

TEMAS

# La participación del menor en el proceso judicial

Coordinador

*Joaquín Delgado Martín*

■ LA LEY



TEMAS

■ LA LEY

# La participación del menor en el proceso judicial

**Coordinador**

*Joaquín Delgado Martín*

© De los autores, 2021

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

**Wolters Kluwer Legal & Regulatory España**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

**Tel:** 91 602 01 82

**e-mail:** clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** enero 2022

**Depósito Legal:** M-83-2022

**ISBN versión impresa:** 978-84-19032-08-9

**ISBN versión electrónica:** 978-84-19032-09-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

prudencia constitucional respecto de la función tuitiva de los órganos judiciales en materias que puedan afectar a menores» (así, STC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3).

## II. EL INTERROGATORIO DEL TESTIGO MENOR DE EDAD

Como es sabido, en materia penal no se prevé el «interrogatorio de las partes»<sup>(14)</sup> y se plantea cotidianamente la circunstancia o excepción de que el testigo no solo no sea ajeno al proceso<sup>(15)</sup>, sino que además lo sea en calidad de *testigo-víctima* o perjudicado u ofendido. Así es reconocido por reiteradísima jurisprudencia, que otorga a la declaración de la víctima la condición de un testigo cualificado, de tal forma que la declaración del perjudicado, practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales, tiene consideración de prueba testifical (STC 229/1991, de 28 de noviembre). Es decir, medio probatorio idóneo o suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia, eso sí, como el resto, sometido a la valoración del juzgador.

En materia de declaraciones de menores de edad se ha venido perfilando un doctrina jurisprudencial encaminada a evitar en lo posible la victimización del menor y que ha sido finalmente positivizada en la LO 8/2021. El propio preámbulo de la LOPIVI proclama en este sentido que «es especialmente relevante la obligación de evitar, con carácter general, la toma de declaración a la persona menor de edad, salvo en aquellos supuestos que sea absolutamente necesaria», de la tal manera que «el objetivo de esta ley es que la persona menor de edad realice una única narración de los hechos, ante el Juzgado de Instrucción, sin que sea necesario que lo haga ni con anterioridad ni con posterioridad a ese momento» y «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

---

(14) De esta forma, no se entendería que, llevado al extremo, se instase la declaración como parte del representante del Ministerio Fiscal o del acusador popular.

(15) La doctrina, de manera unánime, viene considerando testigo a la persona física ajena al procedimiento que siendo capaz de dar cuenta de unos hechos es llamada al proceso para referir lo que ha percibido respecto de los mismos, bien directamente o por otros medios. Así, básicamente, tenemos que el testigo: (i) Ha de ser persona física, con capacidad de percepción y de dar razón de tal percepción (art. 417.3 LECrim). (ii.) Excepto en caso de víctima, ha de ser procesalmente un tercero. (iii) Ha de declarar sobre hechos relevantes pasados, de los que ha podido conocer de manera directa (lo preferible) o indirecta, llamado entonces «de referencia» (art. 710 LECrim, admitido, con cautelas). (iv) Para que su declaración pueda ser considerada medio probatorio, deben cumplirse una serie de previsiones procesales. (v) No le son de aplicación los derechos que asisten al inculpado, pues debe decir verdad (si no, delito art. 458 CP) y no puede acogerse al derecho a no declarar (con excepciones, arts. 411 y ss., 416 y 417 LECrim).

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». Estos principios también se desarrollan en la STS 690/2021, de 15 de septiembre, que establece los criterios en materia de declaración de menores para evitar su revictimización.

## **2.1. Principios de protección**

El preámbulo de la Ley del Estatuto de la víctima del delito declara que es «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». De esta forma, impone formación específica a los actores jurídicos (art. 30) y se configura un catálogo reforzado de derechos para los menores víctimas, desde la necesaria adaptación del lenguaje en las comunicaciones (art. 4), el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo y a la evaluación individual (arts. 10 y 23), a la protección (art. 19), que denominaremos eficaz o reforzada, tanto durante la fase de investigación (arts. 21 y 25) como en el juicio oral (art. 26) y, asimismo, el respeto a la intimidad del menor (art. 22).

Específicamente, el art. 26 LEV dispone medidas de protección para menores que han visto su reflejo en la modificación de diversos artículos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que trataremos seguidamente, encaminadas a «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».

