

establecer científicamente, como es natural, una declaración en términos de exactitud matemática, sino tan solo una evaluación cualitativa ordenada” (vid. STS nº 1769/2001, de 5 de octubre).

En todo caso, es preciso insistir, y subrayar que tales pericias ni dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones del testigo se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que, entre otros elementos, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (STS nº 317/2008, de 27 de mayo, 707/2007, de 19 de julio, 339/2007, entre otras). La reciente STS nº 517/2008, de 17 de junio recuerda por ello que la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad de los testimonios “no excluye que la última depuración pertenezca a la función propia del órgano jurisdiccional”.

Ante supuestos de periciales psicológicas contradictorias sobre valoración técnica del testimonio, la STS nº 604/2005, de 12 de abril aporta pautas interesantes: “...el tribunal *a quo* se ha encontrado con dictámenes psicológicos enfrentados, por lo que se ha visto obligado a una selección crítica, que razona explícitamente. Selección que ha consistido sustancialmente en alzaprimar los dictámenes emitidos por especialistas que han sido traídos al proceso por su adscripción a la Administración de Justicia o a otros órganos públicos u oficiales y los dictámenes que presenten una mayor exposición de las técnicas y los protocolos seguidos.”

La edad del testigo ha de ser uno de los datos a tener en cuenta a la hora de valorar su credibilidad; pero tal valoración compete al órgano judicial (STS nº 871/1996, de 21 de noviembre). En esta línea, el Tribunal Supremo ha declarado que el análisis de los testigos menores no integra un problema de legalidad procesal sino de credibilidad (STS nº 732/1997, de 19 de mayo).

A fin de valorar esta credibilidad, el móvil de resentimiento, enemistad o interés anterior a los hechos hay que buscarlo no ya en el propio menor sino en el entorno familiar que puede influir sobre su testimonio. En los casos de separaciones matrimoniales conflictivas y en que existe litigio sobre la custodia o/y el ejercicio del derecho de visita, la experiencia judicial lamentablemente acredita que no son excepcionales las denuncias por supuestos malos tratos o abusos que no responden a la realidad y tienen como finalidad influir sobre la decisión de custodia. Por ello, estos casos deben examinarse con suma atención y cuidado para evitar una posible condena injustificada de quien no tiene medio alguno de demostrar su inocencia enfrentado como única prueba acusatoria a las manifestaciones cambiantes de un niño de temprana edad que puede estar influenciado por su entorno familiar. (vid. SSTS nº 430/1999, de 23 de marzo, nº 990/1995, de 11 de octubre y nº 331/1996, de 11 de abril). En esta línea, la STS nº 1582/2002, de 30 de septiembre recomienda extremar las cautelas “si la declaración de la víctima es la única prueba de la existencia misma del delito y si se produce en el marco de una ruptura sentimental entre los progenitores, pues no puede descartarse la utilización fraudulenta de los menores para otros fines distintos de su protección”.

En relación con la credibilidad del testimonio infantil resultan tan inadmisibles las posturas extremas de quienes piensan que por su inmadurez y sugestionabilidad siempre se debe dudar de sus relatos, como las de quienes sostienen que en todo caso deben ser creídos, olvidando los factores de riesgo que concurren en este tipo de declaraciones, puestos de manifiesto por los especialistas en psicología del testimonio. Factores de riesgo que se acentúan en los supuestos de rupturas conflictivas de las parejas de sus progenitores, si los testimonios se refieren a hechos ocurridos en una edad muy temprana, o cuando relatan acontecimientos supuestamente ocurridos varios años antes sobre la base de unos borrosos recuerdos que pueden ser reales, imaginados o sugeridos. (vid. STS nº 832/2000, de 28 de febrero).

