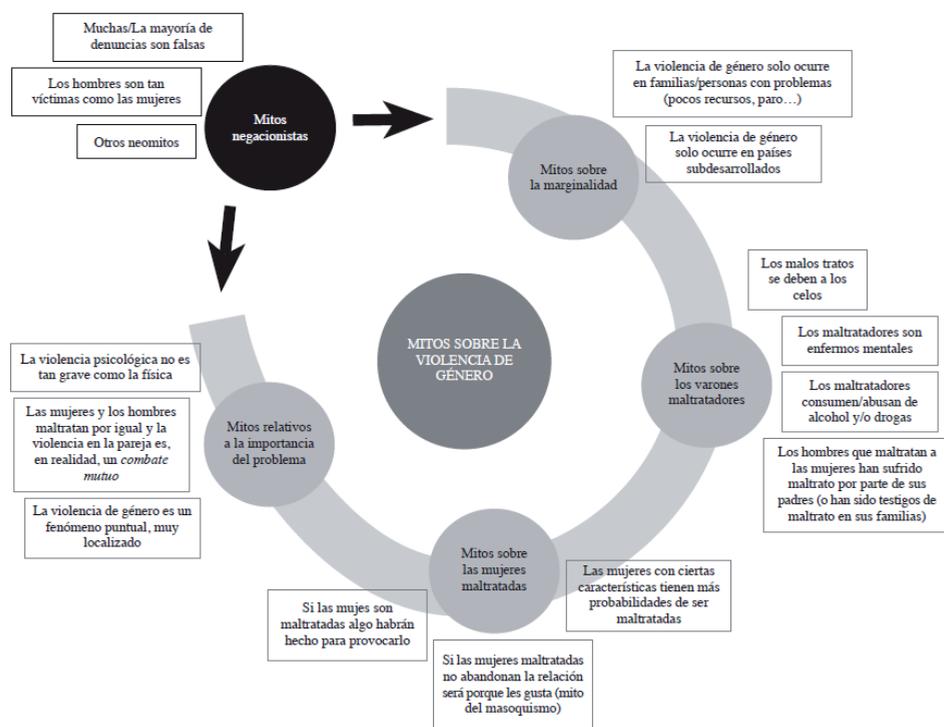
¹⁶ Véase Ruiz-Corbella, M. y De-Juanas Oliva, A. (2013). Redes sociales, identidad y adolescencia: nuevos retos educativos para la familia, *Estudios sobre Educación*, núm. 25, pp. 95 y ss.

¹⁷ Willis, P. (1988), *Aprendiendo a trabajar*. Akal, Madrid.

enfermos mentales o consumen drogas; que la violencia de género se debe a los celos; que hay mujeres con características propicias para ser maltratadas; si las mujeres que sufren violencia no abandonan a su maltratador será porque les gusta; que las mujeres algo habrán hecho para ser agredidas; los que apuntan a que la violencia psicológica no tiene la misma gravedad que la física; y que tanto hombres como mujeres son violentos y, por lo tanto, se ubica en una lucha entre los dos¹⁸.

Recogemos aquí la imagen de los mitos sobre la violencia de género y que sirve para entender como unos mitos y otros se acaban retroalimentando y potenciando unos y otros para regresar, finalmente, a épocas pretéritas en las que se negaba la violencia.

Figura 1. Los mitos sobre la violencia de género¹⁹



Además de los mitos expuestos sobre la violencia en general, existen los denominados del amor romántico²⁰. Se trata de creencias imposibles, absurdas y

¹⁸ Se puede profundizar en Bosch-Fiol, E. y Ferrer-Pérez, V. A. (2012), Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI, *Psicothema*, vol. 24, núm 4, pp. 548 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, p. 552.

²⁰ Véase Yela, C. (2000). *El amor desde la psicología social. Ni tan libres ni tan racionales*, Pirámide, Madrid.

falsas, pero que, lógicamente, generan una gran influencia en las personas por su carga emotiva y suelen, incluso, mostrarse como verdades absolutas.

- Mito de la media naranja: caracterizado por la elección de pareja que se encontraba predestinada, es decir, la mejor de las elecciones. Un mito que considera a la pareja la persona ideal y, por lo tanto, se generan unas ilusiones que llevan al esfuerzo continuo y constante porque todo vaya correctamente según su imaginario, que a la pareja se le consienten cosas que a otras personas no se le llegarían ni a plantear.
- Mito del emparejamiento o de la pareja: se basa en la creencia de la universalidad de ésta y que se relaciona directamente con el mito de la exclusividad, es decir, la imposibilidad de amar a más de una persona.
- Mito de la fidelidad: supone que todos los deseos han de satisfacerse con una única persona.
- Mito de los celos: sentirlos es cerciorarse de que existe el amor genuino.
- Mito de equivalencia: admite que el amor y el enamoramiento son la misma realidad.
- Mito de omnipotencia: se resume en que el amor es capaz de mover montañas, que todos los problemas de pareja se resolverán porque el amor está por encima de todos ellos.
- Mito del libre albedrío: el sentimiento de amor es única y exclusivamente personal y no se encuentra sometido a factores de otro tipo.
- Mito del matrimonio: el amor romántico o pasional conduce a la estabilidad de la pareja y la base de su convivencia.
- Mito de la pasión eterna: el amor pasional perdura a lo largo de los años.

Interiorizar muchas de estas creencias como lo genuino del amor genera múltiples riesgos, principalmente cuando se piensa que a la pareja agresora se la puede cambiar, es decir, las dificultades para salir de una relación violenta porque el amor está por encima de los problemas²¹.

Parece existir cierta unanimidad entre los investigadores que se centran en esta área de estudio que la violencia de género entre adolescentes comienza a ser una temática de investigación en los años ochenta, principalmente a raíz de la investigación sobre la prevalencia de la violencia en el noviazgo (*dating violence*)²². Así, múltiples estudios han llamado la atención sobre este fenómeno y su importancia, y han expuesto incluso que la violencia en el noviazgo es mayor que

²¹ Ampliamente desarrollado en Ferrer, V. y Bosch, E. (2013). Del amor romántico a la violencia de género. Para una coeducación emocional en la agenda educativa, *Revista de Currículum y Formación del Profesorado*, vol. 17, núm. 1, pp. 106 y ss, y en Bosch, E., Ferrer, V., Ferreiro, V. y Navarro, C. (2013). *La violencia contra las mujeres. El amor como coartada*, Anthropos, Barcelona.

