

La protección frente a los efectos de la victimización secundaria en el proceso penal con menores víctimas de abuso sexual: un análisis mediante revisión de sentencias

María Luz Pérez Cara, Judit Bembibre Serrano, Inmaculada Ramos Tapia
Universidad de Granada

Pérez Cara, M. L., Bembibre Serrano, J. y Ramos Tapia, I. (2019). La protección frente a los efectos de la victimización secundaria en el proceso penal con menores víctimas de abuso sexual: un análisis mediante revisión de sentencias. *Revista Electrónica de Criminología*, 2(5), 1-12. <https://doi.org/10.30827/rec.2.33279>

RESUMEN: En el presente trabajo se pretende exponer una visión general del papel que desempeña el menor como presunta víctima de abusos sexuales cuando se ve inmerso dentro del proceso judicial. Se analizan entonces cuestiones como el grado en que de hecho se le protege frente a los daños que pudiera ocasionarle dicha participación y hasta qué punto se vela por el principio básico del interés superior del niño. El método elegido para tal fin ha sido la selección y análisis de las sentencias dictadas por las diferentes Audiencias Provinciales de nuestro país durante el año 2015 relacionadas con este tipo de delitos. Los resultados muestran que, si bien el testimonio del menor se convierte en la base sobre la que descansa la resolución judicial, no recae la misma atención sobre su persona cuando se trata de ampararle frente a una posible victimización secundaria que pudiera iniciarse en el momento mismo en el que se descubren los abusos.

PALABRAS CLAVE: abuso sexual infantil, victimización secundaria, declaración del menor, protección del menor

PROTECTION AGAINST THE EFFECTS OF SECONDARY VICTIMIZATION IN PROSECUTION WITH CHILD SEXUAL ABUSE VICTIMS: AN ANALYSIS BY REVIEWING SENTENCES

ABSTRACT: The aim of the present paper is to get an overview about the role of presumed child sexual abuse victims within the judicial process in which they participate. There have been evaluated then issues such as if infant victims are actually protected from painful effects of their participation in court process about sexual abuse crimes and if the superior interest of the child principle is safeguarded. The methodology has been the selection and analysis of the Spanish Provincial Courts sentences along 2015. The results show that, although the judicial resolutions are mainly supported by the children testimony, the minors are not properly keep safe from secondary victimization that could start with their revelation of abuse.

KEYWORDS: child sexual abuse, secondary victimization, children testimony, children protection

FECHA DE RECEPCIÓN EN REC: 01/11/19

FECHA DE PUBLICACIÓN EN REC: 31/12/19

AUTOR/A DE CORRESPONDENCIA: María Luz Pérez Cara: mlpc6@hotmail.es

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.-Objetivos. 3.-Metodología. 4.- Resultados. 5.-Discusión. 6.-Conclusiones

1. Introducción

La *Memoria de la Fiscalía General del Estado* de 2016 recoge que, solo en nuestro país y entre los años 2013-2015, se registraron 2733 ataques contra la indemnidad sexual de menores, de los cuales casi la mitad se referían a delitos de agresión, abuso o acoso sexual (Fiscalía General del Estado, 2106). Similar tendencia se observa en nuestro entorno: según el Consejo de Europa alrededor del 20% de la población infantil europea sufriría alguna de dichas prácticas (Galet-Macedo y Felipe, 2016). Si además tenemos en cuenta, tal y como indica la citada Memoria, que este tipo de delito mantiene una abrumadora cifra negra (la mayoría de los casos no llegan a denunciarse) el problema se convierte, cuanto menos, en alarmante.

En el ámbito penal, la gravedad de esta situación ha llevado a un desplazamiento desde el interés previo centrado en la conducta delictiva hacia una mayor focalización en la figura de la víctima y, en el caso del derecho civil, hacia aspectos de la protección del menor (Díaz Pita, 2010). De este modo, las autoridades gubernamentales mostrarían una creciente preocupación por eliminar los daños o perjuicios que puedan padecer los menores a raíz de su participación en el proceso de investigación y posterior enjuiciamiento del delito, efectos que se conocen como victimización secundaria. Características propias de los procesos penales como son las repetidas comparecencias ante diferentes profesionales, el modo de tomarles testimonio, las dilaciones en el tiempo entre declaraciones, unidas a la falta de comprensión por parte del menor del significado, alcance y complejidad de dicho procedimiento, pueden provocar tal impacto que los lleve a experimentar ciertas secuelas como alteraciones en el sueño o el apetito, síntomas depresivos o ansiedad (De la Rosa Cortina, 2011).

Este interés por la protección del menor víctima de abusos se refleja, tanto a nivel europeo como nacional, en la proliferación de normativas cuya finalidad no es otra que reforzar sus derechos, estableciendo para ello una serie de medidas que permitan prevenir, o al menos minimizar, los daños acumulados a los que hacemos referencia.

A nivel europeo, un punto de inflexión en la relevancia adquirida por los menores que sufren delitos sexuales lo encontramos 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 (posteriormente sustituida por la Directiva 2012/29/UE). En ella se recogió la obligatoriedad de evitar que esta se vea sometida a tensiones innecesarias, tomando medidas que prevengan la victimización secundaria. Con este fin, estableció que los Estados miembro habrían de velar por que se les diera una acogida correcta en un primer momento, así como crear en tales espacios las condiciones adecuadas a su situación (Consejo de la Unión Europea, 2001). Dicha Decisión Marco supuso un primer acercamiento al papel del sujeto pasivo del delito dentro del proceso y ha servido de referencia a dos directivas fundamentales en el ámbito que nos ocupa: la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; y la citada 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 se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Si bien la primera se orienta a un perfil victimológico bastante más concreto, de ambas directivas se extraerían conclusiones similares. Se vuelve a hacer hincapié en la necesidad de proteger a los menores ante un posible trauma adicional causado por la actuación de la propia Administración de Justicia, aportando para ello una serie de recomendaciones. Podemos destacar las de ofrecer a las víctimas un apoyo adecuado y un acceso suficiente a la justicia, reducir al mínimo el número de los interrogatorios y la demora entre los mismos, evaluarlas de forma individualizada, evitar el contacto visual con el acusado o formar adecuadamente a los profesionales que se relacionen con dichas víctimas menores de edad (Parlamento Europeo y del Consejo, 2012).