La LOPIVI, dentro del derecho a la atención integral (arts. 1 y 12), establece no solo la posibilidad de que la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, pueda acordar las medidas de protección previstas en la normativa específica aplicable en materia de protección a testigos (art. 20.3) sino además reforzadas en supuestos de intervención ante casos de explotación sexual y trata de personas menores de edad sujetas a medidas de protección, sin perjuicio de que también reforma la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de tal forma que «la violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero» (art. 1.4 LO 1/2004).

## 2.2. Madurez del menor. Pericial del testimonio

Para la declaración de la víctima menor la ley no establece ningún límite de edad (art. 11.1 LOPIVI), de modo que en principio será posible su declaración con independencia de la edad. Respecto al testigo menor de edad, la CFGE 3/2009, indica que «todos los niños debieran ser tratados como testigos capaces sometidos a examen y su testimonio no debiera presumirse inválido o tratado con desconfianza por la sola razón de la edad siempre que su desarrollo mental permita la observación de hechos y su transmisión inteligible a terceros, con o sin ayudas o asistencias». Por tanto, no hay limitación legal, en principio, a que presten declaración<sup>(16)</sup>, sin perjuicio de las especialidades a la hora de tomarles declaración (v. gr., arts. 433, 449 ter, 707-II, 731 bis y 777.3 LECrim o art. 221.3 LOPJ) aunque en caso de testigos de muy corta edad también se viene acompañando de pericial psicológica respecto a la credibilidad del testimonio<sup>(17)</sup>, lo cual ha venido planteando conflictos por cuanto este apoyo probatorio, el informe psicológico previo, no es algo que se deba entender de aplicación meramente automaticista sino que deberá valorarse su idoneidad y pertinencia en cada caso concreto<sup>(18)</sup>.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que el art. 23.3 LEV, en línea con el art. 1.2 de la Directiva 2012/29/UE en cuanto a que «prevalecerá un planteamiento sensible a la condición de menor», dispone que «a lo largo del

---

(16) Como vemos, no existe una edad límite para declarar o no en el proceso penal, si bien habrá que tener en cuenta a efectos de inhabilidad que conforme art. 417.3 LECrim «no podrán ser obligados a declarar como testigos: [...] 3.º Los incapacitados física o moralmente».

(17) Conforme STS 714/2020, de 18 de diciembre, debe contener los siguientes criterios de credibilidad: Estructura lógica: lo relatado por la menor tiene un sentido lógico, coherencia interna y también un sentido global. Cantidad de detalles. La menor debe proporcionar detalles sobre el contexto y las personas involucradas. Incardinación contextual: la menor describe perfectamente un contexto físico y también temporal en el que suceden los abusos. Se analizan detalles superfluos, asociaciones externas relacionadas o detalles característicos. Y por lo que respecta a los criterios de validez, suelen emplearse los siguientes: La informada ha de utilizar un lenguaje y conocimientos sobre sexualidad apropiados a su edad y desarrollo cognitivo. Se aprecia una adecuación entre el relato y su expresión emocional. No se debe apreciar susceptibilidad a la sugestión. La entrevista debe realizarse respetando la forma del relato libre. Las preguntas posteriores no deben ser coercitivas, y deben realizarse con la adecuada técnica apropiada a la edad del informado. Deben constatarse, si se apreciaran, motivos que justifiquen una falsa información o presiones para ello. Se debe valorar, en todo caso, la oportuna coherencia y consistencia con otras declaraciones realizadas por el menor informado.

(18) De tal manera que como declara la STS 436/2013, de 17 de mayo, «someter a cualquier ofendido por el delito a un test de credibilidad que arranque de la sospecha sobre la veracidad de su denuncia, menoscabaría el estatuto jurídico de la víctima e implicaría un inaceptable retroceso en el cuadro de garantías que, sobre todo en los últimos tiempos, define su posición en el proceso».

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».

En la práctica, las diligencias sobre la credibilidad del testimonio y apoyo técnico de expertos (psicólogos, trabajadores sociales, etc.) para los denominados «menores maduros» no serán necesarias<sup>(19)</sup> si bien de admitirse el informe psicológico también es recomendable pronunciamiento respecto a 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. De esta forma, se ampara que, en caso de constatarse grave riesgo psicológico en el informe pericial o la edad del menor sea tan corta que haga presumir el olvido de los hechos, no se cite como testigos a los menores para el acto del juicio oral cuando los expertos consultados desaconsejen fundadamente tal citación, debiéndose acudir entonces a la práctica de la realización de prueba preconstituida (arts. 449 ter y 777.3 LECrim)<sup>(20)</sup>. Es más, cuando la víctima sea un menor de muy corta edad, propugna la CFGE 3/2009 que no proceda ni siquiera la preconstitución probatoria, acudiendo en ese caso a la valoración como prueba de cargo del testimonio de referencia (art. 710 LECrim) de los padres o de terceras personas, si bien con las cautelas que deben merecer dichos testimonios en la valoración judicial, en los términos de la ya citada STS 690/2021, de 15 de septiembre<sup>(21)</sup>.

---

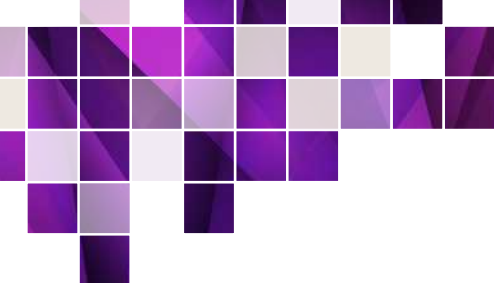
(19) Nótese, si bien para procesados, que el art. 380 LECrim dispone: «Si el procesado fuere mayor de nueve años y menor de quince, el Juez recibirá información acerca del criterio del mismo, y especialmente de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiese dado motivo a la causa». También el art. 409 LECrim previene que «Para recibir declaración al procesado menor de edad no habrá necesidad de nombrarle curador».

(20) En este sentido, conforme criterios de la «Guía de recomendaciones para las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en el ámbito de la atención a las víctimas del delito en la infancia y la adolescencia», del Grupo de trabajo sobre menores víctimas del delito del Consejo Asesor de Asistencia a la Víctimas, «las OAV podrán emitir informe de especial vulnerabilidad de los NNA, víctimas del delito, y se pronunciarán sobre la conveniencia, en su caso, de realizar la exploración judicial como prueba preconstituida».

(21) Los testimonios de referencia solo son válidos ante la imposibilidad del testimonio de la persona concernida (STS 410/2011, de 12 de mayo) y con corroboración por otros medios de prueba. La STS 429/2002, de 8 de marzo, con relación a un supuesto en que la víctima tenía 3 años y medio aborda la delicada situación en el proceso penal de que un acusado se le declare culpable con base en declaraciones inculpatórias de testigos de referencia y no presenciales. Según STS 733/2017, de 15 noviembre, si la víctima se acoge a su derecho a no declarar conforme art. 416 LECrim se impide el uso de testigos de referencia. La STS







**D**estacadísimos expertos analizan en profundidad la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a riesgos de especial gravedad, abordando las novedades introducidas por la Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPVI). Entre otras muchas cuestiones, se analiza ¿cómo mitigar los efectos negativos de su participación en el proceso judicial?, ¿cuál es su estatuto en el proceso penal: práctica de la declaración, pericial del testimonio, preconstitución de la prueba, tutela de la privacidad, conflictos con los responsables del menor?, ¿qué consecuencias tiene la LOPVI sobre los procesos de familia y menores: fijación y suspensión de visitas/estancias y comunicaciones, uso de la vivienda familiar...?, ¿cómo proteger a quienes viven en ambientes de violencia familiar o sufren violencia de género y cómo abordar la dispensa del deber de denunciar y de declarar?, ¿cómo funciona el principio de oportunidad en la jurisdicción de menores y cuáles son los efectos de la LOPVI sobre la LO 5/2000?, ¿cómo establecer un marco digital seguro frente a la violencia en Redes Sociales, especialmente en materia sexual y en relación con los contenidos ligados al suicidio, la autolesión y los trastornos alimenticios? ¿Qué aportan los programas de parentalidad positiva relación con los trabajos en beneficio de la comunidad y la suspensión de la pena?, ¿qué novedades introduce la LOPVI en el CP: agravación por edad, aporofobia y exclusión social, prescripción, perdón?, etc.