²² Véase Makepeace, J.M. (1981). Courtship violence among college students, *Family Relations*, núm. 30, pp. 97 y ss.

en parejas casadas²³. También se ha resaltado que la ausencia de convivencia no garantiza la no-violencia, puesto que buena parte de los maltratos se desencadenan antes de la convivencia en pareja²⁴; la cuarta parte de estudiantes femeninas fue víctima de algún tipo de agresiones por parte del novio²⁵; y que afecta a casi la mitad de mujeres adolescentes²⁶. Hace ya cerca de 10 años, con una muestra de 2.205 mujeres con una edad media de 19 años, se expuso que existía una alta tolerancia ante la violencia en el noviazgo adolescente²⁷, algo que sigue manteniéndose, puesto que muchas formas de violencia siguen sin visualizarse por parte de quién la ejerce y quien la sufre²⁸.

Ante estos datos, es preciso detenernos en el hecho de que las agresiones no emergen de forma espontánea durante la convivencia en pareja y los tipos más comunes suelen asociarse a tres categorías principales: violencia física, psicológica y sexual. Estos tipos de violencia se encuentran interrelacionados y puede destacarse que las agresiones psicológicas, en concreto las agresiones verbales, suelen predecir las agresiones físicas²⁹. En este sentido, podemos destacar también la existencia de violencia simbólica que perpetúa los roles tradicionales de género y que tiene su manifestación en el concepto de micromachismos, que se define:

[...] como aquellas formas y modos larvados y negados de abuso e imposición en la vida cotidiana; son hábiles artes de dominio, comportamientos sutiles, reiterados que los hombres ejecutan permanentemente y que resultan casi invisibles y ocultos para las mujeres que lo padecen³⁰.

²³ Véase Jackson, S.M., Cram, F. y Seymour, F.W. (2000). Violence and sexual coercion in high school students' dating relationships, *Journal of Family Violence*, núm. 15, pp. 23 y ss; y Kury, H., Oberfell-Fuchs, J. y Woessner, G. (2004). The extent of family violence in Europe. A comparison of National Surveys, *Violence Against Women*, vol. 10, núm 7, pp. 749 y ss.

²⁴ Véase Mooney, J. (2000). Revealing the hidden figure of domestic violence, *Home truths about domestic violence* (eds. Hammer e Itzin), New York, pp. 24 y ss.

²⁵ Véase Rivera-Rivera, L., Allen, B., Rodríguez-Ortega, G., Chávez-Ayalar, R. y Lazcano-Ponce, E. (2006). Violencia durante el noviazgo, depresión y conductas de riesgo en estudiantes femeninas (12-24 años), *Salud pública de México*, vol. 48, núm. 2, pp. 288 y ss.

²⁶ Véase Swart, L.A., Garth, M.S. y Ricardo, I. (2002). Violence in adolescents' romantic relationships: findings from a survey amongst school-going youth in a South African community, *Journal of Adolescence*, núm. 25, pp. 385 y ss.

²⁷ Véase Rodríguez, L., Antuña, M^a, López-Cepero, J., Rodríguez, F. J. y Bringas, C. (2012). Tolerance towards dating violence in Spanish adolescents, *Psicothema*, vol. 25, núm. 2, pp. 236 y ss.

²⁸ Puede consultarse, en este sentido, Díaz-Aguado, M^a. J., Martínez, R., Martín, J. y Falcón, L. (2021). *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España*. Ministerio de Igualdad, Madrid; y Rodríguez, E., Calderón, D., Kuric, S., y Sanmartín, A., (2021). *Barómetro Juventud y Género 2021. Identidades, representaciones y experiencias en una realidad social compleja*, Madrid, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud.

²⁹ Véase en su estudio sobre relaciones de noviazgo entre adolescentes: White, J.W., Merrill, L.L. y Koss, M.P. (2001). Prediction of premilitary courtship violence in a Navy recruit sample, *Violence and Victims*, núm. 16, pp. 910 y ss.

³⁰ Concepto acuñado por Bonino y que puede consultarse en Arias, A. y Alonso, B. (2013). *¿Y ellos qué? Opiniones y actitudes de los hombres ante la violencia de género*, Agrupación de Desarrollo Nexos / Subdirección de Postgrado e Investigación de la E.U de Trabajo Social de la Universidad Complutense, Madrid, p. 8.

Por lo tanto, entre los factores comúnmente asumidos y que aumentan las probabilidades de sufrir violencia las adolescentes, ya en la *III Macroencuesta sobre la violencia contra las mujeres*³¹ se indicaba que la baja percepción del riesgo en la adolescencia nubla las posibilidades de identificar la violencia en la pareja, y existen factores de tipo sociodemográfico (por ejemplo, familias desestructuradas), factores individuales (tolerancia a la violencia, abandono temprano de la educación, etc.), factores sociocomunitarios o ambientales (experiencias de victimización, baja protección familiar, etc.) y factores de tipo contextual o relaciones calificadas como románticas (violencia recíproca en la pareja, diferencias de poder entre los distintos miembros de la pareja)³². De todas maneras, dicho factores no pueden entenderse como determinantes ni relaciones de causa-efecto, puesto que como hemos ido indicando, la violencia de género en general, y entre adolescentes en particular, tiene raíces multicausales y con dimensiones varias.

La violencia de género se ubica en todos los ámbitos de la vida de la persona y, lógicamente en los tiempos presentes, la sociabilidad a través de internet entraña maneras diferentes de relacionarse a épocas anteriores. Entonces, la violencia de género como fenómeno universal se introduce también a través de la red. De hecho, las nuevas tecnologías se vuelven autopistas en las que se ejerce la violencia de género porque muchos de los factores protectores de las familias y entornos comunitarios ya no están presentes: Aceptar como amigos o amigas a personas desconocidas en internet, incluso quedar con ellas, el acoso y abuso sexual (online grooming) al colgar fotografías sin autorización o de carácter sexual, el sexting, entre otras. Internet ha cambiado, además, las relaciones de pareja y nos encontramos con el ciberacoso y sus distintas caras. Se ha definido desde la perspectiva de género de la siguiente manera:

El ciberacoso como forma de violencia de género implica, agresión psicológica, sostenida y repetida en el tiempo, contra su pareja o expareja (de una mujer), utilizando para ello las nuevas tecnologías a través de plataformas o sistemas virtuales como el correo electrónico, sistemas de mensajería, WhatsApp, redes sociales, blogs o foros..., siendo su objetivo la dominación, la discriminación, el abuso de la posición de poder y debe suponer una intromisión, sin consentimiento, en la vida privada de la víctima³³.