En cuanto a la legislación estatal, el Informe de la Comisión Europea a raíz de la investigación sobre el grado de cumplimiento de la Decisión Marco 2001/220/JAI puso de manifiesto la ausencia de un texto legal único que recogiese, de forma sistemática, los derechos de la víctima. Porque si bien ya se contaba con un marco normativo garante de tales derechos, se caracterizaba por la concreción del perfil victimológico al que se refería cada una de dichas normas. Así podríamos encontrar la Ley 33/1995 para Víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, o la Ley Orgánica 1/1996 de Protección

jurídica del menor. Por tanto, ante la necesidad de dar respuesta a las exigencias establecidas por las diferentes Directivas Europeas citadas se aprobó la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Aunque se trata de dar cabida a los derechos de todo tipo de víctimas, los menores son reconocidos de especial manera, encuadrándolos dentro del grupo denominado «víctimas potencialmente vulnerables».

Así, a lo largo de su articulado encontramos una serie de medidas referentes al tratamiento de las víctimas menores de edad que ya aparecían en la normativa europea. Se habla, por ejemplo, de la necesidad de dotar a la Administración de protocolos de actuación y de procedimientos de coordinación y colaboración entre dispositivos y profesionales, del fomento de oficinas especializadas, además de propuestas ya citadas anteriormente como la formación técnica de los profesionales que se relacionen con este tipo de víctimas, la reducción al mínimo del número de interrogatorios o la evitación del contacto visual entre víctima y acusado.

Para finalizar, debemos nombrar también las recientes Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015 de 28 de julio, ambas de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Respecto a la primera de ellas, y en referencia al tema que aquí tratamos, destacar el papel primordial que adquiere el interés superior del menor, primando este sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir a la hora de aplicar las medidas que adopten los tribunales concernientes a esta población. De igual manera, se enfatiza el derecho del menor a ser escuchado sin discriminación alguna por edad y con carácter preferente en los procedimientos judiciales. Además, sus comparecencias habrán de llevarse a cabo de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, contando con la asistencia de profesionales cualificados cuando se considere necesario (Galet-Macedo y Felipe, 2016). En cuanto a la Ley 26/2015, es de subrayar la obligación de las administraciones públicas de velar por los grupos de especial vulnerabilidad (en los que se encuadran los menores abusados sexualmente) garantizando el cumplimiento de sus derechos. De la misma manera, las autoridades y servicios públicos adquieren el compromiso de facilitarles la atención precisa, lo cual incluye la debida en el momento de denunciar un caso de abuso sexual o de enfrentarse a un proceso penal.

Por tanto, tras el recorrido por las normativas más recientes, podríamos decir que la figura del menor víctima, en este caso, de un delito de abuso sexual, se encuentra protegida ante una posible victimización secundaria, al menos de una forma teórica. Sin embargo, desde esta investigación nos planteamos hasta qué punto y de qué manera esta red de normas y recomendaciones se ve aplicada en la práctica.

2. Objetivo

El objetivo del presente trabajo es observar el papel del menor que presuntamente ha sufrido abusos sexuales dentro del proceso judicial en nuestro país, poniendo especial atención a las medidas que se llevan a cabo para prevenir su victimización secundaria. En concreto, se pretende analizar qué herramientas se emplean para protegerlo de los posibles daños derivados del procedimiento penal: cuáles son las principales técnicas para la toma de testimonio, qué parámetros siguen los tribunales para valorar la declaración del niño y si se cuenta con algún tipo de protocolo para con los menores a la hora de llevar a cabo dicho procedimiento.

3. Metodología

Para obtener los datos de partida de este estudio se optó por una revisión sistemática de las resoluciones dictadas a lo largo del año 2015 por las diferentes Audiencias Provinciales referentes al delito de abuso sexual infantil. En el marco de una investigación más amplia, la elección de dicho año se fundamenta en la promulgación de la LO 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito junto a las sendas Ley 8/2015 y Ley 26/2015 de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, las cuales supondrán el punto de comparación para observar los posibles cambios en la aplicación de las herramientas que minimizarían el impacto de la posible victimización secundaria. Para ello se hizo uso de la base de datos sobre jurisprudencia que pone a disposición pública el Consejo General del Poder Judicial donde se buscaron sentencias dentro de la jurisdicción penal dictadas desde el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre del mismo año con el texto “abuso sexual infantil” (Tabla 1). Se recogen en esta primera remesa 113 sentencias, de entre las que se seleccionan aquellas que incluyen:

1. Delito de abuso sexual hacia un menor. Este término implicaría tanto el delito de abuso sexual a

menores de trece años (tipificado en el artículo 183.1 del Código Penal, vigente antes de la LO 1/2015 de reforma del mismo) como el delito de abuso por prevalimiento (artículo 181.3) que abarca a menores a partir de 13 años. Se excluyen, por tanto, aquellas que hacen referencia a otros tipos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual del menor como pueden ser la corrupción de menores, la pornografía infantil o el ciberacoso hacia un menor (*grooming*) entre otros.