En estos casos de testigo único menor en los que se presenta una situación límite para el derecho a la presunción de inocencia, es esencial la valoración expresa de la prueba de cargo en función de los tres parámetros de contraste señalados por la jurisprudencia (posible concurrencia de factores relevantes de incredibilidad subjetiva, concurrencia o inexistencia de algún tipo de corroboración objetiva, aún de carácter periférico y posible existencia de contradicciones o ambigüedades en las supuestas manifestaciones acusatorias). Pero como expresa la STS nº 667/2008, de 5 de noviembre, estos parámetros (ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación) son criterios de valoración pero no exigencias.

Debe tenerse también presente 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 en virtud de las circunstancias concurrentes. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etc. (SSTS nº 667/2008, de 5 de noviembre, nº 175/2008, de 14 de mayo).

Es también importante recordar que en ocasiones un menor que realmente ha sido víctima de abusos sexuales puede presentar síntomas aparentemente opuestos a las nociones de credibilidad y verosimilitud: secreto, sentimientos de desamparo, acomodación al abuso, reserva, mimetismo, depresión y ansiedad, confusión, demora en informar del abuso, descripciones inarticuladas e incluso retractación.

Tampoco debe perderse de vista, en relación con los delitos contra la libertad sexual de menores, el denominado "síndrome de acomodación del abuso sexual infantil". Este síndrome describe que es habitual que el niño se vea presionado por sus sentimientos de culpa y por el sufrimiento de sus familiares, y sienta que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia, lo que puede generar falsas retractaciones.

En relación con las identificaciones, las investigaciones empíricas aportadas por psicólogos del testimonio indican que por debajo de los seis años los errores aumentan. Con los niños pequeños especialmente (también con los adultos) debe neutralizarse la tendencia a producir errores de falso-positivo, que tiene lugar cuando, por no explicarles correctamente qué se espera de ellos, los niños se creen obligados a dar siempre una respuesta de identificación, de forma que, en el caso de no detectar la fotografía del presunto culpable, eligen la que más se aproxima a su aspecto externo, generando una identificación errónea.

10.- INDEMNIZACIONES A MENORES VÍCTIMAS

Las Sras./Sres. Fiscales seguirán las sugerencias del Módulo de referencia para el desarrollo de un Protocolo de actuación en casos de maltrato infantil aprobado en el pleno del Observatorio de la Infancia de 22 de noviembre de 2007 que dispone que el Fiscal, en cumplimiento de su función de velar por la protección procesal de las víctimas, habrá de promover los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. A tales efectos promoverá la total indemnización de los daños irrogados al menor, incluidos los psicológicos. Si al formular el escrito de calificación el menor continúa recibiendo tratamiento médico o psicológico, el Fiscal fijará las bases para su inclusión en la sentencia y promoverá durante la ejecución de la misma su precisa determinación.

Deben en este punto tenerse presentes las indicaciones contenidas en la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal.

11.- LA AUDIENCIA DE LOS MENORES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

El análisis de esta cuestión queda enmarcado por el art. 12 de la Convención Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 donde se dispone que *1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

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* ha introducido cambios sustanciales en la audiencia a los hijos menores en estos procedimientos.

Conforme con el art. 12 de la Convención de 1989, el apartado segundo del art. 92 CC dispone ahora que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

Pero el apartado sexto del mismo precepto establece que en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y *oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.*

Por tanto, la audiencia del menor que tenga suficiente juicio no se configura ahora como imperativa sino como susceptible de modulación por el Juez a través del inciso que subordina la decisión a que *se estime necesario.*

La regla 4ª del art. 770 LEC, no obstante, no modificada, continúa manteniendo de forma imperativa la audiencia del menor cuando haya cumplido los doce años de edad.

La aparente antinomia habrá de resolverse haciendo primar el carácter sustantivo de la norma contenida en el art. 92 CC y en especial, teniendo en cuenta el argumento cronológico de ser *lex posterior*. Por tanto, habrá de entenderse que, siendo inexcusable garantizar el derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, el trámite concreto de audiencia del menor no es imperativo y que su práctica queda subordinada a que se estime necesario.