La humillación a través del uso de contenidos privados o íntimos, el control por medio de Whatsapp, Facebook, Instagram, entre otras redes sociales a través de internet, el mismo control del uso del teléfono móvil o el impedir la comuni-

³¹ Véase Instituto de la Mujer (2006). *III Macroencuesta sobre la violencia contra las mujeres*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, Madrid.

³² Los factores aparecen ampliamente desarrollados en Vézina, J. y Hébert, M. (2007). Risk Factors for Victimization in Romantic Relationships of Young Women A Review of Empirical Studies and Implications for Prevention, *Trauma, Violence y Abuse*, vol. 8, núm. 1, pp. 33 y ss.

³³ Torres, C., Roble, J., & De Marcos, S. (2013). *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 31.

cación en redes, el envío de mensajes falsos, suplantar la identidad, entre otras muchas, son formas de violencia de género que se ejercen sobre la pareja o sobre una pareja anterior. También se debe destacar que la violencia de género online se ejerce sobre otras mujeres, como la cibermisoginia y la ciberviolencia simbólica, que representa a las mujeres como objeto sexual o que sean invisibilizadas las que han sufrido violencia³⁴.

De hecho, las redes sociales a través de internet permiten la hiperconectividad³⁵ y, así, la asimilación de conductas y comportamientos, pero, sobre todo, el mayor número de personas que ejercen violencia y que gozan de mucha impunidad respecto a las violencias en otros espacios³⁶.

3. INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA PARA PREVENIR LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ADOLESCENTES

La intervención socioeducativa juega un papel clave en la prevención y en la detección precoz de la violencia de género entre adolescentes. Para que se lleve a cabo dicha prevención hay que realizar algún tipo de dinamización de la comunidad y, por ende, ahondar en perspectivas de intervención comunitarias, es decir, motivar la participación de los distintos agentes, bien sean estos las escuelas, asociaciones, los niños, los adolescentes, las familias, etc. No se trata de ningún tipo de medida específica, sino que debe encauzarse ante la toma de conciencia de la problemática por parte del entorno, es decir, desde un punto de vista integral.

Esta mirada preventiva se basa en tratar de aminorar los factores de riesgo a los que habíamos hecho alusión, como son las familias, los medios de comunicación y las escuelas. Lógicamente, y en una perspectiva específica, los grupos de iguales que, como bien sabemos, se comienzan a cohesionar en la adolescencia. Al fin y al cabo, la propuesta reflexiva en la que aquí nos adentramos entiende la violencia de género como desencadenante de un proceso que responde a múltiples causas, se juega en distintos contextos y, en definitiva, se construye como un problema de salud pública.

Para desarrollar la dinamización social debe partirse de un estudio minucioso y detallado sobre la construcción del sistema de sexo/género presente en un contexto determinado y sus relaciones con una escala más global. Es decir, no puede sustentarse sobre la construcción de una realidad abstracta y estereotipada. Si bien es cierto que nos encontramos ante un fenómeno que es global, las

³⁴ Véase Estébanez, I., y Vázquez, N. (2013). *La desigualdad de género y el sexismo en las redes sociales*, Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia= Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.

³⁵ Véase Orihuela, J.L. (2011). *Mundo Twitter*, Alienta, Barcelona.

³⁶ Se puede profundizar en Canet, E. y Martínez, L. (2016). La violencia de género a través de las TIC: percepciones y posicionamiento del alumnado de trabajo social de la Universitat de València, *Actas del X Seminario Estatal Isonomia contra la Violencia de Género*, Fundación Isonomia, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, pp. 41 y ss.

respuestas se envuelven bajo las múltiples máscaras que se encuentran, al fin y al cabo, en entornos específicos. Por lo tanto, si no somos capaces de adentrarnos en el campo de las relaciones específicas, dónde se generan éstas, en qué tiempos alcanzan significatividad, cómo se comportan los distintos miembros de una comunidad, cuál es el alcance real y efectivo de las relaciones, qué voces alientan a la continuidad o al cambio, y un largo etcétera, difícilmente estaremos generando una prevención efectiva.

Y en este tipo de propuesta, un elemento muy a tener en cuenta es también la construcción sobre la problemática que se genera desde las distintas perspectivas científicas. En demasiadas ocasiones damos por supuesto que la posición de autoridad que tiene el profesional lleva inherente una mirada basada en la equidad. Una suposición que, en nuestra opinión, no es realmente así y es necesario matizarla. No podemos olvidar que todos estamos presos de un contexto de relaciones más amplias que nos lleva, en múltiples ocasiones, a naturalizar muchos de los fenómenos sociales y las condiciones de desigualdad. En el sentido apuntado, el primer ejercicio que debe realizarse no puede más que pasar por la propia reflexión y deconstrucción personal, es decir, lo conocido como extrañamiento, con el fin de no generar reduccionismos de las distintas problemáticas. Desde este punto de vista, se vuelve relevante construir una mirada de las relaciones de género que pueda partir de lo global para ir acercándose al descubrimiento, como hemos ido planteando, en los entornos específicos.

En definitiva, la violencia en general, y la violencia de género entre adolescentes en particular, es un fenómeno que entraña tanta dificultad que, en muchas ocasiones, nos lleva al campo de la incertidumbre ante los pasos que son necesarios comenzar. Sin embargo, desde la intervención social podemos afirmar, con la debida mesura, que si somos capaces de generar procesos preventivos a nivel comunitario, seguramente el presente se transformará en un aliento que genere un futuro de esperanza.

Los procesos preventivos comunitarios, si bien son arduos y en muchas ocasiones carecen de continuidad, dan paso a proyectos específicos. Desde las instituciones escolares, entendidas ya no como simples instituciones reproductoras de la realidad social, sino como agentes significativos de cambio y mejora social, se vuelve especialmente relevante planificar la acción socioeducativa que deja de lado viejas explicaciones individuales, incluso psicopatológicas, y se adentre en enfoques de tipo multidimensional.