2. Víctimas menores de edad, tanto durante la comisión del delito como en el inicio de su participación en el proceso judicial. Prescindimos de los casos en los que el abuso se da siendo la víctima menor, pero se denuncia una vez que esta cumple la mayoría de edad.

Reducida la muestra a 82 resoluciones se procede al análisis de su contenido centrado en los siguientes criterios: si se describe o no la existencia de pruebas objetivas en este tipo de delitos, la edad con la que el menor participa en el proceso penal, el índice de uso de herramientas como la prueba preconstituida, las técnicas empleadas para obtener el testimonio del menor y los parámetros de valoración de su declaración por parte del tribunal sentenciador.

Para completar este estudio, se ha llevado a cabo una segunda búsqueda en la misma base de datos y con iguales parámetros que la anterior, pero esta vez dentro del órgano del Tribunal Supremo. En este caso se pretende averiguar el grado en el que el acusado emplea la declaración del menor como motivo de recurso de casación ante la sentencia condenatoria. Se obtuvieron 33 sentencias, de las cuales se seleccionaron aquellas en las que el motivo de casación estaba relacionado con la edad de la víctima y su testimonio, quedando así un total de 18 sentencias, mientras se excluían las demás bien porque el recurso descansa sobre aspectos irrelevantes para nuestra investigación (aplicación indebida de los tipos penales, incumplimiento de las garantías judiciales para el acusado, impugnación de pruebas) o bien por versar sobre tipos de delitos de carácter sexual diferentes al abuso (posesión de pornografía infantil, ciberacoso...).

Tabla 1. Criterios para la búsqueda de sentencias

Filtros de búsqueda	Variables seleccionadas
Jurisdicción	Penal
Tipo de resolución	Sentencia
Órgano	Audiencia Provincial/Tribunal Supremo
Localización	Todas
Fecha	Desde 01/01/2015 hasta 31/12/2015
Palabras clave	Abuso sexual infantil

4. Resultados

4.1. Descripción de la existencia de pruebas objetivas

Del total de la muestra que compone el estudio, en el 20,73% de los casos el tribunal contó con pruebas objetivas que facilitaron el esclarecimiento de los hechos, mientras que en el 79,27% restante no se disponía de otro tipo de prueba más allá de los testimonios de las diferentes partes y testigos del proceso.

En cuanto a los tipos de pruebas objetivas que aparecen encontramos restos biológicos –muestras de ADN– (10,98%), mensajes de texto, fotografías o grabaciones (7,32%), y exploraciones ginecológicas que determinaron la consumación de las relaciones sexuales (2,44%) –Figura 1–.

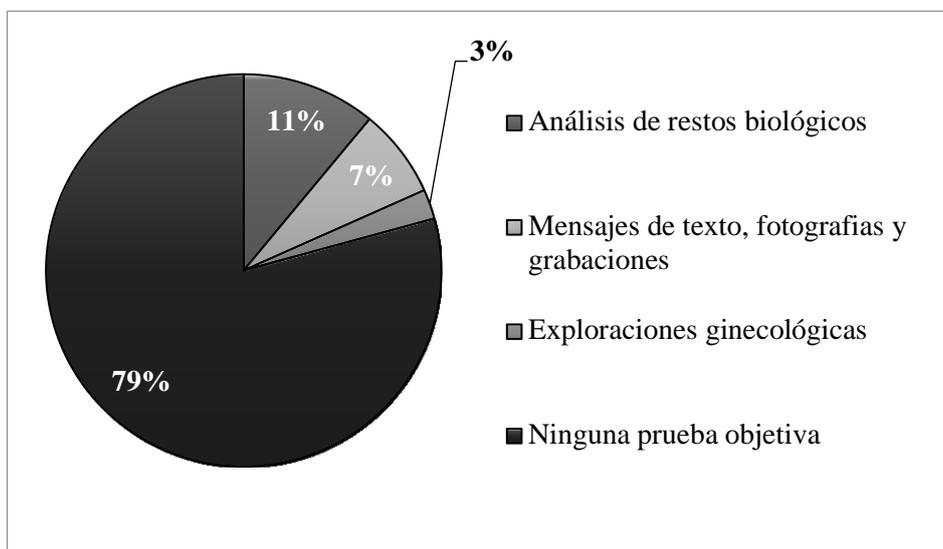


Figura 1. Incidencia de pruebas objetivas

4.2. Límite de edad para participar en el proceso penal

Para esta cuestión se distinguen tres rangos de edad: víctimas menores de ocho años de edad, de entre ocho y catorce años, y víctimas mayores de catorce años. Según el estudio realizado, cuando se trata de niños en la primera franja de edad se opta por la preconstitución de la prueba, de la misma manera que si el menor ya ha alcanzado los catorce años de

edad pasará a prestar declaración en el juicio oral. Es en la franja entre los ocho y catorce años (rango que representa el 60% de la muestra) donde se da cabida a las dos posibilidades. En concreto, en el 72,9% de los casos el menor se personó en la sala de enjuiciamiento y en el 27,1% los profesionales entendieron que era más beneficioso optar por la prueba preconstituida (Figura 2).