Esta flexibilidad se amolda más al principio del interés superior del menor, proclamado también en el art. 3 de la misma Convención de los Derechos del Niño y en los arts. 2 y 3.1 de la LOPJM, argumento éste que apoya también la tesis de resolver la contradicción normativa entre los arts. 770.4 LEC y 92 CC en favor de este último.

A fortiori, el apartado 5º del art. 777 LEC, también afectado por la reforma de 2005, de nuevo configura la audiencia de los menores como potestativa, al declarar que si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

La reforma asume las opiniones contrarias a la obligatoriedad de oír al menor, en todo caso, cuando hubiere cumplido la edad de 12 años, teniendo en cuenta que en ocasiones no es necesario y ponderando que a veces esta comparecencia en el Juzgado puede suponer un auténtico trauma. De hecho la *praxis* judicial omitía la audiencia del menor en los procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo.

Ya en el Encuentro de Jueces y Abogados de Familia sobre la incidencia de la LEC en los procesos matrimoniales celebrado en noviembre de 2003 la conclusión 18 relativa a la exploración de menores defendía que *es preceptivo en todos los procedimientos dar a los menores la oportunidad de ser oídos cuando así lo deseen, pero deberá valorar el juzgador en cada supuesto concreto y según las circunstancias, la obligatoriedad de su asistencia a tal fin.*

Habrán de ponderarse en cada caso las circunstancias concurrentes (existencia o no de contienda entre los progenitores, edad del menor, singularidades concurrentes en el mismo, especialidades de las medidas impetradas respecto del menor, etc.) para decidir sobre la necesidad o no de la audiencia al menor.

Las Sras/Sres. Fiscales solicitarán o no la audiencia valorando los anteriores parámetros, evitando la utilización de fórmulas estereotipadas o impresos rutinarios.

En todo caso, estas exploraciones deberán realizarse de forma que el menor se sienta lo más relajado posible y sólo en presencia del Juez, Secretario y Ministerio Fiscal. Igualmente cabrá interesar si las circunstancias lo aconsejan el auxilio de psicólogos o miembros del equipo técnico adscrito al Juzgado. La audiencia de los menores se debe realizar respetando las condiciones necesarias de discreción e intimidad, infundiéndoles confianza, y protegiendo al máximo su dignidad y personalidad. La regla 4ª párrafo tercero del art. 770 LEC, añadida por la disposición final 1ª de Ley 15/2005 de 8 julio, dispone al respecto que en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Como pauta general, se evitará preguntar directamente al menor con qué progenitor desea convivir o qué régimen de visitas considera más conveniente. Son preferibles las preguntas indirectas que pongan de relieve con cuál de los progenitores tienen una relación más intensa, cuál es el que ha asumido la mayoría de las responsabilidades, y con cuál tiene mejor relación.

Como con acierto expone la SAP Madrid, sec. 22ª, de 5 de febrero de 1999, rec. 51/1998 no se infringe “principio alguno de orden constitucional o procesal al no permitir la intervención de las partes, y en concreto de sus direcciones letradas, en el acto de la exploración por el Juzgador *a quo* del común descendiente, pues aunque dicha diligencia pueda determinar, en mayor o menor grado, la convicción judicial y venga además impuesta respecto de los hijos que superen los doce años (art. 92 CC), no puede olvidarse que no nos encontramos ante un medio probatorio de carácter formal. Debe recordarse, una vez más, que nos situamos ante un menor de edad, que no puede verse inmiscuido, en modo alguno, en un torrente de preguntas y repreguntas, dirigidas al mismo por los Letrados de las partes presentes en el acto, pues no se trata de un mero testigo ajeno al

proceso, sino directamente afectado por el mismo y sus consecuencias jurídicas, y al que, en base precisamente a su superior interés, se le debe aislar de contraproducentes intervenciones que no sean las de una entrevista personal y exclusiva con el Juez, y en su caso el Fiscal, en cuanto un medio más de proporcionar al primero datos que pudieran conformar su final criterio decisorio...”