Los modelos ecológicos son los que mejor se acercan a la realidad de un fenómeno tan complejo porque nos permiten distinguir entre la multitud de factores y acercarnos a las distintas dimensiones de la problemática. Por ejemplo, el modelo ecológico³⁷ plantea distintos macrosistemas que adquieren relevancia porque no descontextualiza a la persona. El primer nivel o macrosistema se centra en el

³⁷ Desarrollado por Corsi, J. (2001). *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Paidós, Barcelona.

contexto amplio de la persona, es decir, en el sistema sociocultural y su organización social, formas de vida, y, específicamente en lo que refiere a la violencia de género, en cómo se vive y construyen los roles de género y todos los imaginarios que se asocian con la violencia de género. El segundo nivel, o exosistema, se acerca ya a la comunidad, a sus estructuras y cómo funciona dicho contexto específico, es decir, cómo las distintas instituciones (familia, escuela, entre otras) abordan la violencia de género. Por último, el tercer nivel, o microsistema, ya nos acerca al campo de las relaciones, de las vidas vividas en el interior de las familias, en las distintas redes sociales en las que se participa, en las instituciones estatales por las que se transita, como por ejemplo la obligatoriedad de la institución educativa, y cómo se produce la violencia de género.

Otro enfoque³⁸ indica que las personas se encuentran inmersas en distintos niveles de relaciones sociales, bien sean de tipo familiar, comunitario e individual, en las que se pueden llevar a cabo múltiples relaciones de violencia. De hecho, hace referencia a los distintos niveles y refiere que el primer nivel debe ser el microsistema porque es donde se encuentra la historia personal, los distintos factores de riesgo y la relación con la familia, parejas, amistades, etc. Es decir, cómo se aprenden las relaciones entre los sexos, las jerarquías de género y cómo se acaban incorporando. El segundo nivel, o mesosistema, las personas se acercan a los contextos en los que se desarrollan las personas, como la escuela, el ámbito laboral, la comunidad, etc. Conocer dichos contextos específicos es fundamental para entender cómo pueden aumentar los riesgos de la violencia. El tercer nivel, o macrosistema, se acerca a la estructura social y, sobre todo, a aquellos elementos que pueden dejar impune la violencia. Se entiende, así, la institucionalización o normalización de la violencia o su rechazo. Por último, el cuarto sistema, o cronosistema, hay que entenderlo dentro del momento histórico en el que se lleva a cabo el acto de violencia, es decir, las ideologías.

Si bien podrían exponerse otros enfoques igualmente relevantes, la importancia de estos radican en que permiten entender la violencia de género de manera holística e interconectada, y alejarse así de los reduccionismos que buscan las causas en los distintos recursos del sistema, como los psicólogos en el campo de la mente, los científicos sociales en el campo social, la medicina en los organismos, entre otros.

De todas maneras, no parece apostarse demasiado en España por este tipo de enfoques en la práctica, aunque se encuentren presentes como declaración de intenciones, y vemos que muchas de las acciones se llevan a cabo desde los centros escolares se reducen a este microsistema. De todas maneras, acciones altamente relevantes, significativas y necesarias, que inciden en la prevención y que permiten, en su vertiente socioeducativa, vislumbrar futuros diferentes.

³⁸ Nos referimos al asumido por la Organización Mundial de la Salud en el año 2003 y que ha desarrollado Heise, L. (1993). Violence against women: the hidden health burden. *World health statistics quarterly*, vol. 46, núm. 1, pp. 78 y ss. El mismo autor lo ha ampliado en Heise, L. (1998). An integrated, ecological framework, *Violence Against Women*, vol. 4, núm. 3, pp. 262 y ss.

3.1. Acciones socioeducativas para promover la igualdad de género en adolescentes

A finales de septiembre del año 2021 se presenta el *Barómetro juventud y género 2021*³⁹. Los principales hallazgos se sitúan en que las imágenes tradicionales sobre masculinidad y feminidad siguen manteniéndose entre 2017-2021 y se reducen algunos estereotipos, como la preocupación de la imagen por parte de la mujer y asociar a los hombres con los celos y la posesividad. Respecto a las desigualdades de género, las mujeres siguen indicando e incrementando que estas son muy elevadas, en cambio se ha reducido en los hombres y 1 de cada 10 hombres indican que no existe. Sobre haber presenciado acoso y violencia, se resalta que el número de estos ha aumentado, tanto en hombres como mujeres, pero la percepción de la violencia de género como problema social ha aumentado en el caso de las mujeres (del 72,4% al 74,2%) y se ha reducido en los hombres (del 54,2% al 50,4%).

Se pueden rastrear toda una serie de actuaciones de tipo educativo y de sensibilización para la prevención de la violencia de Género en España⁴⁰, tanto desde diferentes Ministerios como desde las comunidades autónomas. Aunque se indica que no son todas las que existen, el elenco es amplio para poder rastrear y profundizar en ellas. Quizás sería interesante acercarse al alcance y repercusión de dichas acciones desde un punto de vista empírico. De todas maneras, lo interesante de la compilación es que se centra, principalmente, en medidas educativas o socioeducativas diversas, desde introducción de asignaturas en el campo de la educación reglada (por ejemplo, Galicia o Asturias), formación del profesorado (por ejemplo, Aragón o Baleares), desarrollo de competencias en igualdad a través de toda la etapa educativa (por ejemplo, el proyecto Skolae en Navarra), o guías para detectar la violencia de género en el ámbito educativo (por ejemplo, Castilla y León), entre otras. Es decir, y como se recoge en la misma publicación, partidas económicas que redundan en la prevención y que, lógicamente, se espera que reduzcan los costes de la violencia de género en un futuro cercano y, sobre todo, los costes humanos. Como indicábamos en la introducción de este texto y haciéndonos ecos de la campaña comenzada por la ONU en el año 2000, sin financiación los proyectos de prevención e intervención no se pueden poner en marcha o, al menos, con la misma dimensión y amplitud.

Acercarse a analizar algunos programas, proyectos y acciones socioeducativas desde los centros escolares en nuestra realidad más cercana, en este caso la Comunidad Autónoma de Galicia, ha sido el objetivo de recogida de información

³⁹ Rodríguez, E., Calderón, D., Kuric, S. y Sanmartín, A., (2021). *Barómetro Juventud y Género 2021. Identidades, representaciones y experiencias en una realidad social compleja*, Madrid, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud.

⁴⁰ Ampliamente desarrolladas en Instituto de la Juventud-INJUVE (2020). *La violencia de género en los jóvenes. Una visión general de la violencia de género aplicada a los jóvenes en España*, INJUVE, Madrid.

en esta fase inicial de la investigación que está en marcha⁴¹. Específicamente, esta parte de la investigación ha sido realizada por los firmantes de este texto y que se encuadran en el equipo investigador en las ciencias sociales (Trabajo Social, Sociología y Antropología).