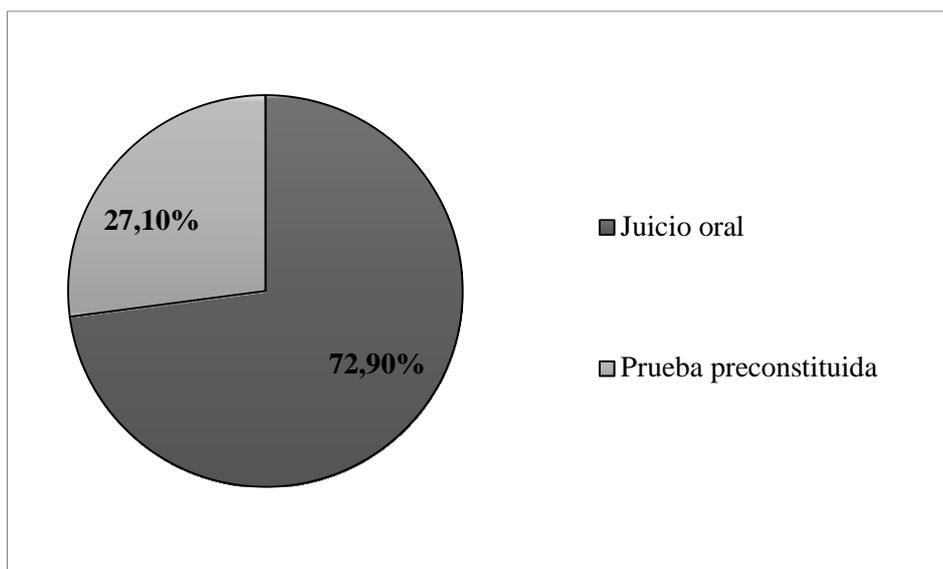


Figura 2. Presentación de las declaraciones de menores entre 8 y 14 años

Por otro lado, en los casos en los que el menor presta declaración en la sala de enjuiciamiento existe la posibilidad de llevar a cabo una serie de medidas que minimicen el riesgo de su victimización secundaria. En concreto, en 2015 se empleó alguna de estas medidas en el 12% de los casos. Si lo traducimos a valores absolutos, significa que, de los 50 casos en los que el menor tuvo que participar en el acto de juicio oral, apenas en 7 se hizo uso de las mismas: en 5 ocasiones se optó por la videoconferencia y en 2 por el uso de mamparas o algún otro elemento que impidiese el contacto visual con el acusado.

4.3. La preconstitución de la prueba

Como adelantábamos en el punto anterior, los casos en los que la declaración es aportada por un niño de menos de ocho años, esta se incluye siempre como prueba preconstituida, apareciendo así en el 16,25% de las sentencias de las Audiencias Provinciales analizadas en la presente muestra del año 2015. Sin embargo, podemos ver que esta opción pierde fuerza cuando se trata de menores de entre 8 y 14 años, siendo más común que se elija la participación del menor en el juicio oral.

Si hablamos en términos generales (sin tener en cuenta la variable edad) encontramos que en el 33,75% de los casos la justicia optó por la prueba anticipada, frente a un 62,50% en los que el menor tuvo que prestar declaración en juicio oral. En el 3,75% restante el testimonio del menor no fue tenido

en cuenta en uno u otro sentido, basándose la sentencia en periciales psicológicas o en la existencia de pruebas objetivas (Tabla 2).

Tabla 2. Índice sobre preconstitución de la prueba y declaración en juicio oral

Modos de participación del menor en el juicio oral	Proporción de aplicación	Empleo de medidas de protección para el menor en el juicio oral
Prueba anticipada	33,75%	
Juicio oral	62,50%	88% sin medidas de protección 12% con medidas de protección
Declaración no relevante	3,75%	

4.4. Técnicas de toma y evaluación del testimonio

De los casos enjuiciados durante 2015 por las diferentes Audiencias Provinciales observamos que, de entre las sentencias en las que no existe reconocimiento de los hechos por parte del acusado, en un 76,8% de los casos se optó por llevar a cabo periciales, bien sobre la credibilidad del testimonio (64,6%), bien a través de un informe psicológico de la víctima (12,2%) – Figuras 3 y 4 –.