12.- CONCLUSIONES

12.1. Principios generales

1ª El derecho de todo acusado a un juicio público con todas las garantías (art. 24.2 CE) encuentra en el derecho de defensa y el principio de contradicción algunas de sus principales manifestaciones. Ello supone el derecho a un juicio contradictorio en el que el acusado pueda defenderse de la acusación, planteando pruebas de descargo y combatiendo las pruebas inculcatorias, junto a la posibilidad de participar en las diligencias y trámites del proceso, para así poder ejercitar su derecho a ser oído y a alegar, en su interés, lo que a su Derecho convenga. Las pautas y orientaciones de esta Circular deben entenderse siempre desde la salvaguarda de este derecho fundamental del acusado que incumbe al Ministerio Fiscal a tenor del art. 124 CE.

2ª La características personales y evolutivas de los menores de edad les hacen especiales vulnerables a la victimización secundaria que puede entrañar su participación en el proceso penal. Las graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales que tal participación puede acarrearles les hace acreedores de un tratamiento específico orientado a su protección y asistencia, así como a la calidad objetiva del testimonio que han de prestar.

3ª Las Sras/Sres. Fiscales deberán tener presente que las causas que mayores problemas plantean, en relación con el testigo menor (normalmente también víctima) son las relativas a abusos y agresiones sexuales. En estas causas, un juicio erróneo o una investigación archivada prematuramente puede tener consecuencias extraordinarias no solo para los implicados en el proceso en curso sino para potenciales víctimas, por lo que es extremadamente importante que todas las investigaciones de presuntos abusos sexuales sean de la mayor calidad posible y que se les otorgue prioridad respecto a otras investigaciones criminales.

4ª Aún partiendo siempre de que el mero hecho de la minoría de edad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección puede graduarse, atendiendo a la edad del menor, al dato de si el mismo es o no víctima del delito, a la naturaleza y gravedad del delito presuntamente cometido, a si guarda relación de parentesco con el imputado o acusado, etc.

5ª La idea básica a tener presente como pólitico es la de que las diligencias que recaigan sobre el menor van a ser generalmente perturbadoras, cuando no traumáticas para él. Por

tanto, deben evitarse en la medida de lo posible las duplicidades en exploración de médicos, evaluación de psicólogos, psiquiatras y análogos y en la toma de declaración. Debe tenderse hacia los diagnósticos, exploraciones o evaluaciones conjuntas.

6ª Las Sras/Sres. Fiscales procurarán evitar la repetición de declaraciones de menores, salvo en los casos estrictamente necesarios, a fin de ahorrarles el sufrimiento de volver a relatar y revivir ante personas extrañas un suceso para ellos traumático. En la fase de juicio oral evitarán suspensiones reiteradas o largas esperas en los estrados del Juzgado, promoviendo la inadmisión de preguntas orientadas a poner en tela de juicio la credibilidad de la declaración del menor cuando la forma de plantearlas no respete la dignidad del mismo.

7ª Siempre que las circunstancias lo permitan debiera prescindirse de la declaración policial del menor, especialmente cuando el mismo sea víctima del delito y fundamentalmente cuando éste sea de naturaleza sexual. Para reducir al mínimo imprescindible el número de declaraciones puede resultar conveniente dar pautas a la Policía Judicial, para que en casos en que pueda ser especialmente perturbador tomar declaración al menor, se prescinda de la misma y se le traslade al Juzgado de Guardia para preconstituir la prueba.

8ª Las causas con menores implicados, especialmente cuando éstos sean las víctimas, deben ser objeto de una tramitación especialmente rápida. A tales efectos, las Sras/Sres. Fiscales, en su función impulsora del proceso penal, habrán de redoblar sus esfuerzos para remover cualquier obstáculo que ralentice la tramitación de estos procedimientos.