En Galicia existen una multitud de centros que están o han implementado programas de prevención y actividades múltiples o han introducido dentro del currículo académico asignaturas como Igualdad de Género y Coeducación para el Siglo XXI. También existen acciones transversales a todo el centro educativo y que se incluye dentro del proyecto de centro, o actividades y proyectos que se realizan curso tras curso, bien dentro de asignaturas concretas o incluyendo de manera transversal a distintos departamentos.

Dentro del proyecto investigador referido, se está realizando una base de datos de estas actividades y en el momento presente se tiene información y documentación de más de treinta centros educativos. Se van a presentar, a modo de ejemplo, dos de estas acciones:

- **Nós tamén navegar!** Proyecto que se desarrolla en el IES Fontexería (Muros, A Coruña). Persona entrevistada: Xosé Cabido Pérez, profesor de filosofía.
- **Actividades de igualdad en el IES Laxeiro (Lalín, Pontevedra)**. Entrevista conjunta a: Gracia Santórum y Sheila Fernández Conde, profesoras, respectivamente, de lengua y literatura gallega y de geografía e historia. En este caso, no se va a presentar una iniciativa concreta, sino algunas de las que se han ido realizado a lo largo de los años.

La realización de la entrevista siguió tres bloques de contenido: contexto y perfil de la persona entrevistada; proyecto, programa o acción socioeducativa; y propuestas de mejora.

Antes de pasar a relatar las dos iniciativas indicadas, se vuelve relevante exponer las dificultades con las que se encuentran este tipo de iniciativas, tal y como emergió en las entrevistas realizadas, y que permiten contextualizar el quehacer en los centros escolares en materia de igualdad:

- **Formación del profesorado:** la formación del profesorado en materia de igualdad es muy poca o ninguna. Aunque una vez que se aprueba la oposición es obligatorio realizar un curso sobre igualdad, se indica que es insuficiente y muy superficial. De hecho, se expone que no se sabe realmente si se está bien formado y que supone un hándicap porque se desconoce si lo hecho es realmente lo correcto o si se estarán equivocando. Esto lleva a que el profesorado se forme por su cuenta.

⁴¹ Se encuadra dentro del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades bajo el título «Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor» y que tiene como investigadora principal a la Dra. Esther González Pillado de la Universidade de Vigo. Participan investigadoras e investigadores de las ciencias jurídicas y, como es el caso de los autores de este texto, de las ciencias sociales.

- Altruismo: el profesorado realiza estas acciones de manera totalmente personal, por su implicación con el alumnado y el centro educativo y no existe ningún tipo de compensación de horas. De hecho, son horas que se “regalan” y que no constan en ningún lugar.
- Poco apoyo del profesorado: buena parte de estas actividades las realizan y dinamizan un grupo de personas muy reducido y que se encuentran respaldadas por el equipo directivo del centro. De hecho, se afirma que sin ellos se volverían imposible. Relacionado con el altruismo indicado, son actividades que no cuentan con mucho apoyo del profesorado porque se salen de las funciones estrictamente escolares en el centro educativo y supone invertir más horas de las estipuladas. A esto hay que sumarle las dificultades para su continuidad y que las acciones se reducen a un curso escolar. La explicación se debe a que no se sabe si un profesor o profesora sin plaza definitiva va a continuar el próximo curso. En los centros más alejados de las ciudades el número de fluctuación del profesorado que cada curso escolar es nuevo ronda el 40%.
- Dificultad para llevarlas fuera del centro: las actividades difícilmente salen al entorno del centro porque los horarios están tan encorsetados que se vuelve una acción imposible que, además, implicaría muchas horas de organización, de trabajo con otras instituciones y asociaciones y que, redundando sobre esto, la administración correspondiente no tiene en cuenta.
- Dificultad para implicar a las familias: a las familias se les propone formar parte de estos proyectos, incluso en ocasiones se programan talleres y charlas para ellas, pero son muy pocas las personas que participan.
- Estigmatización de las labores de igualdad: dado que muchos de los temas relacionados con la igualdad repercuten directamente en los cimientos y cuestionamiento de la identidad personal, pueden llegar a generar rechazo. De hecho, se acusa, en muchas ocasiones, a las personas dinamizadoras de la igualdad en los centros educativos de que «ahí vienen las feministas (en sentido peyorativo)», «las que siempre están con los mismo», etc.

3.1.1. *Nós tamén navegar!*

En el año 2011 se comienzan a realizar en el IES Fontexería, en el municipio coruñés de Muros, una serie de actividades desde la Comisión de Igualdad de dicho centro, en la que participa profesorado del centro y colabora la psicóloga del Centro de Información a la Mujer (CIM) del mismo municipio. Las actividades consistían en cuestionar los estereotipos de género, pero llegaron a la conclusión de que se volvía realmente necesario acercarse a modelos masculinos alternativos e igualitarios porque habían ido generando un diagnóstico que realmente los ate-

rraba: el impacto de las acciones era muy pequeño porque veían que las adolescentes empoderadas acusaban a los adolescentes y ellos indicaban que no tenían la culpa de lo que ocurría socialmente, es decir, que vivían en conflicto constante. Además, se seguía observando que las prácticas de violencia normalizada seguían existiendo y las acciones emprendidas apenas eran significativas, puesto que silenciar a las chicas mediante interrupciones, burlarse de sus formas de vestir o de sus físicos, ridiculizarlas, entre otras, era lo que ocurría cada día.

Ante el diagnóstico expuesto y llegado a este punto, se decide organizar seminarios separando al alumnado por sexos para abordar los elementos de la construcción de la identidad de género que están dificultando o impidiendo las relaciones igualitarias entre los sexos. El curso elegido en un primer momento es 3º de la ESO y se realizaron los seminarios aprovechando los horarios de tutoría semanal. En el caso de las alumnas se trabajó de manera específica el fortalecimiento de su autonomía y en el caso de los alumnos otros modelos masculinos y los aspectos nocivos y negativos para ellos en el modelo masculino dominante.

La entrevista realizada sobre esta experiencia se realizó a Xosé Cabido Pérez, docente en el centro hasta el año 2019 y quien lideró el proyecto junto a Sonia Fernández. El primero tiene formación específica en feminismo y masculinidades y la segunda en coeducación. Tanto uno como otra se formaron por propia motivación y por su cuenta.

La experiencia se centra, principalmente, en el seminario realizado con los chicos, los temas tratados y su repercusión.