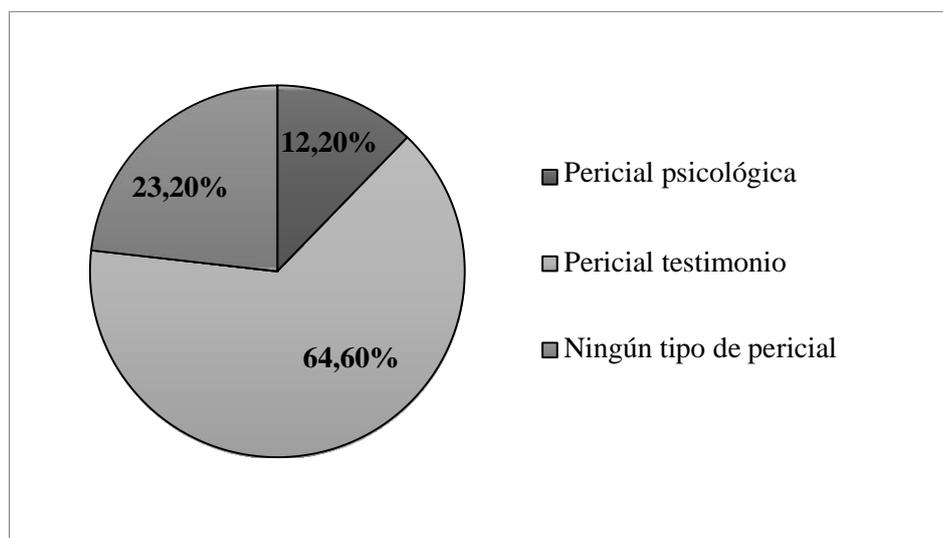


Figura 3. Empleo de periciales sobre la declaración del menor

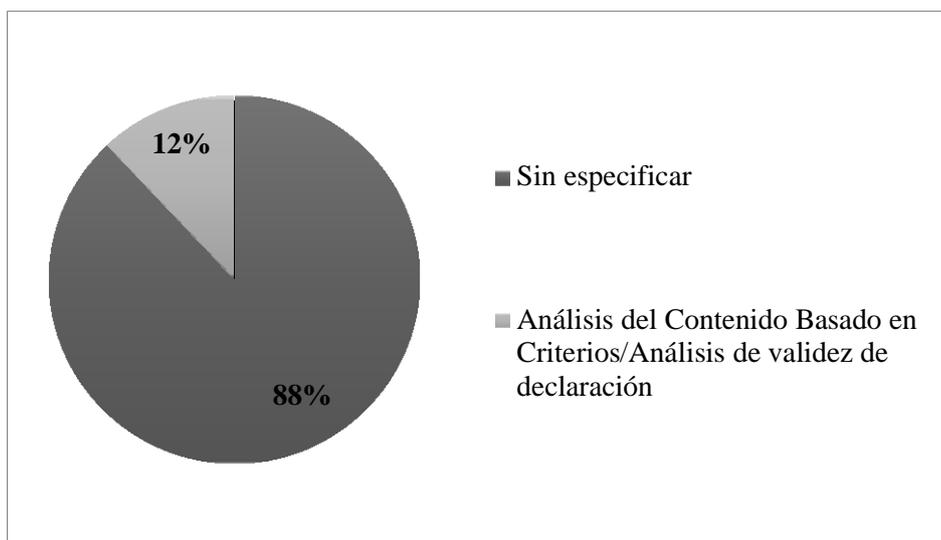


Figura 4. Técnicas de evaluación del testimonio

4.5. *Parámetros de valoración del testimonio para el tribunal sentenciador*

En todos los casos en los que la única prueba existente fue la declaración del menor (ya fuese prestada en juicio oral o con carácter previo), el peso de la sentencia cayó sobre la valoración del tribunal sentenciador sustentada en tres principios: credibilidad objetiva, credibilidad subjetiva y persistencia.

4.6. *Recurso de casación por ser el declarante menor de edad*

De las 33 sentencias que componen la segunda muestra que tomamos para este estudio, en 18 los recurrentes basaban su motivación en la declaración del menor, lo que supone un 54,54% de los casos (de

este porcentaje la parte acusada representó el 88,89% de los recursos y la parte acusadora el 11,11%).

En cuanto a las razones por las que se pretendía invalidar la estimación de la declaración por parte del tribunal encontramos: la declaración del menor constituye prueba de cargo insuficiente (33,32%), su valoración según los parámetros que establece la jurisprudencia es errónea (38,89%), consentimiento de la víctima (5,56%), incumplimiento del principio de contradicción derivado de la preconstitución de la prueba (5,56%), e inadecuada metodología a la hora de obtener y valorar el testimonio por parte de los profesionales (16,67%) —Figura 5—.

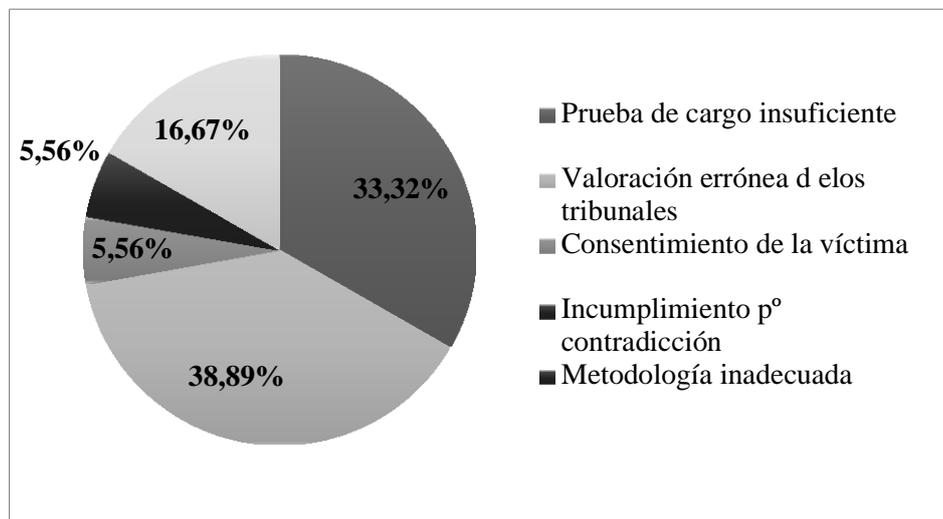


Figura 5. Motivos de casación basados en la declaración del menor

5. Discusión

5.1. Índice de pruebas objetivas en los casos de abuso sexual infantil

Dado que los actos de abuso sexual infantil se llevan a cabo dentro del ámbito privado y sin más sujetos que el perpetrador y la víctima, una de las características principales de este delito es la ausencia de testigos que aporten información acerca de lo ocurrido. De igual manera, suele ser poco frecuente la presencia de elementos de prueba objetivos tales como análisis genéticos de restos biológicos, ya que el abuso no siempre implica una relación sexual con penetración. Un ejemplo serían los datos que se aportan en el presente trabajo: menos de una cuarta parte de los casos que componen nuestra muestra contaron con tales pruebas objetivas. Se pone así de manifiesto la dificultad que entraña para los tribunales el hecho de enjuiciar delitos de este tipo, quienes en la mayoría de las ocasiones habrán de buscar la verdad de lo acontecido únicamente a partir de las declaraciones de la víctima y el acusado. De este modo, convertida la víctima en la principal fuente de información, más allá del propio acusado, se da el primer paso hacia una exposición del menor a la posibilidad de sufrir una victimización secundaria.

5.2. Participación del menor en el proceso

La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la obligatoriedad para los testigos mayores de edad penal de prestar juramento y promesa de decir todo lo que sepan acerca del acontecimiento por el que se les pregunta, incurriendo en un delito de falso testimonio si no son veraces en sus declaraciones. En este sentido, la jurisprudencia entiende como mayoría de edad penal los 14 años de edad, teniendo en cuenta los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad penal de los menores. Será pues a partir de dicha edad cuando el menor habrá de declarar sobre los hechos acontecidos de los cuales se desprende su condición de víctima.