9ª La Reforma operada en la LECrim por LO 8/2006 en relación con los testigos no distingue franjas de edades, por lo que sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a cualquier persona menor de 18 años.

10ª En cuanto a la edad que debe tenerse en cuenta para aplicar el *plus* protector que estos preceptos incorporan habrá de atenderse no a la edad que el testigo tenía cuando tomó conocimiento de los hechos respecto de los que ha de deponer sino a la edad que tiene en el momento de prestar declaración en el proceso.

12. 2. Fase de instrucción

1ª La obligación específica de la presencia del Fiscal en estas declaraciones no se funda en la necesidad de asegurar la eficacia de la investigación, sino se inscribe en el desarrollo de su función de protector de los derechos fundamentales del menor y de las garantías del acusado y de la necesidad de procurar la necesaria ponderación de unos y otras.

2ª La presencia del Fiscal en la declaración del menor en fase de instrucción ha de ser aprovechada para acopiar la necesaria información para decidir con fundamento acerca

de si procede proponerlo como testigo para el acto del juicio oral o bien prescindir de él y en ese caso acerca de si procede preconstituir la prueba, citar a testigos de referencia o interesar alguna diligencia sobre la credibilidad del testimonio. También servirá para calibrar -si procede citarlo como testigo para el acto del juicio oral- el tipo de cautela a promover para evitar su doble victimización. Igualmente podrá ser útil para, en su caso, decantarse por el sobreseimiento.

3ª La presencia de los representantes legales del menor, y, en su caso, de los guardadores, que sin ser representantes se ocupen del mismo -en principio recomendable para dar mayor seguridad y confianza al menor- habrá de exceptuarse además de cuando los representantes o guardadores sean los propios imputados -pues en tales casos se desnaturalizaría su presencia en el acto, cuyo sentido es precisamente el de amparar y dar tranquilidad al menor-, cuando existan conflictos de intereses entre representantes y menor que justifiquen la exclusión. También podrá ser fundamento de la exclusión la existencia de indicios que lleven a la fundada creencia de que los progenitores persiguen que el menor no colabore con la Administración de Justicia.

4ª Facultativamente el párrafo tercero del art. 433 LECrim también prevé que puedan asistir expertos. Habrá de entenderse por tales personas cualificadas profesionalmente para orientar sobre el modo más adecuado de abordar al menor, esto es, psicólogos infantiles, pedagogos o psiquiatras. Las circunstancias del caso serán las que marcarán la necesidad o conveniencia de esta asistencia técnica, que se incrementará cuando el menor sea, además de testigo, víctima, y atendiendo especialmente a su edad, en cuanto normalmente para los denominados menores maduros no será necesario. También la índole del delito será determinante para calibrar tal necesidad.

5ª Las Sras/Sres. Fiscales interesarán la grabación de la declaración como modo específico de documentación siempre que prevean que el menor no va a poder declarar en el acto del juicio oral o cuando de los datos recabados pueda ya sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor podría ser especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo.

6ª Si con anterioridad a la citación para declarar se ha solicitado la elaboración de un informe psicológico sobre el menor será muy importante el interesar que el mismo perito se pronuncie sobre si el testigo puede declarar sobre los hechos sin riesgo para su equilibrio psicológico y, en caso positivo, sobre las cautelas que se consideran necesarias o convenientes.

7ª Como regla general, las Sras/Sres. Fiscales no citarán como testigos a los menores para el acto del juicio oral cuando los expertos consultados desaconsejen fundadamente tal citación. En estos casos -si no la han hecho ya- propondrán la grabación de su declaración y que la misma se lleve a cabo respetando los requisitos de contradicción previstos para la preconstitución probatoria, siempre con las modulaciones que pueda exigir el interés del menor. Una interpretación teleológica de las causas generales previstas en los arts. 448 y 777 LECrim, tamizada por los principios generales que

informan la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, lleva a admitir como presupuesto habilitante de la preconstitución probatoria el caso de los menores que por razón de su corta edad o de su especial vulnerabilidad estén en riesgo de sufrir un grave daño psicológico de verse obligados a comparecer de nuevo como testigos en el acto del juicio oral. Esta probabilidad de sufrir grave daño psicológico debe estar debidamente documentada en la causa, a través del correspondiente informe pericial.

8ª También podrá acudir a la preconstitución probatoria y correlativamente habrán de abstenerse las Sras/Sres. Fiscales de citar a juicio oral a los testigos menores cuando los mismos tengan tan corta edad que racionalmente pueda concluirse que tras el lapso temporal probable entre la primera declaración y la fecha del juicio oral, cualquier intento de recordar los hechos será inútil.

9ª Aunque con carácter general la preconstitución de la prueba exige hacer pasar a la diligencia por el tamiz de la contradicción, con el fin de salvaguardar el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo, el inexcusable respeto de esta exigencia admite matizaciones para minimizar el daño a los testigos menores. Las posibilidades para llegar a un punto de equilibrio son múltiples (utilización de biombo, empleo de video conferencia, colocación del menor en un punto desde el que no pueda ser visto por el imputado, utilización de espejos unidireccionales). Debe en todo caso tenerse presente que el principio de contradicción no sufrirá siempre que esté presente en el interrogatorio el Letrado del imputado y se le permita formular preguntas al testigo menor.

10ª La decisión de preconstituir la prueba testifical de menores de edad habrá de plantearse especialmente en causas por delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea menor de catorce años.

11ª La prueba preconstituida relativa a la exploración del menor, debe ser llevada a la vista del juicio oral como prueba documental, proponiéndolo así en el escrito de calificación, debiendo igualmente las Sras/Sres. interesar su lectura, audición o visionado, excluyendo totalmente la práctica de “darla por reproducida”.

12. 3. Testigos de referencia

1ª En determinados y excepcionales supuestos equivalentes a la imposibilidad de producción del testimonio, especialmente ante delitos contra la libertad sexual, cuando la víctima es un menor de muy corta edad, no procederá ni siquiera la preconstitución probatoria, pudiendo valorarse como prueba de cargo el testimonio de referencia de los padres o de terceras personas. A tales efectos, debe tenerse presente que la LECrim prescribe que no podrán ser obligados a declarar como testigos los incapacitados física o moralmente (art. 417.3º LECrim).

2ª Cuando las Sras/Sres. Fiscales invoquen como de cargo testimonios de referencia sustitutivos del testimonio directo de un menor, con el fin de respetar el equilibrio

respecto a las garantías de los acusados, y en particular, su derecho a la contradicción de las pruebas de cargo, lo harán tomando en consideración los recelos que puede suscitar este medio de prueba, y habrán de ser particularmente rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias imponderables que justifican la sustitución del testimonio directo por el de referencia, sino también en la crítica de los referenciales, en la aportación de elementos de corroboración y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito y hábiles para enervar la presunción de inocencia.

12. 4. Sobreseimiento por falta de prueba

1ª La articulación de la prueba de cargo de determinados delitos que se perpetran en la intimidad y sobre menores de edad presenta particulares dificultades, máxime si se trata de niños de corta edad y de hechos que se denuncian en situación de crisis familiar. La importancia de la averiguación y castigo de tales hechos para las víctimas y para el interés general no puede sobreponerse a la realidad de tales dificultades y mucho menos, al sistema de garantías que constituyen el proceso penal, ni a las exigencias del derecho a la presunción de inocencia.

2ª En muchos casos, tras la imprescindible ponderación de los intereses en conflicto - garantías y derechos procesales del acusado, necesidad de protección de las víctimas y testigos menores de edad e interés público en la persecución de los delitos- y tras una adecuada valoración de la entidad de los elementos incriminatorios que pueden presentarse ante el Juzgador penal, las Sras/Sres. Fiscales habrán de optar por interesar el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

12. 5. Garantías en el acto del juicio

1º Una interpretación sistemática de los arts. 707 y 731 bis LECrim lleva a la conclusión de que cuando el testigo es menor debe automáticamente *-ope legis-*, entenderse que su comparecencia resulta gravosa o perjudicial y que por tanto, puede acudir al uso de la videoconferencia.

2º La utilización de mamparas o medios análogos tiene una menor capacidad como mecanismo neutralizador de efectos de victimización secundaria, pues no evita la presencia del menor en la sala de vistas y su cercanía al acusado, aunque para determinados supuestos no necesitados de niveles de protección cualificados podrá ser suficiente. La utilización de las mamparas habrá de realizarse tratando por un lado de impedir el contacto visual entre menor y acusado y al mismo tiempo permitiendo que el menor siga teniendo contacto visual con la persona o persona que le acompañen para prestarle apoyo, y sea visto por el Tribunal, el Ministerio Fiscal y los Letrados de las partes.

3º Debe también tenerse presente que el Tribunal Supremo ha admitido el uso de otras cautelas, de forma que puede el Tribunal adoptar las medidas de tutela que estime más adecuadas, entre las que cita expresamente: “acompañamiento por un familiar, limitaciones a la publicidad, suspensión temporal del juicio, declaración como testigo oculto para los acusados o sin confrontación visual directa con los mismos”

12. 6. Otros mecanismos protectores del testigo menor

1ª En los casos de riesgo grave para la integridad física, psicológica o moral del menor testigo, serán aplicables también los mecanismos de protección previstos en la LO 19/1994, de 23 de diciembre de *Protección a Testigos y Peritos en causas criminales*. Las Sras/Sres Fiscales desplegarán sus deberes de protección de la vida privada y la intimidad y dignidad de conformidad con la Ley 35 /1995 de 11 de diciembre de *Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la libertad Sexual*.

2ª Las Sras/Sres Fiscales velarán también por el riguroso cumplimiento de la previsión del art. 109 *in fine* LECrim en el que se dispone que en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 del CP, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

12. 7. Pautas generales sobre interrogatorios a menores

1ª Deberán las Sras/Sres. Fiscales paliar tanto los retrasos en la citación para tomar declaración al menor en fase de instrucción, como las dilaciones en los señalamientos de juicio. Igualmente -en la medida de sus posibilidades- habrán de promover que los juicios en los que tenga que intervenir un testigo menor sean los primeros en el orden de señalamientos. Aunque los señalamientos obviamente no son competencia del Fiscal, las Sras/Sres. Fiscales en sus escritos de calificación y por medio de Otrosí, podrán interesar tales prevenciones.

2ª Cuando el testigo menor es víctima y se encuentra además en una situación de desprotección (*v.gr.* cuando ha sido objeto de malos tratos por sus progenitores) es esencial que la actuación de la Justicia penal y de las Entidades Públicas de Protección de Menores esté coordinada, y a los efectos de tal coordinación los Sres. Fiscales en tanto en cuanto son parte necesaria en el proceso penal y son superiores vigilantes de la actuación de las Entidades de Protección, habrán de desplegar toda su diligencia para evitar contradicciones o disfunciones.

3ª En sus interrogatorios, deberán las Sras/Sres. Fiscales realizar los necesarios esfuerzos por modificar el lenguaje jurídico utilizando una terminología adecuada al nivel de desarrollo del niño.

4ª La psicología del testimonio ha puesto de manifiesto que los testigos cometen mas errores cuando las preguntas son cerradas que cuando las preguntas son abiertas, de modo que se les permita el recuerdo libre, eligiendo sus propios detalles. El recuerdo libre incrementa la exactitud, por lo que es preferible iniciar el interrogatorio de manera que sea el propio testigo menor quien cuente lo que ha visto y percibido, para a continuación -y sólo a continuación- pasar a hacerle preguntas sobre puntos que puedan permanecer oscuros o sobre otros detalles adicionales sobre los que se precise información, advirtiéndole al menor que conteste sólo sobre lo que recuerde. Debe *prima facie* utilizarse la forma narrativa y *a posteriori*, progresivamente, preguntas cada vez más estructuradas.

5ª Las preguntas nunca han de contener aditivos sugestivos, ni revelar la opinión o toma de postura del interrogador. Debe ponderarse cada caso pero en ocasiones es preferible contentarse con respuestas lacónicas y declaraciones fragmentarias, pues si se obliga al niño a detallarla y completarla, se incrementará el riesgo de que éste incorpore a su declaración elementos irreales.

6º Las Sras/Sres. Fiscales procurarán que se inadmitan las preguntas que intenten menoscabar la solidez del testimonio del menor o su eficacia probatoria empleando medios, modos, o formas poco respetuosos con la dignidad del mismo.

12. 8. Valoración del testigo menor de edad

1ª La prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, y aplicando los conocimientos científicos a las condiciones del testigo y al grado de fiabilidad de sus manifestaciones, conforme a métodos profesionales, no vincula al Juzgador ni puede sustituir su función valorativa, pero sí puede ser una herramienta útil para apreciar el testimonio de menores de corta edad, en especial cuando son víctimas de un delito de naturaleza sexual.

2ª La presencia de esta pericia no dispensa al Tribunal de la función de valoración que le corresponde en exclusiva.

3ª En los casos en los que deba valorarse el contenido de una grabación de audio/video, es imprescindible que se proceda a la audición y/o visionado.

12. 9. Responsabilidad civil

1º Las Sras/Sres. Fiscales en cumplimiento de la función de velar por la protección procesal de las víctimas, habrán de promover los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. A tales efectos promoverán la total indemnización de los daños irrogados al menor, incluidos los psicológicos. Si al formular el escrito de calificación el menor continúa recibiendo tratamiento médico o psicológico, el Fiscal

fijará las bases para su inclusión en la sentencia y promoverá durante la ejecución de la misma su precisa determinación.

12. 10. Audiencia de los menores en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio

1ª La aparente contradicción entre el apartado segundo del art. 92 CC, modificado por Ley 15/2005, de 8 de julio y la regla 4ª del art. 770 LEC en relación con la audiencia del menor en punto al régimen de guardia y custodia en procesos de nulidad, separación y divorcio, ha de resolverse primando el carácter sustantivo del CC y acudiendo a la condición de *lex posterior* de la norma contenida en su actual art. 92. Por ello habrá de entenderse que la audiencia del menor no es imperativa y que su práctica queda subordinada a que se estime necesaria, en función del superior interés del menor.

2ª En todo caso, la exploración del menor deberá realizarse de forma que el menor se sienta lo más tranquilo posible y sólo en presencia del Juez, Secretario y Ministerio Fiscal, aunque quepa interesar el auxilio de psicólogos o miembros del equipo técnico adscrito al Juzgado, cuando las circunstancias lo aconsejen.

3ª Las Sras/Sres Fiscales velarán porque estas audiencias transcurran con el máximo respeto a la intimidad, dignidad y personalidad del menor afectado, evitando las preguntas directas sobre con cuál de sus progenitores desea convivir o el régimen de visitas que considera más conveniente, y optando por preguntas indirectas que revelen con cuál de los progenitores tiene una relación más intensa, quién de los dos ha asumido la mayoría de los progenitores, con quién mantiene una mejor relación, o cualquier otro extremo relevante para la decisión.

Madrid, 10 de noviembre de 2009
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO



EXCMOS. E ILMOS SRES. FISCALES SUPERIORES Y FISCALES JEFES
PROVINCIALES.