Con una metodología abierta y libre de convencionalismos, se trabajan los seminarios a través de la reflexión sobre las experiencias vividas con la figura del padre y de la madre, y las consecuencias del patriarcado y el machismo en los propios hombres. Se presentan y reflexiona sobre los distintos modelos de ser hombre socialmente, sus estereotipos, y, sobre todo, se pone el foco en la variabilidad, pluralidad y diversidad, así como se presta especial atención a la homofobia. Se destacan aquí los procesos de enculturación y socialización familiar y comunitario, sobre todo lo que se espera de los chicos, los sufrimientos a los que se enfrentan y los vividos. También se pone el foco en la sexualidad, la pornografía y los prejuicios que causan. Por último, se profundiza en la relación con las mujeres, en las amistades femeninas y masculinas, en los afectos sin relación sexual, en el uso del cuerpo por parte de uno y otro sexo y en las sanciones sociales.

La repercusión e impacto en el centro fue tanta, que el discurso relacionado con la igualdad traspasó el espacio y tiempo dedicado a estos seminarios e imbu-yó, también, a otros profesores y profesoras, sobre la mitad de un claustro de 40. Se empezaron a realizar actividades en las distintas asignaturas y la igualdad se comenzó a introducir de manera transversal y una constante. Además, los seminarios se pasaron a realizar también en 1º de bachillerato. Pero lo realmente importante y relevante es que «el trabajo en masculinidades mejoró la vida del centro» (entrevista a Xosé Cabido).

3.1.2. Actividades de igualdad en el IES Laxeiro

Gracia Santórum llega al IES Laxeiro del municipio pontevedrés de Lalín allá por el año 2014 y desea crear un Club de lectura de igualdad porque había sido una experiencia que en el centro anterior en el que había trabajado le había dado muy buenos resultados, pero se encuentra con el problema de que es difícil identificar los libros de igualdad en la biblioteca con todos los que hay. Es así que crea el “Vestíbulo de igualdad” con el apoyo del equipo directivo del centro y crea el proyecto «Igualdade e feminismo na biblioteca» y un club de lectura.

Figura 2. Vestíbulo de igualdad del IES Laxeiro (Lalín)



Fuente: fotografía realizada por Santiago Prado Conde el 25 de junio de 2021

Destaca que su formación ha sido autodidacta en temas de igualdad y que a lo largo de los años se han ido realizando múltiples actividades que redundan en la igualdad en el alumnado y el profesorado. Por ejemplo, en el curso 2014-15 le propone al resto del profesorado de su Departamento, lengua y literatura gallega, la posibilidad de realizar Haikus contra la violencia de género por parte del alumnado. La idea tuvo buena acogida y el departamento de Plástica, además, la apoyó y se implicó para que su alumnado ilustrase los poemas. También solicitó lo mismo al resto del profesorado del centro, pero la idea tuvo una acogida muy reducida, únicamente seis de una plantilla cercana a los ochenta. Pero ahí no quedó la cosa. Si por algo destaca el profesorado implicado es por dar pasos de gigante. Tanto fue así, que la profesora Santórum contactó con distintos poetas gallegos para que colaborasen y se pudiese hacer una publicación, y dos profesoras de

plástica ponían color a los poemas. El libro, como no podía ser de otra manera, vio la luz bajo el título *Libro do mal amor. Haikus contra a violencia de xénero*⁴².

Esta actividad, que movilizó un importante número de insumos se convirtió en el prelude de otras muchas. Cada año van cambiando, excepto el Club de lectura, y se van uniendo profesoras y profesores que van y vienen, en la gran mayoría de los centros que no se ubican en las grandes ciudades.

Gracia Santórum tomó las riendas de la biblioteca y comenzó a dinamizar la igualdad en el centro educativo. Trató, sobre todo, de implicar al profesorado, porque era consciente que no podía ser únicamente una isla, a pesar de que tuviese el máximo apoyo del equipo directivo. Es así como ve en el programa “Donas de si” (Dueñas de sí), que ofrece la Xunta de Galicia a los centros escolares, la posibilidad de llevar la igualdad de manera transversal a los distintos departamentos y asignaturas. Junto a Sheila Fernández Conde, comienzan a desarrollar el proyecto y consiguen involucrar a un número de profesores relevante y se centran en: Mujeres en la historia, Mujeres en la literatura, Mujeres en la música, y Mujeres en la ciencia. El alumnado, en cada asignatura iba trabajando la importancia de las mujeres en las distintas áreas de conocimiento, haciendo una búsqueda de mujeres en dichas áreas y, sobre todo, el centro se encontraba ya imbuido por la idea de igualdad. Junto a este proyecto, se puede destacar también “Mans que coidan” (Manos que cuidan), que pone el acento en los cuidados y que tuvo gran aceptación entre el alumnado, como podemos ver en la siguiente fotografía:

Figura 3. Mural del proyecto “Mans que coidan” (IES Laxeiro, Lalín)



Fuente: fotografía realizada por Santiago Prado Conde el 25 de junio de 2021

⁴² Puede consultarse el libro de manera gratuita en: http://www.edu.xunta.gal/centros/iesblancoamorculleredo/system/files/libro_do_mal_amor_haikus_contra_a_violencia_de_xenero.pdf

Podríamos seguir llenando páginas enteras con todos los proyectos que se desarrollan en este centro educativo, pero quedémonos, sobre todo, con la repercusión que tiene entre el alumnado. Como destacó Gracia Santórum, ya son las mismas alumnas las que plantean propuestas, es decir, no parten únicamente del profesorado. Por ejemplo, para las actividades del 8 de marzo (Día Internacional de la Mujer) le indicaron alumnas de 3º de la ESO que deseaban hacer algo y decidieron que se iban a vestir de sufragistas y que irían por todas las aulas para reivindicar el impacto del derecho al voto de las mujeres. Alumnas y alumnos que tienen iniciativa para, por ellos mismos, dinamizar el centro y la igualdad.