Sin embargo, esta obligatoriedad de prestar declaración veraz no implica *per se* una imposición hacia el menor de participar en el acto de juicio oral. Realmente no aparece en normativa alguna, como se comenta en el párrafo anterior en relación al contenido del testimonio, que determine un mínimo de edad a partir del cual la asistencia a juicio sea obligatoria.

En esta línea, lo que se desprende del análisis de las sentencias es una cierta flexibilidad en el ejercicio de tal obligación. Como se ha visto en el apartado de resultados, en aquellos casos en los que la víctima tiene entre 8 y 14 años de edad entra en juego la valoración de una serie de elementos más allá de su edad biológica como son el grado de madurez del menor, el nivel de afectación por el acto que se juzga, el riesgo de victimización y la gravedad de los hechos. En función de estos criterios es el tribunal

quien decide qué medio de participación es el más adecuado para el menor, bien la preconstitución de la prueba o prueba anticipada, bien la participación directa en el juicio oral.

En cuanto a la prueba anticipada, esta viene reconocida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y es el resultado de la posibilidad que se otorga al Juez de Instrucción para que, en aquellos casos en los que razonablemente se tema que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, la lleve a cabo de forma inmediata, manteniendo una serie de garantías.

De esta forma, si bien a priori el hecho de que la víctima sea menor de edad no implicaría un temor razonable a la ausencia de posibilidad de practicar la prueba en el acto de juicio oral, en los últimos años existe una línea jurisprudencial que viene abriéndose camino en este sentido de favorecer su preconstitución. Los partidarios de que se lleve a cabo dicha práctica en los casos de presunto abuso sexual infantil consideran que entre los motivos para tal imposibilidad debe incluirse «el 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» (STS 96/2009 de 10 de marzo de 2009) (Gisbert Pomata, 2011). Así, respaldan su tesis a partir del superior interés del menor y para la prevención de situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal, principios básicos que establecen la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 sobre protección a la infancia y a la adolescencia. Además, tanto las Directivas 2011/92/UE y 2012/29/UE como la Ley 4/2015 recogen la posibilidad de grabar en vídeo la obtención de las declaraciones de los menores durante la fase de instrucción y de utilizarlas en los posteriores procesos judiciales, con el fin de limitar el número de interacciones innecesarias de la víctima, minimizando de este modo el riesgo de victimización secundaria (art. 26.1.a. de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

No obstante, hemos podido observar que en nuestro sistema judicial esta práctica aún cuenta con poco peso. Probablemente se deba a la dificultad que supone compatibilizar este tipo de medidas con determinadas garantías procesales previstas para el acusado como pudiera ser el principio de contradicción. Sin embargo, la jurisprudencia ya prevé una serie de requisitos que permiten equilibrar dichas garantías con el derecho del menor a la protección del libre desarrollo de su personalidad,

como que la declaración sea realizada ante expertos, que quede debidamente documentada y que se proceda al visionado de la cinta en el juicio oral o a la lectura del acta de la declaración.

Por tanto, las reticencias de nuestros tribunales para aplicar tales herramientas técnicas llevan a que una gran mayoría de las víctimas menores de edad se vean en la tesitura de prestar declaración en el juicio oral. Para estos casos, la legislación actual recoge la posibilidad de aplicar diversas medidas que minimizarían el riesgo de victimización secundaria a pesar de lo cual, y a partir de lo que muestran los resultados, en España no parece ser una opción prioritaria, ya que solo en poco más de una decima parte de los juicios se consideró el uso de alguna de ellas.

5.3. Obtención y evaluación del testimonio

La Directiva de 2012 recoge la obligatoriedad de los Estados miembros europeos de garantizar a la víctima el derecho a ser oída y a facilitar elementos de prueba durante el proceso penal. Cumpliendo con este mandato, la Ley 4/2015 le reconoce asimismo el derecho a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba que estime relevantes para el esclarecimiento de los hechos (art. 11.b. de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

En los casos de abuso sexual infantil, esta participación de la víctima en el proceso no es solo un derecho, reconociéndose como una necesidad. Ya se ha mencionado que la proporción en la que podemos encontrar pruebas más allá del testimonio de la víctima en dicho tipo de delitos es mínima. De esta manera, tal y como han declarado el Tribunal Constitucional (STC 64/1994, de 28 de febrero o STC 195/2002, de 28 de octubre, i. al.) o el Tribunal Supremo (STS núm. 469/2013, de 5 de junio o STS núm. 553/2014, de 30 de junio) la jurisprudencia entiende que «la prueba consistente en la declaración de la víctima es apta para enervar la presunción de inocencia».

El testimonio del menor se convierte entonces en punto clave, haciendo de su evaluación por parte de profesionales y de su valoración por parte del tribunal un pilar fundamental en los procedimientos judiciales de este tipo.

En lo que se refiere al papel de las periciales, observamos que se trata de un recurso que se emplea

con bastante frecuencia, puesto que su uso representa un alto porcentaje dentro de la muestra total analizada, ya sea mediante informes psicológicos de las víctimas o a través de técnicas que permitan la evaluación de la credibilidad de su testimonio. En concreto, en las sentencias estudiadas únicamente se menciona el método del Análisis del Contenido Basado en Criterios (más conocido por las siglas de su denominación en inglés: Criteria-Based Content Analysis o CBCA), aplicado bien de forma independiente o como parte del Análisis de la Validez del Testimonio (en el mismo sentido: Statement Credibility Assessment o SVA). No obstante, en tales sentencias en donde aparece la administración de alguna técnica de evaluación de la declaración no siempre se explicita literalmente que se trate del CBCA, por lo que no podemos concluir que sea la única destinada a tal fin, si bien no se concreta la aplicación de ninguna otra. Con independencia de esta cuestión, como decimos, la información que puedan aportar las periciales psicológicas va ganando en importancia y valor para las salas de enjuiciamiento, aunque la valoración con más peso sigue siendo la del propio tribunal.

A pesar de que la tendencia más reciente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo se inclina hacia una mayor consideración del valor de los informes que incluyen técnicas para la evaluación de la credibilidad del testimonio aportados por los profesionales (i. e., STS de 3 de febrero de 2014), la jurisprudencia entiende que determinar el grado de credibilidad que se les otorga a cuantos se manifiesten en un juicio oral compete exclusivamente al órgano juzgador. La pericial psicológica se estima como un elemento corroborador de gran utilidad, pero no definitivo. Razonan los jueces que, si bien esos documentos de los expertos son de una ayuda irremplazable, se trata de una prueba científica que aporta probabilidades, no seguridades (SAP GU 416/2015 de 4 de diciembre).

Siguiendo la misma doctrina, el análisis vinculante sobre la credibilidad de la declaración aportada por la víctima descansa, en todo caso, en los parámetros que fija el Alto Tribunal: credibilidad subjetiva, verosimilitud o credibilidad objetiva y persistencia en la incriminación; todo ello, se afirma, siguiendo las leyes de la lógica y el razonamiento (Figura 5).

La falta de credibilidad subjetiva se derivaría bien de las características psíquicas o físicas del testigo (así, discapacidades sensoriales, trastorno mental o la propia edad) que, aunque no anulan el testimonio,

pueden debilitarlo; o bien de la existencia de móviles espurios en función de las relaciones anteriores entre víctima y acusado (i. e., resentimiento, venganza...). También podría devenir del interés por parte del declarante de proteger a un tercero. En cuanto a la credibilidad objetiva, se basa tanto en que la declaración sea lógica (coherencia interna) como en que se vea apoyada y corroborada de forma periférica por datos considerados a su vez objetivos en sí mismos (coherencia externa). Por último, la persistencia en la incriminación supondrá la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones de la víctima, la concreción y la ausencia de contradicciones en el testimonio (SAP GU 416/2015 de 4 de diciembre) – Tabla 3 –.

Tabla 3. *Parámetros de valoración del testimonio de los tribunales*

Parámetros	Definición
Credibilidad subjetiva	- Características físicas y psico-orgánicas del menor. - Inexistencia de móviles espurios.
Credibilidad objetiva	- Declaración lógica en sí misma. - Corroboraciones periféricas.
Persistencia en la incriminación	- Ausencia de modificaciones en sucesivas declaraciones. - Concreción en la declaración. - Coherencia.

5.4. *Recurso de casación por ser el declarante menor de edad*

Partiendo de los resultados obtenidos a raíz de la segunda muestra estudiada, vemos que la actuación del menor no solo juega un papel crucial en la resolución final del proceso si no que, a menudo, se presenta como principal motivo de recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Su dudosa capacidad para prestar una declaración válida por el hecho de ser menor, la mala praxis de los profesionales a la hora de obtener el testimonio y presentarlo como prueba, o la valoración incorrecta del mismo por parte del tribunal son las bases sobre la que descansa una abrumadora mayoría de dichos motivos de casación presentados por la parte acusada. Muestra de ello son las STS 55/2015 de 15

de enero, STS 851/2015 de 9 de diciembre o STS 620/2015 de 22 de octubre.

6. Conclusiones

Se cuenta con un amplio marco normativo, tanto europeo como estatal, que refleja la importancia de proteger al menor presunta víctima de abuso sexual de los daños que le pueda ocasionar su participación en el proceso judicial que deriva del delito. Sin embargo, en el trabajo expuesto se aprecia la dificultad que se observa en la práctica para alcanzar el objetivo de evitar dicha victimización secundaria. El primer obstáculo encuentra su origen en el papel crucial que adquiere la víctima en este tipo de procesos como principal fuente de información. Así en la presente muestra de sentencias se recoge que el porcentaje de casos que no dispone de otro tipo de pruebas más allá de su declaración alcanza niveles cercanos al 80%. Circunstancia que se traduce en la necesidad del sistema de justicia de acceder a todos los detalles posibles sobre lo ocurrido a través del testimonio del menor, a pesar de que esto suponga acercarlo un paso más hacia una posible revictimización.

Si bien las leyes dotan al sistema de justicia de diversas herramientas para minimizar los efectos negativos de la implicación del menor en este tipo de actuaciones, se ha constatado que su uso se da aún de forma bastante limitada, reduciéndose incluso más para la población de 14 años de edad en adelante. La supuesta confrontación que se observaría entre las garantías procesales del acusado y la protección del menor en el proceso judicial parece llevar a una mayor inclinación por salvaguardar las primeras, obviando en la mayoría de los casos no solo la posibilidad de emplear la prueba preconstituida sino también la de adoptar medidas que lo protejan en lo posible cuando se ve obligado a participar en el juicio oral (uso de mampara, declaración mediante videoconferencia...).