4. CONCLUSIONES: IMPLICACIÓN Y PREVENCIÓN PARA UN FUTURO DE ESPERANZA

En las sociedades occidentales, principalmente a partir de la instauración de la obligatoriedad de la escolarización y de la juventud como objeto de consumo, ésta se ha convertido en un limbo indefinido en el que entran tanto chicos y chicas de corta edad, aunque se le ha llamado adolescentes, como aquellos que ya han dado el paso a otro tipo de responsabilidades, a pesar de que la protección jurídica es diferente para los menores y mayores de edad. Si bien es necesario entender las condiciones sociales en las que se produce y las imágenes culturales que se trasladan⁴³, lo que no parece generar dudas es que cada vez más la juventud es percibida como problema. Pero, independencia tardía, consumo dependiente de sus progenitores, etc., son elementos que invisibilizan y ocultan o, mejor dicho, que no permiten acercarnos a las distintas maneras de vivir la juventud y tampoco nos permiten entender cuáles son los retos y potencialidades que tienen a su alcance o las oportunidades a las que pueden ser capaces de enfrentarse. Cuestionarse cómo se van a generar los tránsitos a la vida adulta de nuestros jóvenes, cómo se gestionan intervenciones, burocracias y normas sociales, cómo se encara su protección social ante la falta de oportunidades o las debilidades de un sistema al que la juventud parece interesarle más por la vitalidad que muestra, el consumo que realiza y los distintos aspectos asociados al ocio, entre otros muchos. Por lo tanto, la conclusión parece clara, si no actuamos a tiempo el futuro desesperanzador de muchos jóvenes se convertirá en problemática social en los adultos del mañana. Si a lo indicado, introducimos también la variable violencia de género en adolescentes, pues el porvenir está clamando a gritos implicación desde múltiples ámbitos.

De hecho, comenzábamos este texto refiriendo a los virus y debemos indicar que contra estos se invierte mucho dinero y se movilizan todo tipo de recursos materiales y humanos porque nos va la vida en ello en el momento presente. Por

⁴³ Sobre las condiciones sociales y las imágenes culturales puede consultarse Feixa, C. (1998). *De jóvenes, bandas y tribus*, Ariel, Barcelona.

lo tanto, y con buen criterio, la ONU ha hecho hincapié en la recaudación de fondos desde el año 2008 para tratar de poner fin a la violencia contra las mujeres. Un toque de atención hacia los gobiernos para que tomen conciencia de la situación y reconozcan, de una vez por todas, que contra las pandemias se movilizan partidas económicas cuantiosas para poder generar medicamentos resistentes, y con las pandemias sociales, aunque tienen difícil curación, deben dedicarse, también, un buen número de recursos porque se pone en tela de juicio los cimientos de la sociedad en el futuro. Prevenir, al fin y al cabo, no es más que provocar que el viejo lema «queremos ser libres, no valientes». redunde en una situación que deje de enseñar a las mujeres a protegerse y se haga explícito en enseñarles a ellos a no generar violencia como forma de proceder socialmente. Para que realmente la situación se pueda aminorar y revertir, los proyectos socioeducativos que redundan en la igualdad y en la prevención de la violencia de género entre adolescentes se vuelven relevantes y significativos.

En este texto nos hemos acercado a la violencia de género de manera general y en adolescentes en particular. Se han presentado dos acciones fruto de la investigación que está en curso y podemos afirmar, siempre con la debida cautela a estas alturas, que el impacto de este tipo de acciones en los centros educativos es muy positivo, puesto que mejora en el ambiente del propio centro al volverse las relaciones entre los sexos más igualitarias. Apostar por este tipo de acciones preventivas debe llevar parejo que las administraciones se impliquen directa y decididamente para que no queden únicamente en el altruismo e implicación personal del profesorado.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias, A. y Alonso, B. (2013). *¿Y ellos qué? Opiniones y actitudes de los hombres ante la violencia de género*, Agrupación de Desarrollo Nexos / Subdirección de Postgrado e Investigación de la E.U de Trabajo Social de la Universidad Complutense, Madrid.
- Bosch-Fiol, E. y Ferrer-Pérez, V. A. (2012). Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI, *Psicothema*, vol. 24, núm 4, pp. 548 y ss.
- Bosch, E., Ferrer, V., Ferreiro, V. y Navarro, C. (2013). *La violencia contra las mujeres. El amor como coartada*, Anthropos, Barcelona.
- Boivin, M., Rosato, A. y Arribas, V. (2004). Capítulo 3. La construcción del otro por la desigualdad, *Constructores de Otredad. Una introducción a la Antropología Social y Cultural*, eds. Boivin, Rosato y Arribas, Buenos Aires, pp. 65 y ss.
- Canet, E. y Martínez, L. (2016). La violencia de género a través de las TIC: percepciones y posicionamiento del alumnado de trabajo social de la Universitat de València, *Actas del X Seminario Estatal Isonomía contra la Violencia de Género*, Fundación Isonomía, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, pp. 41 y ss.
- Corsi, J. (2001). *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Paidós, Barcelona.

- Cortés, F. (2001). La política y la violencia en el pensamiento de Nicolás Maquiavelo, *Estudios Políticos*, núm. 19, pp. 187 y ss.
- Delegación del gobierno contra la violencia de género (s.f.). *Mujeres víctimas mortales por violencia de género en España a manos de sus parejas o exparejas*. Recuperado el 23 de junio de 2021 de https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEncifras/victimasMortales/fichaMujeres/pdf/VMortales_04_01_2021.pdf
- Díaz-Aguado, M^a. J., Martínez, R., Martín, J. y Falcón, L. (2021). *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España*, Ministerio de Igualdad, Madrid.
- Estébanez, I., y Vázquez, N. (2013). *La desigualdad de género y el sexismo en las redes sociales*, Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia= Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- Feixa, C. (1998). *De jóvenes, bandas y tribus*, Ariel, Barcelona.
- Fernández-Martorell, M. (2012). *Ideas que matan*, Alfabia.
- Fernández-Martorell, M. (2009). ¿No queríais saber por qué las matan? Por nada [Archivo de vídeo]. (<https://vimeo.com/113209124>).
- Ferrer, V. y Bosch, E. (2013). Del amor romántico a la violencia de género. Para una coeducación emocional en la agenda educativa, *Revista de Currículum y Formación del Profesorado*, vol. 17, núm. 1, pp. 106 y ss.
- Feijoo, A. (2011). A igualdade como principio reitor na educación, *Eduga*, 62. <http://www.edu.xunta.gal/eduga/21/experiencias/igualdade-como-principio-reitor-na-educacion>
- Feminicidio.net (s.f.). *Listado de feminicidios y otros asesinatos de mujeres cometidos por hombres en España en 2020*. Recuperado el 23 de junio de 2021 de <https://feminicidio.net/feminicidios-y-otros-asesinatos-de-mujeres-cometidos-en-2020/>.
- Gledhill, J. (2000). *El poder y sus disfraces. Perspectivas antropológicas de la política*, Editorial Bellaterra, Barcelona.
- Heise, L. (1993). Violence against women: the hidden health burden. *World health statistics quarterly*, vol. 46, núm. 1, pp. 78 y ss. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/48688/WHSQ_1993_46_No.1_p78-85_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Heise, L. (1998). An integrated, ecological framework, *Violence Against Women*, vol. 4, núm. 3, pp. 262 y ss.
- INE (s.f.). *Víctimas (con orden de protección o medidas cautelares) según edad y tipo de relación con el denunciado*. Recuperado el 20 de septiembre de <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=28227>
- INE (2021). *Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG)*. https://www.ine.es/prensa/evdvg_2020.pdf
- Jackson, S.M., Cram, F. y Seymour, F.W. (2000). Violence and sexual coercion in high school students' dating relationships, *Journal of Family Violence*, núm. 15, pp. 23 y ss.
- Instituto de la mujer (2006). *III Macroencuesta sobre la violencia contra las mujeres*. Ministerio de trabajo y asuntos sociales, Madrid.
- Instituto de la juventud-INJUVE (2020). *La violencia de género en los jóvenes. Una visión general de la violencia de género aplicada a los jóvenes en España*, INJUVE, Madrid. <http://www.injuve.es/observatorio/familia-pareja-e-igualdad-de-genero/la-violencia-de-genero-en-los-jovenes>