Respecto al modo de determinar la credibilidad de la declaración, parece incrementarse la estimación de las periciales psicológicas y de valoración del testimonio llevadas a cabo por expertos en la cuestión, aunque, en última instancia y en todos los casos, será la apreciación final del tribunal la que determine el peso de dicho testimonio otorgado por el menor, lo cual reflejaría una importante falta de confianza en las técnicas que se emplean actualmente para estas evaluaciones. ¿Podría ser esta

desconfianza otra razón más que lleva a optar con mayor frecuencia por la comparecencia del menor en el juicio oral? Teniendo en cuenta que, como decimos, es la valoración del propio tribunal la que le permite ponderar el grado de credibilidad del testimonio, se podría justificar de algún modo que considere preferible una observación directa de la narración del mismo. Se pone de manifiesto entonces tanto la necesidad de continuar la investigación experimental y aplicada sobre los criterios que marcan la eficacia diferencial de las diversas técnicas periciales o de evaluación más ajustadas a cada caso, como la de una mayor implicación por parte de los miembros del órgano judicial de mantenerse al corriente de los hallazgos científicos al respecto y de tener información actualizada acerca del potencial discriminante y las limitaciones que presentan estas técnicas. Con ello, probablemente se reduzca la necesidad de una participación directa del menor en el juicio oral y la reducción de sus comparecencias a lo largo de todo el proceso judicial, disminuyendo su exposición a una posible victimización secundaria.

En resumen, el pilar fundamental en los casos de abuso sexual infantil continúa siendo la declaración del menor: desde el inicio de la investigación hasta el último recurso que se pueda presentar, todo gira alrededor de su testimonio. Como decíamos, el legislador parece consciente de ello, pero no se observa lo mismo en la práctica. En definitiva, los profesionales necesitan nuevos protocolos de actuación a lo largo del procedimiento en su interacción con la víctima, los tribunales mayores posibilidades de emplear las medidas diseñadas para su protección, y los expertos mejores técnicas para evaluar la credibilidad del testimonio.

Para finalizar, hemos de reconocer las limitaciones que encontramos a la hora de realizar este estudio impuestas, principalmente, por la metodología empleada, debido a que la información que puede aportar una resolución judicial en ocasiones será insuficiente para conocer de forma pormenorizada el modo en el que los profesionales trabajan con los menores en cada caso. La protección de datos reconocida a todos los ciudadanos por la propia Constitución Española se acentúa cuando de menores de edad se trata y se vuelve más intensa aún si estos aparecen como víctima de delitos sexuales. Se incrementa así la dificultad de acceder a los aspectos concretos referentes a este tipo de perfil y de actuación, lo que nos lleva a buscar y obtener dicha información por otras vías que únicamente permiten

el establecimiento de conclusiones genéricas. Por otro lado, se ha contado con una muestra sujeta a un periodo de tiempo muy reducido. El análisis de un único año no permite ofrecer comparaciones acerca de si existe una mayor o menor concienciación por parte del sistema judicial a lo largo del tiempo sobre el sufrimiento del menor que se ve obligado a participar en sus procesos.

De esta manera, a la hora de plantear futuras líneas de investigación se debería continuar indagando en el modo de proceder de los profesionales con los menores en la práctica (cómo se les toma declaración, qué tipo de preguntas se les plantea, qué método se emplea en cada caso y porqué se elige...). Para ello sería relevante no solo revisar la información que podamos obtener de las sentencias de las diversas instancias judiciales sobre abuso sexual infantil sino también analizar los protocolos de actuación empleados por las Comunidades Autónomas o contar con datos proporcionados directamente por estos profesionales (jueces, peritos, psicólogos, médicos, etc.). Asimismo, sería de interés el diseño de estudios longitudinales que objetivaran los daños que pudieran asociarse en el menor a su participación en el proceso judicial, así como el posible mantenimiento o cronificación de los mismos durante los meses y años posteriores a la finalización de dicho proceso, para valorar adecuadamente el alcance de la victimización secundaria que haya podido infringírsele.

Bibliografía

- Consejo de la Unión Europea (2001). Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).
- De la Rosa Cortina, J. M. (2011). Especialidades en la declaración del testigo menor en la fase de instrucción. En M. F. Alcón Yustas y F. De Montalvo Jääskeläinen (Coords.) *Los menores en el proceso judicial* (pp. 93-122). Madrid: Tecnos.
- Díaz Pita, M. P. (2010). La declaración del menor víctima de abusos y agresiones sexuales en el proceso penal a la luz de la decisión marco del consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. *Revista General de Derecho Penal*, 13/2010. Recuperado de: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=408969 (consultado el 20 de diciembre de 2018).
- España. Audiencia Provincial de Guadalajara (Sala penal, Sección 1ª): Sentencia núm. 416/2015 de 4 de diciembre.
- España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 29 de julio de 2015, núm. 180, pp. 64544-64613.
- España. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de abril de 2015, núm. 101, pp. 36569-36570.
- España. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de julio de 2015, núm. 175, pp. 61871-61889.

- España. Tribunal Supremo (Sala 2ª, Sección 1ª): Sentencia núm. 355/2015 de 28 de mayo.
- España. Tribunal Supremo (Sala 2ª, Sección 1ª): Sentencia núm. 55/2015 de 15 de enero.
- España. Tribunal Supremo (Sala 2ª, Sección 1ª): Sentencia núm. 620/2015 de 22 de octubre.
- España. Tribunal Supremo (Sala 2ª, Sección 1ª): Sentencia núm. 851/2015 de 9 de diciembre.
- Fiscalía General del Estado (2016). *Memorias de la Fiscalía General del Estado*. Recuperado de: www.fiscal.es (consultado el 3 de enero de 2019).
- Galet-Macedo, C. y Felipe, J. (2016). Abuso/violencia infantil y Derecho a la Imagen en el contexto europeo y español. *Em Aberto*, 29(95), 53-68.
- Gisbert Pomata, M. (2011). La preconstitución de la prueba y el testimonio de referencia. En M. F. Alcón Yustas y F. De Montalvo Jääskeläinen (Coords.) *Los menores en el proceso judicial* (pp. 139-157). Madrid: Tecnos.
- Parlamento Europeo y del Consejo (2012): 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.