- Kury, H., Obergfell-Fuchs, J. y Woessner, G. (2004). The extent of family violence in Europe. A comparison of National Surveys, *Violence Against Women*, vol. 10, núm 7, pp. 749 y ss.
- Lerena, C. (1976). *Escuela, ideología y clases sociales en España*. Ariel, Barcelona.
- Makepeace, J.M. (1981). Courtship violence among college students, *Family Relations*, núm. 30, pp. 97 y ss.
- Maquiavelo, N. (2010). *El príncipe*, Ediciones Akal, Madrid.
- Mooney, J. (2000). Revealing the hidden figure of domestic violence, *Home truths about domestic violence* (eds. Hammer e Itzin), Routledge, New York, pp. 24 y ss.
- ONU (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>
- ONU (s.f.). *Hechos y cifras: Acabar con la violencia contra mujeres y niñas*. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>
- Orihuela, J.L. (2011). *Mundo Twitter*, Alienta, Barcelona.
- Reed-Danahay, D. (1996). *Education and Identity in Rural France*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Prado, S. (2007). *Novas minorías nas institucións educativas*, Sotelo Blanco, Santiago de Compostela.
- Rivera-Rivera, L., Allen, B., Rodríguez-Ortega, G., Chávez-Ayala, R. y Lazcano-Ponce, E. (2006). Violencia durante el noviazgo, depresión y conductas de riesgo en estudiantes femeninas (12-24 años), *Salud pública de México*, vol. 48, núm. 2, pp. 288 y ss.
- Rodríguez, L., Antuña, M^a., López-Cepero, J., Rodríguez, F. J. y Bringas, C. (2012). Tolerance towards dating violence in Spanish adolescents, *Psicothema*, vol. 25, núm. 2, pp. 236 y ss.
- Rodríguez, E., Calderón, D., Kuric, S. y Sanmartín, A., (2021). *Barómetro Juventud y Género 2021. Identidades, representaciones y experiencias en una realidad social compleja*, Madrid, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud.
- Rubio, J.M^a. (2009). Opinión pública y medios de comunicación. Teoría de la agenda setting, *Gazeta de Antropología*, vol. 25, núm. 1 (<http://hdl.handle.net/10481/6843>).
- Ruiz-Corbella, M. y De-Juanas Oliva, A. (2013). Redes sociales, identidad y adolescencia: nuevos retos educativos para la familia, *Estudios sobre Educación*, núm. 25, pp. 95 y ss.
- Spindler, G. D. (1993). La transmisión de la cultura, en *Lecturas de antropología para educadores* (eds. Velasco, García Castaño y Díaz de Rada), Trotta, Madrid, pp. 205 y ss.
- Swart, L.A., Garth, M.S. y Ricardo, I. (2002). Violence in adolescents' romantic relationships: findings from a survey amongst school-going youth in a South African community, *Journal of Adolescence*, núm. 25, pp. 385 y ss.
- Torres, C., Roble, J., y De Marco, S. (2013). *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid.

- Vézina, J. y Hébert, M. (2007). Risk Factors for Victimization in Romantic Relationships of Young Women A Review of Empirical Studies and Implications for Prevention, *Trauma, Violence y Abuse*, vol. 8, núm. 1, pp. 33 y ss.
- Walker, L. (1979). *Battered woman*, Harper & Row, New York.
- White, J.W., Merrill, L.L. y Koss, M.P. (2001). Prediction of premilitary courtship violence in a Navy recruit sample, *Violence and Victims*, núm. 16, pp. 910 y ss.
- Willis, P. (1988). *Aprendiendo a trabajar*, Akal, Madrid.
- Wolcott, H. F. (1993). El maestro como enemigo, *Lecturas de antropología para educadores* (eds. Velasco, García Castaño y Díaz de Rada), Madrid, pp. 242 y ss.
- XUNTA DE GALICIA (s.f.). *Boas prácticas nos centros de ensino*. Recuperado el 20 de abril de 2021 de <https://www.edu.xunta.gal/portal/node/23922>
- Yela, C. (2000). *El amor desde la psicología social. Ni tan libres ni tan racionales*, Pirámide, Madrid.

GRACIAS POR CONFIAR EN NUESTRAS PUBLICACIONES

Al comprar este libro le damos la posibilidad de consultar gratuitamente la versión ebook.

Cómo acceder al ebook:

- ☞ **Acceda a nuestra página web**, sección Acceso ebook
(www.dykinson.com/acceso_ebook)
- ☞ **Rellene el formulario** que encontrará facilitando, el código de acceso que le facilitamos a continuación así como los datos con los que quiere acceder al libro en el futuro (correo electrónico y contraseña de acceso).
- ☞ Si ya es **cliente registrado**, deberá acceder con su **correo electrónico y contraseña habitual**.
- ☞ Una vez registrado, **acceda a la sección Mis e-books de su cuenta de cliente**, donde encontrará la versión electrónica de esta obra ya desbloqueada para su uso.
- ☞ Para acceder al libro en el futuro, ya sólo es necesario que se identifique en nuestra web con su correo electrónico y su contraseña, y que se dirija a la sección Mis ebooks de su cuenta de cliente.



CÓDIGO DE ACCESO

Rasque para ver el código

Nota importante: Sólo está permitido el uso individual y privado de este código de acceso. Está prohibida la puesta a disposición de esta obra a una comunidad de usuarios.

**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales