



VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

El Derecho internacional y europeo de los derechos humanos relativo a la práctica de la declaración del niño como prueba en el proceso penal

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Isabel Maravall Buckwalter

Directores:

Dr. Jorge Cardona LLorens

Catedrático de Derecho Internacional Público

Departamento de Derecho Internacional “Adolfo Miaja de la Muela”

Facultad de Derecho, Universitat de València

Dra. Ana Montesinos García

Profesora investigadora contratada

Departamento de Derecho Procesal y Administrativo

Facultad de Derecho, Universitat de València

Programa de doctorado en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible

Valencia, mayo 2017

A mi madre y a mi padre
Shelley Buckwalter y Agustin Maravall

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	11
ACRÓNIMOS	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 1. LA VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL NIÑO A LO LARGO DE LA HISTORIA Y LOS PRINCIPIOS GUÍA PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES CON MENORES.....	25
1. El desarrollo de un sentimiento hacia los niños a lo largo de la historia y su cristalización en el derecho internacional.....	26
1.1. De la antigüedad hasta 1989	26
1.2. La cristalización de los derechos del niño en el derecho internacional: La Convención de los Derechos del Niño de 1989.....	33
1.3. El concepto de niño consolidado en el Derecho Internacional.....	36
2. La especificación del proceso penal para responder a los intereses y características de la infancia.....	38
2.1. La especificación del proceso penal a la naturaleza de la delincuencia juvenil	38
2.2. La valoración del testimonio infantil: de su exclusión a su inclusión como prueba fiable y creíble.....	43
3. Los principios guía para la práctica de la prueba en los procesos penales con menores.....	50
CAPÍTULO 2. LA AUSENCIA DE COERCIÓN EN EL PROCESO PENAL.....	53
1. Declaraciones obtenidas a través de torturas y de tratos inhumanos o degradantes.....	55
1.1. Los elementos constitutivos de la tortura y de los tratos crueles inhumanos o degradantes	57

1.1.1. Dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales.....	58
1.1.2. Con el fin de obtener de ella o de un tercero información, castigarla, o de intimidar o coaccionar.....	66
1.1.3. Infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas.....	67
1.1.4. Sanciones Legítimas.....	70
1.2. La inadmisibilidad de las declaraciones obtenidas a través de tortura y de tratos inhumanos o degradantes.....	70
1.3. En el ordenamiento español.....	80
2. Las declaraciones obtenidas a través de otros tipos de coerción: el uso del engaño y de la trampa.....	82
2.1. El uso del engaño y la trampa como método para la obtención de prueba.....	82
2.2. Limitaciones al uso de las tácticas encubiertas por parte de la normativa internacional.....	88
2.3. En el ordenamiento español.....	91
 CAPÍTULO 3. LAS GARANTÍAS QUE PERMITEN LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DEL NIÑO EN EL PROCESO PENAL.....	93
1. La importancia de la evaluación personalizada.....	95
1.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	95
1.2. En el ordenamiento español.....	99
2. El derecho del niño a ser informado.....	102
2.1. Derecho a ser informado sin demora.....	103
2.1.1. En el derecho internacional de los Derechos Humanos.....	103
2.1.2. En el derecho español.....	106
2.2. Derecho a ser informado directamente o a través de sus padres.....	107
2.2.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	107
2.2.2. En el derecho español.....	109
2.3. Derecho a ser informado de forma detallada.....	111
2.3.1. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	111
2.3.2. En el derecho español.....	116

3. La asistencia letrada	118
3.1. La asistencia letrada del menor sospechoso o acusado.....	119
3.1.1. Ámbito de aplicación	120
3.1.2. Momento procesal a partir del cual se ha de brindar al menor asistencia letrada.....	124
3.1.2.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	124
3.1.2.2. En el derecho español	128
3.1.3. La función del abogado.....	129
3.1.3.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	129
3.1.3.2. En el derecho español	132
3.1.4. La renuncia a la asistencia letrada	133
3.1.4.1. La validez de las renunciaciones de los niños a derechos esenciales.....	133
3.1.4.2. La validez de la renuncia llevada a cabo por un menor avalada por la jurisprudencia.....	135
3.1.4.2.1. En el derecho internacional de los Derechos Humanos.....	135
3.1.4.2.2. En el ordenamiento español.....	139
3.1.5. Excepciones a la asistencia letrada	140
3.1.5.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	140
3.1.5.2. En el derecho español	144
3.2. La asistencia letrada del niño víctima o testigo	145
3.2.1. En el Derecho internacional de los derechos humanos.....	145
3.2.2. En el derecho español	147
4. La presencia de los padres o tutores durante la declaración del menor.....	147
4.1. La obligación de informar a los padres o al tutor sobre la detención de sus hijos/tutelados o de comunicarse con un tercero durante la privación de libertad.	148
4.1.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	148
4.1.2. En el ordenamiento español.....	151
4.2. La presencia de los padres a lo largo del proceso.....	152
4.2.1. Niños sospechosos y acusados.....	152
4.2.1.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	152
4.2.1.2. En el derecho español	154
4.2.2. Niños víctimas y testigos	154
4.2.2.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	154

4.2.2.2. En el derecho español	155
4.3. La existencia de un conflicto de intereses entre los padres y el niño	155
4.3.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	155
4.3.2. En el ordenamiento español.....	159
5. La grabación en vídeo de la declaración prestada en fase de instrucción	161
5.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	161
5.2. En el ordenamiento español.....	166
6. La especialización en infancia.....	167
6.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	167
6.2. En el derecho español	168
CAPÍTULO 4. EL DERECHO A LA CONFRONTACIÓN Y MEDIDAS PARA PROTEGER A LOS NIÑOS EN EL PROCESO PENAL.....	171
1. El derecho a la confrontación y sus límites.....	171
2. Medidas especiales de protección	176
2.1. El factor tiempo y su incidencia en las declaraciones de los niños	177
2.2. Los espacios y su importancia a la hora de permitir la participación efectiva del niño en el proceso penal.....	180
2.2.1. Salas de espera separadas, el uso de mamparas, despejar la sala de público.....	181
2.2.2. Medidas que apartan al niño del juicio oral.....	186
2.2.2.1. Estudios criminológicos sobre la efectividad de estas medidas.....	186
2.2.2.2. El uso de la videoconferencia	189
2.2.2.2.1. En el derecho internacional de los derechos humanos	189
2.2.2.2.2. En el ordenamiento español.....	191
2.2.2.3. La admisibilidad de las declaraciones pre-constituídas en la fase de instrucción de niños víctimas y testigos.....	192
2.2.2.3.1. En el derecho internacional de los derechos humanos	192
2.2.2.3.2. En el ordenamiento español.....	197
3. La dispensa del deber de declarar de víctimas y testigos por relación de parentesco.....	198

3.1. Fundamento de la dispensa del deber de declarar: la protección de la vida privada y familiar del niño.....	198
3.2. Alcance de la dispensa del deber de declarar en relación a los niños.....	199
3.2.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	200
3.2.2. Privilegios testificales que amparan a los niños en el derecho comparado.....	206
3.2.3. En el ordenamiento español.....	206
3.3. La dispensa del deber de declarar cuando el menor es víctima.....	208
3.3.1. No informar a la víctima de su derecho a dispensa.....	209
3.3.2. Presunciones de madurez (o de capacidad).....	210
3.3.3. La decisión del menor o de su representante legal de acogerse a la dispensa.....	220
CAPÍTULO 5. EL REQUISITO DE LA CORROBORACIÓN ANTE LA AUSENCIA DE CONFRONTACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL NIÑO.....	229
1. La doctrina de la “única y decisiva prueba” (<i>sole and decisive rule</i>).....	230
2. Pruebas de corroboración que sirven para valorar la ausencia de un consentimiento genuino por parte de un menor.....	237
3. El testimonio de referencia.....	238
3.1. La admisibilidad del testimonio de referencia en el derecho internacional de los derechos humanos.....	238
3.2. En el ordenamiento español.....	243
4. El uso de prueba circunstancial (<i>circumstantial evidence</i>).....	246
4.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	246
4.2. En el derecho español.....	253
5. El recurso a la prueba pericial: los informes de los expertos testigos (<i>expert witnesses</i>).....	256
5.1. En el derecho internacional de los derechos humanos.....	256
5.2. En el ordenamiento español.....	259
CONCLUSIONES.....	263
BIBLIOGRAFÍA.....	279

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA CITADA.....313

ANEXO.....325

AGRADECIMIENTOS

Quisiera expresar mi más sincero agradecimiento a determinadas personas que me han acompañado a lo largo de estos años durante la elaboración de esta tesis doctoral.

A los profesores y compañeros de doctorado de la Universidad de Valencia que han demostrado interés por mí y por mi trabajo durante todos estos años.

Al abogado Rafael Iniesta, que me acompañó por la Ciudad de la Justicia para asistir a los juicios de menores y entrevistarme con los jueces fiscales y asistir a los interrogatorios en fiscalía de menores.

Al departamento de derecho internacional “Adolfo Miaja de la Muela” por dejarme utilizar el despacho mientras terminaba la tesis.

A Susana de Tomás por haber confiado en mí y haberme permitido dar clase mientras terminaba la tesis.

A Marisa Sáez de la Consellería de Bienestar Social que me abrió las puertas de los centros de reeducación de menores de la Comunidad Valenciana, a los menores que allí me contaron sus observaciones y a los directores de los centros, trabajadores sociales y psicólogos.

A Marga García Padilla por sus observaciones, ánimos y ayuda con la bibliografía de la tesis.

A mis amigos, en especial a José Juan Castelló, Mar Moreno y María Sabina por los ánimos, los consejos y la ayuda.

A mis Directores de tesis, por ser tan amables, cariñosos, atentos y exigentes conmigo. A la profesora Ana Montesinos, por la dedicación y esfuerzo, por su cercanía y constante apoyo a lo largo de este trabajo. Al profesor Jorge Cardona Llorens, maestro de vida y amigo, gracias de corazón por todo lo que has hecho por mí, tu apoyo y enseñanzas, a lo largo de estos años.

A mi familia, por todo el apoyo y por ser la fuente de tanta alegría y felicidad.

A Diego Bonil Vaca, en especial, porque no fue solo fortuna conocerte, gracias por hacer que estos años vividos contigo en Valencia hayan sido de los más felices de mi vida.

ACRÓNIMOS

ACNUR: Alto Comisionado de Naciones Unidas para el Refugiado

CDN: Convención de los Derechos del Niño de 1989.

NNUU: Organización de las Naciones Unidas.

UE: Unión Europea

UNICEF: United Nations International Children's Emergency Fund.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ONG: Organización No Gubernamental.

ISN: Interés Superior del Niño.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

IUWC: International Union for Child Welfare.

ECOSOC: Consejo Económico y Social.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CLMS: Critical Legal Studies Movement.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECRim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TS: Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

LORPM: Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores

UNCAT: Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos Inhumanos o Degradantes

RPP: Reglas de Procedimiento y de la Prueba

ECPI: Estatuto Corte Penal Internacional

ETPAY: Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia

BOE: Boletín Oficial del Estado

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

PIDCP: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

INTRODUCCIÓN

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 fue un hito en la historia del marco normativo de las Naciones Unidas. A partir de entonces el derecho internacional de los derechos del niño ha experimentado un intenso desarrollo en diferentes esferas del derecho. Sin embargo, es un texto normativo que no alcanza todos los ámbitos que impactan sobre los niños y en la actualidad hay áreas que permanecen sin ser apenas estudiadas.

Este trabajo tiene por objeto analizar una muy específica: El marco normativo que rodea la práctica de la declaración de un niño cuando es sospechoso, acusado, víctima o testigo en el proceso penal. Se trata de un tema de actual importancia porque, desafortunadamente, los menores participan en la comisión de delitos y son víctimas y testigos de ellos, no solo dentro de las fronteras de los Estados sino también trascendiéndolas.

La tesis de este trabajo se fundamenta en que el derecho procesal penal se articula principalmente sobre los adultos y que los niños son un añadido. A través del estudio comparado de la normativa internacional relativa a la práctica de la prueba penal sobre los niños se destapan numerosas lagunas, vacíos y contradicciones entre normas de diferentes ámbitos jurisdiccionales que pueden provocar que los niños caigan dentro de esos huecos, provocando una desprotección, o una discriminación injustificada en su contra.

El objetivo de este trabajo se ha centrado en analizar los lugares en los que las normas se entrecruzan, evidenciando los posibles fallos o limitaciones y proponiendo posibles iniciativas o cambios que pueden conducir a que el ordenamiento, en este área de los derechos humanos, sea más garantista y equitativo.

* * *

El estudio del objeto de este trabajo se ha fundamentado en dos tipos de fuentes: unas de carácter doctrinal y otras de carácter práctico.

En relación a las primeras, como fuentes primarias se han analizado la normativa y jurisprudencia internacional de diferentes organismos, internacionales, europeos y nacionales. Como fuentes secundarias, se ha utilizado una bibliografía extensa, principalmente obtenida

de monografías, artículos académicos y documentos de Organizaciones Internacionales. Para su obtención se han empleado no solo los recursos bibliográficos de la Universidad de Valencia, sino también los proporcionados durante las estancias de investigación de seis meses en Grenoble, Francia, en la Biblioteca de la Universidad Pierre Mendes (UPMF) y la del *Centre d'etudes sur la sécurité internationale et les coopérations européennes* (CESICE) y durante la estancia de cuatro meses en la biblioteca del Max Planck Institute for *Foreign and International Criminal Law* en Friburgo. También, gracias al programa en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, durante dos años se ha tenido acceso a las bases de datos de la Biblioteca Bodleiana de la Universidad de Oxford.

En relación a las fuentes de carácter práctico, ha sido fundamental para este trabajo dos trabajos de campo llevados a cabo, el primero, en el Alto Comisionado de Naciones Unidas para el refugiado (ACNUR) en Malasia durante una estancia de cuatro meses y, el segundo, en la Comunidad Valenciana en los centros de reeducación de menores.

El trabajo de campo llevado a cabo en la Unidad de Determinación del Estatuto del Refugiado y en la Unidad de Determinación del Interés Superior del Niño de ACNUR, fue fundamental en el aprendizaje de métodos para entrevistar a adultos y niños y para conocer las mejores prácticas para la obtención de pruebas que habrían de servir para justificar la valoración y adopción de la decisión en el interés superior de estos últimos. Las observaciones de los trabajadores en ACNUR y de los niños permitieron reflexionar sobre las diferentes garantías que han de regir los procesos con niños a diferencia de los adultos.

También fueron de imprescindible aportación el trabajo de campo que se emprendió por seis meses en los centros de reeducación de menores en la Comunidad Valenciana durante el curso 2011-2012. En este trabajo se entrevistó a sesenta y siete menores, de diferentes edades y perfiles delictivos, con una medida de privación de libertad de diferente duración y en diferente régimen, en cinco centros distintos. Este trabajo permitió acercar el estudio a los problemas que los niños reflejaron de su experiencia en su paso por el proceso penal. Como parte de este trabajo también entrevisté a psicólogos, trabajadores sociales y los directores de los centros de reeducación. Además también se dedicó un mes a presenciar juicios de menores y entrevistas llevadas en Fiscalía de Menores a menores en la Ciudad de la Justicia de Valencia, pudiendo también hablar con abogados dedicados al turno de menores, Jueces de Menores y Fiscales. Esta experiencia me permitió poder observar y analizar el proceso penal de cerca. Si bien los resultados de este trabajo de campo no han integrado esta tesis doctoral y aún no han sido publicados, las observaciones, comentarios y críticas tanto de los

menores como de los profesionales que me fueron referidas se han reflejado a lo largo de esta tesis.

* * *

Para abordar el estudio del marco normativo internacional de los derechos humanos aplicable a los procesos penales con menores, tanto en su condición de sospechosos o acusados como de víctimas o testigos, se ha procedido a realizar un análisis comparativo de las normas vigentes sobre la materia presentes en los distintos niveles jurisdiccionales, comparando las normas de ámbito internacional y europeo que asientan el entramado jurídico objeto del estudio y cuya doctrina y jurisprudencia lo complementan.

Tras la fijación del marco normativo y jurisprudencial se ha sistematizado el estudio ordenándolo en sistemas coherentes siguiendo un orden lógico. En derecho internacional el objeto de este trabajo cuenta con una presentación asistemática y dispersa de normas jurídicas, no existiendo una normativa unificada, sino fragmentada en diferentes textos y perteneciente a distintos ordenamientos jurídicos y órdenes jurisdiccionales. En este trabajo se intenta ofrecer un orden a cómo la norma y la jurisprudencia han asentado criterios para obtener declaraciones de los niños en el marco del proceso penal. Con este fin se propone como punto de partida un análisis histórico para contextualizar al lector y ofrecer un desarrollo cronológico sobre el tema objeto de este trabajo. Tras este análisis se procede a dividir el estudio en cuatro capítulos correspondientes a cuatro ejes temáticos: en primer lugar, y como cuestión fundamental sobre la que el derecho internacional de los derechos humanos ha invertido notables esfuerzos, la eliminación de toda forma de *coerción* en el proceso penal. Puesto que la coerción es difícil de controlar, especialmente si se lleva a cabo durante la fase de instrucción del proceso penal, los tribunales internacionales de los derechos humanos, para cerciorarse de la ausencia de coerción, han hecho hincapié en dotar de efectividad a determinadas garantías que aseguran que el proceso está libre de coerción y que los niños pueden *participar* en igualdad de condiciones que los adultos, tanto como sospechosos o acusados, como en su condición de víctimas o testigos. De entre las garantías específicas que se han de implementar en los casos con niños, la jurisprudencia internacional ha avalado excepciones al derecho de la defensa a la *confrontación*. En este sentido se han permitido variaciones a la confrontación directa que permiten la implementación de

determinadas medidas para proteger a los menores en el proceso penal y que puedan declarar libres de miedo e intimidación. Sin embargo, cuando la confrontación no es posible por diferentes motivos, la jurisprudencia exige que exista prueba de *corroboración*. Ofreciendo esta estructura se propone un orden a una serie de conocimientos sobre esta área del derecho y se resaltan sus claras relaciones y dependencias recíprocas.

A partir de este orden brindado, se ha seguido, para cada uno de los ejes temáticos, un método deductivo a través de una jerarquía fundamentada en unos criterios de clasificación: el primer criterio de clasificación se ordena tomando como referencia la fuente de la normativa y jurisprudencia analizadas, es decir, se ordena el estudio comenzando por el marco internacional y el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia de los organismos regionales de protección de los derechos humanos. En algunos apartados específicos se ha hecho referencia no solo a la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos, sino que también se ha incluido la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. También se ha recurrido a otros sistemas regionales de protección (*i.e.* el latinoamericano), no obstante, el foco de atención de la tesis se ha encuadrado en el sistema europeo. En segundo lugar, se han reconducido las observaciones al ordenamiento español, para analizar en qué medida el derecho español está implementando los derechos del niño en la práctica de la declaración del niño. Este análisis ofrece además la posibilidad de constatar a través del estudio específico de un sistema jurídico nacional la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos.

El segundo criterio de clasificación, que nos ha permitido hacer un análisis transversal de la protección del niño de forma holística por parte del ordenamiento procesal penal internacional, se ha fundamentado en el estudio de la normativa desde dos posiciones procesales: sospechosos y acusados de una parte y víctimas y testigos de otra. Este es un trabajo útil a efectos de determinar diferentes protecciones y permite destacar vacíos o lagunas que pueden dejar eventualmente desprotegidos a los niños en el proceso penal.

Este estudio deductivo nos ha permitido llegar a conclusiones que nos han facultado para individualizar lagunas, contradicciones específicas en la norma para cada cuestión analizada destacando los fallos y problemas específicos que se pueden plantear sobre los niños cuando son sospechosos y acusados y víctimas y testigos. El método deductivo se ha complementado con el inductivo, puesto que de las conclusiones que se deducen del análisis de cada cuestión que puede afectar al menor, se desprenden o se subsumen observaciones que nos permiten

ofrecer un análisis crítico general al marco normativo internacional de los derechos humanos sobre esta cuestión.

* * *

Al comenzar este estudio no hacía mucho que se habían publicado los primeros trabajos específicos sobre proceso penal y prueba en relación al derecho internacional de los derechos humanos. El primer trabajo sistemático sobre esta cuestión se publicó por Stefan Trechsel y Sarah J. Summers en 2005 en una obra titulada *Human rights in criminal proceedings*. Este trabajo estudia principalmente las garantías a un juicio justo y su alcance en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la que podemos considerar primera monografía específica sobre prueba penal y derechos humanos se publicó en 2012 por John D. Jackson, Sarah J. Summers bajo el título *The internationalisation of criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions*. Ya este título indica el hecho de que la cuestión de la prueba penal no es un área únicamente del derecho nacional y que debido al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos se hace inevitable que la jurisprudencia internacional acabe regulando indirectamente cuestiones relativas a su práctica en los ordenamientos nacionales. La tesis de Jackson y Summers se basa en que se está desarrollando un marco normativo internacional específico sobre la prueba penal que trasciende las tradiciones del *common law* y del derecho continental. Estos trabajos ofrecen un análisis sistemático pero general, sin hacer un estudio específico relativo de la norma y su implementación sobre los niños.

En relación a esta cuestión, pero de forma más específica, un trabajo relevante lo hizo Stefano Maffei en 2006 titulado *The European right to confrontation in criminal proceedings: Absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Este trabajo realiza un análisis principalmente fundamentado en jurisprudencia internacional sobre las variaciones permitidas al derecho a la confrontación directa que se han permitido paulatinamente por parte de la jurisprudencia de los derechos humanos europea para poder satisfacer y equilibrar los intereses y derechos de las víctimas y testigos en el proceso penal. Maffei estudia, a diferencia de los dos trabajos más generales anteriormente citados, cuestiones específicas aplicables a los menores como testigos vulnerables, pero dedica sus esfuerzos principalmente a analizar la jurisprudencia europea aplicable a testigos ausentes, y por tanto las

observaciones relativas a los niños son escuetas y tangenciales. El cuarto trabajo publicado en 2012 sobre esta cuestión lo editaron Paul Roberts y Jill Hunter bajo el título *Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions*. Este trabajo cuenta con contribuciones de reconocidos profesores en derecho penal y criminología sobre determinadas cuestiones relativas a la práctica de la prueba penal desarrolladas por el derecho internacional de los derechos humanos que pueden tener un impacto sobre la normativa de los sistemas del *common law*. A lo largo del trabajo se desprenden observaciones que tienen importancia aplicadas a los niños, pero no se lleva a cabo un análisis sistemático sobre la cuestión.

En segundo lugar, estudios sobre el derecho internacional de los derechos del niño hay muchos, específicamente aplicados al proceso penal hay que destacar los trabajos de Geraldine Van Bueren, entre los que destaca *The international law on the rights of the child* publicado en 1998 que es uno de los trabajos más conseguidos, más profundos y analíticos sobre el derecho internacional de los derechos del niño. No obstante, en este trabajo Van Bueren dedica solo un capítulo a la justicia juvenil y no lleva a cabo un estudio sobre los menores víctimas y testigos, haciendo referencia únicamente a ellos al analizar el derecho a la vida privada y familiar. También hay que mencionar, si bien también es general sobre los derechos del niño, el trabajo de Ursula Kilkelly publicado en 1999, *The child and the European convention on human rights*.

Sobre la implementación de los estándares internacionales relativos a la prueba penal aplicada a menores no hay ningún estudio sistemático. Sí encontramos aportaciones sobre esta cuestión enfocadas a otros grupos, como por ejemplo es de destacar el trabajo por parte de la literatura feminista, editado por Mary Childs y Louise Ellison, *Feminist perspectives on the Law of evidence* y publicado en el año 2000, que también recoge contribuciones relevantes sobre como los prejuicios de género se infiltran en el derecho probatorio. Observaciones desde esta perspectiva son útiles puesto que son de aplicación analógica a los niños.

En segundo lugar, en relación a estudios específicos sobre prueba y menores en un nivel nacional que de manera esporádica consideran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos nos encontramos principalmente estudios sobre el menor víctima y testigo. Un trabajo innovador y de referencia publicado en 1990 por dos profesores de la Universidad de Cambridge, John R. Spencer y Rhona H. Flin *The evidence of children: The law and the psychology* realiza un estudio comparativo y sistemático sobre esta cuestión, pero aplicado al

ordenamiento del *common law* de Reino Unido. No obstante, el trabajo consta de un capítulo donde se hace un análisis comparado en relación a otros ordenamientos jurídicos. En relación al ordenamiento español, el estudio de la víctima por parte del ordenamiento procesal se ha llevado a cabo por varios autores que se encuentran reflejados a lo largo de este trabajo. Hay que destacar dos concretamente por ser sistemáticos sobre esta cuestión: el trabajo publicado en 2005 por Xulio Ferreiro Baamonde titulado *La Víctima en el proceso penal*. Uno de más reciente publicación es el de Juan Luis Gómez Colomer titulado *Estatuto jurídico de la víctima del delito: la posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, publicado en 2015. Ambos trabajos estudian la posición de la víctima en el proceso penal de forma general, si bien se hacen observaciones relativas a menores, no son específicos sobre niños y no se enfocan desde la perspectiva del derecho internacional. Hay un estudio no obstante de derecho comparado aplicado a menores víctimas editado por Teresa Armenta Deu y Susana Oromí Val-Llovera bajo el título *La víctima menor de edad: un estudio comparando Europa/América* publicado en 2010 donde se analizan cuestiones sobre las declaraciones de los menores víctimas en el marco del derecho español y latinoamericano, pero la referencia al derecho internacional de los derechos humanos es breve.

Hay que destacar que existe una ausencia de estudios específicos sobre la declaración de los niños sospechosos y acusados en el proceso penal. Tampoco hay un estudio que analice la prueba en el proceso penal aplicada a menores contemplando ambas posturas procesales y comparando su protección y garantías para destacar diferencias de protección y lagunas en la ley. Hay una tendencia a considerar únicamente una sola posición y generalmente la doctrina ha tendido a enfocar su atención sobre la víctima menor en el proceso penal. Hay no obstante un amplio abanico de referencias en el campo de la criminología a los menores sospechosos y acusados y a los factores que pueden incidir en la obtención de sus declaraciones. En este sentido, un estudio de referencia es el de Thomas Grisso, *Juveniles' waiver of rights. Perspectives in law and psychology* publicado en 1981. En relación a estudios desde el ámbito de la psicología y la criminología relativos a menores víctimas y testigos son referencias fundamentales en este campo los numerosos trabajos de Stephen J. Ceci, Maggie Bruck y Gail Goodman citados en este trabajo.

* * *

En relación a la estructura, el trabajo inicia el recorrido a partir de un análisis histórico de los cambios en la forma de valorar la declaración del niño en el proceso penal y los principios guía que han de guiar a los profesionales en la práctica de la prueba. Con este fin se analiza en primer lugar, el desarrollo de un sentimiento hacia los niños que cristalizó en la Convención de los Derechos del Niño cambiando el paradigma internacional. En segundo lugar, se pasa a analizar cómo el cambio de concepto de niño afectó a la evolución específica de su consideración por el proceso penal, desarrollando los primeros sistemas de justicia juvenil que adaptaron el proceso a la naturaleza y características de la infancia y el paso por parte del ordenamiento a valorar el testimonio infantil como fiable y creíble. En tercer lugar, se analizan los principios fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño de gran importancia en la implementación de los estándares internacionales a la declaración de los niños en el proceso penal.

El segundo capítulo de este trabajo analiza el marco internacional de los derechos humanos que prohíbe la coerción en el proceso penal aplicable los niños. Con este fin se analiza en primer lugar las declaraciones obtenidas a través de torturas y de tratos inhumanos o degradantes y en segundo lugar las declaraciones obtenidas a través de otro tipo de coerción como son el uso del engaño y de la trampa.

El tercer capítulo estudia las garantías que han de acompañar las declaraciones de los niños en el proceso penal que permiten no solo que los niños declaren libres de coerción, sino también participar en igualdad de condiciones que un adulto. Con este fin se analizan las garantías que se recogen en el derecho internacional de los derechos humanos, su alcance y sus limitaciones.

El cuarto capítulo, dedica su atención al análisis de las limitaciones impuestas por la jurisprudencia internacional al derecho a la confrontación directa de la defensa cuando la víctima o testigo es un niño en el proceso penal, y desarrolla las diferentes medidas que se han implementado por parte de los ordenamientos nacionales y que han sido avaladas por la jurisprudencia internacional, haciendo hincapié en sus limitaciones. En cuarto lugar, se analiza la dispensa del deber de declarar como derecho de las víctimas y testigos para no tener que declarar en virtud de parentesco y los efectos que dicho derecho puede tener sobre los niños cuando son testigos y cuando son víctimas.

El quinto capítulo se dedica a la corroboración como requisito exigido por el derecho internacional de los derechos humanos cuando la defensa no puede confrontar la declaración de un menor. Este capítulo analiza, en primer lugar, el alcance de este requisito y sus limitaciones en la jurisprudencia internacional. En segundo lugar, se examinan tres tipos diferentes de pruebas que pueden ser de utilidad para corroborar casos en que no se ha podido llevar a cabo la confrontación de la declaración de un niño por parte de la defensa, el testimonio de referencia, la prueba circunstancial y la prueba pericial a través de los informes de los expertos testigos.

* * *

Para terminar esta introducción, es importante hacer mención a la terminología empleada a lo largo de este trabajo. En primer lugar, hemos utilizado el término “niño” refiriéndonos a niños, niñas y adolescentes. Entendemos que en castellano el término es masculino sin embargo lo usamos en términos neutros. Consideramos por “niño” toda persona por debajo de los 18 años. Reconocemos que este trabajo puede ser insensible en algunos puntos a las diferencias y maneras de experimentar de los adolescentes en relación a niños que todavía no han llegado a la adolescencia. Hemos utilizado alternativamente el término niño y menor, aunque reconocemos que el término menor posee una connotación negativa, no obstante, a efectos de este trabajo recurrimos a este término para referirnos a personas menores de 18 años de edad.

En relación a la terminología empleada para designar las diferentes etapas del proceso penal, hemos recurrido a la empleada principalmente por el derecho internacional, puesto que los ordenamientos nacionales difieren entre sí a la hora de denominar la situación del individuo a lo largo del proceso. De forma sencilla, utilizamos la terminología “sospechoso” para indicar el momento procesal en el que se encuentra el menor antes de su imputación formal, es decir, durante la etapa de instrucción o de investigación. Utilizamos “acusado” para designar la etapa procesal en la que el menor ya ha sido imputado formalmente, es decir la genéricamente definida etapa de juicio oral. En relación a los menores víctimas y testigos reconocemos que un menor víctima no es un menor testigo y en la tesis se utilizan ambos términos cuando se pueden aplicar las observaciones y el análisis a ambas posiciones, sin embargo sí que se destaca uno de los dos términos de forma específica si la observación recae sobre el mismo.

La mayoría de las fuentes utilizadas para esta tesis están escritas en otros idiomas, principalmente el inglés ya que en la actualidad es el idioma más utilizado en el derecho internacional. Ello ha llevado a que, las fuentes originales, fragmentos de la jurisprudencia y doctrina hayan sido traducidas al castellano, no obstante, su versión original se ha mantenido en las notas a pie de página. Algunas expresiones no tienen no obstante una traducción fácil y su traslación a la figura más similar en el marco jurídico español podía inducir a error. Por este motivo se ha preferido hacer una traducción literal indicando su término en inglés (*e.g. circumstantial evidence* por prueba circunstancial; *negative inferences* por inferencias negativas; *confrontation* por confrontación; *Fair trial* por juicio justo y equitativo).

Todas las traducciones de documentos que no han sido traducidos de forma oficial son responsabilidad exclusiva de la autora.

CAPÍTULO 1. LA VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL NIÑO A LO LARGO DE LA HISTORIA Y LOS PRINCIPIOS GUÍA PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES CON MENORES

En la sociedad medieval la idea de niñez no existía. Así comienza el célebre libro publicado por Philippe Ariés en 1960, *L'Enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, más conocido en su traducción al inglés *Centuries of Childhood: A Social History of Family Life*.

Centuries of Childhood se convirtió pronto en un libro de referencia para la historia de la infancia, dando paso tras su publicación a décadas de estudios sobre el concepto de niñez, desde la antigüedad hasta nuestros días. La tesis de Ariés defendía que un *sentimiento*¹ hacia los niños no existía hasta finales de la edad media, y que la clase social, la religión, el trabajo, el género, la raza, la política y la educación han moldeado las formas en que los niños han sido percibidos socialmente a lo largo de la historia.

Para comprender el tema objeto de este trabajo, resulta relevante hacer una revisión de la literatura sobre el cambio en la manera de entender y ver la niñez por la sociedad y la cultura, y el efecto que este cambio ha tenido en el derecho. Se verá cómo es una idea prácticamente consolidada por todo historiador de la niñez que un cambio en cómo se trataba a los niños se empezó a gestar a finales de la Edad Media y con la Revolución Industrial. Philippe Ariés fue el primero en afirmar la historicidad de este concepto o sentimiento. El cambio fundamental que marcó el nuevo enfoque que hasta hoy perdura inició durante la Ilustración y tuvo mayor fuerza con el Romanticismo, cuyos esfuerzos por recuperar la inocencia perdida, corrompida por una sociedad cada vez más industrializada, responsabilizó al Estado, obligándole

¹ La historiografía de la niñez parte del trabajo de Ariés y de un error de traducción del francés al inglés en la famosa frase introductoria “*en la sociedad medieval la idea de la infancia no existía*”. Wilson hace una crítica a la traducción del francés al inglés del libro de Ariés, destacando que la traducción de Robert Baldick de 1962 no es fiable por muchas razones, una de ellas se debe a la traducción de “*sentiment*” por “*idea*”, reteniendo por tanto sólo una parte de su significado original, sin tener en cuenta que Ariés no menciona en ningún momento ni utiliza los términos de “*notion*” o “*idée*” como equivalentes. Véase WILSON, A. *The infancy of the history of childhood: An appraisal of Philippe Ariès History and Theory*, 1980, pp. 132-153, p. 132, véase nota 5.

paulatinamente a promover y asentar las bases jurídicas para que los niños pudieran tener infancias felices y exentas de daños.

Así es como lentamente se desarrollan los derechos del niño, a través de una evolución a lo largo de muchos siglos que tuvo su desenlace en la adopción y posterior ratificación casi universal de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN)². Este proceso fue largo y tuvo su repercusión en el tratamiento de los niños por parte del proceso penal y en lo que respecta este trabajo, en la valoración de sus declaraciones, tanto como sospechosos y acusados y como víctimas y testigos.

Este capítulo ofrece una travesía a través de estos cambios en la historia y cómo afectaron específicamente al proceso penal en su manera de incluir a los niños y permitir su participación procesal. En primer lugar, se partirá de un análisis de los principales cambios culturales y sociales que permitieron que se desarrollara un sentimiento hacia los niños a partir de la Edad Media y la evolución de este sentimiento y su plasmación en derecho hasta la adopción de la Convención de los Derechos del Niño de 1989. En segundo lugar, se pasará a analizar los fundamentos filosóficos que permitieron que dichos cambios se llevaran a cabo para ahondar en los cambios específicos que se dieron en el sistema procesal penal que provocaron el desarrollo de los primeros sistemas de justicia juvenil que respondían a las necesidades propias de los niños. En tercer lugar, se pasará a considerar la evolución y la paulatina inclusión del testimonio infantil como prueba fiable, que como se verá en los siguientes epígrafes, no ha sido en absoluto una evolución pacífica. En último lugar, se analizarán los principios fundamentales que han de orientar a la administración de justicia en la práctica de la prueba con menores, tanto sospechosos y acusados y víctimas y testigos.

1. El desarrollo de un sentimiento hacia los niños a lo largo de la historia y su cristalización en el derecho internacional

1.1. De la antigüedad hasta 1989

A la cultura del Antiguo Egipto “le gustaban los niños; por esta razón, solían casarse pronto y tener muchos hijos”³. Había una preferencia por los varones, ya que eran los únicos que podían hacer que el nombre de familia perdurase en el tiempo. La mayoría de los padres

² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989

(<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>).

³ PAJA BURGOA, J. A. *La convención de los Derechos del Niño*. Madrid, Tecnos, 1998, p. 21.

solía poner a sus hijos bajo la protección de los Dioses. En la antigua Mesopotamia las relaciones paterno-filiales eran patriarcales, hasta tal punto que un hijo que renegase de su padre, debía ser vendido como esclavo y tonsurado. En el Código de Hammurabi, si un hijo golpeaba a su padre se le debía cortar la mano y se le podía echar de casa si le faltaba al respeto. El Código de Eshunna exigía la aprobación de los padres para que los hijos pudieran contraer nupcias, el padre elegía a la esposa del hijo y se hacía cargo de la dote de las hijas. Los contratos hechos por menores y ciertos negocios jurídicos estaban limitados y si el padre quería entregar al hijo como fianza, estaba en su derecho de hacerlo. La adopción era una práctica común en la antigua Mesopotamia y el Código de Hammurabi distinguía entre dos tipos: aquella en que los padres eran desconocidos y la adopción en la que los padres y su origen eran conocidos. El hijo era necesario para mantener vivo el culto a los antepasados. Los únicos que tenían derecho a la sucesión eran los hijos varones, ya que la mujer o pasaba a pertenecer a la familia del marido en cuanto se casase o cabía la posibilidad de que se convirtiera en sacerdotisa. Había una prohibición de que los niños fueran echados de sus casas sin consentimiento de sus padres, que solo se consentía en caso de cometer faltas graves hacia ellos de forma reiterada⁴.

En la Grecia clásica no había una actitud clara y definida del trato hacia los niños. En la mitología griega hay numerosos ejemplos de niños prodigio, Aquiles, Cyrus, Cyphelus, con dotes sobrenaturales y divinas. Sin embargo si nos remitimos a Platón y a Aristóteles, el análisis que éstos hacen de los niños es menos adulador. Éstos veían a los niños como espejos de la naturaleza humana, como material sin refinar con el objetivo último, y el único motivo y fin relevante, de convertirse en óptimos ciudadanos⁵. Los niños para estos autores eran pre-adultos, adultos en miniatura, potenciales ciudadano de la polis, débiles físicamente, moralmente incompetentes e incapaces mentales. Platón en su obra *Alcibiades*, a través de su personaje de Sócrates, su maestro, describió las cualidades de los espartanos de forma negativa y comparándoles con los niños. Aristóteles consideró que, por mucho que los niños tuvieran libre albedrío, estos último no contaban con *prohairesis* (motivación) y que, por este motivo, no podían ser felices ni ser calificados como personas morales. Ambos filósofos pusieron a los niños al mismo nivel que las mujeres, los esclavos y los animales,

⁴ *Ibid.*, pp. 22-24.

⁵ SERWINT, N.; GOLDEN, M.. *Children and Childhood in Classical Athens*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1991, p. 4.

atribuyéndoles las mismas cualidades que a los enfermos, los borrachos, los locos y los malvados: inmorales, inmaduros y faltos de experiencia⁶.

Hubo sin embargo otra tendencia que surgió en paralelo liderada por artistas, poetas y dramaturgos en la sociedad griega que reflejó otro aspecto de la niñez. Este sentimiento hacia los niños se evidenció tanto en la tragedia griega - como es el caso de la Sátira de Sófocles *Los amantes de Aquiles*, en el que compara la niñez con la fugacidad del amor⁷ - como en la poesía, en la que se insertó una cualidad definitoria de los niños (que luego en la sociedad romana sería abandonada y posteriormente recuperada con el romanticismo): la inocencia, que llevó a que en la poesía griega se asociara la infancia con la naturaleza y los dioses⁸.

Con el derecho romano se desarrolló la institución de la *patria potestas* que vino a dominar la vida familiar y privada. Los hijos eran propiedad del padre y únicamente debían a la patria una lealtad mayor. En Roma la idea de disciplina era la base fundamental de una familia y la familia pertenecía al paterfamilias. Pegar brutalmente a los niños y a los esclavos se concebía como la mejor forma de instigar el respeto. Según Seneca, pegar era una forma de redimir el temperamento y el malhumor⁹. El niño y el esclavo se encontraban en pecado y por ello la desobediencia había de ser punida a través del castigo corporal, “si...alguien en el hogar se opone a la paz domestica a través de la desobediencia, es disciplinado por la palabra o el látigo o por cualquier otro tipo de castigo justo y legítimo, en la medida en que la sociedad humana lo permita. Tal disciplina es para el beneficio del que está siendo disciplinado de manera que se reajuste a la paz de la que se había distanciado”¹⁰.

La tradición cristiana se mostró dual en su percepción de los niños. Con el puritanismo se siguió pensando que los niños eran propensos a la maldad, que sólo una educación estricta y severa podía corregir¹¹. Sin embargo con el tiempo se empezaron a desarrollar otras ramas del Cristianismo que daban menos relevancia al concepto de pecado original y por ello su

⁶ *Ibid.*, p. 8.

⁷ “Lovesickness is a joy mixed with pain. I can make a good comparison, I think. When the frost has come in bright weather, and children seize a solid lump of ice in their hands, at first they find a new delight; but finally their desire won't let it go, yet what they have will not stay in their hands. So the same passion often lets lovers love and not love at the same time”. *Ibid.*, p. 8.

⁸ *Ibid.*, pp. 10-11.

⁹ SALLER, R., *Patriarchy, property and death in the Roman family*. Cambridge University Press, 1994, pp. 114- 115.

¹⁰ “[I]f...anyone in the household opposes the domestic peace through disobedience, he is disciplined by word or by whip or by any other kind of just and legitimate punishment, to the extent that human society allows. Such discipline is for the profit of the one being disciplined so that he is readjusted to the peace from which he had departed”. Agustín de Hipona, *Ciudad de Dios*, Libro XIX, citado en ATKINS, E. M.; DODARO, R. *Augustine: political writings*. Cambridge University Press, 2001, p. 155.

¹¹ ARCHARD, D. *Children: Rights and childhood*. Routledge, 2014, p. 38

visión sobre la naturaleza del niño era mucho más benévola, se les veía como enviados de Dios y de la naturaleza, que posteriormente era corrompida por la sociedad¹².

En la Edad Media, como medio para que los niños pudieran defenderse frente a la corrupción de la sociedad, se formó un grupo de intelectuales, que defendieron la educación como mecanismo fundamental para la mejora social. Este fenómeno se dio principalmente con el movimiento humanista, que junto al renacimiento ocuparon el epicentro del pensamiento intelectual europeo entre los siglos XIV-XVI, en que los estudios en humanidades cobraron mayor fuerza sobre los teológicos, y el interés de los intelectuales trasladó su foco de atención en los problemas sociales y la importancia de la educación de los niños como manera de mejorarlos empezó a cobrar fuerza¹³. Fue durante esta época que, debido a la recuperación de los clásicos de la cultura griega, los clásicos del humanismo reflejaron una visión de la infancia como una época de inocencia y de pureza¹⁴.

La recuperación de esta visión del niño es descrita por Ariés como fundamental en el cambio de sentimiento hacia el niño, cuyos tímidos inicios comenzaron a gestarse en el siglo XVI pero cobrarían fuerza en el siglo XVII, no solo debido a la evolución en el pensamiento intelectual, sino por los cambios sociales que recorrieron Europa durante estos siglos que afectaron las costumbres del viejo continente al albor del medioevo. Ariés afirmó en su libro que un cambio significativo en costumbres dio lugar en el Siglo XVII permitiendo que un concepto esencial ganara aceptación: el de la inocencia de la niñez¹⁵. Según Ariés había en la Edad Media una falta de sentimiento hacia los niños. Desde el nacimiento hasta la edad de siete años se les consideraba adultos en miniatura. Dicha falta de afecto se debía principalmente a la alta mortalidad infantil que se daba antes del Siglo XVII. Incluso la ausencia de un concepto de niñez se reflejaba en el vocabulario de la época. El idioma de la Europa pre-industrial era irremediablemente inconcreto e indefinido. Hasta el siglo XVIII, las palabras francesas y alemanas “garçon” y “knabie” se referían a los chicos desde los seis años de edad hasta los treinta o cuarenta¹⁶.

¹² BREEN, C. *The standard of the best interests of the child: A western tradition in international and comparative law*. Kluwer Law International, 2002, p. 36

¹³ISHAY, M. *The history of human rights: From ancient times to the globalization era*. Berkeley [etc.]: University of California Press, 2008.

¹⁴BREEN, C. 2002, *op. cit.*, p. 37

¹⁵ARIÉS, P. *Centuries of Childhood: A Social History of Family Life*. Harmondsworth, Penguin Books, 1973, p. 38

¹⁶“By the standards of today’s biologically exacting vocabulary, the language of age in pre-industrial Europe is hopelessly vague. Even as late as 18th century, the french and German words «garçon” and «knabie” referred to boys as Young as six and old as thirty” or forty”, véase MORRIS, A.; GILLER, H. *Understanding juvenile justice*. London: Croom Helm, 1987, p. 4.

Muchos autores coinciden en que el cambio de sentimiento que se produjo hacia la infancia empezó a partir del siglo XVII, pero se hizo más visible en el siglo XVIII, y que no sólo fue consecuencia de la reducción de la mortalidad infantil, que permitió el apego afectivo de los padres hacia sus hijos, sino también a factores económicos y sociales: el desplazamiento del campo a la ciudad, la formación de una clase burguesa que empezó a darle importancia a la educación de los hijos, conllevó el que surgiera un interés por los niños, por su desarrollo y bienestar. Edward Shorter consideró el cambio en el sentimiento hacia los niños una consecuencia de la Revolución Industrial, la reducción de la mortalidad, la independencia de los hijos de los padres y el surgir, puesto que los cambios sociales lo permitieron, del amor romántico. Todos ellos fueron ingredientes básicos para que se produjera un cambio en la visión de la niñez moderna¹⁷. Lawrence Stone refleja que un cambio se produjo en la estructura familiar que pasó a ser nuclear, incluyéndose únicamente dos generaciones, padres e hijos. Estos últimos pudieron así centrarse en un “individualismo afectivo” que resultó en un creciente afecto dentro de la familia¹⁸. Por su parte, Elisabeth Badinter añade que durante comienzos del siglo XVIII, con el aburguesamiento de sectores sociales en la ciudad, se revalorizó y empezó a darse importancia a la lactancia de las madres y se dio la posibilidad de que las mujeres se quedaran más en casa para cuidar a sus hijos, en vez de asignárselos a cuidadoras, que era la costumbre durante la Edad Media. Badinter argumenta que el amor maternal y el instinto son un sentimiento esencialmente condicionado, relacionado fuertemente con la sociedad y el entorno cultural¹⁹.

Cunningham va más allá de los factores derivados de la Revolución Industrial y los cambios que se produjeron en la familia y pasa a analizar el reflejo de los niños en las corrientes de pensamiento de la Ilustración y del Romanticismo. Nos menciona que “enmarcado por los escritos de John Locke al comienzo y los poetas románticos al final, y con la figura estridente de Rousseau en el centro del escenario, parece que hay en el siglo XVIII un grado de sensibilidad a la infancia y para los niños del que carecen los siglos anteriores. Algunas personas ven la infancia no como una preparación para otra cosa, sea la edad adulta o el cielo, sino como una etapa de la vida que debe ser valorada en sí misma”²⁰.

¹⁷ SHORTER, E. *The making of the modern family*. New York: Basic Books, 1975

¹⁸ STONE, L., et al. *The family, sex and marriage in England 1500-1800*. Harmondsworth: Penguin, 1979

¹⁹ “Mother love cannot be taken for granted. When it exists, it is an additional advantage, an extra, something thrown into the bargain struck by the lucky ones among us”, FIRTH, R; BADINTER, E. *The Myth of Motherhood. An Historical View of the Maternal Instinct*. Souvenir Press, 1982, p. 327

²⁰ “[F]ramed by the writings of John Locke at its beginning and the romantic poets at its end, and with the strident figure of Rousseau at center stage, there seems to be in the XVIII Century a degree of sensitivity to childhood and to children lacking in previous centuries. Some people see childhood not as a preparation for

No obstante la aportación de Hobbes, que defendió la idea de que los niños se encontraban en una situación de total dependencia de los adultos: “como el imbécil, el loco y las bestias, sobre los niños...no hay ninguna ley”²¹ y que debido a esta situación, los padres tenían el poder sobre la vida y la muerte de sus hijos; por este motivo, los niños no poseían ni derechos naturales ni derechos derivados del contrato social²², la Ilustración introdujo la idea de que una mejora de la sociedad requería de la educación como medio que posibilitaría que los niños se convirtieran en seres “racionales”.

Locke, en su trabajo *Some Thoughts Concerning Education*, defendió que los niños nacían como una tabula rasa y todo en lo que potencialmente se convertían venía dado por medio del proceso de aprendizaje; según este autor, cuando los niños nacen su mente es como un papel en blanco y todas las ideas que surgen posteriormente se derivan de la experiencia y de la educación. A través de esta última, los seres humanos pueden protegerse contra las influencias corruptas del mundo²³. Su visión de los niños se centraba en que los padres no tenían autoridad para disponer como quisieran de la vida y de las libertades de sus hijos²⁴. Para Locke tanto los niños como los adultos tenían derechos naturales que necesitaban ser protegidos y que debido a este motivo, los niños no eran la propiedad de sus padres sino de Dios. Según este autor, los niños debían suplir a los padres en la sociedad y por tanto los padres tenían la obligación de llevar a los niños a un estado de independencia²⁵.

En los trabajos de John Stuart Mill se desarrolló la reflexión iniciada por Hobbes y Locke sobre las relaciones de poder, e indicó que “el único propósito para el cual el poder puede ser ejercido legítimamente sobre cualquier miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es para evitar el daño a los demás”²⁶. Sin embargo Mill precisó que sus palabras no iban dirigidas a niños o jóvenes por debajo de la edad en que la ley establece su paso a la madurez²⁷. La sociedad para Mill debía tener un poder absoluto sobre los niños, por dos motivos principalmente: en primer lugar, los niños eran irracionales por naturaleza y sólo la

something else, whether adulthood or heaven, but as a stage of life to be valued in its own right” CUNNINGHAM, H. *Children and childhood in Western society since 1500*. Pearson Education, 1995, p. 61.

²¹ “like the imbecile, the crazed and the beasts, over...children...there is no law” HOBBS, T. *Leviathan*, Ed. Tuck Richard. Cambridge University Press, 1991, p. 209

²² *Ibid*, p. 300

²³ GREENLEAF, B. *Children through the Ages: A History of Childhood*. Mc Graw Hill, Book CO, NY, 1978, p. 62

²⁴ SHAPIRO, I. (ed.). *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration. Rethinking the Western Tradition*. Yale University Press, 2003, p. 67

²⁵ *Ibid*, pp. 56-76

²⁶ “[T]he only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of civilized community, against his will, is to prevent harm to others”, MILL, J. S., *On liberty*, New Haven: Yale University Press, p. 68

²⁷ *Ibid*., p. 69

sociedad, a través del racionalismo, era capaz de mejorarles. En segundo lugar, se basó en el principio del utilitarismo: el bien público debía ir por delante de la libertad de los niños, esta última podía ir eventualmente en su contra y en detrimento mismo del bien público²⁸.

Más adelante la simbología romántica convirtió la niñez en un estadio de la vida que representaba la bondad de la naturaleza, la alegría de vivir, el progreso de la humanidad, el instinto y la inocencia original²⁹. El niño nacía inocente y posteriormente se corrompía en el medio social; esta visión la reflejaría Rousseau en *El Emilio*, al considerar que el hombre, al insertarse en la sociedad, se convierte en un monstruo debido al prejuicio, la autoridad, la necesidad, la envidia de la sociedad humana y del entorno en el que crece³⁰. La inocencia de la niñez, admirada por la Grecia clásica, es recuperada así paulatinamente por los románticos como una época de la vida pura e inocente. Entre otros, los poetas Blake y Wordsworth, con dolor y nostalgia, evocan en su poesía esta etapa de la vida, “[w]herein childhood is the seed time of the soul”³¹. También en España esta imagen se refleja en la poesía de la época. En *El Reo de Muerte*, José de Espronceda llora la niñez que ya ha pasado³².

El arte también se permea de imágenes de niños: Reynolds, Lawrence, Gainsborough, y Goya pintan niños como imágenes asexuadas, sin género, representantes de una época pasada que sólo se puede entender a través de la nostalgia. Nos encontramos en Europa en una época social decadente, triste, pobre, donde la imagen del niño se convierte en un símbolo de todo aquello original, no degenerado, ni corrupto, que lucha contra el mundo cruel de los adultos y de sus reglas. Esta diferencia abismal entre el mundo de los adultos y el mundo de los niños se refleja claramente en la literatura, dónde un ejemplo claro es *Oliver Twist* de Charles Dickens. En este sentido la niñez representaba “el entusiasmo imaginativo originario de la humanidad hacia el Mundo: el paso a la edad adulta es la extinción del entusiasmo por las

²⁸ *Ibid.*, p. 150

²⁹ *Ibid.*

³⁰ ROUSSEAU, J. J., *Emilio o De la educación*. Madrid: Alianza, 1998, p. 5

³¹ WORDSWORTH, *The Children's Hour*, una estrofa especialmente evocadora sobre la fugacidad de la vida y la nostalgia de la inocencia y de la niñez se refleja en estos versos de la poesía *The Children's Hour*:
And there will I keep you forever/Yes, forever and a day./Till the walls shall crumble to ruin/ And moulder in dust away! <https://www.poetryfoundation.org/poems-and-poets/poems/detail/44628>

³² “Es un joven y la vida/llena de sueños de oro./pasó ya, cuando aún el lloro/de la niñez no enjugó:/El recuerdo es de la infancia./¡Y su madre que le llora./para morir así ahora/con tanto amor le crió!” disponible en <http://www.poemas-del-alma.com/jose-de-espronceda-el-reo-de-muerte.htm>

fuerzas de enderezamiento de las convenciones sociales y las tradiciones”³³, dónde la religión, la disecada ilustración y el utilitarismo predominan en el mundo de los adultos³⁴.

Este cambio de sensibilidad reflejado en la sociedad y la cultura permeó el derecho y vemos a principios del Siglo XX los primeros cambios significativos en relación a los menores en relación a su inclusión por parte del proceso penal. No obstante, antes de pasar a ver estos dos aspectos específicos relativos al objeto de este trabajo, la evolución de los derechos del niño acabó por especificarse en un instrumento de carácter internacional: la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

1.2.La cristalización de los derechos del niño en el derecho internacional: La Convención de los Derechos del Niño de 1989

Estos cambios en la visión de la niñez como un estadio de la vida que no tiene un fin sino un valor en sí mismo, es crucial para entender el cambio de percepción de los niños que terminó por evolucionar en un texto internacional fundamental: La Convención de los Derechos del Niño marcó un cambio en cómo los niños debían ser considerados por el derecho.

Hasta 1924 no existía ningún instrumento normativo sobre los derechos de los niños. El motor de este desarrollo se originó a partir del movimiento anti-crueldad hacia los niños que tuvo sus repercusiones en numerosos ámbitos del derecho³⁵. Este movimiento trajo causa de un precedente jurídico que tuvo lugar en la ciudad Nueva York a finales del siglo XIX: el caso Mary Ellen Mc Cormack³⁶.

Este caso lanzó a la opinión pública el problema de los abusos cometidos hacia los niños dentro de la vida privada y familiar y su desprotección debido a una carencia legislativa que impedía la intervención del Estado cuando existían sospechas de que un niño estuviera siendo víctima de maltrato. De hecho, este caso reflejó que los animales contaban con una mayor protección que los niños en la ley, debido al carácter sagrado e intocable que la vida privada y familiar tenía frente al Estado, la dependencia y el control absoluto e ilimitado de los padres

³³ “[H]umanity’s original imaginative enthusiasm for the World: the passage into adulthood is the extinction of the enthusiasm by the straightening forces of the social conventions and traditions” ARCHARD, D. 2014, *op cit*, p. 39

³⁴ *Ibid.*

³⁵ MILL, J.S. *On liberty*, 1910, p. 68 citado en KOHM, L. M. “Tracing the foundations of the best interest of the child standard in American jurisprudence”, *Journal of Law and Family Studies*, Vol 10, No 2 2008, pp. 345-346.

³⁶ GOLDSTEIN, A. M. (ed.). *Forensic psychology: Emerging topics and expanding roles*. John Wiley & Sons, 2007, pp. 298-299.

de sus hijos, que se venía arrastrando desde siglos atrás. Antes del siglo XIX se puede decir que casi no se conocían casos de abusos de menores ante los Tribunales³⁷.

Este movimiento contó además con el apoyo de otro movimiento importante en el desarrollo de los derechos humanos con el que fue de la mano: el movimiento feminista³⁸. El movimiento feminista fue el más influyente “en confrontar, dar a conocer, y exigir medidas contra la violencia familiar”³⁹. Este movimiento ya había empezado décadas antes en su labor para la consecución de una mayor equidad y justicia social. El movimiento feminista no sólo luchaba por el sufragio, sino que llevaba adelante campañas para promover el cuidado de los niños y su bienestar, contra el maltrato corporal y el abuso físico, la lucha contra la prostitución en las calles de niñas y mujeres solteras trabajadoras, el alcohol como causa de las rupturas familiares y la crueldad hacia los niños y las mujeres que sufrían la violencia en sus familias.

El movimiento anti-crueldad hacia los niños se extendió por el mundo. La lucha por los derechos y la defensa de los niños había comenzado. Después de la Primera Guerra Mundial se dieron unos tímidos inicios de las primeras organizaciones internacionales que empezaron a defender algunos derechos humanos, como la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) cuyos esfuerzos iniciales se dirigieron a luchar contra el trabajo infantil. Entre dichos esfuerzos destaca la aprobación de la Convención del Trabajo Nocturno para Personas

³⁷ En 1864 Mary Ellen nació de Thomas y Frances Wilson. Más tarde el padre murió en la Guerra Civil de Estados Unidos y Frances no podía mantener a su hija. La dejó por tanto en acogida hasta que dejó de pagar los 2 dólares diarios que este servicio requería para el mantenimiento de la niña. Mary Ellen fue entregada al Departamento de Caridad de Nueva York, que la internó en una institución para niños abandonados. En enero de 1866 una pareja desconocida por Mary Ellen, Thomas y Mary Mc Cormack, se presentó en el Departamento de Caridad alegando que Mary Ellen había nacido de la amante de Thomas Mc Cormack. A pesar de la falta de documentación de la pareja, Mary Ellen les fue entregada. Thomas murió poco después y Mary Mc Cormack volvió a casarse con Francis Connolly. Durante los siguientes seis años los vecinos se mostraban preocupados por los cortes y moratones que Mary Ellen mostraba en su cuerpo. La propietaria de la casa que los Connolly estaban alquilando se dio cuenta que a Mary Ellen la obligaban a quedarse en su cuarto encerrada durante todo el verano, que llevaba poca ropa durante el invierno, que se le obligaba a hacer trabajos muy duros, que estaba desnutrida, incluso más que otros niños pobres del barrio. Cuando Mary Ellen llegó a los nueve años de edad, la propietaria decidió recurrir a una trabajadora social, Ella Wheeler. Wheeler, con el pretexto de preguntar sobre un vecino enfermo observó a Mary Ellen y sus condiciones de vida. Intentó pedir ayuda a la policía pero ésta no podía intervenir. Wheeler recurrió a muchas asociaciones de caridad que no la pudieron ayudar. Finalmente recurrió a Henry Bergh, el Fundador de la Sociedad Americana para la Prevención de la Crueldad contra los Animales. Bergh contrató a un detective privado, que descubrió que los Connolly no eran los padres de la niña. Finalmente el juez ordenó la personación de la niña en el proceso. Bergh pidió en su acusación que si no se le podía dar justicia a Mary Ellen como ser humano, debido a que pertenecía al reino animal, entonces se le tenía que dar los mismos derechos que a los animales frente al maltrato. Durante el juicio un reportero escribió que el primer capítulo referente a los derechos del niño se estaba escribiendo en la Sala. COSTIN, Lela B. “Unraveling the Mary Ellen legend: Origins of the “cruelty” movement”, *Social Service Review*, 1991, vol. 65, no 2, pp. 203-223

³⁸ COSTIN, L. B.; KARGER, H. J.; STOESZ, D. *The politics of child abuse in America*. Oxford University Press, 1993, pp. 59-60

³⁹ “[I]n confronting, publicising, and demanding action against family violence” en GORDON, L. *Heroes of their own lives: The politics and history of family violence*. New York: Viking, 1988, p. 4.

Jóvenes de 1919 dirigida a temas del trabajo infanto-juvenil en la industria, y la Convención para la Edad Mínima de 1921⁴⁰. Sin embargo estas Convenciones no especificaron todavía la diferencia entre los derechos de los niños y los derechos de los adultos, que necesitaría de unos años más y desafortunadamente de una guerra.

En 1919 se fundó *Save the Children International* gracias al trabajo de Eglantynne Jebb. El objetivo de esta organización era buscar financiación para la ayuda humanitaria a los niños que habían sufrido las consecuencias de la Primera Guerra Mundial. En 1923 Jebb manifestó su posición sobre los derechos del niño: “Me parece que ha llegado el momento en que ya no podemos esperar más para llevar a cabo grandes acciones de socorro. Si deseamos, no obstante, seguir trabajando para los niños... la única manera de hacerlo parece ser evocando un esfuerzo cooperativo de las naciones para salvaguardar sus propios hijos de manera constructiva más que por medio de medidas caritativas. Creo que hay que reclamar ciertos derechos para los niños y trabajar para su reconocimiento universal”⁴¹. Finalmente en 1924 la Sociedad de Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño que recogió los cinco principios propuestos por *Save the Children*: el derecho de los niños a que se les aporten los medios para su desarrollo material y espiritual; ayuda para hambrientos, enfermos, discapacitados, huérfanos o delincuentes; prioridad en tiempos de aflicción; protección contra la explotación; y educación con una orientación social⁴².

Después de la Segunda Guerra Mundial, bajo la presión de la Organización *International Union for Child Welfare* (IUWC) -en la que se habían unido *Save the Children International Union* y la *International Association for Child Welfare*- las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1959. Fue la primera vez que se subrayó la necesidad de una consideración separada de los derechos del niño, dejando de asumir que éstos se respetarían simplemente con los instrumentos generales de protección de los Derechos Humanos.

⁴⁰ “International Labour Organization, ‘Origins and History’, [www.ilo.org/global/About the ILO/Origins and history/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Origins_and_history/lang-en/index.htm) Night Work of Young Persons (Industry) Convention, 1919, www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C006 Minimum Age (Agriculture) Convention, 1921, www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C010, ILO, Geneva, 16 July 2009.

⁴¹ “The moment appears to me to have come when we can no longer expect to conduct large relief actions. If we wish nevertheless to go on working for the children...the only way to do it seems to be to evoke a cooperative effort of the nations to safeguard their own children on constructive rather than on charitable lines. I believe we should claim certain rights for the children and labor for their universal recognition” Save the Children Fund archive reference SC/SF/17, UNICEF, *The State of the World’s Children 2000: A vision for the 21st century*, New York, 1999, p. 14.

⁴² League of Nations, Geneva Declaration of the Rights of the Child, 26 September 1924, www.undocuments.net/gdrc1924.htm

Finalmente el 20 Noviembre de 1989 se aprobó, después de treinta años de reuniones y trabajos de delegaciones nacionales, la *Convención de los Derechos del Niño*, que entró en vigor en 1990 y hoy es el texto jurídico internacional que ha recibido más ratificaciones⁴³.

1.3.El concepto de niño consolidado en el Derecho Internacional

En Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño establece el concepto de niño en toda aquella persona que no ha cumplido los dieciocho años de edad. Así lo establece el artículo 1 que fija el concepto en “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Cuando se elaboró la Convención, la fijación de dicho concepto no estaba exenta de controversia. De hecho, el establecimiento de la minoría de edad legal, ha ido siempre acompañada de creencias y consideraciones con un marcado carácter religioso y cultural. Tanto para el comienzo de la niñez como para su fin, su indeterminación en el texto internacional refleja dicha controversia, que resulta esencial considerar, aunque sea de manera breve⁴⁴, en todo trabajo que contemple cuestiones relativas a los derechos del niño.

La falta de fijación del comienzo de la niñez se debe a que los distintos sistemas jurídicos reconocen el comienzo de la vida en distintos momentos que son principalmente tres: la concepción, a partir de cierto tiempo en el útero o a partir del nacimiento. Este reconocimiento implica, no solo cuestiones relacionadas con el controvertido y polémico derecho al aborto, sino un abanico de derechos que se convierten en obligaciones de asistencia y de cuidado para el Estado dependiendo del momento en que su legislación reconozca el comienzo de la vida.

Ni las Declaraciones de 1924 y de 1959, ni la Convención de los Derechos del Niño de 1989 han fijado este momento. Durante los *travaux préparatoires* de la Convención, varios países se opusieron a que se fijara el comienzo de la infancia desde el momento del nacimiento⁴⁵. De hecho, varias reservas a la Convención, si bien no fijan un momento

⁴³ El único Estado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos.

⁴⁴ Debido a numerosos trabajos en torno a esta cuestión. Entre ellos véanse: ALSTON, Philip. “The unborn child and abortion under the draft convention on the rights of the child” *Human Rights Quarterly*, 1990, vol. 12, no 1, p. 156-178; CARMONA LUQUE, M. del R. *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Librería-Editorial Dykinson, 2012; CARDONA LLORENS, J. “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”. *Educatio Siglo XXI*, 2012, vol. 30, no 2, p. 47-68.

⁴⁵ Entre ellos Marruecos. Véase VAN BUEREN, G. 1998, *op.cit.*, pp. 33-36.

concreto, marcan el momento establecido según la legislación nacional de los Estados Partes⁴⁶.

Otros textos de carácter regional han fijado un momento determinado. Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos establece en el artículo 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, destacándose que, por “en general”, los Estados no estarán obligados a reconocer un derecho absoluto a la vida, permitiendo excepciones en determinadas circunstancias previstas en la ley nacional⁴⁷. Por otro lado, guardan silencio la Convención Africana de Derechos del Niño en su artículo 2 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, el Consejo de Europa inevitablemente ha tenido que fallar acerca de esta cuestión. En el caso *Paton contra Reino Unido*⁴⁸, la Comisión Europea rechazó la extensión de un derecho a la vida absoluto del feto, pero aclaró que sí era titular de algunos derechos, como por ejemplo a la herencia⁴⁹.

En relación al fin de la niñez, la Convención de los Derechos del Niño lo estableció en los dieciocho años. No obstante este acuerdo no fue pacífico. De hecho se incluyó en el texto del artículo la excepción relativa a la finalización de la infancia antes de los dieciocho años cuando la ley nacional lo permitiera. Esta diversidad se debe a la diferencia cultural de los Estados y la falta de uniformidad de las disposiciones internacionales en la materia⁵⁰. Varios Estados argumentaron que el límite había de fijarse sobre la base de la edad de finalización de la escolarización obligatoria, del acceso de las niñas al matrimonio e incluso, el problema asociado de que los países más pobres no podían asegurar los derechos para la franja superior a los dieciséis años⁵¹.

No obstante lo anterior, si bien no existió consenso y sigue sin haberlo acerca del fin de la niñez y el paso a la edad adulta, la Convención demuestra la existencia de un acuerdo entre los Estados sobre la necesidad de cubrir esta etapa de la vida y la necesidad de brindarle de una protección específica a nivel internacional⁵².

⁴⁶ Véanse reservas a la CDN de Argentina, Botswana y Cuba y Guatemala. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

⁴⁷ VAN BUEREN, G. 1998, *op.cit.*, p. 35

⁴⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Paton contra Reino Unido*. App. No. 8416/78, 3 Eur. H.R. Rep. 408 1980

⁴⁹ VAN BUEREN, G. 1998, *op.cit.*, p. 35.

⁵⁰ CARMONA LUQUE, 2012, *op.cit.*, pp. 180-185

⁵¹ Como fue el caso de Nepal. *Ibid.*

⁵² VAN BUEREN, G. 1998, *op.cit.*, pp. 33-38

2. La especificación del proceso penal para responder a los intereses y características de la infancia.

Norberto Bobbio en su obra *El tiempo de los Derechos* introdujo un cuarto proceso que el derecho internacional de los derechos humanos estaba experimentando desde sus inicios. A este proceso lo denominó “proceso de especificación” y lo definió como un proceso “consistente en el paso gradual, pero cada vez más acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos [...] Esta especificación se ha producido bien respecto al género, bien respecto a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estados excepcionales en la existencia humana. Respecto al género, se han venido reconociendo progresivamente las diferencias específicas de la mujer respecto al hombre. En atención a las varias fases de la vida, se han venido diferenciando poco a poco los derechos de la infancia y de la ancianidad de aquellos del hombre adulto. Respecto a los estados normales o excepcionales, se ha subrayado la exigencia de reconocer derechos especiales a los enfermos, a los incapacitados, a los enfermos mentales”⁵³.

El proceso penal en este sentido, ha experimentado dos cambios fundamentales que han incidido en el trato y la inclusión de los menores como sospechosos y acusados y víctimas y testigos. En primer lugar, el desarrollo del sistema de justicia juvenil, que se desvió del proceso penal para adultos, articulando las primeras guías para que el menor pudiera participar en su proceso penal libre de intimidación o miedo, y en segundo lugar, la valoración paulatina del testimonio del niño, que de una automática exclusión, acabó por considerarse prueba fiable y creíble.

2.1. La especificación del proceso penal a la naturaleza de la delincuencia juvenil

La delincuencia juvenil no siempre ha sido considerada como un problema social distinto al de los adultos⁵⁴. Durante mucho tiempo a los niños que entraban dentro del proceso penal como sospechosos y acusados no se les trataba de manera diferente a los adultos y no existía una categoría distinta de “delincuente juvenil” por parte del derecho, ni bajo un punto de vista de ejecución de la pena, ni bajo un punto de vista procesal⁵⁵.

⁵³ BOBBIO, N. "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pp. 109-110.

⁵⁴ MORRIS, A.; GILLER, H.. *Understanding juvenile justice*. London: Croom Helm, 1987, p. 3.

⁵⁵ *Ibid*, p. 5

La preocupación por mantener a los niños en su inocencia, a través de la búsqueda de una niñez feliz, con el objetivo de mejorar la sociedad y el mundo de los adultos, empezó a principios del XIX (hay que destacar que este concepto de felicidad está directamente relacionado con la influencia de la filosofía utilitarista durante esta época). Esta preocupación en ver las raíces del malestar de la sociedad, de los vicios, del crimen, en la experiencia que cada individuo vive en su infancia, fue el motor que llevó en occidente a que el Estado empezara a interesarse por los fenómenos o las razones que podían incidir en la felicidad y el bienestar de un niño. Fue así como el trabajo infantil, los niños de la calle y la pobreza infantil, la delincuencia juvenil fueron las primeras cuestiones consideradas por parte del Estado, como razones detrás de la infelicidad de los niños y por tanto problemas centrales en la consecución del bienestar de la sociedad. La felicidad solo podía conseguirse, estableciendo una nítida distinción entre la niñez y la edad adulta, reconociendo las necesidades especiales y características inherentes a la infancia⁵⁶.

Es, por tanto, durante los siglos XIX e inicios del XX cuando se desarrollaron los primeros sistemas de justicia juvenil en Europa y en Estados Unidos. Es difícil destacar el país precursor de dicha tendencia, aunque sí se puede decir que hubo una afectación mutua o evolución más o menos paralela en los sistemas de justicia juvenil occidentales⁵⁷. Dichos cambios fueron el resultado del desarrollo en las formas de entender las causas de la delincuencia juvenil, relacionadas con el estudio de la evolución de la sociedad y la familia⁵⁸. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX fueron de influencia clave el psicoanálisis y las teorías evolutivas de la niñez de Sigmund Freud, que indagaron en el subconsciente y la pérdida de la memoria de la niñez⁵⁹. Jean Piaget también dedicó gran parte de su trayectoria profesional a estudiar el desarrollo de la niñez, defendiendo que los niños no piensan como los adultos. Basando su trabajo en investigaciones empíricas llevadas a cabo por él mismo a

⁵⁶ BREEN, C. 2002, *op cit*, p. 42, véase nota 16

⁵⁷ Sobre el desarrollo de sistemas de justicia juvenil en sociedades distintas a la occidental véanse: FRIDAY, P. C.; REN, X. *Delinquency and juvenile justice systems in the Non-Western World*. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 2006; ELLIS, H. (ed.). *Juvenile delinquency and the limits of Western influence, 1850-2000*. Springer, 2014.

⁵⁸ MORRIS, A.; GILLER, H. 1987, *op cit*, p. 3.

⁵⁹ Freud, en sus Teorías del Desarrollo, se centró en la niñez como estadio clave en la vida de los adultos, como momento decisivo en su bienestar psicológico. Cualquier tipo de malestar en la vida adulta se debía por completo a la experiencia de una niñez reprimida. BALDWIN, A.L., *Theories of child development*, Oxford, England: Wiley, 1967.

través de la interacción con niños de diferentes edades, Piaget defendió que los niños tienen procesos lógicos propios a su naturaleza, con su propio orden de ideas y su propia lógica⁶⁰.

Estos cambios sociales e intelectuales se reflejaron en el derecho. A inicios del siglo XIX existía generalmente una edad, los siete años, por debajo de la cual se presumía que el niño era incapaz de cometer un delito. Existía una edad gris, entre la edad de los 7 años y los 14 años, establecida como edad penal, en la que predominaba el principio “*malitia supplet aetatem*”, que dominó a lo largo del siglo XVIII en las decisiones concernientes a niños que cometían un delito y que se encontraban en dicha franja de edad. Dicha doctrina fue descrita por William Blackstone, en su *Commentaries on the Laws of England*⁶¹ según el cual la capacidad de hacer un daño o de ser culpable, no se mide tanto por la edad sino por la fuerza de comprensión y juicio del que lo ocasiona.

El derecho en esta época no buscaba reformar al ofensor o delincuente⁶², sino castigarle para expiar el crimen y disuadir a otros ofensores potenciales de la comisión del mismo⁶³. En caso de tratarse de un niño era prácticamente inconcebible que en atención a su minoría de edad el sistema penal debiera ser menos duro. La política de mano blanda en atención a la minoría de edad no parecía idónea para luchar contra el crimen; y la disuasión (*deterrence*) era el objetivo principal a perseguir por parte del sistema penal⁶⁴. La juventud podía ser

⁶⁰ SEYMOUR P., “Child psychologist Jean Piaget”, *Time*. Disponible en: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,990617,00.html>

⁶¹“But by the law, as it now stands...the capacity of doing ill, or contracting guilt, is not so much measured by years and days, as by the strength of the delinquent’s understanding and judgment. For one lad of eleven years old may have as much cunning as another of fourteen; and in the cases our maxim is, that *militia supplet aetatem* (“Malice supplies the age”). Under seven years of age indeed an infant cannot be guilty of felony; for then a felonious discretion is almost an impossibility in nature: but at eight years old he may be guilty of felony. Also, under fourteen ...if it appear to the court and jury, that he...could discern between good and evil, he may be convicted and suffer death. Thus a girl of thirteen has been burnt for killing her mistress: and one boy of ten, and another of nine years old, who had killed their companions, have been sentenced to death, and he of ten years actually hanged; because it appeared upon their trials, that the one hid himself, and the other hid the body he had killed; which hiding manifested a consciousness of guilt, and a discretion to discern between good and evil...Thus also, in very modern times, a boy of ten years old was convicted on own confession of murdering his bedfellow; there appearing in his whole behavior plain tokens of a mischievous discretion: and, as the sparing this boy merely on account of his tender years might be of dangerous consequence to the public, by propagating a notion that children might commit such atrocious crimes with impunity, it was unanimously agreed by all judges that he was a proper subject of capital punishment”. BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Law’s of England*, Book IV, Chapter 2 (Of the persons capable of committing crimes), 1930. Disponible en <https://ebooks.adelaide.edu.au/b/blackstone/william/comment/book4.2.html>

⁶² Cuestión que cambiaría durante el siglo XIX, introduciendo el concepto de rehabilitación y sustituyendo el de reforma durante el siglo XX.

⁶³ MORRIS, A.; GILLER, H. 1987, *op cit*, p. 5

⁶⁴ “Experience makes us know, that every day, murders, bloodseds, burglaries, larcencies, burning of houses, rapes, clipping and counterfeiting of money, are committed by youths above fourteen and under twenty-one; and if they should have impunity by the privilege of such their minority, no man’s life or estate could be safe”. HALE, M., *Historia Placitorum Corona. The History of the Pleas of the Crown*, Vol 1, Provisional Books, London, 1971 citado en MORRIS, A.; GILLER, H. 1987, *op cit*, p. 6

únicamente considerada como una circunstancia atenuante más que una categoría jurídica con un proceso específico⁶⁵.

El desarrollo de la estadística penal influyó en desarrollar una preocupación por la criminalidad juvenil⁶⁶. Durante las primeras décadas del siglo XIX se empezaron a oír en Inglaterra las primeras voces contrarias a que los niños fueran encerrados junto con los adultos en prisión, al considerarse que podían estar sometidos al contagio por parte de los adultos con perfiles delictivos mucho más graves⁶⁷.

A finales de siglo germinaron los primeros cambios en la administración de justicia que buscaba amoldarse a las características de la infancia. En Inglaterra en 1847 se establecieron los primeros juicios sumariales específicos para niños menores de 14 años por delitos menores, elevándose a la edad de 16 años en 1850. En 1879, se estableció que todos los menores de 16 años podían ser juzgados de manera abreviada por casi cualquier delito y fue hacia finales del siglo XIX que surgieron los primeros tribunales de menores. En algunas ciudades de Inglaterra (Birmingham y Manchester) ya venían funcionando desde 1880. Fue con el *Children's Act* de 1908 (también llamada la Carta de los Niños, ya que no solo se refería a la legislación de un diferente sistema procesal penal para menores, sino a otras cuestiones, como aquellas referidas al maltrato y crueldad contra los niños) que se estableció la legislación nacional que habría de regular los primeros tribunales de menores. En Estados

⁶⁵ Precizando que no existía una categoría definida pero sí podía ser una “circunstancia atenuante”. *Ibid* p. 7

⁶⁶ Un estudio de la época demostró cifras alarmantes al constatar que la mayoría de la delincuencia provenía de personas entre los quince y veinte años, lo que suponía casi una cuarta parte de la población delincuente. Aquéllos por debajo de los quince sólo constituían un seis y medio por ciento. Algunas tendencias que se observaron fueron que el tipo de delito se hacía más serio conforme se hacía mayor la población reclusa y de los quince a veinte años generalmente se cometían ofensas menores. Dichas cifras fueron el desencadenante de que la atención de la investigación se centrara en las causas de la elevada delincuencia juvenil. *Ibid*, p. 7

⁶⁷ Los primeros centros se fundaban en actitudes humanitarias y de benevolencia hacia la pobreza infantil. En Inglaterra la sociedad Filantrópica que abrió en 1806 buscaba dar refugio a personas jóvenes entre los 12 y 19 años de edad durante 12 a 18 meses, tras haber cumplido condena previamente en una prisión. Las primeras auténticas prisiones para jóvenes datan de 1838. La primera prisión se abrió en Pankhurst, Reino Unido. Sus defensores creían en la disuasión de la pena como método más efectivo para reformar a los jóvenes delincuentes y debido a su régimen represivo y a la dureza de su disciplina, el centro cerró en 1864. También se crearon centros encaminados a recibir niños mendigos, sin hogar o personas responsables, huérfanos o con padres en prisión y frecuentando malas compañías. Niños menores de 14 años cuyos padres decían no poder controlarlos. Lo que buscaban era principalmente reformar a los niños en modales y así fue como nacieron las primeras instituciones que darían luz a los primeros reformatorios, como el House of Refuge de 1825 en Nueva York, Estados Unidos. Los reformatorios surgieron como respuesta a la dureza de la prisión. En Inglaterra la defensora más acérrima de este sistema Mary Carpenter creó el primer reformatorio en 1846 en la ciudad de Bristol y escribió un libro sobre los principios del reformatorio, rechazando la idea de disuasión como fin de la pena defendiendo el concepto de reforma. El trabajo de Carpenter fue revolucionario y ya en 1854 su reformatorio contaba con el apoyo del gobierno inglés. Carpenter visitó numerosos países en Europa y eventualmente surgirían en paralelo reformatorios en otros países europeos como el de Mettray, Francia y en Rauches Haus en Alemania. En Estados Unidos, en 1855, se creó el Chicago Reform School. *Ibid*, pp. 7-15.

Unidos el primer tribunal se instauró en Chicago en 1899, donde los casos de niños se enjuiciaban por separado⁶⁸.

Sin embargo, aun siendo “una medida altamente progresista”⁶⁹ porque establecía por primera vez el principio de que los delincuentes juveniles debían ser oídos separadamente de los adultos en audiencias especiales, no reflejaban los principios que hoy por hoy se contemplan por parte de los modernos sistemas de justicia juvenil occidental. Seguían funcionando como tribunales penales y su manera de juzgar era idéntica a la de los adultos. Las decisiones seguían fundamentándose de forma exclusiva en consideraciones basadas en la severidad del acto y en el interés público⁷⁰.

Los tribunales de menores habrían de surgir ya entrados en el siglo XX. A través de los estudios en criminología se reconoció que una amplia gama de problemas sociales (incluyendo el crimen) son el producto de la incapacidad del gobierno para hacer frente a los problemas de los desfavorecidos⁷¹. Una propuesta de reforma emblemática durante esta época fue la creación del tribunal de menores con un nuevo enfoque basado en la rehabilitación como fin último de la pena, sustituyendo el de reforma. Se propuso separar a los menores delincuentes del sistema de justicia penal de adultos y se substituyó por un proceso más informal dirigido a la intervención, la guía y la supervisión⁷².

Estos nuevos tribunales no funcionaban como tribunales penales, sino que se basaban en la doctrina del *parens patriae*, cuya búsqueda no era la disuasión a través de la pena, sino la rehabilitación de los niños. El Estado tenía el poder de actuar como guardián del menor intentando desviarle de la vida criminal. En palabras de Julian Mack, uno de los primeros jueces en presidir un tribunal de menores en Estados Unidos basado en estos principios, describió en 1919 los tímidos inicios de unas guías, que reflejaron una conciencia de cambio y que hoy en día son fundamentales en el sistema de justicia juvenil: “El niño que debe ser llevado a la corte debe, por supuesto, ser informado de que está cara a cara con el poder del

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 9- 11

⁶⁹ WATSON, J. A. F.; AUSTIN, P. Mary. *The modern Juvenile court: for magistrates, social workers, police and others*, Shaw London, 1975, p. 2

⁷⁰ MORRIS, A.; GILLER, H. 1987, *op cit*, p. 11.

⁷¹ “Beliefs that machine politics (which dominated most cities) promoted corruption and ineptness, that trained public servants drawn from the popular ranks and equipped with the needed expertise were the best administrators, that government administration could be made more effective by utilizing scientific operating procedures and new organisational structures, that a wide array of social problems (including crime) were the product of the failure of the government to deal with the problems of the underprivileged and to assimilate into society’s mainstream the immigrant masses who had poured into the United States, and that government had within its capacity the power to reform individuals and society”. LAFAVE, W., *et al. Criminal Procedure*, Third Edition, Eagan, Minnesota: Thomson/West, 2007, p. 301.

⁷² *Ibid.*

Estado, pero que al mismo tiempo debería sentir, y con mayor énfasis, que él es el objeto de su cuidado y solicitud. Las trampas comunes de la sala están fuera de lugar para este tipo de audiencias. El juez en un banco, mirando hacia abajo sobre el niño de pie en la barra, nunca podrá evocar un espíritu adecuadamente simpático. Sentado en la mesa, un brazo alrededor de su hombro y acercando el muchacho hacia sí, el juez, sin perder nada de su dignidad judicial, ganará enormemente en la eficacia de su trabajo”⁷³.

En España los primeros tribunales específicos de menores se crearon aproximadamente en torno a 1918. Anteriormente a esta fecha, esta cuestión tuvo un tratamiento por parte del derecho puntual y únicamente desde un punto de vista exclusivamente benéfico y altruista⁷⁴.

2.2.La valoración del testimonio infantil: de su exclusión a su inclusión como prueba fiable y creíble.

Los niños llevan siglos declarando como sospechosos y acusados y como víctimas y testigos en los tribunales de justicia, pero el valor que se le ha dado a sus declaraciones ha cambiado con el paso del tiempo⁷⁵. Históricamente la posibilidad de que los niños testificasen fue rechazada por estudiosos del derecho y de la psicología forense. J. Varendock, un psicólogo belga, en 1911 exclamó “¿Cuándo vamos a renunciar, en todas las naciones civilizadas, a escuchar a los niños en los tribunales de justicia!”⁷⁶.

Los primeros estudios sobre el testimonio infantil destacaban que los niños son los más peligrosos de entre todos los testigos⁷⁷. Según Goodman, estereotipos de la niñez han impregnado la cultura occidental desde tiempos inmemoriales⁷⁸, reflejándose en la cultura

⁷³ “The child who must be brought into court should, of course, be made to know that he is face to face with the power of the state, but he should at the same time, and more emphatically, be made to feel that he is the object of its care and solicitude. The ordinary trappings of the courtroom are out of place in such hearings. The judge on a bench, looking down upon the boy standing at the bar, can never evoke a proper sympathetic spirit. Seated at a desk, arm around his shoulder and draw the lad to him, the judge, while losing none of his judicial dignity, will gain immensely in the effectiveness of his work”. MACK, Julian, “The Juvenile Court”, *Harvard Law Review*, vol. 23, 1909, p. 120.

⁷⁴ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V; GUIJARRO GRANADOS, T. “Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2002, no 84, p. 121-138.

⁷⁵ GOODMAN, G. S. “Children's testimony in historical perspective”. *Journal of Social Issues*, 1984, vol. 40, no 2, p. 9-31, p. 9.

⁷⁶ “When are we going to give up, in all civilised nations, listening to children in courts of law?” *Ibid*.

⁷⁷ “[C]hildren are the most dangerous of all witnesses”, *Ibid*.

⁷⁸ Los juicios de Salem, un pueblo en Massachusetts, en 1692 vivió un momento aterrador de su historia. Unas niñas adolescentes acusaron a una mujer esclava de brujería y de ser responsable por los síntomas que estaban experimentando. La gente del pueblo creyó a las niñas y resultó en una histeria generalizada. Poco tiempo después, los adultos comenzaron a sentir los mismos síntomas y a acusarse los unos a los otros. Morison en 1972 describió la escena de la siguiente manera: “the afflicted children, finding themselves the object of attention, and with the exhibitionism natural to young wenches, persisted in their charges for fear of being found out, and started a chain reaction”(subrayado nuestro). Goodman se pregunta que, aun existiendo en Nueva

una “imagen ambivalente de los niños; se les ve inocentes y veraces, pero al mismo tiempo manipulables o incluso retorcidos. Un niño que informa de un asalto sexual puede ser visto como una víctima inocente y veraz o como una criatura de una incontrolable fantasía sexual. Un niño que es testigo de un asesinato puede ser visto como que no tiene ninguna razón para mentir, pero a su vez muy sugestionable”⁷⁹.

La regulación del testimonio de los menores ha variado mucho dependiendo del sistema jurídico en el que se ha desarrollado. Históricamente, a los niños, se les prohibía testificar. Durante la Edad Media existían en Europa medios probatorios mágicos e irracionales. Un ejemplo de ellos era la institución jurídica de la *ordalía* (*trial by ordeal*) o Juicio de Dios, que consistía en “invocar y en interpretar el juicio de la divinidad a través de mecanismos ritualizados y sensibles, de cuyo resultado se infería la inocencia o la culpabilidad del acusado”⁸⁰. Posteriormente se fue dando paso a métodos más racionales, integrando los primeros testigos y sus declaraciones como medio de prueba en un proceso penal⁸¹.

Las ordalías dejaron de utilizarse alrededor del siglo XII y ya entrados en el siglo XIII, algunas normas comenzaron a desarrollarse con relación a la facultad de ciertas personas para

Inglaterra antes y después de 1692 el miedo a la brujería, ¿qué fue lo que produjo tal nivel de histeria que llevó ese mismo año a ejecutar a veinte personas en contraposición a las únicas dos que habían sido ejecutadas antes de 1692? Goodman ofrece una interpretación alternativa a la manipulación y la naturaleza exhibicionista de los niños que retrata Morison, basándose en unos estudios llevados a cabo por Corporael y Matossian, que plantearon la hipótesis de que posiblemente los síntomas que las personas del pueblo experimentaron ese año se pudo deber a un envenenamiento ocasionado por un hongo que crece típicamente en el centeno. Parece ser que los habitantes de Salem consumían diariamente centeno y que ese mismo año, debido a las lluvias, había sido propenso al crecimiento y propagación del hongo. Los síntomas del ergotismo, envenenamiento ocasionado por dicho hongo, coinciden con los síntomas descritos por los habitantes de Salem: hormigueo (una sensación de tener hormigas dentro de la piel, bloqueo de la orina, delirio (alucinaciones, visiones de demonios), etc. Parece además que el ergotismo se manifiesta primero en los niños y adolescentes y a más largo plazo en los adultos. Esto podría explicar las visiones y alucinaciones descritas por las niñas de Salem, que posteriormente fueron descritas por los adultos de Salem, que no se debieron a brujería ni a la naturaleza malévola de los niños, sino a un envenenamiento por la comida. CAPORAE, L. R. “Ergotism: the Satan loosed in Salem” *Science*, 1976, vol. 192, no 4234, pp. 21-26; MATOSSIAN, Mary K. “Views: Ergot and the Salem Witchcraft Affair: An outbreak of a type of food poisoning known as convulsive ergotism may have led to the 1692 accusations of witchcraft” *American Scientist*, 1982, vol. 70, no 4, pp. 355-357 citados en GOODMAN, G. S. 1984, *op cit*, pp. 10-11.

⁷⁹ “The traditional interpretation of the events at Salem reflects cultural beliefs about children. Similar beliefs are evident in the special laws that still govern testimony by child witnesses. Our culture holds ambivalent views about children; they are seen as innocent and truthful, but at the same time as manipulable or even devious. A child who reports a sexual assault may be seen as an innocent, truthful victim or as a creature of uncontrolled sexual fantasy. A child who witnesses a murder may be viewed as having no reason to lie, but as being highly suggestible”. *Ibid*, p. 11.

⁸⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., *et al. La tortura judicial en España* (2ª edición). Barcelona: Crítica. 2000, p. 206.

⁸¹ “El significado de estos primeros testigos se ve en el uso de la palabra alemana Zeuge, que ahora significa “testigo”, pero originalmente significaba “incorporado”. Los testigos fueron de hecho, “incorporado” para llevar a cabo un acto jurídico como testigos instrumentales. Pero solo daban sus opiniones y consecuentemente no testificaban sobre los hechos sobre los que estaban familiarizados. Sin embargo, junto con los testigos de la comunidad, allanaron el camino para un uso más racional de las pruebas En NAGEL H. (2014) “Evidence (law)” en *Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online Inc.* (<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/197308/evidence/28372/Witnesses>).

comparecer como testigos⁸²: “el derecho canónico rechazó el testimonio de todos los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce años, de los ciegos y los sordos y mudos, de los esclavos, personas infames, y los condenados por el crimen, de personas excomulgadas, de las personas pobres y de las mujeres en los casos penales, de las personas relacionadas con cualquiera de las partes por consanguinidad y afinidad, o que pertenecían al servicio doméstico de cualquiera de las partes, de los enemigos de cualquiera de las partes y de los judíos, herejes y paganos”⁸³. Así, en el derecho canónico se excluía a todos los testigos que no hubieran llegado a la pubertad⁸⁴.

El *common law* cambió la edad establecida en el derecho canónico. Se fijaron unas franjas de edad a partir de las cuáles el niño podía testificar pero con ciertas limitaciones y prescribiendo a partir de qué momento no se debía limitar. Así se estableció en el ordenamiento inglés que por debajo de los cuatro años los niños no podrían testificar, de los cuatro a los catorce se estableció una presunción de incapacidad (*presumption of incompetency*)⁸⁵ y a partir de los catorce años una presunción de capacidad (*presumption of competency*)⁸⁶.

Entre los cuatro y los catorce años, la presunción de incapacidad podía enervarse en caso de que el niño prestara una declaración jurada (*oath*). Generalmente en los sistemas del *common law* las declaraciones juramentadas eran un requisito para poder testificar o comparecer como testigo en un juicio⁸⁷. Se trataba de un examen por parte del juez de si el niño sabía diferenciar entre el bien y el mal y las consecuencias de contar mentiras. Si un niño entendía las consecuencias de mentir como algo que podía implicar una condena de ir al infierno (lo que debía ser determinado por el juez) se le permitía testificar⁸⁸. Si el niño no

⁸² ROWLEY, S. “The Competency of Witnesses”. *Iowa L. Rev.*, 1938, vol. 24, p. 488

⁸³ “The canon law rejected the testimony of all males under fourteen and females under twelve, of the blind and the deaf and dumb, of slaves, infamous persons, and those convicted of crime, of excommunicated persons, of poor persons and women in criminal cases, of persons connected with either party by consanguinity and affinity, or belonging to the household of either party, of the enemies of either party, and of Jews, heretics and pagans” COLLINS, G. B.; BOND Jr, E. C. “Youth as a bar to testimonial competence”. *Ark. L. Rev.*, 1953, vol. 8, p. 107; ROWLEY, S. 1938, *op cit*, p. 482.

⁸⁴ HOLDSWORTH, *History of English Law*, 3rd Ed, 1927, citado en ROWLEY, S. 1938, *op cit*, p. 488.

⁸⁵ Estas franjas son orientativas puesto que no coinciden de un país a otro y pueden variar entre sí. Así Estados Unidos prohibía que un niño testificase cuando fuese menor de los siete años de edad en vez de los cuatro. GOODMAN, G.S. 1984, *op cit*, p. 12.

⁸⁶ ROWLEY, S. 1938, *op cit*, p. 488.

⁸⁷ Esto fue el origen del desarrollo del delito tipificado en el *common law* como perjurio hoy en día delito de falso testimonio.

⁸⁸ En un caso que data de 1684 en Reino Unido, *Rex V Braddon and Speke*, en que se determinó la capacidad del menor de 13 años de la siguiente manera. GOODMAN, G. S. 1984, *op cit*, p. 12; SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. *The evidence of children: The law and the psychology*. Blackstone Press, 1990, pp. 48-49:

Judge: What age are you of?

parecía conocer las consecuencias del fuego infernal o de la divina venganza, se le enviaba a formación religiosa. Incluso el juicio podía retrasarse para que el menor recibiera la instrucción religiosa necesaria para declarar⁸⁹.

Fue a partir del Siglo XVIII, con el desarrollo de la teoría racionalista de la prueba que el trato cambió. Los casos de abuso sexual infantil suponían frecuentemente que si el menor era presumido incompetente y no satisfacía el examen del juez, se sobreesía o archivaba el caso debido a que la acusación se quedaba sin pruebas para imputar al demandado por el menor. Este hecho fue denunciado tanto por Bentham como por Wigmore. Bentham alertó ya en 1827 que "[e]l niño puede haber sido abusado y mutilado [pero] el malhechor queda sin ser castigado"⁹⁰. Más adelante, Wigmore aportó una visión revolucionaria del testimonio por parte de los niños, precisando que la evidencia de cualquier niño, incluso el más pequeño, tenía algún elemento de valor⁹¹ y que "[u]na visión racional de las peculiaridades de la naturaleza del niño, y del curso diario de la justicia en nuestros tribunales, debe conducir a la conclusión de que el esfuerzo de medir, *a priori*, los grados de confianza en las declaraciones de los niños, y para distinguir el punto en el que dejan de ser totalmente increíbles y adquieren de repente un cierto grado de credibilidad, es inútil e improductivo [...] Reconociendo, por un lado la disposición infantil para tejer romances y tratar la imaginación como verdad, y por el otro la ingenuidad arraigada de los niños y su tendencia a hablar directamente lo que está en su mente, se debe concluir que lo más sensato es poner al niño en el estrado para dar testimonio para lo que se considere valga la pena. Con este fin debe de aprobarse legislación. Para ser genuinamente estrictos la aplicación del requisito actual es o

Witness: I am 13, my lord.

Attorney: Do you know what an oath is?

Witness: No.

Judge: Suppose you should tell a lie, do you know who the father of lies is?

Witness: Yes.

Judge: Who is it?

Witness: The devil.

Judges: And if you should tell a lie, do you know what would become of you?

Witness: Yes.

Judge: What if you should swear to a lie? If you should call God to witness to a lie, what would become of you then?

Witness: I should go to hell-fire.

⁸⁹ GOODMAN, G. S. 1984, *op cit*, p. 13.

⁹⁰ "[T]he child may have been abused and mangled [but] the malefactor goes unpunished" BENTHAM, A *Rationale for Judicial Evidence* (1827), citado en SPENCER, J. R.; FLIN, R. H., 1990, *op cit*, p. 56.

⁹¹ Si se aceptaba como prueba el que un perro reconociera un olor parecía absurdo que aceptándose este tipo de prueba se siguiera sin permitir las declaraciones de los niños. WIGMORE, T., *Evidence*, sect 509 (1940), citado en *Ibid*.

imposible o injusto, ya que nuestras exigencias son contrarias a los hechos de la naturaleza del niño”⁹².

La visión dominante de la época daba por sentado que la naturaleza de los niños tiende a no saber distinguir entre imaginación y realidad. Wigmore se opuso a la presunción de incapacidad inserta en el derecho de la época y a la injusticia de un sistema que prohibía el testimonio de un niño como prueba. Si ya se había aceptado la injusticia de la prohibición del testimonio de personas incapacitadas mentalmente o moralmente, se debía proceder a reformas legislativas que permitieran el testimonio de los niños. Wigmore precisó que establecer una edad fija a partir de la cual la credibilidad de un niño pasara de ser totalmente increíble a poseer cierto grado de credibilidad era fútil y poco satisfactorio. Así, según este autor, el examen de la capacidad para ser testigo por parte del juez no tenía sentido, el niño tenía el mismo derecho a declarar y ya luego el jurado decidiría sobre su credibilidad. Se trata por tanto de una visión avanzada con respecto a la época en relación al valor probatorio del testimonio infantil.

El requisito de la capacidad para ser testigo está fundamentado en una creencia arcaica de que los niños por debajo de cierta edad y nivel de comprensión son, o demasiado insensibles, o amorales, como para que se les pueda escuchar. Eventualmente estos límites de edad comenzaron a eliminarse en numerosos ordenamientos jurídicos. Finalmente, en 1779, en Reino Unido, en el caso *Rex v Braiser*, se tuvo que decidir sobre si admitir el testimonio de una niña de cinco años como prueba en un caso de abuso sexual al no existir más pruebas aparte de su testimonio. Los jueces decidieron finalmente que no debía existir en derecho una regla que fijase de manera estricta a partir de qué edad los infantes debían de ser excluidos de dar testimonio, fijándola el juez de manera discrecional⁹³.

Ya, a principios del siglo XX varias reformas en la legislación dentro del *common law* permitieron ciertos avances en la eliminación de la discriminación del testimonio de los niños. En Reino Unido, la *Sección 38 del Children and Young Persons Act* de 1933 permitía a

⁹² “A rational view of the peculiarities of child nature, and of the daily course of justice in our courts, must lead to the conclusion that the effort to measure a priori the degrees of trustworthiness in children’s statements, and to distinguish the point at which they cease to be totally incredible and acquire suddenly some degree of credibility, is futile and unprofitable...Recognizing on one hand the childish disposition to weave romances and to treat imagination for verity, and on the other the rooted ingenuousness of children and their tendency to speak straight forwardly what is in their minds, it must be concluded that the sensible way is to put the child upon the stand to give testimony for what it may seem to be worth. To this result legislation must come. To be genuinely strict in applying the existing requirement is either impossible or unjust; for our demands are contrary to the facts of child nature”. *Ibid*.

⁹³ GOODMAN, G.S., 1984, *op cit*, p. 12.

un niño que, aun no entendiendo la naturaleza de un juramento, prestara declaración no juramentada “si, en opinión de la Corte, está dotado de suficiente inteligencia para justificar la recepción de las pruebas, y comprende el deber de decir la verdad”⁹⁴. En Estados Unidos no obstante existen en la actualidad leyes, en algunos estados, que mantienen vigente la presunción de incapacidad antes de que el menor cumpla una edad, generalmente los diez años de edad, por debajo de la cual los menores serán presumidos incapaces de testificar a no ser que se pueda demostrar lo contrario⁹⁵, aunque la tendencia general es la eliminación de cualquier barrera que presuma la incapacidad⁹⁶.

En el derecho continental hubo mayor influencia del derecho canónico que en el *common law*, fijando el límite de la edad, para que los menores pudieran testificar, en los doce años las niñas y catorce años los niños, la edad de la pubertad⁹⁷. Las reglas estrictas y rígidas que prevalecieron durante la Edad Media, convertían al juez en un simple aplicador de la ley, lo que fue la antesala de que posteriormente, autores como Beccaria o Voltaire propusieran un cambio que condujo hacia un sistema basado en la valoración libre de la prueba, en el que al juez se le otorgaban amplias capacidades para decidir según el principio de la *preuve morale*. Esto posteriormente evolucionaría para convertirse eventualmente en el principio de la “íntima convicción” (*intime conviction*)⁹⁸.

La evolución de estos principios y su integración en los sistemas penales continentales, provocaron que el juez fuese adquiriendo más libertad a la hora de tomar una decisión. Por ello, en caso de utilizarse una declaración de un menor de edad, su testimonio, en caso de aceptarse y no limitarse, pasaría a valorarse conforme a la íntima convicción del juez, no excluyéndose de forma automática, como en el *common law*.

El testimonio de los menores, por tanto, no se sometía a reglas de exclusión estrictas basadas en presunciones de incapacidad, sino a la credibilidad del menor y la convicción moral del juez de su testimonio. Por ese motivo los países de jurisdicción continental, debido a la herencia de la libre valoración de la prueba y la convicción íntima, no desarrollaron reglas de exclusión del testimonio de los menores, de igual manera que los anglosajones, incluso más bien se opusieron a ellas, como herencia del derecho romano tan criticado por la

⁹⁴ “If, in the opinion of the court, he is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth”, SPENCER, J. R.; FLIN, R. H, 1990, *op cit*, pp. 401-403.

⁹⁵ GOODMAN, 1984, *op cit*, p. 12.

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ HOLDSWORTH, *History of English Law*, 3rd Ed, 1927, citado en ROWLEY, 1938, *op cit*, p. 488

⁹⁸ LANGBEIN, J. H. *Torture and the law of proof: Europe and England in the Ancien Régime*. University of Chicago Press, 2012.

ilustración. Cabe precisar de todos modos, que los dos sistemas tampoco diferían mucho en su manera de tratar el testimonio infantil. Si bien en el sistema continental la discrecionalidad del juez era absoluta (en cuyo caso, la posibilidad del menor de ser oído dependía de que se encontrara con un juez más o menos dispuesto a considerarle, ya que los prejuicios por parte del juez hacia el valor del testimonio aportado por un infante eran muy difíciles de controlar), en el sistema anglosajón, la presunción de incapacidad para testificar (y el prejuicio que llevaba aparejada) se infiltraba en el derecho, en cuyo caso la discrecionalidad del juez se encontraba más limitada y las cargas sobre la acusación eran fuertes al tener que demostrar la capacidad del menor para poder imputar al sospechoso.

Resumiendo, el derecho comparado evolucionó hacia la eliminación de las barreras al testimonio de los menores, estableciendo criterios orientadores en la valoración de la prueba conforme a la edad y madurez del menor abandonando la limitación estricta marcada por una edad a partir de la cual se podía escuchar al niño en el proceso y dar peso o credibilidad a su testimonio⁹⁹. Hoy en día el valor que se le ha ido atribuyendo al testimonio aportado por los niños ha evolucionado, de no ser considerado en absoluto a ser considerado como prueba fiable. Sin embargo continúan existiendo límites. Como indica la Observación General N° 5 del Comité de los Derechos Niño sobre *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*¹⁰⁰, el acceso a la justicia sigue siendo un reto enorme para los niños. Eso se debe fundamentalmente a los siguientes motivos: la complejidad del sistema de justicia; el carácter intimidatorio del sistema para los niños; falta de accesibilidad para ellos puesto que dependen del apoyo de los adultos y carecen de recursos para afrontar las tasas judiciales; además de las barreras culturales y de asignación de recursos que pueden afectar a niños con problemas añadidos, como los niños con discapacidad, niñas provenientes de culturas en que la denuncia de los hechos cometidos en la vida privada son mal vistas, niños migrantes y refugiados y problemas derivados de situaciones irregulares, entre otros¹⁰¹.

⁹⁹ SPENCER, J. R.; FLIN, R. H., 1990, *op cit*, pp. 401-403

¹⁰⁰ Comité de los Derechos Niño, Observación General No. 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones (2003), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

¹⁰¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe: *Access to justice for children*, 16 Diciembre 2013, A/HRC/25/35, pp. 6-7, disponible en www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/.../A-HRC-25-35_en.doc

3. Los principios guía para la práctica de la prueba en los procesos penales con menores

El derecho internacional de los derechos del niño obliga a que los Estados garanticen dos principios fundamentales: el principio de que en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (artículo 3.1 CDN) y el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante (artículo 12.1 CDN).

Estos dos principios han sido definidos como “el paraguas de la Convención”, puesto que buscan que los demás derechos contenidos en la Convención se hagan reales y efectivos¹⁰². El Comité de los Derechos del Niño ha elaborado dos observaciones generales que han desarrollado estos principios aplicándolos a diferentes contextos y situaciones.

El Comité de los Derechos del Niño, el supremo intérprete de la CDN, ha definido, en la Observación general N° 14 (2013) sobre *el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*¹⁰³, este principio como “el principio guía de la Convención” enfatizando que el concepto de ISN contiene tres elementos. El primero, que el interés superior es el fundamento de un derecho sustantivo, segundo, que es una regla de procedimiento y tercero, que es un principio fundamental de interpretación. Lo más relevante de esta Observación es el marcado carácter que este principio adquiere como regla de procedimiento. En este sentido, el artículo 3.1 requiere la inclusión de este paso en el proceso de determinación, pero no impone una solución a apriorística. En palabras del Comité, la evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los

¹⁰² VAN BUEREN, G., 1998, *op cit*, p. 51. Sobre este principio véase CARDONA LLORENS, J. C. “El Interés Superior del niño: balance y perspectivas del concepto en el 25º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Revista Española de desarrollo y cooperación*, Número extraordinario, Otoño de 2014, pp. 21-35; CARDONA LLORENS, J.C., “The General Comment N°14: strengths and limitations, points of consensus and dissent emerging in its drafting”, en *The best interest of the child – A dialogue between theory and practice*, Council of Europe, 2016, pp. 11-18.

¹⁰³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), U.N. Doc. CRC/C/GC/14 (2013).

intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos¹⁰⁴.

La Observación General N° 12 del Comité sobre *El derecho del niño a ser escuchado*¹⁰⁵ recomienda que la evaluación del interés superior del niño deba respetar el derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. El Comité precisa que en la determinación del interés superior del niño y su derecho a ser escuchado se habrá de tener en cuenta la evolución de las facultades del niño establecido en el artículo 5 de la Convención¹⁰⁶.

El *principio del desarrollo de las capacidades* establece que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres [...] de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Por “evolución de sus facultades” la Convención indica de forma explícita que la niñez no es una experiencia única, fija y universal. Hay diferentes estadios en la niñez de una persona en que necesita diferentes grados de protección, provisión y participación¹⁰⁷. En términos sencillos, a medida que el niño va madurando, la guía que sus responsables habrán de brindarle disminuirá al ir desarrollando sus facultades¹⁰⁸.

Escuchar al niño para determinar su interés superior implicará tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. En relación a la edad el Comité ha destacado que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión¹⁰⁹.

El principio de evolución de las capacidades confiere al niño una gradual autonomía en atención a su madurez, limitando la influencia de los padres sobre las decisiones de sus hijos.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párr. 6.

¹⁰⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, U.N. Doc. CRC/C/GC/11 (2009).

¹⁰⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 14, 2013, *cit*, párr. 44.

¹⁰⁷ VAN BUEREN, G. 1998, *op cit*, p. 50.

¹⁰⁸ De igual manera que el principio del interés superior del niño, con importantes implicaciones culturales, principalmente, porque el reconocimiento de madurez o la institución y el alcance del *parens patriae* no es la misma de una cultura a otra. Un análisis de las percepciones culturales del desarrollo de las capacidades en los niños véase LANSDOWN, G, et al. *The evolving capacities of the child*. Innocenti studio, Unicef, 2005, p. 12,

¹⁰⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 12, 2009, *cit*, párr. 29

Esta es una cuestión importante que al tomar declaración de un niño será fundamental, puesto que la influencia de los padres sobre sus hijos es determinante, pudiendo incluso coaccionar, inhibir o manipular la declaración de un menor sospechoso y acusado y el testimonio de un menor víctima y testigo. Sin embargo nos encontramos con un problema al que se han enfrentado los psicólogos y juristas en las últimas décadas, ¿Cuáles son las etapas del desarrollo de un niño que nos dan la posibilidad a nivel legal de brindarle de más o menos capacidad? ¿De qué momento a qué momento las capacidades de un niño varían atendiendo a la edad cronológica y los niveles del desarrollo socioemocional cognitivo del niño? ¿En qué sentido esto repercute en un contexto judicial? Una de las preocupaciones de la psicología del desarrollo se ha centrado en la identificación de hitos que indican las capacidades que tienen los niños a lo largo de diferentes estadios de su desarrollo correspondiente a distintas edades. Numerosos trabajos se han realizado en torno a esta cuestión, sin embargo no existe acuerdo sobre cómo valorar las capacidades de los niños de manera precisa en entornos judiciales¹¹⁰. La dificultad estriba en que para entender el comportamiento de un niño resulta esencial estudiar el entorno jurídico en el que se desenvuelve, el contexto y los factores socioemocionales externos que le afectan¹¹¹.

Estos principios, si bien son indeterminados son fundamentales a la hora de obtener declaraciones que sirvan de prueba en casos en que los niños o bien sean sospechosos o acusados o víctimas y testigos. Producen que se visibilice al niño y que se le dote de aquellas herramientas y garantías que permitan su capacidad y autonomía en los procesos penales y de hacer efectivos sus derechos.

¹¹⁰ CHANDLER, M.; CHAPMAN, M. *Criteria for competence: Controversies in the conceptualization and assessment of children's abilities*. Hillsdale NJ, 1991.

¹¹¹ WOOLARD, J. L.; REPPUCCI, N. D.; REDDING, R. E. "Theoretical and methodological issues in studying children's capacities in legal contexts", *Law and Human Behavior*, 1996, vol. 20, no 3, p. 222.

CAPÍTULO 2. LA AUSENCIA DE COERCIÓN EN EL PROCESO PENAL

En 1981, en el caso *X contra la República Federal Alemana*¹¹², el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que se encontraba justificado, en aras de la administración de justicia y para la protección de los derechos de terceros, llevar a cabo interrogatorios de menores por parte de la policía, al ser medidas de investigación para determinar una posible responsabilidad criminal. En concreto, el tribunal argumentó que independientemente del hecho de que un interrogatorio pudiera suponer enfrentar a un menor a una situación inherentemente coercitiva, era necesario “someterlos [a los menores] a medidas de investigación, tales como los interrogatorios por parte de la policía, en los casos en que exista una sospecha bien fundada de que se vean involucrados en actividades que podrían ser castigadas si llegaran a ser responsables penalmente. Por supuesto, es necesario que los interrogatorios de los niños se lleven a cabo de manera en que se vea respetada su edad y susceptibilidad”¹¹³.

La declaración en sede policial es una parte crucial en la mayoría de las jurisdicciones en Europa. En los últimos años ha habido una tendencia a la traslación del foco de interés por parte de los organismos protectores de derechos humanos en Europa a la fase de instrucción del proceso penal, puesto que tradicionalmente la mirada había sido puesta únicamente sobre la fase del juicio oral¹¹⁴. Resulta esencial centrar la atención sobre la fase de investigación del proceso, puesto que lo que ocurre durante la interacción con la policía y las demás autoridades que intervienen durante esta fase puede tener un impacto significativo sobre el niño a lo largo de su paso por las distintas etapas del proceso penal¹¹⁵. Si para una persona adulta “[l]a experiencia práctica demuestra que a veces los interrogatorios, incluso sobre

¹¹² Véase: Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso *X contra la República Federal Alemana*, Application 8819/79, 19 de marzo de 1981. <http://swarb.co.uk/x-v-germany-echr-19-mar-1981ECHR>.

¹¹³ «Subject them to investigation measures, such as interrogations by the police, in cases where there is well-founded suspicion of their being involved in activities which would be punishable if they were criminally responsible. It is of course necessary that interrogations of children be carried out in a manner respecting their age and susceptibility», *Ibid*, p. 161.

¹¹⁴ CAPE, E., et al. *Suspects in Europe: procedural rights at the investigative stage of the criminal process in the European Union*. Intersentia, 2007, p. 19.

¹¹⁵ “What occurs during the police interaction can have a significant impact on juvenile’s further passage into the criminal system” REDLICH, A. D. et al. “The police interrogation of children and adolescents”, en LASSITER, G. D. *Interrogations, confessions, and entrapment*. Estados Unidos: Springer, 2006, p. 107.

cuestiones aparentemente sin importancia, son particularmente arriesgados para un acusado, si él o ella no presta una atención particular, el riesgo de admisiones imprudentes o declaraciones contradictorias aumenta. Estos, a su vez, servirán para debilitar la posición del sospechoso y bien pueden afectar a la credibilidad de sus declaraciones sobre puntos importantes”¹¹⁶, para un niño, dicha problemática podrá incrementarse debido a diversos motivos.

Un estudio publicado en 1986 reveló que una característica a nivel mundial era la falta de protección de los niños en la fase de instrucción del proceso penal¹¹⁷. En los años sucesivos se publicaron varios trabajos que se centraban en dicha problemática. En Reino Unido un estudio publicado en el año 2000, que buscaba estudiar los efectos del derecho a guardar silencio en el proceso penal y averiguar hasta qué punto las personas sospechosas o acusadas decidían acogerse a dicho derecho, dedujo que el 55 por ciento de los sospechosos decidían declarar en sede policial y renunciaban a su derecho a no declarar¹¹⁸. Dicho estudio reflejó que un alto porcentaje de dichas renunciaciones se llevaban a cabo por parte de menores. Según sus autores, “este grupo era el que con menor probabilidad se hubiese beneficiado del derecho a guardar silencio al ser menos propensos a ejercerlo”¹¹⁹, puesto que al mismo tiempo que no entendían bien la normativa y sus implicaciones, eran más sugestionables a los interrogatorios policiales. Por estos motivos constituían un grupo vulnerable y se extrapolaba que, al no haber atendido a las características específicas inherentes a los menores, se habían obtenido de los interrogatorios declaraciones falsas que habían llevado al error judicial¹²⁰.

Aun así, el hecho de que el menor decida declarar no implica que lo declarado sea veraz. Existen detalles que pueden suceder a lo largo de un interrogatorio llevado a cabo en las diferentes etapas del proceso penal que pueden ocasionar que un menor introduzca a través de su declaración un falso testimonio que puede desviar a la justicia del esclarecimiento de los hechos y, lo que es peor, conseguir, incluso, una condena errónea. Además, si la declaración

¹¹⁶ “Practical experience shows that sometimes interrogations even on seemingly unimportant questions, are particularly risky for an accused, if he or she does not pay particular attention, the risk of unwise admissions or contradictory statements increases. These, in turn, will serve to weaken the position of the suspect and may well affect the credibility of his or her declarations on important points” en TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sarah J. *Human rights in criminal proceedings*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 342.

¹¹⁷ TOMASEVSKI, K. (ed.). *Children in adult prisons: An international perspective*. St. Martin's Press, 1986, citado en VAN BUEREN, G. *The international law on the rights of the child*. Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 176.

¹¹⁸BUCKE, T.; STREET, R.; BROWN, D. *The right of silence: The impact of the Criminal Justice and Public Order Act 1994*. London: Home Office, 2000, p. 34.

¹¹⁹ “This group was the least likely to have benefited from having a right of silence because they were least likely to have exercised it”, *Ibid*, p. 38.

¹²⁰ *Ibid*.

se ha llevado a cabo en unas circunstancias opresivas, bajo coerción o engaño, la confesión habrá sido obtenida de forma ilícita, con independencia de su verdad o falsedad, a través de una vulneración de los derechos de la defensa a un juicio justo.

En la actualidad los distintos organismos de derechos humanos han tenido que enfrentarse a tipos diferentes de coerción llevadas a cabo en procesos en que los sospechosos o acusados o las víctimas o testigos son niños. Este capítulo pretende analizar dos tipos particularmente importantes: en primer lugar, la prohibición de usar torturas y tratos inhumanos o degradantes en el proceso penal y, en segundo lugar el recurso a otros tipos de coerción, como el engaño y la trampa por parte de las autoridades, si bien la jurisprudencia para estos últimos ha considerado principalmente casos de adultos. La obtención de pruebas a través de estos métodos y el alcance del derecho internacional dejan al descubierto ciertos lugares en que los menores pueden quedar potencialmente desprotegidos o ser vulnerados en sus derechos.

1. Declaraciones obtenidas a través de torturas y de tratos inhumanos o degradantes

Durante mucho tiempo prevaleció en Europa la idea de que una confesión siempre iba aparejada a la verdad. El recurso a la tortura dentro de la maquinaria de la Administración de justicia para extraer declaraciones de los sospechosos y acusados a lo largo de una investigación judicial era un mecanismo generalmente aceptado en los ordenamientos judiciales europeos. Si un individuo confesaba ser culpable o la culpabilidad de otro, se presumía la veracidad de su declaración, ya que era imposible pensar que una persona declarase en contra de uno mismo si no era voluntad de Dios que lo hiciese¹²¹.

Voces contrarias a estas prácticas en Europa, durante los siglos XVI y XVII, criticaron con dureza estos métodos y que se usaran como forma de obtener declaraciones dentro del sistema procesal penal, lo que produjo el progresivo desarrollo e integración de reglas jurídicas, que habían de excluir pruebas en los sistemas del *Common Law*, o a través de la elaboración de principios jurídicos en los sistemas continentales, que debían guiar al juez a través de una valoración libre y su “íntima convicción”¹²². Un paso adelante en la evolución

¹²¹ LANGBEIN, J. H. *Torture and the law of proof: Europe and England in the Ancien Régime*. University of Chicago Press, 2012.

¹²² Esto fue el resultado de un largo proceso, en que voces como la de T. Hobbes (1588-1679) en el *Leviatán* o *La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (1651) y Rousseau en el *El Contrato Social* (1762) se alzaron en defensa del derecho a la vida cuando la vida del individuo dependía de la voluntad

de los derechos del individuo en el proceso penal fue el desarrollo de la representación letrada, al permitir a la defensa participar en el proceso penal, proceso en el que hasta muy recientemente, como se ha tratado en el primer capítulo de este trabajo, los niños no gozaban de ningún trato especial.

Hoy esta situación ha cambiado radicalmente: La prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes se encuentra recogida en numerosos instrumentos sobre derechos humanos de carácter internacional y regional¹²³. Es uno de los pocos derechos reconocidos como absolutos y no derogables en situaciones de emergencia. Se considera parte del derecho internacional consuetudinario y tiene rango de norma de *jus cogens* en virtud del artículo 53 Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados¹²⁴. Asimismo la Convención de los Derechos del Niño prohíbe explícitamente la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en su artículo 37.

No obstante, de las definiciones de tortura y de tratos inhumanos o degradantes se desprenden ciertas cuestiones que plantean problemas a la hora de implementar este derecho cuando el sospechoso o acusado o la víctima y testigo en un proceso penal es un niño.

Así, aunque la mayoría de sentencias y decisiones sobre tortura se han pronunciado con relación a los adultos¹²⁵, del análisis de los pocos casos que han versado sobre niños, se desprenden ciertos interrogantes que afectan en concreto a este grupo ante tales prácticas.

caprichosa de un monarca y, más concretamente, la voz y legado de Cesare Beccaria (1738-1794) en *De los delitos y de las penas* (1764) e Immanuel Kant, *La Metafísica de la Moral* (1785) batallaron en favor de la integridad de la persona y en contra de la pena de muerte, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, cuando el fanatismo religioso acechaba Europa y los instrumentos de la Inquisición lograban falsas confesiones. Véase, ISHAY, M. *The history of human rights: From ancient times to the globalization era*. Univ of California Press, 2008, pp. 84-91. Más adelante, J. Bentham y T. Wigmore desarrollaron el movimiento racionalista, proponiendo limitar a través de la ley de la discrecionalidad de aquéllos que habían de juzgar los hechos. Véase TWINING, W. *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*. Stanford University Press, 1985.

¹²³ Artículos 7 y 10 PIDCP, artículo 5 de la DUDH y dentro de los instrumentos regionales artículo 3 del CEDH, artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos, artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. También se encuentra recogida en el derecho internacional humanitario en la Convención de Ginebra de 1949. En relación a la I: artículos 3, 12 y 50; Convención de Ginebra II: artículos. 3, 12 y 51; Convención de Ginebra III: artículos 3, 17, 87 y 130; Convención de Ginebra IV: artículos 3, 32 y 147. En el derecho penal internacional en el Estatuto de la Corte Penal, artículos 7 y 8.

¹²⁴ Ha sido considerada norma de *jus cogens* por la jurisprudencia de derechos humanos y en las observaciones generales de los órganos de Tratados. Véase: THIENEL, T. The admissibility of evidence obtained by torture under international law. *European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, no 2, p. 349-367. Sobre el reconocimiento de normas de *jus cogens* en derecho internacional véanse: WEIL, P. "Towards relative normativity in international law". *Am. J. int'l L.*, 1983, vol. 77, p. 413; NOWAK, M. *CCPR-Commentary*. Second edition. Kehl, 2005, pp. 157-158; SHELTON, D. "Normative hierarchy in international law". *The American Journal of International Law*, 2006, vol. 100, no 2, pp. 291-323.

¹²⁵ "The majority of judgments and decisions about torture have been made in relation to adults" MAN, N. *Children, Torture and Power. The torture of children by states and armed opposition groups*. London: Save the Children Fund, 2000, p. 14.

Para su análisis procederemos, en primer lugar, a hacer un breve repaso del alcance de los elementos constitutivos de la prohibición de cometer tortura y tratos inhumanos o degradantes y los problemas que se plantean a la hora de implementar dichas obligaciones cuando el que sufre el acto es un niño. En segundo lugar, analizaremos la exclusión de pruebas obtenidas a través de torturas y tratos inhumanos o degradantes. Como veremos, los límites y efectos de esta prohibición en relación a niños pueden provocar una desprotección eventual sobre estos últimos en determinadas circunstancias.

1.1. Los elementos constitutivos de la tortura y de los tratos crueles inhumanos o degradantes

La definición de tortura se encuentra en el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante UNCAT)¹²⁶, que establece lo siguiente: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Por su parte, respecto de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, el artículo 16 de la misma convención dispone lo siguiente: “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.

En los siguientes apartados analizaremos los elementos de estas definiciones.

¹²⁶ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984

1.1.1. Dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales

Si bien la tortura cuenta con una definición jurídica en la UNCAT —“acto por el cual se inflija a una persona dolores o sufrimientos *graves*, físicos o mentales”¹²⁷—, los actos inhumanos o degradantes no se encuentran definidos de igual forma. Del artículo 16 de la UNCAT únicamente se desprende cierta jerarquía entre estas dos formas de violencia mencionando que por trato inhumano o degradante se entenderá “otros actos [...] *que no lleguen a ser tortura*”¹²⁸. Tortura es una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumana o degradante que desintegra la personalidad individual, trastoca el equilibrio mental y psicológico y aplasta la voluntad del individuo¹²⁹. Se entiende así que los actos que no lleguen a ser tortura son actos inhumanos o degradantes de una gravedad menor, pero con los mismos elementos típicos.

A pesar de esto, el derecho internacional no cuenta con una definición precisa de lo que es grave y lo que es menos grave, por ello, establecer una escala jerárquica ha recibido muchas críticas, puesto que la gravedad de un acto es un concepto indeterminado recurrente a lo largo de los textos jurídicos internacionales así como de muy difícil precisión. A la hora de redactar la citada convención, los Estados intentaron evitar de manera intencionada integrar una definición precisa y cerrada de lo que constituían estos tratos, por los peligros que tal precisión pudiera plantear. Esta cuestión queda bien reflejada en el voto razonado del juez Fitzmaurice en el caso *Tyrer contra Reino Unido*¹³⁰ según el cual “[t]ratándose de la tortura y de los tratos inhumanos, después de haber reflexionado más sobre el caso irlandés, he llegado a preguntarme si es posible o justo considerar que estos conceptos (y lo que digo sería también aplicable a los de trato o pena degradante) ostentan el carácter absoluto y monolítico que parecen tener según los términos literales del artículo 3 [...] es fácil ver por qué los

¹²⁷ Además, como ya se ha mencionado previamente, no son solo los actos físicos, sino también los mentales los que pueden considerarse como torturas o tratos inhumanos o degradantes. Entre éstos, las amenazas han sido consideradas por el derecho internacional de los derechos humanos como actos que pueden revestir la gravedad suficiente para ubicarse bajo el umbral del artículo 3 del CEDH. Véase el informe Relator de las Naciones Unidas para la Comisión de Derechos Humanos de 3 de Julio de 2001 a la Asamblea General, *Question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Fifty-sixth session, UN Doc. A/56/156, disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a56156.pdf>; “The author was subjected to severe physical and psychological torture, including the threat that the author’s hands would be cut off by an electric saw, in an effort to force him to admit subversive activities”, Comité Derechos Humanos, Caso *Miguel Ángel Estrella v. Uruguay*, Comunicación No. 74/1980, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/38/40), párr. 8.3.

¹²⁸ El resaltado es nuestro.

¹²⁹ *Declaration on the Protection of All persons from being subjected to torture* de 1976 citado en VAN BUEREN, G. “Opening Pandora’s Box: Protecting Children Against Torture or Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment”. *Law & Policy*, 1995, vol. 17, no 4, pp. 377-396, p. 386.

¹³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Tyrer contra Reino Unido*. Sentencia de 25 abril 1978. TEDH 1978/3.

autores del Convenio actuaron así: además de que una definición adecuada habría sido tan difícil de elaborar como en el caso famoso de la definición de la agresión, cualquier intento de definición (lo mismo que en este último caso) casi e inevitablemente habría indicado los medios de evadirse de ella”¹³¹. Integrar una definición tanto precisa como imprecisa suponía un riesgo, y los Estados optaron por una definición imprecisa, la menos peligrosa, para impedir que una definición sugiriera los medios para su propia evasión, o también posiblemente, la más ventajosa, puesto que el integrar una definición imprecisa también ofrece los medios para eludir la obligación¹³².

Es importante destacar que la jurisprudencia tampoco se ha mostrado clara al respecto, puesto que a través de la doctrina del “instrumento viviente”, la definición de tortura y de trato inhumano o degradante habrá de evolucionar al mismo tiempo que su comprensión por parte de una sociedad democrática¹³³ y la identificación de determinadas prácticas que habrán de ser definidas caso por caso y no de manera apriorística¹³⁴.

¹³¹ Véase Voto Razonado Disidente del Juez Fitzmaurice al caso *Tyrer contra Reino Unido*, *Ibid*, párr. 3º.

¹³² El concepto abstracto e impreciso ha permitido que los Estados puedan en el futuro interpretar el término de forma discrecional. Un ejemplo de ello lo hizo Estados Unidos a la hora de interpretar la palabra gravedad dentro del fundamento jurídico aportado en el Memorándum presentado en 2004 en la “lucha contra el terror” (*war on terror*) para justificar ciertas “técnicas de interrogación mejoradas” cómo no lo suficientemente graves para ser definidas como tortura y tratos inhumanos o degradantes. Véase: SHANE, S., JOHNSTON D. y RISEN, J., “Secret U.S. Endorsement of Severe Interrogations”, *The New York Times*, 4 de octubre de 2007. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2007/10/04/washington/04interrogate.html?pagewanted=all>.

¹³³ Esta doctrina quedó patente cuando el TEDH en 1978 declaró que el maltrato sufrido por los sospechosos integrantes del IRA constituían tratos crueles, inhumanos o degradantes (Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Irlanda contra Reino Unido*. Sentencia de 18 enero 1978. TEDH 1978\2). Unos años más tarde, el Tribunal concluyó que no eran tratos inhumanos o degradantes, sino tortura y justificó la contradicción entre sus sentencias amparándose en su doctrina del «instrumento viviente» (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Selmouni contra Francia*. Sentencia de 28 julio 1999. TEDH 1999\30). Véase: MOECKLI, D., *et al. International human rights law*. Oxford University Press, 2013, p. 215.

¹³⁴ Cuestión comprensible por el peligro que puede entrañar ofrecer una definición cerrada y apriorística de estas prácticas. Así los organismos y tribunales internacionales han ido identificando prácticas caso por caso. De este modo, nos encontramos con prácticas que han sido identificadas por la jurisprudencia internacional como tortura: el uso oficial de la *falanga*, golpes en las plantas de los pies, por parte de la administración de justicia (Comisión de Derechos Humanos, *Caso Dinamarca contra Grecia (Greek Case)*, 1969, 12 Yearbook of the European Convention on Human Rights, disponible en <file:///C:/Users/isabe/Downloads/001-73020.pdf>); provocar la asfixia hundiendo la cabeza en el agua (Comité Derechos Humanos, *Caso José Vicente and Amado Villafañe Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Angel María Torres Arroyo and Antonio Hugues Chaparro Torres contra Colombia*, Comunicación No. 612/1995, 14 de Junio de 1994, CCPR/C/60/D/612/1995); atar a una persona de los brazos por detrás de la espalda y suspenderla en el aire (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Aksoy contra Turquía*. Sentencia de 18 diciembre 1996. TEDH 1996\72); las detenciones incomunicadas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Suárez Rosero contra Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997; la violación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Aydin contra Turquía*. Sentencia de 25 septiembre 1997. TEDH 1997\77); amenazas de tortura y muerte cuando son creíbles (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003). Hay prácticas que han sido identificadas como tratos inhumanos o degradantes como el uso de esposas para atar a un interno a la cama de un hospital cuando su peligrosidad no estaba demostrada (Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), *Caso Hénaf contra Francia*. Sentencia de 27 noviembre 2003. TEDH 2003\79); el desnudo integral en sede policial o fuera que se lleve a

Tampoco existe una distinción clara entre tratos inhumanos, crueles o degradantes, delimitación que ha sido criticada por ser inconcreta, al ser conceptos que se encuentran interrelacionados y que se necesitan el uno al otro¹³⁵. La Comisión Europea proclamó en 1969 que por trato inhumano se entendía aquél “que provoca deliberadamente sufrimiento grave, mental o físico que debido a la situación particular, es injustificable”¹³⁶ y degradante, y aquél en el que “se humilla (a la persona) gravemente ante los demás o lo lleva a actuar en contra de su voluntad o conciencia”¹³⁷. Si bien la palabra “cruel” se integró en la UNCAT y en los demás instrumentos internacionales, no se incorporó dentro de la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 3 ni en la Carta de Derechos Fundamentales en su artículo 4. Hay ciertos autores que han criticado esta ausencia, por entender que la palabra cruel es fundamental para amparar actos que pueden ser crueles para ciertos grupos y no para otros¹³⁸. Otros, sin embargo, consideran que no existe diferencia entre cruel, inhumano y degradante, puesto que son conceptos interrelacionados y con un contenido similar¹³⁹.

El TEDH ha precisado en su jurisprudencia que para que el daño pueda ser considerado tortura y trato inhumano o degradante ha de llegar a un umbral de severidad requerido para ubicarse dentro del artículo 3 del CEDH¹⁴⁰. En este sentido, es importante que a la hora de considerar el umbral de severidad el derecho sea sensible hacia prácticas que pueden ser suficientemente graves o severas para determinados grupos. De este modo, el derecho internacional no solo ha considerado los daños físicos, sino también los mentales y, en concreto, los de determinados grupos de víctimas¹⁴¹. Esta cuestión es particularmente

cabo de manera opresiva (Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso *Iwanczuk contra Polonia*. Sentencia de 15 noviembre 2001. TEDH 2001\756); mostrar a un presunto terrorista en vestimenta de prisión (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997).

¹³⁵ PEERS, S., et al. (ed.). *The EU Charter of fundamental rights: a commentary*. Bloomsbury Publishing, 2014, pp. 80-83.

¹³⁶ “That which deliberately causes severe suffering, mental or physical which in the particular situation is unjustifiable” Caso *Dinamarca contra Grecia (Greek Case)*, 1969, cit, 171, párr. 186.

¹³⁷ “If it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience”, *ibid*.

¹³⁸ VAN BUEREN, G. 1995, *op. cit.*, pp. 385-386.

¹³⁹ PEERS, S., et al. (ed.). 2014, *op cit*, pp. 86-87.

¹⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Soering contra Reino Unido*. Sentencia de 7 julio 1989. TEDH 1989\13, párr. 100; Caso *Irlanda contra Reino Unido*, 1978, cit, párr. 162; Caso *Tyrer contra Reino Unido*, 1978, cit, párrs. 29 y 30.

¹⁴¹ Hay que hacer mención a dos casos en los que el daño psicológico ha tenido un especial peso a la hora de valorar la gravedad del sufrimiento ocasionado sobre la persona. Comité Derechos Humanos *Caso Miguel Angel Estrella v. Uruguay*, 1983, cit, donde el Comité consideró que la amenaza de amputación de las manos de un pianista profesional constituía tortura y el caso CIDH, *Miguel Castro-Castro contra Perú*, cit, en el que las víctimas (mayoría mujeres) plantearon resarcimiento no solo por los daños físicos sino también mentales sufridos en la operación Operativo Mudanza I. Uno de estos reclamos, al final no apoyado mayoritariamente fue reflejado en el voto razonado del juez Cançado Trindade de la siguiente manera: “la interviniente común de los representantes de las víctimas y sus familiares, y también víctima en el presente caso (Sra. Mónica Feria Tinta),

importante, puesto que el umbral del daño y del sufrimiento experimentado por los niños es más bajo que el de un adulto, que además variará de un niño a otro dependiendo de su edad y madurez. Van Bueren considera que existen ciertas prácticas que, aunque no se prohíben para los adultos, pueden considerarse trato cruel y degradante cuando se aplican a los niños, como por ejemplo: la pena capital, la prisión perpetua, las detenciones incomunicadas, administrativas o penales y las medidas cautelares desproporcionadas a la espera de juicio¹⁴². Resulta importante destacar que no será lo mismo una práctica ocasionada a un niño de cinco años que a un adolescente de dieciséis años, pues es evidente que algo que un niño de diecisiete años puede soportar, a un niño de cinco años le puede resultar insoportable y cruel. Dicha diferencia no suele siempre tenerse en cuenta en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que “está acostumbrado a ver grupos de personas como clase, una clase de adultos, mujeres, niños, pero no a la consideración de los atributos de los miembros individuales que integran esa clase”¹⁴³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido consciente de este diferente umbral y ha precisado en repetidas ocasiones que el nivel de severidad para alcanzar el umbral requerido por el artículo 3 del Convenio Europeo es relativo y que depende de las circunstancias del caso. Dichas circunstancias se definirán por “la naturaleza y el contexto del tratamiento o castigo, la manera y el método de su ejecución, su duración, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima”¹⁴⁴.

En referencia a esta cuestión, una problemática que ha incidido en el derecho internacional de los derechos humanos en torno a la definición de trato cruel, inhumano o degradante es la diferente percepción que existe en relación a prácticas socialmente aceptadas

señaló que “14 años cambian y no cambian las cosas”. En cierto sentido, “el tiempo se ha paralizado”, por cuanto su vida ha sido consumida por nueve años en la investigación de este caso... Los muertos no se han ido, pero están presentes en las reflexiones y los sueños de las sobrevivientes de la masacre de la Prisión de Castro Castro. Agregó que todo está frenado hasta que “pueda desencadenarse la justicia”, pero, mientras tanto, pasa el tiempo, “nos hacemos viejos y no viene la justicia y corre el reloj. Muchas de nosotras no hemos podido ser madres todavía”; hay un derecho a la memoria que “es parte del derecho a la verdad”, y en el presente caso “hicimos un esfuerzo sobrehumano para presentar evidencia que nos permita una sentencia” que ampare “este grupo de víctimas”, Fragmento extraído del voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso *Prisión de Castro Castro*, *cit*, párr. 13.

¹⁴² “there are treatments and punishments that even if not prohibited when imposed on adults, but may amount to cruel and degrading behaviour when perpetrated against children”. Véase: VAN BUEREN, G. 1995 *op. cit.*, pp. 385-386.

¹⁴³ “International human rights law is accustomed to viewing groups of individuals as a class, such as a class of adults, a class of women and children, but not to considering the attributes of individual members of that class”. *Ibid.*, p. 385.

¹⁴⁴ “Such as the nature and context of the treatment or punishment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Costello-Roberts contra Reino Unido*. Sentencia de 25 marzo 1993. TEDH 1993/17, párr. 30.

que en algunas culturas se consideran beneficiosas y en otras se consideran dañinas. Esta cuestión afecta en especial a los menores, que se han visto sometidos a lo largo de la historia a castigos corporales y correctivos, institucionalizados o en la familia, socialmente aceptados¹⁴⁵.

La Declaración de 1924 de los Derechos del Niño, defendía el bienestar de los niños, pero en ninguno de sus artículos recogió la prohibición del castigo corporal. La Declaración de las Naciones Unidas de 1959 integró dos principios que más adelante fundamentarían como pilares los argumentos en contra del castigo corporal como método educativo y disciplinario: el principio de dignidad y el principio del interés superior del niño. Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 contiene varios artículos directamente relacionados con la prohibición del castigo corporal: el artículo 19.1 que dispone que “[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”, el artículo 28 párrafo segundo que obliga a que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la Convención y concretamente el artículo 37 que obliga a los Estados a velar por que “[n]ingún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

El Comité de los Derechos del Niño, al igual que otros organismos, ha defendido la abolición de la práctica del castigo corporal en todos los niveles. En la Observación General núm. 1, *Propósitos de la Educación*¹⁴⁶, defendió en 2001 que el derecho a la educación de los niños debía asegurar la dignidad inherente del niño y que los niños “no pierden sus derechos

¹⁴⁵ Sobre la cuestión del relativismo cultural a la hora de prohibir ciertas prácticas culturales relativas a los niños, véase: GILMOUR-WALSH, B.; ALSTON P. *The Best Interests of the Child: Towards a synthesis of children's rights and cultural values. Innocenti studi.* 1996. Disponible en: <http://www.unicef-irc.org/publications/108>; HARRIS-SHORT, S. "International human rights law: imperialist, inept and ineffective? Cultural relativism and the UN Convention on the Rights of the Child". *Human rights quarterly*, 2003, vol. 25, no 1, p. 130-181; DONNELLY, J. "The relative universality of human rights". *Human rights quarterly*, 2007, vol. 29, no 2, p. 281-306; NEWELL, P. *Children are people too: The case against physical punishment.* Bedford Square, 1989. GREVEN, P. *Spare the child: The religious roots of punishment and the psychological impact of physical abuse.* Vintage Books, 1990 citado en FREEMAN, M. "The morality of cultural pluralism". *Int'l J. Child. Rts.*, 1995, vol. 3, p. 1

¹⁴⁶ Observación General núm. 1, Comité de los Derechos Niño, *Propósitos de la educación*, 26º período de sesiones (2001), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 332.

al cruzar las puertas del colegio”¹⁴⁷. Unos años más tarde, en 2006, el Comité elaboró la Observación General núm. 8, *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes*¹⁴⁸ donde definió el castigo corporal como aquél “que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, *aunque sea leve*”¹⁴⁹. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños (“manotazos”, “bofetadas”, “palizas”), con la mano o con algún objeto —azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarlos del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes)... El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante. Además, hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y degradantes, y por lo tanto incompatibles con la Convención. Entre éstas se encuentran, por ejemplo, los castigos en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño”¹⁵⁰. El Comité además refleja en esta observación general, que existe una tendencia de abofetear a los menores en variedad de situaciones, incluyendo los diferentes estadios a lo largo del sistema procesal penal, por no querer cooperar o por un mal comportamiento¹⁵¹. En su Observación General núm. 13, *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*¹⁵², el Comité exhortó a los Estados a prohibir totalmente el empleo de la violencia contra los niños, con independencia de su gravedad¹⁵³.

Según el relator especial contra la tortura, los niños detenidos presentan una doble vulnerabilidad. En primer lugar, debido a su detención y al igual que otros detenidos, en ausencia de libertad se convierten en dependientes del cuidado del Estado. En segundo lugar, debido a su edad, hay que tener en cuenta el estado de su desarrollo psicológico y fragilidad

¹⁴⁷ “Do not lose their human rights by virtue of passing through the school gates” (*Ibid*, párr. 8). La traducción del Comentario general al castellano es errónea puesto que dice lo siguiente “Los niños no pierden sus derechos humanos al salir de la escuela”. La traducción correcta es “los niños no pierden sus derechos al cruzar las puertas del colegio” al indicar la pérdida de derechos en el entorno de la escuela, no al salir de ella.

¹⁴⁸ Observación General No. 8, Comité de los Derechos Niño, *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), 42º período de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/8.

¹⁴⁹ Subrayado nuestro

¹⁵⁰ *Ibid.*, párr. 11.

¹⁵¹ Comité de los Derechos Niño, *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*, cit.

¹⁵² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, U.N. Doc. CRC/C/GC/11 (2011).

¹⁵³ *Ibid.*, párr. 26

física¹⁵⁴. El Comité Europeo contra la Tortura, en su noveno informe titulado *Juveniles Deprived of Liberty* (“Menores Privados de Libertad”) denunció que los menores corren mayor riesgo de sufrir malos tratos en los establecimientos policiales que en otros lugares debido al uso recurrente al bofetón pedagógico como medida disciplinaria¹⁵⁵.

El bofetón pedagógico se diferencia según el Comité de los Derechos del Niño, del uso de la fuerza en circunstancias en las que puede estar justificada. El uso de la fuerza ha de ser siempre el último recurso, cuando todos los demás medios alternativos hayan fallado. Así, situaciones que lo justifiquen pueden ser un comportamiento peligroso por parte del menor¹⁵⁶ o prevenir que el menor se autolesione o lesione a terceros o destruya la propiedad¹⁵⁷.

Las formas de violencia que llegan o no al umbral de severidad requerido por el artículo 3 del CEDH o del artículo 4 de la CDFUE quedarán definidas por un margen de apreciación que queda bajo la discrecionalidad de la(s) persona(s) que haya(n) de juzgar los hechos, pudiendo dejar al niño desprotegido frente a formas de violencia menor. El problema de la permisividad de las formas de violencia *leve* hacia los niños se ve reflejada claramente en el caso *Bouyid versus Belgica*¹⁵⁸ en el que dos hermanos, de los cuales uno era menor de edad, fueron abofeteados por unos policías mientras se encontraban detenidos en sede policial. Ambos incidentes se corroboraban por informes médicos que demostraban que ambos hermanos presentaban en sus mejillas moratones y eritemas. En la demanda ante el TEDH se alegaba vulneración del artículo 3 del CEDH por tratos degradantes. La Sentencia de la sección 5ª del TEDH, concluyó que no se había dado una vulneración del artículo 3 del CEDH, porque los golpes recibidos por los menores en ambos casos no habían llegado al nivel de severidad requerido por este precepto¹⁵⁹. Según el Tribunal, aun no considerando que el uso de la fuerza por parte de los policías fuese contrario al artículo 3 del CEDH, declaró que dicha violencia es despreciable, ya que “la policía que golpea a los individuos

¹⁵⁴ Interim report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak, A/64/215, (3 de Agosto de 2009). Disponible en: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/64/215>, párr. 64.

¹⁵⁵ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), 9th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1998, disponible en < <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-09.htm>>, párrs. 24-25.

¹⁵⁶ Comité de los Derechos Niño, *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*, cit, párr. 11.

¹⁵⁷ *UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*, adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/113, 14 de Diciembre de 1990.

Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/JuvenilesDeprivedOfLiberty.aspx>, párr. 64.

¹⁵⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Caso *Affaire Bouyid contra Belgique*. Sentencia de 21 noviembre 2013. JUR 2013/349642

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 47

mientras los interroga por lo menos cometen una falta de ética y actúa de una manera que es deplorablemente no profesional”¹⁶⁰.

Reflejando la problemática de la indefinición y relatividad del concepto de grave o severo, la jueza Power-Forde, en su voto razonado concurrente, a pesar de declarar estar de acuerdo con la decisión mayoritaria, especificó que “este caso, que trata de una bofetada administrada por los agentes de policía a los menores bajo su custodia, se acerca, en virtud de las circunstancias específicas, a los límites de una conducta prohibida por el artículo 3”¹⁶¹.

El Tribunal evadió a lo largo de su sentencia entrar a considerar si dicho uso de la fuerza fue necesario, proporcionado o buscaba un fin legítimo. El Tribunal se limitó a mencionar que “en relación con una persona privada de su libertad, el recurso a la fuerza física que no resulta estrictamente necesario por su propia conducta disminuye la dignidad humana y es, en principio, una infracción del derecho establecido en el artículo 3”¹⁶², pero no entró en detalles y automáticamente pasó a considerar el nivel de severidad del acto en sí. El Tribunal logró, así, sorprendentemente, no hacer referencia a las circunstancias en las que dichas bofetadas se llevaron a cabo.

Esta Sentencia es criticable por los siguientes motivos: en primer lugar, si el Tribunal se hubiese detenido en las circunstancias que rodeaban el caso a la hora de considerar la necesidad de la actuación policial, quizás hubiese tenido en cuenta las conductas de los dos hermanos, valorando si éstas justificaban el uso de la fuerza por parte de la policía y, en concreto, hubiera entrado a valorar dos cuestiones fundamentales: que se trataba de dos menores y que eran de religión musulmana. Es posible que dicho uso de la fuerza hubiese sido necesario, proporcional y legítimo. Sin embargo, lo planteado en el caso y la poca fundamentación jurídica que se ofrece en la Sentencia, dejan sin respuesta la posibilidad de que el trato dispensado pudiera haberse fundamentado en un abuso de poder dominante y quizás, posiblemente, en un acto discriminatorio por motivos raciales. Segundo, que al no considerar dentro del umbral del artículo 3 del CEDH, la violencia ejercida por la policía belga por considerarla menos grave o leve, contradice directamente las directrices del Comité de los Derechos del Niño.

¹⁶⁰ “Police officers who strike individuals while questioning them are at the very least committing a breach of ethics and acting in a manner that is deplorably un professional”, *ibid.*, párr. 50.

¹⁶¹ “This case, involving as it does, a slap administered by police officers to juveniles in their custody, comes, by virtue of the specific circumstances, very close to the boundary of conduct prohibited by Art 3”. Véase: Voto razonado concurrente de la jueza Power Forde. *Ibid.*

¹⁶² “In respect of a person deprived of his liberty, any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in artículo 3”. Caso *Bouyid contra Bélgica*, 2013, *cit.*, párr. 47.

Afortunadamente dicho fallo fue reconsiderado por la Gran Sala, que recientemente dictó Sentencia en 2015 anulando la anterior. En ella declaró la violación del artículo 3 de CEDH por parte de Bélgica, al considerar que los sospechosos, entre ellos el menor, habían sido víctimas de un trato degradante por parte de la policía belga. De esta forma, finalmente, el Tribunal convierte una consideración ética en una legal y confronta la violencia policial innecesaria, prohibiendo cualquier tipo de violencia física por parte de la policía, sea grave o no grave, hacia las personas que se encuentran bajo su autoridad, especialmente¹⁶³.

1.1.2. Con el fin de obtener de ella o de un tercero información, castigarla, o de intimidar o coaccionar

Otro elemento que define el tipo tortura y de tratos inhumanos o degradantes se basa en la intencionalidad, es decir, el propósito a la hora de llevar a cabo la acción. Los niños son torturados y tratados inhumanamente por multitud de razones que tienen una intención concreta: Obtener información o una declaración incriminatoria, incriminar a un responsable inmediato de ciertos hechos delictivos dando la apariencia de que la investigación policial es efectiva, etc. Así lo reflejan, entre otros, los casos *Salduz contra Turquía*¹⁶⁴ y *Panovits versus Turquía*¹⁶⁵.

También la intencionalidad puede ir dirigida a coaccionar o intimidar a un grupo o a sus familiares, o a obtener información acerca de su entorno, familiares y amigos. Dos casos emblemáticos que han tratado esta cuestión han sido, por un lado, el caso *Aydin versus Turquía*¹⁶⁶, en el que el TEDH declaró tortura la violación y los malos tratos sufridos por una niña de diecisiete años en el centro de detención policial por sospechar que su familia colaboraba con el Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK). El uso de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes de los hijos para presionar a los padres es común en numerosos países, como lo demuestra, por otro lado, el caso *Kurt versus Turquía*¹⁶⁷, que trata de la denuncia planteada por una madre a causa de la desaparición de su hijo que había sido

¹⁶³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso *Bouyid contra Belgica*. Sentencia de 28 septiembre 2015. JUR 2015\235590

¹⁶⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Salduz contra Turquía*. Sentencia de 27 noviembre 2008. JUR 2008\365080.

¹⁶⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Panovits contra Chipre*. Sentencia de 11 diciembre 2008. JUR 2008\379731.

¹⁶⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Aydin contra Turquía*, 1997, *cit*.

¹⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Kurt contra Turquía*. Sentencia de 25 mayo 1998. TEDH 1998\76.

secuestrado por las autoridades turcas con objeto de sacar información a su familia que se sospechaba tenía vínculos con el PKK.

Otros motivos pueden fundamentarse únicamente en razones discriminatorias. La intencionalidad no puede únicamente deberse a la búsqueda de información, sino que puede responder simplemente a motivos discriminatorios. Un ejemplo de este tipo de prácticas lo refleja el caso de *los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*¹⁶⁸, sobre las desapariciones de varios niños de la calle por una cuestión meramente discriminatoria de limpieza y eliminación de un grupo.

El problema puede plantearse si los actos no son intencionales. En estas situaciones los niños pueden quedar desamparados ante situaciones en que la tortura o los tratos inhumanos o degradantes son ocasionados por el descuido o la omisión de ciertos comportamientos por parte de los responsables. Esta cuestión es relevante si consideramos la necesidad de cuidados y atenciones que requieren los niños y si su descuido supondría la responsabilidad por trato inhumano o degradante. Los artículos 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI)¹⁶⁹ no reconocen como necesaria la intencionalidad para el enjuiciamiento de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes como crímenes de guerra y de lesa humanidad.

1.1.3. Infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas

La definición tradicional del concepto de tortura, solo referida a la esfera pública, no es más que una herencia del derecho romano¹⁷⁰. Esta definición, sin embargo, no ha sido considerada estrictamente por los organismos interpretadores de derechos humanos que han considerado prácticas ocasionadas por otros actores no gubernamentales¹⁷¹ y pertenecientes al ámbito de la vida privada del menor.

En la Observación General al artículo 7 del PIDCP, el Comité de los Derechos Humanos consideró que: “También es deber de los poderes públicos asegurar la protección de la ley contra tales tratos aun cuando sean cometidos por personas que actúen fuera o sin ninguna

¹⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre 1999.

¹⁶⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

¹⁷⁰ VAN BUEREN, G. 1995, *op. cit.*, p. 382.

¹⁷¹ RODLEY, N. “Can armed opposition groups violate human rights?”, en MAHONEY, K. *Human rights in the twenty-first century: a global challenge*. Springer, 1993, pp. 297-318.

autoridad oficial”¹⁷². El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha adoptado una postura claramente defensora de que existe un riesgo en atribuir responsabilidad únicamente a las personas que cometan tortura, tratos inhumanos o degradantes en la esfera pública. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹⁷³ lo deja patente en su artículo 2, donde se elimina cualquier referencia a la naturaleza pública del actor. Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en sus artículos 7 y 8, no incluye la oficialidad para que ciertos actos puedan ser comprendidos bajo la definición de tortura o trato inhumano o degradante¹⁷⁴.

En 1993 la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres¹⁷⁵ enfatizó la necesidad de extender la prohibición del castigo corporal a la vida privada y familiar, obligando a los Estados a legislar y a adoptar medidas de protección contra la violencia de género¹⁷⁶. Sin embargo, las prácticas llevadas a cabo en la vida privada, han quedado muchas veces al margen y no se han revestido de este atributo de oficialidad, como se ha denunciado en repetidas ocasiones. La falta de sanción de estas prácticas, al quedar dentro de la vida privada, ha puesto de manifiesto la discriminación institucionalizada hacia aquellos grupos que sufren en mayor medida estos tipos de violencia, denunciando que “cuando el Estado no adopta tales medidas de forma sistemática, puede ser visto como una

¹⁷² “It is also of duty of public authorities to ensure protection by the law against such treatment even when committed by persons acting outside or without any official authority”, Comité de Derechos Humanos, Observación General 7, *Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles* (art. 7) al artículo 7 del PIDCP, 16º período de sesiones, 1982 (revisado en 1992 y reemplazado por el Comentario General número 20), párr 2.

¹⁷³ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>

¹⁷⁴ El artículo 7 e) define la tortura como un acto que cause “intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”. Dicha definición es válida también para los crímenes de guerra bajo el artículo 8. En el Estatuto, la oficialidad deja de ser un elemento del tipo penal.

¹⁷⁵ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, Resolución de la Asamblea General, 85ª sesión plenaria, 20 de diciembre de 1993

¹⁷⁶ Véanse: Comisión de Derechos Humanos, Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer: sus causas y consecuencias, Yakin Ertrk más recientes: “Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género: Violencia contra la Mujer. La Norma de la Debida Diligencia como Instrumento para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, 62 período de sesiones E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006 (Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/103/53/PDF/G0610353.pdf?OpenElement>), y el Informe del Relator Especial contra la tortura “Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, Consejo de Derechos Humanos, Séptimo período de sesiones A/HRC/7/3 de 15 de enero de 2008 (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/101/64/PDF/G0810164.pdf?OpenElement>). Sobre esta cuestión véase: CHARLESWORTH, H.; CHINKIN, C.; WRIGHT, S. “Feminist approaches to international law”. *The American Journal of International Law*, 1991, vol. 85, no 4, pp. 613-645.

condonación de “un patrón de abuso a través de la inacción generalizada”¹⁷⁷. El Comité de los Derechos del Niño - que ha enfatizado a lo largo de los años a través de sus observaciones y recomendaciones a los Estados parte, la importancia de prohibir el castigo corporal a los niños en la esfera privada - ha cuestionado la falta de prohibición de estas prácticas denominadas por las legislaciones nacionales “castigo razonable” (*reasonable chastisement*)¹⁷⁸.

¹⁷⁷ “When the state fails to take such action on a systematic basis, it can be seen as condoning “a pattern of abuse through pervasive non action” Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/8, UN Doc: E/CN.4/1996/53, para 33, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/105/09/PDF/G9610509.pdf?OpenElement>.

¹⁷⁸ En el marco de la escuela ha habido numerosos casos que se han centrado en el castigo corporal permitido como método educativo y disciplinario. Un ejemplo de ello fue el caso *X and Y contra Países Bajos* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *X e Y contra Países Bajos*. Sentencia de 26 marzo 1985. TEDH 1985/4), que trató el abuso sexual de una niña de dieciséis años con discapacidad psíquica. La demandante recurrió alegando vulneración de los artículos 8 y 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que se había llevado a cabo una vulneración del artículo 8 del CEDH, pero a la hora de declarar si dicha vulneración de la vida privada y familiar había constituido una violación del artículo 3, como trato inhumano y degradante, se limitó a concluir lo siguiente: “Después de haber encontrado que el artículo 8 fue violado, el Tribunal no considera que también tiene que examinar el caso en virtud del artículo 3, individualmente o en relación con el artículo 14” (párr. 34). En el caso *Costello-Roberts contra Reino Unido* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Costello-Roberts contra Reino Unido*. Sentencia de 25 marzo 1993. TEDH 1993/17) se dirimió el caso del castigo corporal de un niño de siete años en una escuela privada en Reino Unido. Por mal comportamiento del niño, tras discutirlo con sus colegas, el director de la escuela decidió administrarle tres azotes en el trasero con un zapato con suela de goma. Sorprendentemente, el TEDH llegó a la conclusión que no se había dado una vulneración de los artículos 3 y 8 de la Convención. Paradójicamente, el Comité de los Derechos del Niño en relación con este problema, llegó a la conclusión contraria, rechazando el maltrato corporal y abuso contra los niños en la vida privada, tanto en la escuela como en la familia y una obligación positiva de los Estados de prohibir en su legislación el castigo corporal contra los niños. El Comité destacó que países como Austria, Chipre, Finlandia, Noruega y Suecia habían prohibido en su legislación la posibilidad del castigo corporal dentro de la vida privada y familiar considerándolo como una forma de abuso de la integridad física y de los derechos del niño (VAN BUEREN, G. 1995, *op. cit.*, p. 381). En el ámbito familiar el TEDH fue tajante en el caso *A contra Reino Unido* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *A. contra Reino Unido*. Sentencia de 23 septiembre 1998. TEDH 1998/55) en declarar tratos inhumanos o degradantes el maltrato físico sufrido por un niño por parte de su padre. Reino Unido había permitido dicho maltrato puesto que se encontraba dentro de los límites del castigo razonable autorizado por su legislación. El TEDH destacó que el artículo 3 del Convenio “obliga a los Estados a tomar medidas que garanticen que los individuos dentro de su jurisdicción no sean objeto de torturas o tratos o penas inhumanos o degradantes, incluidos los malos tratos administrados por particulares...los niños y otras personas vulnerables, en particular, tienen derecho a la protección del Estado, en forma de disuasión efectiva, contra las violaciones graves de la integridad personal” (párr. 22). A día de hoy siguen existiendo países en Europa que no han prohibido por ley cualquier tipo de castigo corporal Véase el desarrollo legislativo abolicionista de este tipo de prácticas contra los niños, en: endcorporalpunishment.org. Francia por ejemplo sigue permitiendo el castigo corporal a los menores. Esta cuestión ha sido objeto de una condena reciente por parte del Consejo de Europa por no prohibir expresamente en su legislación todas las formas de castigos corporales aplicados a los niños susceptibles de atentar contra su integridad física, su dignidad, su desarrollo y su estabilidad psíquica. La decisión del Consejo considera que esta permisividad por parte de la ley vulnera el artículo 17 de la Carta Europea de los Derechos Sociales por la que los Estados parte se comprometen a proteger “a los niños y adolescentes contra la negligencia, la violencia y la explotación” YÁRNOZ, C. «Condena a Francia por no prohibir los cachetes a los niños», *El País*, 4 de marzo de 2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/03/04/actualidad/1425468241_680448.html. Una evolución de las legislaciones internas sobre el castigo corporal ocasionado a los niños y los cambios legislativos que se han dado con el paso de los años con relación a esta cuestión, véase: FREEMAN, M.

1.1.4. Sanciones Legítimas

En último lugar la UNCAT requiere la legitimidad de las sanciones para que un acto no sea considerado tortura. Este elemento ha sido relativizado por los organismos y los tribunales interpretadores de derechos humanos considerando que no por el hecho de preverse en la ley excluye el carácter de tortura o de trato inhumano o degradante que se determinará por la naturaleza y las consecuencias del acto en sí mismo.

El caso *Tyrer contra Reino Unido*¹⁷⁹, contempló el supuesto de un castigo corporal infligido judicialmente sobre un menor de quince años. Se trataba de un castigo legalmente establecido para menores en caso de robo en lugar de la cárcel en el que un juez ordenó pegar con una vara metálica al menor. El tribunal, además de declarar que, aun siendo una sanción legítima (excepción establecida a la prohibición de tortura y trato inhumano o degradante) por estar establecida en la ley, no significaba que por ello no se pudiera considerar trato inhumano o degradante, pues implicaría que cualquier acto que estuviese establecido en la ley conllevaría una impermeabilización frente al escrutinio de los tribunales internacionales. Concluyó el Tribunal, que la sanción no constituía un trato inhumano, pero sí degradante¹⁸⁰.

1.2.La inadmisibilidad de las declaraciones obtenidas a través de tortura y de tratos inhumanos o degradantes.

Vistos los límites conceptuales a la prohibición de cometer tortura y tratos inhumanos o degradantes y de qué manera los niños pueden quedar desprotegidos en este sentido, los Estados estarán obligados a no admitir prueba alguna que se sospeche haya sido obtenida a través de tortura y de tratos inhumanos o degradantes.

En los últimos años, especialmente desde el 11-S se ha recurrido a una justificación del uso de la “tortura preventiva” (*preventive torture*)¹⁸¹. Además de justificarse con base en el argumento de que previene frente a la posibilidad de que se produzca un daño mayor, la

“Upholding the dignity and best interests of children: international law and the corporal punishment of children”. *Law and Contemporary Problems*, 2010, vol. 73, no 2, p. 211-251, p. 211.

¹⁷⁹ Caso *Tyrer contra Reino Unido*, *cit.*

¹⁸⁰ Los hechos que fueron enjuiciados son descritos por el Tribunal de la siguiente manera: “Después de esperar en una estación de policía durante un tiempo considerable para que un médico llegase, el Sr. Tyrer fue azotado a última hora de la tarde del mismo día. Su padre y un médico estaban presentes. El solicitante fue obligado a bajarse los pantalones y los calzoncillos e inclinarse sobre una mesa; estuvo detenido por dos policías, mientras que un tercero le administraba el castigo” *Ibid.* párr. 10.

¹⁸¹ AMBOS, K. “May a state torture suspects to save the life of innocents?” *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6, no 2, p. 261-287; PEERS, S., *et al.* (ed.). 2014, *op cit.*, p. 76.

admisibilidad de las declaraciones obtenidas a través de estas prácticas se ha justificado en algunas circunstancias cuando pueda beneficiar a la misma persona que las formuló en el proceso penal¹⁸². No ha de descartarse que “puede haber casos en que dichas pruebas puedan demostrarse fiables y conducir a una prueba ulterior más decisiva”¹⁸³.

No obstante, el artículo 15 de la UNCAT contiene una prohibición explícita a la obtención de cualquier tipo de declaración en un proceso a través de torturas. Dicho artículo obliga a los Estados Parte a asegurarse “de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

Esta obligación también la han recogido los Órganos de Tratados. Por su parte el Comité de los Derechos del Niño en su Comentario General núm. 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*¹⁸⁴, en lo que se refiere al derecho a no auto-incriminarse recogido en el artículo 40 (2) (b) (iii), establece una regla de exclusión estricta del uso de cualquier declaración que haya sido obtenida a través de tortura y de tratos inhumanos o degradantes. Esto significa “en primer lugar —y evidentemente— que tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, con el fin de obtener una admisión o una confesión, constituye una grave violación de los derechos del niño y es totalmente inaceptable. Dicha admisión o confesión no podrá ser en absoluto admisible como prueba”¹⁸⁵.

Esta prohibición de uso de declaraciones obtenidas a través de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes se desprende también de otros comentarios generales, como el Comentario General núm. 20 del Comité de Derechos Humanos al artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)¹⁸⁶ que declara la

¹⁸² SCHARF, M P. “Tainted provenance: When, if ever, should torture evidence be admissible”. *Wash. & Lee L. Rev.*, 2008, vol. 65, p. 129. En este artículo, se plantea el uso de declaraciones en los juicios contra los jemeses Rojos en las salas especiales de Camboya. El autor argumenta que la admisibilidad de las declaraciones bajo tortura en procesos penales habrían de darse cuando su admisibilidad beneficie a la persona que ha sufrido dichos tratos. Esta cuestión, aun siendo bien intencionada puede resultar peligrosa.

¹⁸³ “[...] there may be cases where such evidence may prove to be correct and lead to further decisive evidence” AMBOS, K. “The transnational use of torture evidence”. *Israel Law Review*, 2009, vol. 42, no 02, pp. 362-397, p. 370.

¹⁸⁴ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General # 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44º período de sesiones, Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007.

¹⁸⁵ “This means in the first place - and self-evidently -that torture, cruel, inhuman or degrading treatment in order to extract an admission or a confession constitutes a grave violation of the rights of the child (artículo 37 (a) of CRC) and is wholly unacceptable. No such admission or confession can be admissible as evidence”, *Ibid.*, párr. 56.

¹⁸⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril 1977. RCL 1977/893

importancia de que la “ley prohíba la utilización o la admisibilidad en los procesos judiciales de las declaraciones o confesiones obtenidas mediante tortura u otros tratos prohibidos”¹⁸⁷.

El mismo Comité en su Comentario General núm. 13 al artículo 14 considera “[...] que el acusado no puede verse obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. Al examinar esta garantía deben tenerse presentes las disposiciones del artículo 7 y del párrafo 1 del artículo 10. Con el fin de obligar al acusado a confesarse culpable o a declarar contra sí mismo se utilizan con frecuencia métodos que violan estas disposiciones. Debe establecerse por ley que las pruebas obtenidas por estos métodos o cualquier otra forma de coerción son enteramente inaceptables”¹⁸⁸. De la misma manera, las *Líneas guía sobre el papel de los Fiscales* adoptadas en 1999 por las Naciones Unidas indican que: “cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una grave violación de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra alguien más que contra aquéllos que usaron dichos métodos, o informar a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia”¹⁸⁹.

Hay que precisar que el único de estos textos que tiene una naturaleza jurídicamente vinculante es el de la UNCAT, que solo prohíbe cualquier declaración obtenida a través de torturas. Las demás disposiciones pertenecen a observaciones generales que, aunque tengan una importancia fundamental a la hora de interpretar textos internacionales, puesto que emanan del organismo creado en virtud de su tratado fundacional, no dejan por ello de tener una naturaleza meramente declarativa. Además, la UNCAT ha sido ratificada únicamente por ciento cincuenta y ocho Estados¹⁹⁰ y aunque los demás instrumentos de derechos humanos

¹⁸⁷ Observación General núm. 20, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7 - Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992), párr. 12

¹⁸⁸ Observación General núm. 13, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 14 - Administración de justicia, 21º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154 (1984), párr. 14.

¹⁸⁹ “When prosecutors come into possession of evidence against suspects that they know or believe on reasonable grounds was obtained through recourse to unlawful methods, which constitute a grave violation of the suspect’s human rights, especially involving torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, or other abuses of human rights, they shall refuse to use such evidence against anyone other than those who used such methods, or inform the Court accordingly, and shall take all necessary steps to ensure that those responsible for using such methods are brought to justice”. *Líneas guía sobre el papel de los Fiscales*, Adoptadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Trato a los Ofensores, La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, línea guía 16.

¹⁹⁰ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-9&chapter=4&lang=en

han sido ratificados por más Estados que la UNCAT, ninguna disposición en ellos contempla expresamente una prohibición de admitir declaraciones obtenidas a través de estos métodos.

Tanto el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, como el Tribunal de Ruanda excluyen en su Regla 95 de las Reglas de Procedimiento y de la Prueba (en adelante RPP)¹⁹¹ las pruebas obtenidas a través de métodos que ponen en duda su fiabilidad o si su admisión pueda dañar seriamente la integridad del proceso. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI)¹⁹² contiene una regla similar en su artículo 69(7) que establece que “[n]o serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”. Prosigue el artículo añadiendo que “[l]a Corte, al decidir sobre la pertinencia o la admisibilidad de las pruebas presentadas por un Estado, no podrá pronunciarse sobre la aplicación del derecho interno de ese Estado”.

Una diferencia relevante entre la Regla 95 de los dos tribunales *ad hoc* y el artículo 69(7) del ECPI se encuentra en la ausencia en las RPP de los tribunales *ad hoc* de una exclusión explícita de cualquier prueba que viole las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas. Originariamente, posteriormente se suprimiera, el Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (en adelante ETPAY) en su Regla 95 contemplaba una exclusión automática de cualquier prueba obtenida a través de medios que “constituyen una grave violación de los derechos humanos internacionalmente protegidos”¹⁹³. En este sentido, la modificación efectuada a las RPP de los tribunales *ad hoc* ha permitido que los jueces puedan admitir de manera discrecional pruebas que, aun vulnerando derechos humanos, se considere que sean fiables y que no produzcan un daño serio a la integridad del proceso penal¹⁹⁴, aunque “serio” es un concepto ciertamente complicado de definir.

¹⁹¹ Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, IT/32/Rev. 44 10 December 2009. Disponible en:

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_rev44_en.pdf; International Criminal Tribunal for Rwanda, Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc. ITR/3/REV.1 (1995), Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/africa/RWANDA1.htm>

¹⁹² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

¹⁹³ “Which constitute a serious violation of internationally protected human Rights”, CALVO-GOLLER, Karin. *The trial proceedings of the international criminal court*. M. Nijhoff, 2006, p. 97.

¹⁹⁴ Los tribunales *ad hoc* se han tenido que enfrentar en varias ocasiones a casos en que las pruebas han sido obtenidas por parte de las autoridades nacionales y su jurisprudencia se ha mostrado en algunos puntos contradictoria. En el caso *Celebici* se trató por parte del TPY si se podía admitir prueba obtenida en un interrogatorio por parte de la policía austriaca en ausencia del abogado del sospechoso. En ese momento el

En este sentido, la problemática se complica si centramos nuestra atención en las declaraciones de menores en un proceso penal en terceros países, durante la fase de instrucción del proceso penal. La admisibilidad de toda declaración obtenida en terceros países de un menor, que se sospeche haya sido obtenida a través de torturas, ha de ser bloqueada y excluida. El recurso a dichas prácticas con menores no es inusual, no solo para enjuiciar a los menores mismos, sino también para extraer información acerca de sus familiares y amigos. En este sentido, el artículo 15 de la UNCAT es claro, prohibiendo el uso de dichas declaraciones contra cualquier persona, incluso aquéllas que no hayan sido las víctimas directas de las prácticas ilegales¹⁹⁵. Si bien los tribunales penales internacionales no juzgan a menores de dieciocho años, es ciertamente hipócrita permitir admitir pruebas a través de prácticas que ellos mismos tienen la obligación de sancionar.

El TEDH ha sido claro en relación a la admisibilidad de toda declaración que se sospeche haya sido obtenida a través de tortura, no solo considerándola contraria al artículo 3 del Convenio, sino también como contraria al artículo 6 del Convenio. El caso *El Motassadeq*¹⁹⁶, en el que un tribunal en Hamburgo en 2005 “hizo uso de los resúmenes completos de los testimonios de tres sospechosos de Al-Qaeda ante las autoridades de Estados Unidos a pesar del hecho que se mantuvieron serias dudas acerca de si estos testimonios habían sido obtenidas mediante tortura”¹⁹⁷. Dichas declaraciones se admitieron, por no poder verificar la Corte que habían sido obtenidas a través de torturas. En este sentido,

derecho austríaco no contemplaba el derecho de un sospechoso a asistencia letrada en la fase prejudicial del proceso penal. En virtud del artículo 18 (3) del TPAY la vulneración de las RPE del tribunal, al no estar vinculado por el derecho nacional, convertía en inadmisibles las declaraciones ante la policía austriaca.

En el caso *Barayagwiza*, la detención prejudicial en Camerún había sido llevada a cabo sin que el acusado fuese informado de los motivos de su detención. El Tribunal Penal para Ruanda declaró que proseguir con un proceso que se basaba en una violación de los derechos de la defensa minaría la integridad del proceso y sería injusto para el acusado, independientemente de que dicha violación hubiese sido llevada a cabo por un tercero, independiente del tribunal. Sin embargo, posteriormente una sala de apelación decidió que no era labor del Tribunal de Ruanda entrar a valorar la organización del proceso penal en terceros países.

Dicha actitud se plasmó también en el caso *Brdanin*, donde una sala del TPAY consideró la admisibilidad de las grabaciones ilegales interceptadas por las fuerzas de seguridad de Bosnia y Herzegovina argumentando que la función del Tribunal no es disuadir y castigar la conducta ilegal por las autoridades policiales nacionales mediante la exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente. En este sentido, la supervisión de la legalidad de los actos de las autoridades nacionales a la hora de obtener prueba en derecho penal internacional cuenta con una potencial desprotección de los derechos de todas aquellas personas que se encuentran involucradas en un proceso penal. En AMBOS, K, 2009, *op cit*, p. 369.

¹⁹⁵ THIENEL, T. 2006, *op cit*, p. 357.

¹⁹⁶ Hanseatic Higher Regional Court, Hamburgo, Caso *Mounir El-Motassadeq*, Sentencia de 14 de junio de 2005 y Sentencia de 19 agosto de 2005.

¹⁹⁷ “Made use of the full summaries of the testimonies given by three Al-Qaeda suspects before US authorities despite the fact that serious doubts remained whether these testimonies had been extracted by torture”. Véase Intervention submission by the European Center for Constitutional and Human Rights and the Redress Trust al caso *El-Haski contra Bélgica*, ECHR, Application no. 649/08, pág. 8. Disponible en:

<file:///C:/Users/isabe/Downloads/EI%20Haski.%20Amicus%20Curiae%20Brief.%20ECCHR-Redress.%202009-06-18.pdf>

este fallo fue muy criticado, pues se consideró que a la hora de demostrar la utilización de tortura al extraer una declaración, la carga de la prueba, según el derecho internacional de los derechos humanos, recae sobre la acusación, que habrá de demostrar que, en caso de existir sospecha, dichas declaraciones no se obtuvieron a través de torturas¹⁹⁸. Esta postura resulta fundamental, puesto que numerosas veces es muy difícil demostrar estas prácticas por parte de las víctimas puesto que se llevan a cabo a escondidas.

En el caso de *A y Otros contra Reino Unido*¹⁹⁹ en el que se consideró también el uso de declaraciones admitidas y valoradas por un órgano administrativo contra un individuo pendiente de ser deportado en Reino Unido, se alegaba que dichas declaraciones habían sido obtenidas a través de torturas, sin embargo, fueron admitidas por el órgano administrativo. Cuando dicho caso llegó a los tribunales, se anuló la decisión que admitió dichas declaraciones, por ser contrarias a los valores más fundamentales del Estado de derecho.

Según el TEDH “[l]a admisión de pruebas obtenidas a través de tortura es manifiestamente contrario, no sólo a las disposiciones del artículo 6, sino a los estándares internacionales más básicos de un juicio justo. Haría todo el juicio no sólo inmoral e ilegal, sino también poco fidedigno en su resultado. Sería, por lo tanto, una flagrante negación de la justicia, si esas pruebas fueran admitidas en un juicio penal”²⁰⁰. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es categórico a la hora de declarar un juicio injusto si las pruebas admitidas han sido obtenidas a través de torturas, incluso si dichas pruebas no han sido decisivas a la hora de resolver sobre la condena del sospechoso o acusado²⁰¹.

¹⁹⁸ UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Mr. M. Nowak, UN doc. A/61/259 (14 Aug. 2006), párr. 64: “[i]n the Special Rapporteur’s opinion, the Hamburg Court failed to shift the burden of proof to those Government authorities who actually invoked the contested evidence. In light of well-founded allegations about the torture and enforced disappearance of the witnesses in United States custody, it was the responsibility of the Prosecutor (or the Court) to prove beyond reasonable doubt that the testimonies were not extracted by torture, rather than to prove that they were actually obtained by torture”. Disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/61/259

¹⁹⁹ *A and Others contra Secretary of State for the Home Department* [2003] UKSIAC 1/2002. Disponible en: <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>

²⁰⁰ “The admission of torture evidence is manifestly contrary, not just to the provisions of article 6, but to the most basic international standards of a fair trial. It would make the whole trial not only immoral and illegal, but also entirely unreliable in its outcome. It would, therefore, be a flagrant denial of justice if such evidence were admitted in a criminal trial”. Véase el caso Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), *Caso Othman (Abu Qatada) contra Reino Unido*. Sentencia de 17 enero 2012. JUR 2012\14936, párr. 267. Se trataba de una garantía (*assurance*) dada por el Gobierno de Jordania a Reino Unido para la deportación de Abu Qatada, un sospechoso terrorista de alto nivel. Varias ONGs y asociaciones intervinieron en el juicio denunciando que existían pruebas de que Jordania seguía aplicando torturas y tratos inhumanos o degradantes en su fase prejudicial y que Othman corría un grave riesgo de maltrato en caso de ser deportado.

²⁰¹ El tribunal se ha pronunciado sobre si la prueba no ha sido determinante a la hora de obtener una condena. En este sentido, aun no siendo determinante, el tribunal ha considerado que “la prueba de cargo, ya sea en la forma

No obstante, “[l]a dificultad no radica en los casos de pruebas obtenidas por medio de graves violaciones de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, como la tortura, por ejemplo, sino por medio de medidas menos severas”²⁰². En los últimos años ha existido un alejamiento de la posición adoptada por los tribunales, especialmente a partir del 11-S, que tiende hacia una relativización de la postura relacionada con los tratos inhumanos o degradantes, dando a entender la posibilidad de dejar abierta la puerta a los Estados a usar declaraciones obtenidas a través de la utilización de dichos métodos coercitivos con base en argumentos fundamentados en el interés público²⁰³.

Durante la década de los noventa, el TEDH resolvió varios casos en los que ciertas pruebas obtenidas a través de coerción sobre el individuo habían sido utilizadas en la valoración de la prueba en casos penales. El tribunal adoptó una postura uniforme, declarando injusto cualquier juicio que se hubiese fundamentado en una declaración obtenida a través de coerción y rechazando todo argumento basado en el “interés público” aportado por los Estados generalmente para justificar dichas intromisiones. Así lo hizo en el caso *Saunders contra Reino Unido*²⁰⁴, *Teixeira de Castro contra Portugal*²⁰⁵ y *Heaney and Mc Guinness contra Irlanda*²⁰⁶, en donde se opuso tajantemente a argumentos fundamentados en el interés público y utilizados por los gobiernos en la lucha contra el fraude fiscal, el tráfico de drogas y el terrorismo; pues declaró que no existía ninguna excepción al derecho del

de una confesión o evidencia real - obtenida como resultado de los actos de violencia o brutalidad u otras formas de trato que pueden ser caracterizadas como tortura nunca deben ser invocados como prueba de la culpabilidad de la víctima, independientemente de su valor probatorio [...]. Un problema puede surgir bajo el artículo 6.1 en relación con las pruebas obtenidas a través de una violación del artículo 3 de la Convención, incluso si la admisión de dichas pruebas no fue decisiva a la hora de obtener la condena” (incriminating evidence-whether in the form of a confession or real evidence-obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterized as torture should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value [...]. An issue may arise under article 6.1 in respect of evidence obtained in violation of article 3 of the Convention, even if the admission of such evidence was not decisive in securing the conviction)”. Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso *Ashot Harutyunyan contra Armenia*. Sentencia de 15 junio 2010. JUR 2010\192881, párr. 63; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Göçmen y otros contra Turquía*. Sentencia de 30 enero 2001. TEDH 2001\62, párr. 74; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Caso *Örs y otros contra Turquía*. Sentencia de 20 junio 2006. JUR 2006\176969, párr. 60.

²⁰² “The difficulty does not lie in cases of evidence obtained by means of grave breaches of internationally recognized human rights, such as torture for example, but by means of less severe measures”, CALVO-GOLLER, K, 2006, *op cit*, p. 286.

²⁰³ ASHWORTH, A., “Exclusion of evidence by violating a Fundamental Right: Pragmatism before principle in the Strasbourg Jurisprudence”, en ROBERTS, P.; HUNTER, J. (ed.). *Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions*. Bloomsbury Publishing, 2012.

²⁰⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Saunders contra Reino Unido*. Sentencia de 17 de diciembre de 1996. TEDH 1996\67.

²⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Teixeira de Castro contra Portugal*. Sentencia de 9 de junio de 1998. TEDH 1998\26.

²⁰⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso *Heaney y McGuinness contra Irlanda*. Sentencia de 21 de diciembre de 2000. TEDH 2000\685

acusado a guardar silencio y a no declararse culpable, y decretó que cualquier coerción sobre la voluntad del sospechoso o acusado convertiría el juicio en injusto, dado que vulneraría el artículo 6 del CEDH²⁰⁷. En el caso *Irlanda contra Reino Unido*²⁰⁸, el TEDH declaró tajantemente que “[l]a Convención prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, independientemente de la conducta de la víctima. A diferencia de la mayoría de las cláusulas sustantivas de la Convención y de los Protocolos núm. 1 y 4, el artículo 3 no contempla excepciones y, en virtud del artículo 15.2 no puede haber derogaciones incluso en caso de una emergencia pública que amenace la vida de la nación”²⁰⁹.

Sin embargo, a partir de la primera década del siglo XXI el Alto Tribunal cambió de rumbo al decidir dos casos: *Jalloh contra Germany*²¹⁰ y *O’Halloran and Francis contra UK*²¹¹. El primer caso trataba la situación de un vendedor de droga que fue sorprendido por la policía y se tragó una bolsita que contenía sustancias estupefacientes. En sede policial se le administraron eméticos por un médico, que le provocaron el vómito de la bolsa de cocaína. En el segundo caso, se trataba de un motorista que se había negado a aportar información acerca de quién conducía su moto en un momento determinado, a efectos de poder identificar al sujeto que había infringido la normativa de tráfico, pudiendo potencialmente auto-incriminarse o incriminar a un tercero.

A la hora de que el tribunal valorase si las declaraciones habían sido obtenidas a través de cierta coacción, introdujo la excepción (anteriormente descartada de forma tajante), de que en ciertas circunstancias excepcionales, cuando se tratara de ofensas graves, el uso de tratos inhumanos o degradantes podría ser justificable por parte del Estado en aras del interés público²¹². El caso *Jalloh* sentó un precedente en el cambio de actitud por parte del TEDH,

²⁰⁷ “Public interest cannot be invoked to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate oneself”, Caso *Saunders contra UK*, 1996, *cit.*, párr. 74; “The public interests cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement”, Caso *Teixeira*, 1998, *cit.*, párr. 36; “Security and public order concerns of the Government cannot justify a provision which extinguishes the very essence of the applicant’s right to silence and their right not to incriminate themselves guaranteed by Artículo 6(1) of the Convention”, Caso *Heaney and Mc Guinness*, 2000, *cit.*, párr. 58.

²⁰⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Irlanda contra Reino Unido*. 1978, *cit.*

²⁰⁹ “The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim’s conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and or of Protocols núm. 1 and 4, artículo 3 makes no provision for exceptions and, under artículo 15.2 there can be no derogation there from even in the event of a public emergency threatening the life of the nation”. *Ibid.*, párr. 163.

²¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso *Jalloh contra Alemania*. Sentencia de 11 de julio de 2006. JUR 2006\204643.

²¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso *O’Halloran et Francis contra Reino Unido*. Sentencia de 29 de junio de 2007. JUR 2007\169921.

²¹² ASHWORTH, A., 2012, *op cit.*, pp. 151-153.

dónde distinguió entre actos de tortura y tratos inhumanos o degradantes. Con relación a las torturas destacó lo siguiente: “Pruebas incriminatorias, ya sea en forma de una confesión o verdadera evidencia obtenida como resultado de los actos de violencia o brutalidad u otras formas de tratamiento que se pueden caracterizar como tortura, *nunca debería ser* invocada como prueba de la culpabilidad de las víctimas, con independencia de su valor probatorio”²¹³. Prosigue la sentencia del TEDH planteando que, si en vez de ser pruebas obtenidas a través de torturas, los actos llegasen a un nivel de severidad tal para considerarse crueles inhumanos o degradantes “*no se puede excluir* que basándose en los hechos de un caso particular, el uso de pruebas obtenidas mediante actos intencionales de malos tratos que no equivalgan a la tortura hará que el proceso contra la víctima sea injusta, independientemente de la gravedad de la infracción presuntamente cometida, la importancia que se le brinda a las pruebas y las oportunidades que la víctima tuvo para desafiar su admisión y utilización en su juicio”²¹⁴.

Si bien en *Jalloh* se declaró el juicio injusto por haberse admitido prueba obtenida a través de tratos inhumanos o degradantes, el TEDH abrió la caja de pandora, planteando que «no se podrá excluir» que, en atención a las circunstancias del caso, se valorará si dicha admisibilidad de prueba obtenida a través de tratos inhumanos o degradantes conllevará un juicio injusto. Las circunstancias del caso se convierten por tanto en determinantes para la justificación del uso de dichas prácticas. Ha sido considerado por el tribunal que dichas circunstancias habrán de ser valoradas “atendiendo al caso concreto, teniendo en cuenta tanto los criterios objetivos y subjetivos, como la edad, el sexo, la religión y la vulnerabilidad de la víctima”²¹⁵. En este sentido, el tribunal es sensible al hecho de que la víctima de dichas prácticas sea un menor.

Ahora bien, si nos remitimos otra vez al caso *Jalloh*, el Tribunal declaró el juicio injusto, porque el comportamiento hacia la víctima de dichos tratos inhumanos o degradantes no era proporcional puesto que no perseguía un interés público, ya que se trataba solo de un vendedor de droga. ¿Implica, dicha aproximación por parte del Tribunal, que el juicio no se hubiera declarado injusto si hubiese existido un interés público suficiente? En dicho sentido,

²¹³ “[...] incriminating evidence-whether in the form of a confession or real evidence-obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterized as torture-should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value”, *Jalloh contra Alemania*. 2006, *cit.*, párr. 105.

²¹⁴ “[...] it cannot be excluded that on the facts of a particular case the use of evidence obtained by intentional acts of ill-treatment not amounting to torture will render the trial against the victim unfair irrespective of the seriousness of the offence allegedly committed, the weight attached to the evidence and the opportunities which the victim had to challenge its admission and use at his trial», *Ibid.*, párr. 106.

²¹⁵ “[...] on a case by case basis, taking into account both objective and subjective criteria, including the age, gender, religion and vulnerability of the victim” PEERS, S, et al. (ed.). 2014, *op cit*, p. 82.

¿serían coherentes con el Convenio los tratos inhumanos o degradantes a la hora de extraer declaraciones si existiera un suficiente interés público por parte del Gobierno?

El caso *Gäfgen contra Alemania*²¹⁶ intentó aclarar esta cuestión, puesto que se trataba de la admisibilidad de una prueba obtenida a través de tratos inhumanos o degradantes al demandante. El tribunal sentenció que “un acusado en un proceso penal tiene derecho a un juicio justo, que puede ser puesto en duda si los tribunales nacionales utilizan pruebas obtenidas como resultado de una violación de la prohibición de los tratos inhumanos en virtud del artículo 3, uno de los núcleos y de derecho absoluto garantizado por la Convención. De hecho hay también un interés público vital en la preservación de la integridad del proceso judicial y por lo tanto los valores de las sociedades civilizadas fundada sobre el Estado de Derecho”²¹⁷. No obstante, el tribunal no consideró la prueba obtenida a través de tratos inhumanos o degradantes como determinante en la condena del acusado y, por tanto, no declaró el juicio injusto²¹⁸.

La admisibilidad de declaraciones obtenidas a través de tratos inhumanos o degradantes y su aval por parte del Tribunal de Estrasburgo plantean numerosos interrogantes. Si bien se considera la edad como un factor determinante a la hora de valorar las circunstancias del caso, las consideraciones de interés público pueden predominar, dando carta blanca a los Gobiernos para poder recurrir a este tipo de prácticas. A la hora de valorar la admisibilidad de estas declaraciones, conviene poner especial atención a los distintos umbrales de lo que constituye trato inhumano o degradante para un niño, cuestión que se ha mencionado con anterioridad en este trabajo, y especial atención además a la admisibilidad de prueba transfronteriza, no solo proveniente de terceros países diferentes a Europa, sino también en su interior.

Esta problemática es especialmente sangrante en materia de terrorismo internacional²¹⁹ y en este sentido hay que destacar “el uso creciente de niños por parte de organizaciones y grupos terroristas puesto que los niños son más fáciles de adoctrinar y menos propensos a

²¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso *Gafgen contra Alemania*. Sentencia de 1 junio 2010. JUR 2010\173628.

²¹⁷ “[...] a defendant in a criminal proceeding has the right to a fair trial, which may be called into question if domestic courts use evidence obtained as a result of a violation of the prohibition of inhuman treatment under Art 3, one of the core and absolute rights guaranteed by the Convention. Indeed there is also a vital public interest in preserving the integrity of the judicial process and thus the values of civilized societies founded upon the rule of law”. *Ibid.*, párr. 175.

²¹⁸ A diferencia de la actitud frente a las torturas en el caso *Harutyanyan, cit.*, en el que el hecho de que la prueba no fuese determinante aun así el juicio fue declarado injusto.

²¹⁹ WARBRICK, C. "The European response to terrorism in an age of human rights". *European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, no 5, pp. 989-1018.

resistir, ya que no comprenden plenamente su propia mortalidad. Por otra parte, porque los niños parecen ser menos sospechosos, y su uso a menudo conduce a misiones más exitosas”²²⁰.

1.3. En el ordenamiento español

El Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre²²¹), define el delito de tortura de la siguiente forma: “Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral”.

En las observaciones finales del Comité contra la Tortura realizadas a España en el 2015²²² el Comité consideró las siguientes cuestiones como principales motivos de preocupación que pueden tener un efecto en las declaraciones de los niños en el proceso penal: En primer lugar, el mantenimiento de la detención en régimen de incomunicación hasta un máximo de 13 días para delitos de terrorismo y banda armada, por las restricciones que supone a las salvaguardias legales fundamentales de las personas privadas de libertad²²³.

En España las detenciones incomunicadas se regulan en el artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, en adelante LECrim²²⁴). En relación a los menores, específicamente el párrafo 4º de este precepto prohíbe la detención incomunicada a los menores de dieciséis años. Por tanto, cuando un menor tiene

²²⁰ Sobre la presencia y participación de los niños en terrorismo internacional véase: BLOOM, M., y HORGAN, J. “The Rise of the Child Terrorist», *Foreign Affairs*, 27 de julio de 2015. Disponible en: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/middle-east/2015-02-09/rise-child-terrorist>>. En este sentido hay que hacer mención del uso cada vez mayor de internet con el fin de enlistar niños, incluso dentro de Europa en organizaciones terroristas y grupos armados no gubernamentales. Véase WEIMANN, G.. *Terror on the Internet: The new arena, the new challenges*. US Institute of Peace Press, 2006. Sobre la importancia del respeto de las garantías esenciales en la jurisprudencia del TEDH en relación a casos de terrorismo véase: SALINAS DE FRÍAS, A. "Detención, garantías esenciales y estado de derecho en la jurisprudencia del Tedh". *Revista de Derecho Político*, 2010, no 79, p. 286.

²²¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre «BOE» núm. 281, de 24/11/1995

²²² Comité contra la Tortura, Observaciones Finales sobre el sexto informe periódico de España, 29 de mayo de 2015. CAT/C/ESP/CO/6.

²²³ *Ibid.*, párr. 10.

²²⁴ GACETA de 17 de Septiembre de 1882. «BOE» núm. 260, de 17/09/1882.

dieciséis años de edad si se le podrá aplicar el punto 2 del artículo 509 que prevé la posibilidad de que el niño esté incomunicado durante cinco días máximo. No obstante, los casos en que la prisión se acuerde por alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 384 bis (delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes) u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. El plazo máximo en que, por tanto, un menor de dieciséis años podrá estar incomunicado en España es de diez días.

Si bien es cierto que en algunas circunstancias, por la gravedad del delito o la posible amenaza al proceso, se requiere de medidas excepcionales, sería conveniente plantearse la posibilidad de salvaguardar dichos intereses pero a su vez adoptar medidas menos restrictivas para el menor. Por ejemplo, que el menor pueda recibir visitas por parte de sus padres o persona de confianza bajo supervisión. Ciertos tratos que para un adulto pueden no llegar a ser considerados tratos inhumanos, crueles o degradantes, para un niño sí pueden serlo. En este sentido, las detenciones *incomunicado* de los menores deberían tener una aplicación distinta, unas limitaciones temporales diferentes a aquellas disposiciones que se apliquen a los adultos. Estas medidas pueden ser especialmente crueles sobre los niños, esencialmente si se les priva del contacto con sus seres queridos o sus padres. Pueden incluso llegar a utilizarse como estrategias para presionar a los menores a declarar, incluso a auto-inculparse falsamente o informar bajo coacción a la policía.

En relación a esta cuestión, el Comité recomienda la revisión del régimen de incomunicación con vistas a su abolición, y que asegure que todas las personas privadas de libertad gocen de las salvaguardias legales fundamentales a partir del mismo momento del arresto, en particular los menores. El Estado parte debe garantizar el derecho de todos los detenidos a la asistencia letrada y a comunicarse con su representante legal de forma confidencial; a ponerse en contacto con sus allegados u otras personas de su elección, quienes deberán ser informados sobre el lugar de detención; y a ser sometido sin demora a un examen médico independiente²²⁵.

En segundo lugar, el Comité ha reflejado su preocupación por el hecho de que actualmente no se disponga de sistemas de video-vigilancia en todas las dependencias policiales y otros

²²⁵ Cuestión que será analizada en el siguiente capítulo de este trabajo.

lugares de detención²²⁶, el uso excesivo de la fuerza por los agentes del orden y la falta de investigación de las denuncias por torturas y tratos inhumanos o degradantes durante el régimen de incomunicación²²⁷

En relación al castigo corporal el ordenamiento jurídico español lo prohibió en el año 2007. El Código Civil permitía hasta entonces el castigo corporal ocasionado a los menores de edad en su artículo 154 que decía que “los padres podían administrar castigos a sus hijos de manera razonable y moderada”. Hoy en día el artículo 154 del mismo cuerpo legal establece que “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica”. Con relación a esta cuestión siguen existiendo dudas acerca del alcance de los tratos corporales permitidos y no permitidos por parte del artículo 154 del CC²²⁸. Una cuestión positiva de la legislación española se centra en la obligación de respetar la integridad psicológica de los menores, cuestión fundamental a la hora de valorar malos tratos no solo en el ámbito de la vida familiar, sino también en la escuela o en la vida privada del niño de manera general, donde los tratos humillantes o degradantes numerosas veces, suelen ser de tipo psicológico, a través de insultos o amenazas y no solo por parte de los adultos a los niños, sino también entre los mismos niños.

2. Las declaraciones obtenidas a través de otros tipos de coerción: el uso del engaño y de la trampa.

2.1. El uso del engaño y la trampa como método para la obtención de prueba.

Con el tiempo, el uso de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes ha sido paulatinamente prohibido por la mayoría de los sistemas nacionales democráticos y recogida su prohibición en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la coerción

²²⁶ Comité contra la Tortura, *Observaciones Finales sobre el sexto informe periódico de España*, 2015, cit, párr. 11.

²²⁷ *Ibid.*, párrs. 11, 18 y 19

²²⁸ Un ejemplo de esta confusión se puede encontrar en las interpretaciones formuladas por distintos abogados ejercientes disponibles en internet. De ellas se observa que ofrecen una interpretación al artículo 154 del CC por la que proporcionan guías a los padres para poder pegar a sus hijos sin dejar marcas o moratones. Véase con relación a esta cuestión la página web de un abogado asesorando a sus clientes sobre el castigo corporal permitido y no permitido: «¿Con ello quiere decir que si doy un cachete a mi hijo me puedo buscar problemas? No, si simplemente es el cachete en el culo o en el moflete con una fuerza mínima y que no deja marca; en cambio, si es la clásica hostia (una o varias) que deja roja la zona (o incluso morada)..., probablemente tenga problemas. Entonces, si le digo tonto al niño ¿se considerará que lo estoy maltratando? No, siempre y cuando sea una vez (o de forma muy esporádica) y sin la voluntad de menoscabar la propia identidad del menor». Pachón-Cinto, F. El blog de derecho matrimonial (blog personal). Disponible en: <http://fpachon-cinto.blogspot.com.es/2012/11/el-derecho-de-correccion-del-articulo.html>.

abarca numerosas técnicas que con el tiempo han dejado de lado estrategias de mano dura y han dado paso al uso de fórmulas coercitivas que utilizan métodos menos evidentes de coerción. Este tipo de técnicas son aquéllas que recurren al chantaje psicológico, las trampas o el engaño con el fin de obtener una declaración por parte del sujeto que está siendo interrogado.

Los ordenamientos nacionales han regulado dentro de sus leyes penales, la obtención de una declaración de manera ilícita. En general todos los sistemas nacionales se tienen que enfrentar tarde o temprano a la obtención de declaraciones obtenidas a través de métodos policiales inaceptables²²⁹.

Los peligros de las falsas declaraciones y la problemática asociada a las tácticas policiales engañosas, al tratar con sospechosos menores de edad en la fase de investigación de un proceso penal, son una realidad hoy en día²³⁰. Este fenómeno, potencialmente dañino en todos sus sentidos, ha sido foco de atención por la psicología jurídica, que ha destacado ciertas técnicas que son una amenaza para la integridad del proceso penal.

Debido a su naturaleza, para los niños, los interrogatorios policiales son situaciones inherentemente coercitivas²³¹. Se ha reflejado en diversos estudios criminológicos sobre esta cuestión, que en los últimos años las técnicas policiales han pasado de prácticas de mano dura que usaban la intimidación física y verbal, a utilizar de manera más frecuente la manipulación psicológica²³². Estos métodos pueden provocar que personas inocentes confiesen delitos que no han cometido. Para que una confesión sea válida generalmente, habrá de ser voluntaria, sin embargo, detrás de una apariencia de voluntariedad, pueden esconderse engaños o trampas que influyen en la autonomía de la voluntad del menor. Ya no hace falta recurrir a torturas y tratos inhumanos o degradantes, sino al uso por parte de los agentes policiales o de la administración de justicia de las trampas o del engaño, a través de promesas falsas u ocultando información, que tergiversa los hechos y causa el desvío en la actuación del sujeto sospechoso o acusado. Esto puede provocar que el individuo actúe de una manera no

²²⁹ Como es el caso de Reino Unido, que en las secciones 76 a 78 de PACE regula la exclusión de la prueba cuándo se ha obtenido a través de ciertos métodos. Véase CHOO, A. L.-T. *Evidence: Text and Materials*. Addison-Wesley Longman Limited, 1998, pp. 95-99; Como es el caso de Escocia. Véase WILKINSON, A. B. *The Scottish law of evidence*. Butterworths, 1986, p. 48 citado en SPENCER, J. R.; FLIN, R. H., 1990, *op cit*, p. 131; Como es el caso de España. Véase: GINER ALEGRÍA, C. A.. “Prueba prohibida y prueba ilícita”. En *Anales de derecho*. 2008, pp. 579-590.

²³⁰ SPENCER, J. R.; FLIN, R. H., 1990, *op cit*, p. 131.

²³¹ REDLICH, A. D. *et al*. “The police interrogation of children and adolescents”, en LASSITER, G. D., 2006, *op cit*, p. 109.

²³² *Ibid.*, p. 108.

voluntaria en caso de existir tal comportamiento por parte de los agentes y funcionarios públicos²³³. Estas fórmulas ocultas para obtener un consentimiento por parte del menor, si se hace a través de falsas promesas u ocultando información fundamental, dañan el respeto hacia su libre autonomía y voluntad y vician el proceso. Como señala Dworkin, “[t]anto la coacción como el engaño inciden sobre el carácter voluntario de las acciones del agente. En ambos casos, una persona se sentirá utilizada, se verá a sí misma como el instrumento de la voluntad de otro. Sus acciones, aunque en cierto sentido sean de ella, porque ella las llevó a cabo, son atribuibles a otro”²³⁴.

Resulta más problemático todavía cuando el sospechoso es un niño: las declaraciones falsas numerosas veces se deben a una combinación de técnicas de interrogación manipulativas que se juntan con su vulnerabilidad²³⁵. Se ha demostrado que los niños tienden en mayor medida que los adultos a declarar falsamente sobre sus actuaciones delictivas bajo coerción²³⁶.

Numerosos estudios dentro de las ciencias del desarrollo han proporcionado información acerca de la susceptibilidad de los niños a interrogatorios policiales. En 2003 un estudio realizado en Estados Unidos demostró que, a través de unos estudios sobre ADN, numerosas personas que se habían declarado culpables durante la década de los '80 y '90 no lo eran²³⁷. Se demostró que los presuntamente culpables eran inocentes. De 125 falsas declaraciones se dedujo que el 33 %, es decir, aproximadamente cuarenta y un individuos eran menores a la hora de pronunciarlas²³⁸.

Otros estudios han analizado los factores que pueden incidir en que un niño declare falsamente. Estos estudios demuestran que existe mayor probabilidad de que los niños

²³³ HART, H., Lionel A.; HONORÉ, T. *Causation in the Law*. OUP Oxford, 1985.

²³⁴ “Both coercion and deception infringe upon the voluntary character of the agent’s actions. In both cases a person will feel used, will see herself as the instrument of another’s will. Her actions, although in one sense hers, because she did them, are in another sense attributable to another”, DWORKIN, G. *The theory and practice of autonomy*. Cambridge University Press, 1988. *op. cit.*, p. 14.

²³⁵ REDLICH, A. D. *et al.* “The police interrogation of children and adolescents”, en LASSITER, G. D., 2006, *op cit.*, p. 109.

²³⁶ RUBACK, R. B.; VARDAMAN, P. J. "Decision making in delinquency cases: The role of race and juveniles' admission/denial of the crime" *Law and Human Behavior*, 1997, vol. 21, no 1, p. 47; REDLICH, A. D. "The susceptibility of juveniles to false confessions and false guilty pleas". *Rutgers L. Rev.*, 2009, vol. 62, p. 943.

²³⁷ Hay que destacar también en los últimos años numerosos estudios que han estudiado el margen de error de las pruebas de ADN, que tradicionalmente se han visto infalibles y hoy por hoy ciertas voces llaman la atención sobre los posibles errores que dichas pruebas pueden tener. Véase GAN, J., “Ozymandias on Trial: Wrongs and Rights in DNA Cases”, en ROBERTS, P.; HUNTER, J. (ed.). 2012, *op cit.*, p. 195.

²³⁸ DRIZIN, S. A.; LEO, R. A. “The problem of false confessions in the post-DNA world” *NCL rev.*, 2003, vol. 82, p. 891.

declaren en un interrogatorio policial que los adultos²³⁹ y mayor probabilidad de que las declaraciones sean voluntariamente falsas, sin ninguna coerción, para proteger a sus amigos o familiares²⁴⁰.

Durante el interrogatorio las técnicas utilizadas pueden ser esenciales para evitar o minimizar todo lo posible una falsa declaración. Entre ellas las posiciones de partida por parte de los oficiales no deben presumir la culpabilidad del niño y que no se fundamenten en percepciones preestablecidas. Sin embargo, diversos estudios demuestran cómo ésta es una práctica bastante común. En los manuales generalmente se aconseja que el uso de técnicas de interrogación de menores víctimas y testigos frente a un delito de abuso sexual haya de partir de la no suposición de la existencia del hecho, con el fin de evitar hacer preguntas capciosas o engañosas. Sin embargo no se suele advertir en la misma medida de la problemática asociada a una suposición de culpabilidad del menor que está siendo interrogado como sospechoso y acusado. Esta posición de partida, se ha demostrado que puede incrementar la probabilidad de una falsa declaración puesto que el niño percibirá la predisposición de las autoridades a que se presuma su culpabilidad²⁴¹. También se ha destacado el problema derivado del uso de preguntas capciosas que buscan respuestas predeterminadas. Las preguntas sencillas, abiertas y que no orientan al menor a contestar de una manera predeterminada se han destacado como preferibles frente a preguntas cerradas²⁴². Es importante destacar que la formación específica en estas técnicas de interrogatorio es importante puesto que los mismos oficiales pueden no ser conscientes de estar incurriendo en prácticas incorrectas. Otros aspectos que se han

²³⁹ RUBACK, R. B.; VARDAMAN, P. J. 1997, *op. cit.*, pp. 47-69. En este estudio se demostró que de una muestra de niños, un 84 % confesaba de manera total o parcial de lo que se le acusaba. Sin embargo, Leo encontró un año antes que de su muestra de adultos, solo un 64 por ciento confesaba total o parcialmente a una acusación. Véase LEO, R. A. "Inside the interrogation room". *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1996, vol. 86, no 2, pp. 266-303.

²⁴⁰ GUDJONSSON, G. H. *The psychology of interrogations, confessions and testimony*. John Wiley & Sons, 1992; McCANN, J. T. "Broadening the typology of false confessions", *American Psychologist*, 53(3), Mar 1998, pp. 319-320.

²⁴¹ Véase, KASSIN, S. M.; GOLDSTEIN, C. C.; SAVITSKY, K. "Behavioral confirmation in the interrogation room: on the dangers of presuming guilt". *Law and human behavior*, 2003, vol. 27, no 2, p. 187; MEISSNER, C. A.; KASSIN, S. M. "He's guilty!": investigator bias in judgments of truth and deception" *Law and human behavior*, 2002, vol. 26, no 5, p. 469. MEISSNER, C. y KASSIN, S. M. "You're guilty, so just confess!" en LASSITER, G. D. 2006, *op cit*, pp. 85-106; REDLICH, A. D.; QUAS, J. A.; GHETTI, S. "Perceptions of children during a police interrogation: Guilt, confessions, and interview fairness". *Psychology, Crime & Law*, 2008, vol. 14, no 3, pp. 201-223.

²⁴² BRUCK, M.; CECL, S. J.; HEMBROOKE, H. "Reliability and credibility of young children's reports: From research to policy and practice", *American Psychologist*, 1998, vol. 53, no 2, p. 136. Las preguntas abiertas y no capciosas son preferibles frente a aquellas cerradas y capciosas. Véase: POOLE, D. A.; LAMB, M. E. "Investigative interviews of children: A guide for helping professionals". *American Psychological Association*, 1998.

destacado como fundamentales para evitar el engaño y la trampa es la asistencia que se dota al menor a través de la presencia de los padres, la asistencia letrada, etc²⁴³.

La edad del niño, que se relaciona con la capacidad para comprender (a menor edad menor capacidad para comprender) tanto el lenguaje²⁴⁴ como las consecuencias de sus actos o de sus circunstancias, incidirá en la probabilidad —mayor o menor— de que el menor pueda ser sugestionado²⁴⁵. En un experimento realizado por Kassín y Kiechel en 1996 tras un falso desplome informático en un colegio se llevó a cabo un interrogatorio de los alumnos. Se encontró que los alumnos más jóvenes eran más propensos a responsabilizarse falsamente del desplome, sin cuestionar las acusaciones e interiorizando su responsabilidad frente a lo ocurrido y atribuyéndosela a sí mismos falsamente sin serlo²⁴⁶. En este sentido la influencia que se puede ejercer sobre la percepción o la memoria de un niño —lo que se ha denominado como “inflación de la imaginación”— ha sido señalada como un factor que incide en su mayor vulnerabilidad frente a los interrogatorios²⁴⁷.

Estos factores hacen que los niños sean más propensos a declarar frente a técnicas de interrogación policial que utilicen tácticas psicológicas de interrogación fundamentadas en el engaño o la trampa. Con relación a dichas técnicas se han destacado dos que suelen utilizarse por la policía en sus interrogatorios. Por un lado, aquellas técnicas llamadas “técnicas de minimización”, que buscan mitigar el delito o disminuir la fuerza de las pruebas, tales como fingir simpatía, amistad o comprensión, y halagar al sospechoso —“solo alguien tan listo como tu podría haber hecho algo así”—²⁴⁸ y las llamadas “técnicas de maximización”, aquellas que exageran la fuerza de las pruebas y utilizan políticas de mano dura, a través de la intimidación o la amenazas ocultas e indirectas —“sabemos que lo has hecho porque tu

²⁴³ Cuestión que será analizada en el siguiente capítulo de este trabajo.

²⁴⁴ GRISSO, T., *et al.* "Juveniles' competence to stand trial: a comparison of adolescents' and adults' capacities as trial defendants". *Law and human behavior*, 2003, vol. 27, no 4, p. 333.

²⁴⁵ REDLICH, A. D.; GOODMAN, G. S. "Taking responsibility for an act not committed: the influence of age and suggestibility". *Law and human behavior*, 2003, vol. 27, no 2, p. 141.

²⁴⁶ Véase KASSIN, S. M.; KIECHEL, K. L. "The social psychology of false confessions: Compliance, internalization, and confabulation". *Psychological science*, 1996, vol. 7, no 3, pp. 125-128.

²⁴⁷ Aunque no se han realizado estudios sobre este fenómeno en los niños, se puede deducir basándose en estudios realizados sobre adultos. Véase PEZDEK, K.; FINGER, K.; HODGE, D. "Planting false childhood memories: The role of event plausibility". *Psychological Science*, 1997, vol. 8, no 6, p. 437-441.; HYMAN, I. E.; JAMES BILLINGS Jr, F. "Individual differences and the creation of false childhood memories". *Memory*, 1998, vol. 6, no 1, pp. 1-20; GARRY, M., *et al.* "Imagination inflation: Imagining a childhood event inflates confidence that it occurred". *Psychonomic Bulletin & Review*, 1996, vol. 3, no 2, pp. 208-214. Argumentan que “podríamos hacer una hipótesis que procesos similares podrían llevar a algunos niños a aceptar la culpa” (“we could hypothesize that using similar procedures could lead to some children and teens into accepting culpability”), p. 116, en REDLICH, A. D. *et al.* “The police interrogation of children and adolescents”, en LASSITER, G. D. 2006, *op cit*, p. 114.

²⁴⁸ *Ibid.*

amigo, que está en la habitación de al lado, ya nos lo ha contado todo”²⁴⁹. Ambas técnicas han sido descritas como favorecedoras de que un menor se vea más presionado para confesar.

Con relación a las primeras, cuando el que interroga se muestra “cercano, amistoso (sonriente, estableciendo contacto visual, sentado con una postura relajada, etc.) se han considerado que los errores y la propensión a la sugestión disminuyen en comparación con entrevistadores intimidatorios”²⁵⁰. Sin embargo no parece existir acuerdo en relación a esto último, puesto que se ha llegado a demostrar, por otro lado, que un apoyo exagerado puede llevar a falsas declaraciones, especialmente entre los niños de 5 a 7 años.²⁵¹ En este sentido, “en todo el mundo, los agentes de policía recurren a las mismas artimañas probadas y comprobadas, a no ser que sean obligados a abandonarlas por una ley robusta. A los sospechosos se les dice que será mejor para ellos confesar pronto y que se lo quiten de encima, lo que es una trampa para quienes sienten un abrumador deseo inmediato de ser liberados de la custodia policial”²⁵².

Este tipo de prácticas frecuentemente impacta sobre los niños y los implican a lo largo de una investigación policial cuando son sospechosos y cuando son a su vez víctimas o testigos. Un ejemplo de este tipo de actuaciones policiales abarca un amplio abanico de prácticas como el uso de agentes e informantes encubiertos, a través de las llamadas «*Sting operations*», operaciones policiales preventivas que abarcan desde las entrevistas engañosas hasta la vigilancia electrónica encubierta. Por ejemplo, un policía que envía un mensaje de texto fingiendo ser la víctima a un menor de edad sospechoso de ciber-acoso, generalmente sexual o por *bullying*; Un policía encubierto que se infiltra en un colegio con el objeto de buscar focos de venta de drogas entre los menores²⁵³; o el uso de niños para ir a comprar alcohol a un establecimiento estando prohibida la venta de alcohol a menores²⁵⁴ son algunos ejemplos. Este tipo de prácticas rutinariamente utilizadas por la policía plantean numerosos problemas jurídicos sobre los límites exigibles a la actuación policial en la fase de

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 116.

²⁵¹ GARVEN, S; WOOD, J. M.; MALPASS, R. S. "Allegations of wrongdoing: The effects of reinforcement on children's mundane and fantastic claims". *Journal of Applied Psychology*, 2000, vol. 85, no 1, p. 38.

²⁵² “Around the world, police officers resort to the same tried-and tested ruses, unless required to abandon them by robust legal regulation. Suspects are told that it will be better for them to confess early and get it off their chests, which is a snare for those who overwhelming immediate desire is to be released from police custody” ROBERTS, P.; HUNTER, J. (ed.). 2012, *op cit*, p. 168.

²⁵³ NEWMAN, T. «Stop Sending Undercover Cops Into Our Schools to Entrap Our Kids on Drug Charges», *The Huffington Post*, 12 de marzo de 2013 (actualizado el 2 de diciembre de 2014). Disponible en:

<http://www.huffingtonpost.com/tony-newman/undercover-police-school-drug-arrests_b_4440912.html>.

²⁵⁴ HAY, B. "Sting operations, undercover agents, and entrapment". *Mo. L. Rev.*, 2005, vol. 70, p. 387.

investigación y la problemática inherente a dichas prácticas: la vulneración de otros derechos, como el derecho a la vida privada y familiar o el derecho a la propiedad.

Conviene plantearse, llegados a este punto, si existen niveles de coerción justificables por parte del derecho que justifican dichas técnicas fundamentadas en el engaño y en la trampa. Niveles incluso mínimos, pero que pueden incidir en la autonomía de la voluntad de un individuo. La cuestión de la autonomía de los niños se ha tratado en numerosas ocasiones por la doctrina, generalmente a la hora de prestar consentimiento ante tratamientos médicos o cuestiones de derecho de familia²⁵⁵ y en lo que concierne el derecho penal, el derecho internacional de los derechos humanos pocas veces ha tratado casos referidos a niños. Sin embargo, sí que lo ha hecho en referencia a adultos y conviene plantearse si dicha actitud planteada para los adultos es aplicable en igualdad de condiciones a los niños.

2.2. Limitaciones al uso de las tácticas encubiertas por parte de la normativa internacional.

Existen prácticas justificables que recurren al uso del engaño y de la trampa por parte de los agentes públicos generalmente cuando se trata de perseguir crímenes especialmente graves, como puede ser el abuso sexual de menores, el tráfico de seres humanos, la venta y tráfico de drogas, etc. Los límites, sin embargo, generalmente no se encuentran bien definidos por el derecho y peligra en este sentido que un amplio margen de maniobra dado a los oficiales de la administración de justicia, permita y no exija responsabilidades a la hora de utilizar el engaño y la trampa para justificar el fin, y que dicha actuación sea desproporcionada. Ello puede eventualmente hacer peligrar la confianza hacia los sistemas policial y judicial.

Analizar la coerción interna a un sistema procesal provocada por el engaño y la trampa es una cuestión seria y frecuentemente suele darse en el sistema juvenil. Este hecho puede responder a numerosos motivos. Puede deberse a las percepciones de partida hacia los niños que incurrir en pautas de criminalidad continuada por parte de los agentes y funcionarios públicos o a una actitud presente en un sistema que demuestra un paternalismo camuflado, revestido de informalidad y de celeridad. La informalidad del proceso no debe ocultar las

²⁵⁵ HAFEN, B. C.; HAFEN, J. O. "Abandoning children to their autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child". *Harv. Int'l. LJ*, 1996, vol. 37, p. 449; SMOLIN, D. M. "Overcoming Religious Objections to the Convention on the Rights of the Child". *Emory Int'l L. Rev.*, 2006, vol. 20, p. 81. EEKELAAR, J. "The emergence of children's rights". *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986, vol. 6, no 2, pp. 161-182. FREEMAN, M. D. A. "Taking children's rights more seriously". *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1992, vol. 6, no 1, pp. 52-71.

actitudes paternalistas hacia los niños ni negarles las garantías a las que tienen derecho por ser la defensa. Estas prácticas, al fin y al cabo, aunque parezcan fingir un trato favorecedor, se deben a una sobreprotección debida al prejuicio inherente hacia un grupo²⁵⁶.

Si bien este tipo de prácticas implican cierto grado de coerción, en algunas circunstancias, han sido avaladas por los organismos de derechos humanos, como necesarias para combatir y prevenir actividades delictivas, bajo la justificación del “interés público”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que “los retos de la investigación de la delincuencia puede requerir el uso de operaciones encubiertas, operaciones que, por su propia naturaleza conllevan engaño”²⁵⁷.

También son frecuentes los engaños obtenidos a través del lenguaje, que, si bien son sutiles, pueden coartar la libre voluntad y autonomía de un sujeto. ¿Hasta qué punto estas prácticas están justificadas en atención a la protección de un interés superior? Por ejemplo, se podría argumentar que las *Sting operations* se justifican en aras de la salud de los menores. Pero ¿cuáles son los límites? ¿Se puede dar carta blanca a los agentes policiales para que de manera preventiva sometan a los ciudadanos a test de legalidad preventivos en aras de la salud pública? ¿Y de un interés u orden públicos? La veracidad es un fundamento básico para la cohesión social, para la cooperación en la búsqueda de un bien común que nos beneficie a todos, el fundamento de la confianza ciudadana hacia sus instituciones²⁵⁸. La confianza (*trust*) abarca todas las esferas de interacción social y en especial las relaciones jurídicas; los ciudadanos consienten una compra, un contrato o un matrimonio, confiando en que el otro sea honesto en sus relaciones privadas. Lo mismo ha de suceder en la relación con el ente público, y lo mismo cabe esperar del comportamiento por parte de los funcionarios públicos²⁵⁹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tratado estas cuestiones cuando el sospechoso o acusado es un niño. El uso del engaño en el derecho internacional ha sido analizado por la jurisprudencia y la doctrina con relación a las grabaciones y vigilancia encubiertas, el uso de informadores secretos e interrogatorios informales fuera de comisaría y

²⁵⁶ La cuestión del paternalismo como práctica se encuentra muy presente en la educación de los niños, a veces en la misma educación que reciben por sus padres, que impide el libre desarrollo de la persona del niño. Sobre paternalismo y autonomía, véase DWORKIN, Gerald. 1988. *op. cit.*; DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. 2008.

²⁵⁷ “The challenges of investigating crime may necessitate the use of undercover operations, operations which by their very nature involve deception”. Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Ramanauskas contra Lituania*. Sentencia de 5 febrero 2008. TEDH 2008\7, párrs. 49-50.

²⁵⁸ RAZ, J. *The morality of freedom*. Oxford University Press, 1986, pp. 203-216 citado en ASHWORTH, A. “Should the police be allowed to use deceptive practices?” *Law Quarterly Review*, 1998, vol. 114, pp. 108-140.

²⁵⁹ *Ibid.*

siempre para casos de adultos. De manera general, el TEDH aun encontrando en varios casos una vulneración del artículo 8 del CEDH, por parte del Estado, ha mantenido a lo largo de su jurisprudencia que una vulneración de este precepto, es decir, el derecho a la vida privada y familiar, no invalidará automáticamente la prueba hasta tal punto que no pueda ser utilizada para condenar al acusado²⁶⁰. Esta cuestión ha sido muy criticada por la doctrina, por ir en contra del principio de integridad de un proceso penal²⁶¹.

Si bien es cierto que “[e]l uso de métodos especiales de investigación —en particular, técnicas encubiertas— no puede en sí mismo infringir el derecho a un juicio justo”, estos métodos habrán de mantenerse dentro de ciertos límites “debido al del riesgo de incitación policial que conllevan tales técnicas”²⁶². Por dicho motivo y dada la dificultad de valorar el comportamiento policial en esta fase procesal, muchas veces ni siquiera controlada por los mismos jueces²⁶³, el tribunal ha desarrollado en este sentido una jurisprudencia que declarará injusto todo proceso que se fundamente en una declaración que se haya obtenido en la fase prejudicial del proceso penal y que se haya obtenido a través de una vulneración de las garantías inherentes a un juicio justo.

En este sentido, el tribunal logra evitar el problema de la falta de definición clara en la ley del momento procesal a partir del cual un sospechoso ha de ser informado de sus derechos, y ha aplicado sistemáticamente desde hace ya algunos años la doctrina de que una declaración que fundamente una condena, obtenida en la fase de investigación de un proceso penal sin las garantías requeridas para ser tildado de justo, será declarado como proceso injusto. Así, se aparta de su doctrina anterior, centrada principalmente en el juicio oral y en las posibilidades del sospechoso de confrontar la prueba durante esta etapa procesal, y se enfoca en el método de obtención de la prueba en sí y en si las circunstancias del caso

²⁶⁰ Esta cuestión ha sido severamente criticada por varios jueces en sus votos razonados disidentes en los casos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Schenk contra Suiza*. Sentencia de 12 julio 1988. TEDH 1988\4; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso *Bykov contra Rusia*. Sentencia de 10 marzo 2009. JUR 2009\100317; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso *Khan contra Reino Unido*. Sentencia de 12 mayo 2000. TEDH 2000\132; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso *P. G. y J. H. contra Reino Unido*. Sentencia de 25 septiembre 2001. TEDH 2001\552.

²⁶¹ El principio de integridad del proceso penal establece que no se puede considerar que un proceso sea justo y por tanto coherente con la CEDH si las pruebas se han obtenido a través de la vulneración de un derecho de la misma Convención, como por ejemplo el artículo 8. Véase JACKSON, J. D.; SUMMERS, S. J. 2012, *op cit*, pp. 153-154; ASHWORTH, A.; HORDER, J. *Principles of criminal law*. Oxford University Press, 2013; ASHWORTH, A. “Exploring the integrity principle in evidence and procedure”, en MIRFIELD, P.; SMITH, R. (ed.). *Essays for Colin Tapper*. LexisNexis UK, 2003, pp. 107-125.

²⁶² “The use of special investigative methods-in particular, undercover techniques- cannot in itself infringe the right to a fair trial... in view of the risk of police incitement entailed by such techniques”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Ramanauskas contra Lituania*, *cit*, párrs. 51-53.

²⁶³ DAMAŠKA, M. “Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study”. *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, vol. 121, no 3, pp. 506-589.

permiten concluir que la declaración se tomó conforme a unas garantías que serán el objeto a estudiar en el capítulo siguiente de este trabajo.

2.3. En el ordenamiento español.

En relación al ordenamiento español el artículo 282 bis LECrim contempla la posibilidad de que “cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”. La LECrim define como “delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos concretos: delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos; Delito de secuestro de personas; Delito de trata de seres humanos; Delitos relativos a la prostitución; Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico; Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial; Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos; Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos; Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo; Delitos contra la salud pública; Delitos de falsificación de moneda, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje; Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos; Delitos de terrorismo; Delitos contra el patrimonio histórico”.

El apartado 3º de esta Ley establece que cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

Sobre esta cuestión la LECrim no ofrece ninguna excepción o ninguna consideración específica a situaciones en las que puedan verse involucrados los menores.

CAPÍTULO 3. LAS GARANTÍAS QUE PERMITEN LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DEL NIÑO EN EL PROCESO PENAL

La paulatina inclusión de los niños en el proceso penal ha provocado el desarrollo en paralelo del marco procesal específico que ha de garantizar su participación efectiva²⁶⁴ y la protección de sus derechos e intereses.

Tanto la normativa como la jurisprudencia internacional, han focalizado su atención en los últimos años en las garantías que han de asistir a los menores a la hora de declarar. Estas últimas han de asegurar que su edad, nivel de madurez y capacidades intelectuales y emocionales sean tenidas en cuenta durante el curso procesal, ora porque buscan proteger al menor, evitando que pueda sentirse intimidado o coaccionado, ora porque aseguran cubrir aquella desigualdad a la que se enfrentan debida a su vulnerabilidad, ora porque permiten que el niño pueda participar en la búsqueda y persecución de sus intereses y deseos.

Este capítulo busca analizar cuáles son estas garantías que han de acompañar la declaración del menor para que su uso como medio de prueba se haga de conformidad con el derecho internacional de los Derechos Humanos, destacando aquéllos lugares en los que los menores potencialmente puedan verse desprotegidos.

Como se va a pasar a analizar en los siguientes epígrafes, existe una disparidad clara entre la protección dada a los menores sospechosos y acusados y aquella conferida a los menores víctimas y testigos. Los menores que ocupan la primera posición han visto en mayor medida sus derechos recogidos en instrumentos internacionales. Ello se debe principalmente a que el desarrollo de una creciente sensibilidad hacia los intereses de las víctimas y sus necesidades es algo novedoso en el derecho procesal penal y por tanto, su reflejo en el derecho internacional de los derechos humanos es un fenómeno reciente²⁶⁵.

²⁶⁴ LANSDOWN G., “The Realisation of Children’s Participation Rights” en PERCY-SMITH, B.; THOMAS, N. (ed.). *A handbook of children and young people’s participation: Perspectives from theory and practice*. Routledge, 2010, p. 11.

²⁶⁵ Históricamente en derecho romano la víctima era un actor esencial en la iniciación del proceso penal. Véase SANTALUCIA, B. *Diritto e processo penale nell’antica Roma*. Athenaeum- Università di Pavia, 2000, citado en ZAPPALÀ, S. *Human rights in international criminal proceedings*. Oxford University Press, 2003, p. 219. Con el paso de la acusación de la esfera privada a la pública la posición de la víctima dejó de tener la misma

Las garantías que este capítulo se ha centrado en analizar no se encuentran recogidas en un único instrumento normativo de manera clara y ordenada. Debido a este motivo, nos hemos propuesto recoger y analizar de manera sistemática las garantías más fundamentales a la hora de proteger y permitir a los menores participar en el proceso penal desde ambas posiciones procesales, la de menores sospechosos y acusados y la de víctimas y testigos. Con este fin, en primer lugar se parte de la importancia de la evaluación personalizada, como una salvaguarda que busca proteger al menor de la toma de declaración cuando no esté en posesión de las aptitudes mentales para prestarla. En segundo lugar, el derecho del menor a ser informado, con objeto de que pueda acceder a la información relevante y ejercitar sus derechos de defensa. En tercer lugar, se procederá a analizar la asistencia letrada como garantía ineludible en el proceso penal. Seguidamente, en cuarto lugar, la importancia de la presencia de los padres o tutores durante la declaración del menor, garantía específica para este tipo de procesos y en quinto y último lugar, la importancia de la especialización en infancia que permite un conocimiento específico y de unas habilidades para obtener una declaración por parte de un menor fiable.

importancia. Hoy en día, en el derecho del *common law*, la víctima sólo tiene un espacio en el proceso civil, la acusación penal pertenece en su totalidad al Estado. Véase SPENCER, J, "Criminal Procedure in England", en DELMAS-MARTY, M. (ed.). *The criminal process and human rights: toward a European consciousness*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 75-76. En el derecho continental, el papel de la víctima ha tenido mayor importancia, puesto que podrá obtener en el contexto penal restitución y reparación como parte civil véase FERREIRO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*. La Ley, 2005. Sobre la participación de la víctima en el proceso penal de menores en España véase PLANCHADELL, A., "La intervención de la víctima en la instrucción del proceso penal de menores" en ALTAVA LAVALL, M. G., et al. *Justicia penal de menores y jóvenes: (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 195-210; GONZÁLEZ PILLADO, E.; MORENO CATENA, V. *Proceso penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 75-96. GOMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito: (la posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal: un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2015. Sobre el proceso penal francés véase BONNARD, H, "La participation des victimes d'infraction au procès pénal", en LEVASSEUR, G. *Mélanges offerts à Georges Levasseur: droit pénal, droit européen*. Gazette du Palais: Litec, 1992, pp. 287-296. En el derecho penal internacional el papel de la víctima también ha ocupado una posición marginal. En los Estatutos de los Tribunales de Núremberg y Tokio no se encontraban mencionadas en sus Estatutos, y en los Tribunales ad hoc su papel se ha limitado únicamente a ser oído como testigo. Véase SHAPLAND, J., "Victims and the Criminal Process: a public service Ethos for Criminal Justice?" en DORAN, S; JACKSON, J. D. (ed.). *The judicial role in criminal proceedings*. Hart Pub Limited, 2000, 145-157. Solo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional las víctimas han sido reconocidas un rol especial que les ha atribuido unos derechos procesales que les otorga cierto grado de participación en el proceso penal, cuestión que no ha sido pacífica, puesto que la Corte Penal Internacional, al ser un sistema penal mixto, con rasgos continentales y del *common law*, a través de esta participación ha provocado que el sistema sea deficitario en asegurar el principio de seguridad jurídica y en concreto el derecho a la defensa. Sobre la posición de la víctima ante la Corte Penal Internacional véase KREß, C. "Witnesses in Proceedings before the International Criminal Court: An Analysis in the Light of Comparative Criminal Procedure" en FISCHER, H.; KREß, C. *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*. Berlin Verlag, 2001; Sobre los problemas en concreto que ha planteado esta posición más participativa para el proceso penal en la Corte Penal Internacional véase ZAPPALÀ, S. "The Rights of Victims v. the Rights of the Accused" *Journal of International Criminal justice*, 2010, vol. 8, no 1, pp. 137-164; BELTRÁN MONTOLIU, A., "La víctima ante la corte penal internacional" en FUENTES SORIANO, O. (coord.) *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2016.

1. La importancia de la evaluación personalizada

1.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

La evaluación individual de los menores se erige como una garantía fundamental en el proceso penal por dos razones principalmente. En primer lugar, porque a la hora de tomar declaración a un menor, para que dicha declaración sea fiable, las aptitudes mentales y psicológicas del menor habrán de ser necesariamente evaluadas con anterioridad, no solo para menores sospechosos y acusados, sino también para menores víctimas y testigos. En segundo lugar, la necesidad de evaluar individualmente al menor resulta fundamental para su protección. En este sentido, proveer al menor de medidas especiales adoptadas tras la evaluación individual permitirá que el menor pueda declarar libre de miedo, intimidación y coerción.

Con relación al primero de los motivos, las garantías destacadas por parte de los organismos protectores de derecho internacional de los derechos humanos, con objeto de que una declaración de un menor sea fiable y admisible para ser valorada posteriormente como parte del acervo probatorio, han sido aquéllas que han de asegurar que el menor ostente las aptitudes mentales y psicológicas para prestar declaración. Esta cuestión es esencial, puesto que numerosos estudios han demostrado que un alto porcentaje de los menores que llegan a dependencias policiales detenidos presentan un cuadro de inestabilidad mental, muchas veces producido por el consumo de estupefacientes²⁶⁶.

La importancia de la evaluación personalizada estriba en que es indispensable que los Estados velen por que las necesidades específicas de los menores en materia de protección, educación, formación e integración social sean tenidas en cuenta²⁶⁷. Pocos Estados parte de la Unión Europea suelen valorar la vulnerabilidad del menor sospechoso y acusado de manera sistemática²⁶⁸. En el estudio que sirvió de base en la elaboración del Informe de Evaluación

²⁶⁶ KASSIN, S. M., *et al.* "Police-induced confessions: Risk factors and recommendations". *Law and human behavior*, 2010, vol. 34, no 1, p. 3-38, pp. 3-38; REDLICH, A. D.; DRIZIN, S. "Police interrogation of youth", en KESSLER C.L. y KRAUS, L., (eds.), *The mental health needs of young offenders: Forging paths toward reintegration and rehabilitation*, 2007, pp. 61-78.

²⁶⁷ Artículo 7 de la *Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, de 27 de Noviembre de 2013. Disponible en : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0822&from=ES>.

²⁶⁸ Comisión Europea (2013). *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings* (en adelante Informe de Evaluación de Impacto Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos y acusados en procesos penales) Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0480&from=EN>, p. 19.

Impacto sobre la Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos y acusados en los procesos penales, quedó manifiesto que la mayoría de países en Europa no prevén en sus sistemas procesales este tipo de valoración o solo la prevén en un momento inicial del proceso penal. Según este informe, los únicos países que consideran “la evaluación personalizada” de manera sistemática en el proceso penal son los Países Bajos y Letonia. Muchos países ni siquiera contemplan esta posibilidad y los que la contemplan lo hacen solo una vez y generalmente al inicio del proceso, tal y como sucede en Bélgica, Chipre, Eslovaquia y España²⁶⁹.

La importancia de esta garantía ha sido reflejada por la criminología y psicología jurídica que ha reconocido a la evaluación personalizada una doble finalidad²⁷⁰. Primero, buscar la medida más idónea para el menor, valoración que habrá de considerar su entorno y la atención que necesita. Segundo, evitar que se infiltre en el expediente una declaración viciada, que pueda incluso no ser fiable por encontrarse el menor en un estado de enajenación mental. Se ha destacado numerosas veces la importancia de llevar a cabo evaluaciones personalizadas desde el momento en que el menor es detenido en sede policial, con carácter previo a la toma de declaración y la necesidad de su actualización a lo largo del proceso penal²⁷¹.

La Propuesta de Directiva *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales* en su artículo 7 incluyó el derecho del menor a ser objeto de una evaluación personalizada. Sin embargo, no se pronunció sobre el momento procesal en el que se debía llevar a cabo dicha evaluación y se limitó a fijar que “[l]as evaluaciones individuales se efectuarán en una fase *adecuada* del proceso y siempre antes de la acusación”, posibilitando a los Estados derogar su obligación cuando no estimasen necesario llevar a cabo esta evaluación personalizada. La Directiva finalmente aprobada en el artículo 7.5 modificó la propuesta, obligando a los Estados a efectuar la evaluación “en la fase más temprana posible del proceso y, sin perjuicio del apartado 6, antes de la acusación”. En este sentido, tampoco fija un momento preciso puesto que introduce la palabra “posible”,

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 19.

²⁷⁰ GUDJONSSON, G. H. “Psychological vulnerabilities during police interviews. Why are they important?” *Legal and Criminological Psychology*, 2010, vol. 15, no 2, pp. 161-175.

²⁷¹ Uno de los estudios más relevantes fue el llevado a cabo por Thomas Grisso en que se planteaba dicha medida como una solución al elevado número de renuncias a los derechos Miranda por parte de los menores. Sin embargo, se adelantó que “An objective assessment of a juvenile's degree of understanding at the time of rights waiver would assist police officers in knowing whether or not to pursue interrogation and would provide judges with empirical information on which to base their decisions about the validity of the juvenile's confession”. En GRISSE, T., *Juveniles' waiver of rights. Perspectives in law and psychology*. New York Plenum Press, 1981, p. 198.

que dota de relatividad al cambio introducido. A cambio de “fase adecuada”, la “fase más temprana” parece indicar desde el comienzo del proceso, sin embargo la palabra *posible* que sigue, indica que dependerá de las posibilidades existentes en el momento. Si bien en apariencia la protección del apartado 5º parece mayor, no hay que perder de vista la remisión que hace el apartado siguiente del artículo a través de la expresión “sin perjuicio del [...]”. El apartado 6º precisa que “se podrá formular la acusación aun no existiendo una evaluación individual, siempre que ello sirva al interés superior del menor y que la evaluación individual esté disponible en cualquier caso cuando comience la vista oral del juicio ante el órgano jurisdiccional”. En este sentido, la Directiva fija de esta manera un momento en el que definitivamente es obligatorio contar con una evaluación individual del menor: al comienzo de la vista oral del juicio. Si bien, ello es un avance, puesto que es muy posible que al no existir obligación, los menores en algunos Estados de la Unión Europea no sean objeto de ninguna evaluación individual, hay que destacar dos cuestiones importantes: en primer lugar, el uso de declaraciones que hayan sido versadas durante la fase de instrucción del proceso penal que no hayan sido acompañadas de una evaluación individual que valore el estado mental del menor en el momento de prestarlas. Ello es preocupante puesto que muchos menores declaran en sede policial estando bajo los efectos de las drogas y del alcohol y por tanto sus declaraciones pueden no ser fiables. En segundo lugar, hay muchos casos de menores que no llegan al juicio oral porque son desviados hacia la justicia restaurativa y muchos que se conforman antes de la celebración del juicio oral. ¿Se requiere para estos menores una evaluación individual? La Directiva no dice nada al respecto.

La Directiva no incluye tampoco en su artículo 7 ningún remedio ni manera de recurrir las evaluaciones individuales de los menores sospechosos y acusados, cuestión que quedará, por tanto, bajo la discrecionalidad de cada Estado.

Se ha argumentado que la reticencia por parte de los Estados a obligarse a llevar a cabo la evaluación personalizada en dependencias policiales cuando el menor es sospechoso y acusado puede deberse a varios motivos. En primer lugar, las evaluaciones no podrían ser llevadas a cabo por personal que no estuviera cualificado. Se necesitaría personal formado y esto supondría un coste añadido, especialmente si la mayoría de los arrestos y detenciones ocurren a altas horas de la madrugada. En segundo lugar, podría producir además un retraso en las investigaciones policiales, puesto que los interrogatorios se detendrían hasta no haber llevado a cabo la evaluación del menor y se podría argumentar que esta práctica podría ser un obstáculo frente a la prevención del peligro. En tercer lugar, puesto que muchos menores

reinciden, esto podría provocar que los mismos menores, con experiencia previa, de manera intencionada buscasen dar resultados bajos en las evaluaciones, y con ello obtener una ventaja jurídica²⁷².

Por otra parte, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (en adelante Directiva 2012/29/UE)²⁷³ recoge también la importancia de esta garantía en su artículo 22.1 para determinar las necesidades especiales de protección de los menores víctimas. Para establecer si la víctima tiene necesidades de protección, la Directiva fija tres criterios en su artículo 22.2 (a): las características personales de la víctima, el tipo o naturaleza del delito, y las circunstancias del delito. En caso de que la víctima sea menor, la Directiva establece, en el párrafo 4º de este mismo precepto, una importante presunción a favor de que siempre los niños vayan a tener necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad. Dicha presunción no supone que los menores deban siempre beneficiarse de medidas especiales, sino que obliga al Estado a justificar los motivos por los que un menor no se ha beneficiado de dichas medidas especiales. Esta diferencia concede cierto aumento de protección para los menores²⁷⁴.

Sin embargo, si bien establece dicha presunción, incurre en las mismas indeterminaciones que la Directiva *relativa a las garantías de los Menores Sospechosos y Acusados en los Procesos Penales*. En este sentido, la Directiva tampoco fija un momento concreto en que debería ser obligatorio llevar a cabo dicha evaluación personalizada y remite a lo que disponga el ordenamiento nacional. El artículo 22.1 obliga al Estado a velar por que “las víctimas reciban una evaluación puntual e individual con arreglo a los procedimientos nacionales”. La exposición de motivos en el párrafo 55 sin embargo, aporta un mayor grado de precisión señalando que las evaluaciones individuales habrán de ser “efectuadas lo antes posible”, aun así el artículo no lo exige.

²⁷² *Ibid.*, pp. 198-199.

²⁷³ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI. LCEur 2012\1798

²⁷⁴ Esta presunción no opera sin embargo para el resto de categorías de víctimas establecidas en el artículo 22.3. La consideración 57 obliga a que los Estados pongan especial cuidado a la hora de evaluar si tales víctimas están expuestas a un riesgo y “debe haber motivos sólidos para presumir que dichas víctimas se beneficiarán de medidas de protección especial”. Sorprende enormemente y es una omisión muy criticable que el legislador no haya incluido a las víctimas con discapacidad, por lo menos psíquica, como grupo sobre el que ha de operar la presunción.

La indeterminación del momento procesal puede dejar desprotegidos a los menores en determinadas etapas del proceso. La misma Directiva indica en el artículo 22.1 y en las consideraciones preliminares, que la adopción de medidas especiales puede ayudar a los menores víctimas en el curso del proceso penal para no ser vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a represalias. Esta vulnerabilidad se puede dar desde el mismo momento en que la policía conoce del caso.

La Directiva reconduce numerosas cuestiones procesales a los ordenamientos nacionales: la autoridad responsable de llevar a cabo la evaluación personalizada, las etapas procesales en que habrá de realizarse, si ha de ser única o pueden ser varias y la posibilidad de recurrir dichas evaluaciones en caso de considerar que no se han hecho correctamente. En este sentido, el informe sobre el seguimiento de la transposición de la Directiva 2012/29/EU de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea²⁷⁵ indica que “la práctica común muestra que las autoridades de los Estados Miembros no están familiarizados con este mecanismo en general y que las actitudes nacionales varían significativamente”²⁷⁶.

1.2. En el ordenamiento español

En España la evaluación psicológica del estado mental del menor sospechoso y acusado se contempla en el artículo 27 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM²⁷⁷), donde en su apartado primero se establece lo siguiente: “Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley”.

²⁷⁵ Comisión Europea (2013), *DG Justice Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA* (en adelante Informe de Seguimiento Directiva 2012/29/EU), disponible en: http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/victims/guidance_victims_rights_directive_en.pdf

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 44

²⁷⁷ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, «BOE» núm. 11 de 13 de Enero de 2000.

Esta disposición, no obstante, tiene como principal problema el que la normativa obliga a la solicitud del informe durante la instrucción del expediente, pero no a que dicho informe sea requerido en dependencias policiales. Sin embargo, un elevado porcentaje de las declaraciones que se toman durante el proceso penal se llevan a cabo en dependencias policiales.

La evaluación personalizada cumple con la importante tarea de valorar el estado psicológico de un menor antes de la prestación de su declaración. Este trámite procesal servirá para poder apreciar si el menor se encuentra bajo los efectos de las drogas o del alcohol, o en un estado de enajenación mental por cualquier otro motivo y, por tanto, incapacitado para declarar²⁷⁸.

El Estatuto de la Víctima del delito aprobado el 27 de abril del 2015²⁷⁹, que transpone la Directiva 2012/29/UE, en el punto VII del preámbulo menciona que la “adopción de medidas y el acceso a ciertos servicios vienen precedidos de una evaluación individualizada de la víctima, para determinar sus necesidades de protección específica y de eventuales medidas especiales”²⁸⁰. El artículo 23, puntos (3) y (4), plantea cierta protección adicional en relación a la Directiva, ya que obliga a considerar las necesidades especiales del menor víctima con base en un cúmulo de factores agregados, tales como la situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad, nivel de madurez y respetará plenamente su integridad física, mental y moral, factores que la Directiva no impone contemplar de forma agregada. En el punto 4 se protege específicamente a las víctimas menores de edad de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual obligando a la adopción de unas medidas concretas, protección específica que tampoco brinda la Directiva.

Aun así el Estatuto es poco concreto, en lo que se refiere al primer momento procesal, en que se habrá de llevar a cabo dicha evaluación durante la fase de investigación, y atribuye tal competencia al Juez de Instrucción o al de Violencia contra la Mujer (artículo 24.1.a). Sin

²⁷⁸ También hay que llamar la atención sobre las maneras de evaluar el estado psicológico de un menor, donde generalmente es preferible la entrevista a los test puesto que como ha sido destacado numerosas veces “Las entrevistas pueden ser de más utilidad que los test en el caso de sujetos con dificultades de concentración o con problemas para entender el lenguaje escrito” que suele ser generalmente el caso de sujetos vulnerables con más dificultad de comprender el proceso y sus consecuencias. Véase ECHEBURÚA, Enrique; MUÑOZ, José Manuel; LOINAZ, Ismael. “La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro”. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 2011, vol. 11, no 1, p. 141-159, p. 145. Sin embargo en España suelen ser frecuentes el uso de los test para menores de edad en fiscalía de menores.

²⁷⁹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, «BOE» núm. 101, de 28 de abril del 2015.

²⁸⁰ *Ibid.*, Preámbulo, Punto VII.

embargo, dice la Ley, ello no es menoscabo de la evaluación que corresponda hacer al Fiscal o a los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de investigación.

No queda claro, en este sentido, hasta qué punto es potestativa la posibilidad de que la policía lleve a cabo estas evaluaciones. Siendo la etapa más temprana en el proceso de investigación, convendría que se llevara a cabo esta evaluación, puesto que la víctima puede correr un riesgo si se espera a que el caso llegue al Juez de Instrucción o al de Violencia de la Mujer. La Ley considera, además, que la evaluación individual también podrá llevarse a cabo en la fase de enjuiciamiento, además de la de instrucción, en cuyo caso la competencia corresponderá al Juez o Tribunal al que compete el conocimiento de la causa (artículo 24.1.b). El Estatuto se limita a obligar a que se realice una evaluación individual, pero no dice nada respecto del momento temporal en que estas circunstancias particulares habrán de ser consideradas, pues el artículo 23. 1 establece que “la determinación de las medidas de protección (de la víctima)...se realizará tras una valoración de sus circunstancias particulares”.

En este sentido, la indeterminación temporal de esta garantía puede fundamentarse en las mismas motivaciones que se han mencionado anteriormente. Principalmente, la cuestión del coste económico que estas evaluaciones puedan plantear a los Estados y los posibles retrasos en la investigación, que impedirían tomar declaración al menor hasta no haber evaluado las medidas especiales de protección de las que debería beneficiarse. Además, obligar a que se lleven en Comisaría podría imponer una carga sobre el funcionario que debiera demostrar que el menor se encontraba con las aptitudes mentales para ser interrogado.

Si bien el Estatuto de la Víctima considera en su artículo 24. 1 que “la resolución que se adopte deberá ser motivada y reflejará cuáles son las circunstancias que han sido valoradas para su adopción” —cláusula importante puesto que permite el control de dichas decisiones— sin embargo, no incluye ninguna posibilidad de recurrir la evaluación y las medidas que se haya o no adoptado.

En caso de que el menor sea sospechoso o acusado la evaluación personalizada la llevará a cabo el equipo técnico. Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico (que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica) la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica,

educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (artículo 27.1). Cabe llamar la atención que los equipos técnicos se encuentran generalmente en los Juzgados. Cuando el menor llega al Juzgado para declarar ante Fiscalía de menores, ya habrá sido interrogado en sede policial. Muchas veces habrá pasado la noche en sede policial antes de comparecer ante el Fiscal. Es evidente que el plazo para llevar a cabo dicha evaluación es tardío, si el menor llega a Comisaría bajo los efectos del alcohol o las drogas, los efectos ya habrán pasado cuando el equipo técnico le interroga.

2. El derecho del niño a ser informado

El derecho a ser informado se recoge como un derecho inherente al derecho a una defensa efectiva de toda persona sospechosa o acusada en el proceso penal. El artículo 14 (3) (a) del PIDCP contempla no solo el derecho a ser informado sin demora, sino también “en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”.

A nivel regional, el artículo 5.2 del CEDH establece que “toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”, y reitera en el artículo 6 que el acusado tiene como mínimo el derecho “a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él”.

Por su parte, el artículo 40.2 (b) (ii) de la CDN proclama este derecho específicamente con relación a menores. El niño, contempla el artículo, tendrá derecho a ser informado “sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él”.

El derecho a la información es fundamental para garantizar la participación efectiva del menor en el proceso penal. La información permitirá una defensa efectiva del menor sospechoso y acusado —de ahí su relevancia en la inadmisión de declaraciones sin la preceptiva información, como han destacado los organismos de derechos humanos²⁸¹— y

²⁸¹ Comité de los Derechos Humanos, Observación General No. 32, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, Aprobada en la 2187ª sesión, el 29 de marzo de 2004, 90º período de sesiones, 2007.

para el menor víctima y testigo cumplirá la función de posibilitar su participación en el proceso penal²⁸². A este respecto, la normativa internacional indica tres requisitos que han de ser cumplidos en aras a asegurar este derecho: Derecho a ser informado sin demora, directamente o a través de sus padres de los cargos que pesan contra él y de forma detallada.

2.1. Derecho a ser informado sin demora

2.1.1. En el derecho internacional de los Derechos Humanos

El primero de estos requisitos al que los textos internacionales obligan es a que la información se lleve a cabo sin demora. El Comité de los Derechos del Niño ha establecido en su Observación General núm. 10 que “[t]odo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes tiene derecho a ser informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él. Sin demora y directamente significan lo antes posible, es decir, cuando el fiscal o el juez inicien las actuaciones judiciales contra el niño”²⁸³. La Observación General núm. 10 en este punto adolece, en nuestra opinión, de incoherencia. Recomienda informar solo a partir del momento en que se inicien las actuaciones judiciales contra el niño por parte del fiscal y del juez, de modo que olvida la fase policial, fase esencial durante la instrucción y especialmente relevante en lo que se refiere a la toma de declaración. El Comité parece olvidar que, como se precisó en el caso *Salduz* en el que un menor fue acusado de colaboración con actividades terroristas, “las leyes nacionales pueden establecer consecuencias derivadas de la actitud de un acusado en las etapas iniciales del interrogatorio policial”²⁸⁴.

En el caso *Panovits*, el demandante, menor en el momento de ser detenido por la policía, alegó no haber sido informado de su derecho a la asistencia letrada antes de ser interrogado por la policía y redactar su declaración escrita. Debido a su condición de menor y a la ausencia en el interrogatorio de su tutor legal —su padre había rehusado estar presente durante el interrogatorio— alegaba ante el TEDH que sus derechos a la defensa se habían visto vulnerados. El Tribunal destacó que “el derecho de un menor de edad a la participación efectiva en su juicio penal requiere que se trate con el debido respeto a su vulnerabilidad y

²⁸² Sin embargo los ordenamientos nacionales articulan los derechos de la víctima a participar de distinta forma. Sobre el ordenamiento español véase: FERREIRO BAAMONDE, X. 2005, *op cit*.

²⁸³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, *cit*.

²⁸⁴ “National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Salduz contra Turquía*. Sentencia de 27 noviembre 2008, *cit*, párr. 52.

capacidad desde las primeras etapas de su participación en una investigación criminal y, en particular, durante cualquier interrogatorio policial²⁸⁵. En este sentido, el tribunal concluyó que “la falta de suministro de información suficiente del derecho del demandante a consultar a un abogado antes de su interrogatorio por la policía, especialmente teniendo en cuenta el hecho de que era menor de edad y no fue asistido por su tutor durante el interrogatorio, constituía una violación de los derechos de defensa del demandante”²⁸⁶.

La falta de información de sus derechos a los menores durante su detención policial, especialmente por su condición de menor, conllevará una vulneración de los derechos de defensa y, por tanto, aun existiendo demora justificada, el interrogatorio no debería llevarse a cabo sin haber informado previamente al menor. La Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, *relativa al derecho a la información en los procesos penales* (en adelante Directiva 2012/13/UE)²⁸⁷ en el apartado núm. 28 de la exposición de motivos establece que el plazo para informar a un sospechoso o acusado deberá hacerse “a más tardar antes de su primer interrogatorio oficial por parte de la policía o de otra autoridad competente, y sin perjuicio del desarrollo de las investigaciones en curso”. La Propuesta de Directiva relativa a las garantías de los menores sospechosos y acusados en los procesos penales no ofrecía sorprendentemente ningún criterio delimitador más protector para los menores que el utilizado por la Directiva 2012/13/UE, empleando únicamente en su artículo 4 la palabra “prontitud”.

No obstante, la recientemente aprobada Directiva 2016/800/UE *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos y acusados en los procesos penales* (en adelante Directiva 2016/800/UE)²⁸⁸ distingue entre derechos que habrán de ser informados “con prontitud cuando se ponga en conocimiento del menor su condición de sospechoso o acusado” y derechos que habrán de ser informados “en la fase más temprana del proceso en que ello resulte adecuado”. Entre los derechos que habrán de ser informados con prontitud la Directiva incluye el derecho a que el titular de la patria potestad sea informado; el derecho a

²⁸⁵ “The right of an accused minor to effective participation in his or her criminal trial requires that he be dealt with due regard to his vulnerability and capacities from the first stages of his involvement in a criminal investigation and, in particular during any questioning to the police”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Panovits contra Chipre*. Sentencia de 11 diciembre 2008, *cit*, párr. 67.

²⁸⁶ “The lack of provision of sufficient information of the applicant’s right to consult a lawyer before his questioning by the police, especially given the fact that he was a minor at the time and not assisted by his guardian during the questioning, constituted a breach of the applicant defence rights”. *Ibid*, párr. 73.

²⁸⁷ Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales LCEur 2012\720

²⁸⁸ Directiva 2016/800/UE, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, de 11 de mayo. LCEur 2016\700.

asistencia letrada; el derecho a la protección de la vida privada; el derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante determinadas fases del proceso que no sean las vistas; el derecho a asistencia jurídica gratuita. Entre los derechos que habrán de ser informados en la fase más temprana en que ello resulte adecuado se incluyen el derecho a una evaluación individual; el derecho a un reconocimiento médico, incluido el derecho a asistencia médica; el derecho a la limitación de la privación de libertad y al uso de medidas alternativas, incluido el derecho a la revisión periódica de la detención; el derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante las vistas; el derecho a estar presente en el juicio; el derecho a vías de recurso efectivas.

Del artículo 4 no se desprende ninguna guía acerca de la diferencia entre “con prontitud” y por “fase más temprana en que ello resulte adecuado”. Tampoco ofrece ninguna orientación la exposición de motivos para interpretar ambas expresiones y únicamente en su párrafo núm. 20 indica que “[l]os menores deben recibir información sobre el derecho a un reconocimiento médico en la fase más temprana del proceso en que ello resulte adecuado, a más tardar cuando sean privados de libertad, si es que se adopta tal medida”. Sin embargo guarda silencio sobre los demás derechos.

El artículo 4 de la Directiva 2012/29/UE, no parece conferir una protección mayor a los menores víctima, puesto que obliga a que “los Estados miembros garanti[cen] que se ofrezca a las víctimas la información que se enuncia a continuación, sin retrasos innecesarios, desde su primer contacto con la autoridad competente, a fin de que puedan acceder al ejercicio de los derechos establecidos en la presente Directiva”. Se desprende, de la redacción de la Directiva, que el término “sin retrasos innecesarios” quisiera ocultarse para pasar desapercibida detrás de la expresión “desde su primer contacto con la autoridad competente”, enunciado último ciertamente impreciso, además de no indicar u ofrecer orientación en ningún momento a las razones que pueden justificar un retraso necesario.

La Directiva aun así confiere una protección adicional a la víctima — de la misma manera que lo hace en relación a la presunción antes comentada referida a la evaluación individual— puesto que invierte la carga de la prueba sobre la autoridad pública obligando a que las dilaciones, a partir del primer contacto con la autoridad competente, sean justificadas con base en argumentos de necesidad. Aunque cabe precisar que, si bien estas cargas sobre la autoridad pública son un avance, puesto que imponen la obligación sobre los Estados de probar la necesidad de su proceder, la indeterminación del término «necesidad», tan

recurrente en el discurso de los derechos humanos, serán valorados *a posteriori* por los órganos jurisdiccionales, cuando ya el derecho haya sido vulnerado.

2.1.2. *En el derecho español*

En el ordenamiento español tras la reforma de la LECRIM por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre²⁸⁹, el artículo 118 establece para toda persona a quien se atribuya un hecho punible, la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa. Como garantía inherente al derecho de defensa se encuentra el derecho a ser informado “sin demora injustificada”. El artículo 520. 2 de la LECRIM contempla los derechos de aquéllas personas detenidas o presas a ser informadas “de forma inmediata”. De la misma manera la LORPM en su artículo 17.1 obliga a que “[l]as autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y *de forma inmediata*, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de los mismos”. Se evidencia en estas dos normas la diferente protección conferida a aquéllas personas a quienes se atribuye un hecho punible pero que no se encuentran detenidas, a las que se deberá informar y en caso de demora, habrá de estar justificada (aunque la Ley no contempla los motivos que podrán fundamentar dicha demora), y aquéllas que se encuentran detenidas, a las que brinda una protección mayor exigiendo la inmediatez en la información que se les debe proporcionar.

La Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito confiere en su artículo 5 el derecho a la víctima a ser informada “sin retrasos innecesarios” desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios. Sin embargo, el Estatuto especifica, confiriendo cierto grado de mejora, que el primer contacto incluirá “el momento previo a la presentación de la denuncia”, a partir del cual, en caso de existir dilaciones, recaerá sobre la autoridad competente la obligación de demostrar la *necesidad* de dicha dilación. Es preciso subrayar que esta Ley confiere mayores garantías a la víctima, adulto y menor, puesto que no solo precisa el momento de la denuncia, sino que incluye el momento previo a la interposición de la denuncia. Sin embargo, queda poco claro a qué se refiere la Ley por momento previo, tarea que deberá ser perfilada por los organismos jurisdiccionales.

²⁸⁹ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

2.2. Derecho a ser informado directamente o a través de sus padres

2.2.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

La CDN establece en su artículo 40(2) (b) que el niño tendrá “derecho a ser informado [...] directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él”. El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General núm. 10 advierte de que “a menudo no basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que puede requerirse una explicación oral. Las autoridades no deben dejar esta tarea a cargo de los padres o los representantes legales o de quien preste asistencia jurídica o de otro tipo al niño. Incumbe a las autoridades (es decir, policía, fiscal, juez) asegurarse de que el niño comprende cada cargo que pesa contra él. El Comité opina que la facilitación de esa información a los padres o los representantes legales no debe excluir su comunicación al niño. Lo más apropiado es que tanto el niño como los padres o los representantes legales reciban la información de manera que puedan comprender los cargos y las posibles consecuencias”²⁹⁰.

El TEDH tampoco ha entrado a valorar si dicha información ha de brindarse de manera oral o escrita. La Directiva 2016/800/UE recientemente aprobada relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales obliga en su apartado 4. 2 a que los Estados garanticen que la información a la que se refiere el artículo apartado primero “se facilite por escrito o verbalmente, o de ambos modos, en un lenguaje sencillo y accesible, y que quede constancia de la información facilitada de acuerdo con el procedimiento que prevea para ello el Derecho nacional”. En este sentido cabe destacar dos cuestiones, primero, el hecho de que no se indica una preferencia por un medio, posibilitando tanto el escrito como el verbal. Segundo, permitir que quede constancia a través del procedimiento que prevea el Derecho nacional. Es importante resaltar que en el caso *Salduz*, el TEDH realizó una valoración de la modalidad de comunicación a través del formulario escrito. Según el TEDH “ninguna confianza puede darse a la afirmación en el formulario indicando que el demandante había sido recordado de su derecho a guardar silencio”²⁹¹ refiriéndose a que de ninguna manera podía aceptarse marcar con una cruz la casilla por parte del policía de haber informado al sospechoso de su derecho a guardar silencio.

²⁹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, 2007, *cit*, párr. 48.

²⁹¹ “No reliance can be placed on the assertion in the form stating his rights that the applicant had been reminded of his right to remain silent”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Salduz contra Turquía*. Sentencia de 27 noviembre 2008, *cit*, párr. 59.

La Directiva 2012/13/UE en este sentido da un paso adelante obligando a los Estados a dar al sospechoso o acusado una carta de derechos indicando en su artículo 4.1 que “se le(s) dará ocasión de leer la declaración de derechos y se le(s) permitirá conservarla en su poder durante todo el tiempo que dure la privación de libertad”. La Directiva 2016/800/UE incluye en su artículo 4.3 una referencia a la Declaración de Derechos que se contempla en la Directiva 2012/13/UE, haciendo hincapié en que la Declaración a los menores sospechosos y acusados deberá contener los derechos que reconoce el apartado 4.1. En relación a la Declaración de Derechos hay que cuestionarse los siguientes problemas: En primer lugar si es coherente con las recomendaciones que hacen los demás Órganos de Derechos Humanos si tiene sentido darle una carta con sus derechos a niños y si su comprensión acerca del proceso y su información se verán incrementadas por este motivo. Aun así, aunque se brinde al menor de una declaración de derechos ello no dé por satisfecho el requisito de haber sido informado. En segundo lugar, hay que dejar constancia los diferentes modelos de declaraciones de derechos que la Directiva 2012/13/UE ofrece como Anexos. Si bien los Estados no están obligados a usar el modelo ofrecido, no sobra hacer hincapié en el hecho que el primer ejemplo, el “Modelo indicativo de la declaración de derecho” (Anexo 1), contiene una lista extensiva. El segundo ejemplo no obstante, “Modelo indicativo de la declaración de derechos para las personas detenidas en aplicación de una orden de detención europea” (Anexo 2) reduce la lista de derechos a cinco. Es llamativa la distinta protección brindada por ambos modelos y lo que preocupa en relación a menores, es la ausencia de numerosos derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a guardar silencio, que no se contemplan en el artículo 4.1 de la Directiva 2016/800/UE, pero que tampoco se reconocen en el Anexo relativo a las personas detenidas en aplicación de una orden de detención europea. Puesto que los menores también pueden ser objeto de una Orden de Detención Europea²⁹², resulta relevante destacar la desprotección que pueden sufrir debido al escueto elenco de derechos que se aplican a este tipo de proceso.

La Directiva 2012/29/UE, en su artículo 4, en primer lugar obliga a informar a las víctimas a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente, pero en ningún momento se indica el medio de información o se hace referencia expresa a si la víctima es un menor. En segundo lugar, se obliga a las autoridades a que informen a la víctima desde su primer contacto con la autoridad competente. Resulta confuso el artículo en

²⁹² Artículo 2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 *relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* (2002/584/JAI), donde no se ha hecho mención a la minoría de edad como excepción.

lo que se refiere a “la autoridad competente”, delegándose esta determinación, a las autoridades nacionales. El Informe de Seguimiento relacionado con la transposición e implementación de la Directiva considera que no habrá de excluirse, por ejemplo, a las “agencias de aduanas o frontera, si tienen conferido un estatuto por parte del Derecho nacional como fuerzas del orden. Esto es particularmente importante en los casos de tráfico de seres humanos (por ejemplo FRONTEX) o delitos aduaneros o de contrabando”²⁹³. Sin embargo, el silencio de la Directiva implica que este derecho acabe dependiendo de que en los protocolos, reglamentos de funcionamiento o mandatos nacionales esta obligación se contemple de manera expresa. Las competencias de algunas autoridades no están claramente delimitadas en derecho nacional y esta falta de definición puede conllevar a que el derecho a la información de la víctima pueda ser vulnerado.

Además de la inconcreción de la autoridad competente, también existe un riesgo de que no exista un registro en el que se indique si la víctima ha sido informada. En el Informe de Seguimiento se aconseja la importancia de brindar información de manera continuada y actualizada a la víctima a lo largo del proceso penal²⁹⁴. Sin embargo, la Directiva no dice nada al respecto.

2.2.2. *En el derecho español*

El artículo 17 de la LORPM obliga a que “las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor...estarán obligados a informarle...También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales”.

La Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito en su artículo 5 contempla el derecho de la víctima, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin

²⁹³ “[C]ustoms or border agencies, if they have the status of law enforcement authorities under national law. This is particularly important in cases of trafficking in human beings (e.g. FRONTEX) or customs/smuggling offences”. Informe de Seguimiento Directiva 2012/29/EU, *cit*, p. 13.

²⁹⁴ *Ibid.*

retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos.

Si bien la LECrim especifica qué autoridades y funcionarios pueden detener en sus artículos 492, designándose la autoridad o agente de policía judicial, el Estatuto de la víctima no precisa la autoridad competente “en los momentos previos a la presentación de la denuncia”. Independientemente del momento formal en que se puede interponer la denuncia. Existe en este sentido una falta de concreción que puede dejar potencialmente desprotegidos a menores víctimas con anterioridad a la interposición de la denuncia y en este sentido es difícil concluir si la Ley 4/2015 es más garantista o así aparenta serlo. Existen muchas situaciones en las que un menor pueda ser víctima y no haber interpuesto una denuncia en comisaría, ¿implica que los trabajadores sociales, educadores, psicólogos, agencias que interactúan con menores, tienen la obligación de informarle? Ello puede tener consecuencias puesto que la vulneración de una obligación implica responsabilidad derivada de su incumplimiento. La inconcreción de la ley en este sentido puede provocar inseguridad jurídica de todos estos profesionales cercanos a la cotidianidad del menor, que pueden no saber que están incurriendo en una infracción. No obstante resulta totalmente desproporcionado exigir a personal que trabaja con menores (educadores, trabajadores sociales, etc.) esta obligación que excede de sus competencias.

El Estatuto de la víctima en el artículo 5.2 obliga a la actualización de dicha información en cada fase del procedimiento para garantizar a la víctima la posibilidad de ejercer sus derechos. La redacción de dicho artículo es poco lúcida puesto que tras afirmar que “será actualizada”, no indica ni de qué manera, ni por parte de quién. Se presupone que habrá de ser la autoridad competente, pero no se precisa el medio de actualización. La falta de definición sobre el medio puede plantear problemas para los niños y niñas a la hora de acceder a dicha información. El Informe de Seguimiento de la Directiva 2012/29/EU señala que “las necesidades individuales y las circunstancias personales de las víctimas deben considerarse siempre al dar información en cada caso particular”²⁹⁵. Está claro que hay una diferencia entre colgar la información en un tablón de anuncios, en una página de internet o comunicársela directamente al menor lo que debería ser valorado por las autoridades competentes.

²⁹⁵ “[T]he individual needs and personal circumstances of victims must always be duly considered when providing information in each particular case” *Ibid.*, p. 14.

La obligación jurídica derivada del Estatuto de actualizar la información no precisa nada acerca del medio de comunicación. Es precisamente el medio de comunicación el que puede ser particularmente relevante y fundamental, marcando la diferencia entre una justicia para adultos y una justicia amigable para niños, pero tal y como se encuentra en la Ley puede indirectamente afectar el derecho a la información de los menores de edad.

2.3. Derecho a ser informado de forma detallada

2.3.1. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Un requisito adicional exigido por parte del derecho internacional de los Derechos Humanos para garantizar la participación efectiva del niño en el proceso penal es que la información se brinde de forma detallada. El TEDH ha precisado que al tratarse de un menor, “las autoridades deben tomar medidas para reducir en la medida de lo posible los sentimientos de intimidación e inhibición y garantizar que el menor acusado tenga una amplia comprensión de la naturaleza de la investigación, de lo que está en juego para él o ella, incluyendo el significado de la pena que se le pueda imponer, así como de sus derechos de defensa y, en particular, de su derecho a guardar silencio. Esto significa que él o ella [...] deberían ser capaces de entender el sentido general de lo que les dice el agente que les detuvo y durante su interrogatorio por la policía”²⁹⁶.

La Directiva 2012/13/UE, en su artículo 3.1, incluye una lista de cinco derechos de los que, como mínimo, debe ser informado el sospechoso o acusado: a) el derecho a tener acceso a un abogado; b) el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla; c) el derecho a ser informado de la acusación, de conformidad con el artículo 6; d) el derecho a interpretación y traducción y por último e) el derecho a permanecer en silencio.

El artículo se limita a enunciar los derechos, más no ofrece detalle acerca de su contenido. Esta es una cuestión importante puesto que enunciar un derecho no equivale a explicar su contenido mínimo y es justamente la explicación del contenido mínimo lo que permite que el derecho pueda hacerse real y efectivo. Por ejemplo, informar a un menor —

²⁹⁶ “The authorities must take steps to reduce as far as possible his feelings of intimidations and inhibition and ensure that the accused minor has a broad understanding of the nature of the investigation, of what is at stake for him or her, including the significance of any penalty which may be imposed as well as of his rights of defence and in particular, of his right to remain silent. It means that he or she... should be able to understand the general thrust of what is said by the arresting officer and during his questioning by the police (ibid)”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Panovits contra Cyprus*. Sentencia de 11 diciembre 2008, *cit.*, párr. 67.

“tienes derecho a un abogado”— no le indica de ninguna manera cómo hacerlo realidad, qué debe hacer ni por qué es importante para él o ella y qué consecuencias puede tener. La Directiva no menciona ningún tipo de guía sobre la manera en que el individuo debería ser informado en caso de ser menor, solo un tímido párrafo en el mismo artículo en que obliga a que los Estados miembros garanticen “que la información establecida en el apartado 1 se proporcione verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables”. La exposición de motivos de la misma directiva, en su apartado núm. 26, obliga a las autoridades competentes “a prestar especial atención a las personas que no puedan comprender el contenido o el significado de la información, debido, por ejemplo, a su corta edad o a su condición mental o física”. Prestar especial atención no implica obligar a ofrecer información detallada. En este sentido, la Directiva hace poco por garantizar una protección superior a aquella conferida por el TEDH²⁹⁷.

El único derecho sobre el que la Directiva 2012/13/UE ofrece cierta protección adicional a aquélla conferida por el TEDH es el derecho a ser informado de la acusación, establecido en el artículo 6. Este precepto señala que el sospechoso o acusado habrá de ser informado sobre la infracción penal, pero se limita a decir “con el grado de *detalle necesario* para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa”. La palabra “necesidad” vuelve a dotar al texto de indeterminación acerca de los detalles que deberían ser necesarios para que el derecho se haga efectivo. A pesar de su ambigüedad e inconcreción, no obstante, la Directiva exige que el Estado demuestre que la información aportada se hizo con el suficiente detalle. Como se ha indicado con anterioridad, no es un gran avance pero sí un paso pequeño en adelante al brindar al sospechoso y acusado de una protección suficiente que le permita una participación efectiva de conformidad con lo exigido por el TEDH. Este Tribunal generalmente ha adoptado la misma línea a la hora de entrar a valorar si el derecho a la información se garantizó según los requisitos del artículo 6 del CEDH, teniendo una consideración especial si el individuo es vulnerable y, en concreto, menor²⁹⁸.

Sin embargo si apartamos la vista del derecho a ser informado de la acusación y centramos nuestra atención sobre los demás derechos incluidos en el artículo 3.1, dicho avance no parece articularse de la misma manera. Los derechos que no se incluyen dentro del

²⁹⁷ PEERS, S, *et al.* (ed.). 2014, *op. cit.*, p. 1328

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 1329.

derecho a ser informado en detalle son: el derecho a tener acceso a un abogado; el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla; el derecho a interpretación y traducción y el derecho a permanecer en silencio. ¿Implica que estos derechos no requieren ser informados en detalles? De una interpretación textual de la norma no parece requerirlo, puesto que el mismo artículo 3 obliga a que los Estados miembros garanti[cen] que las personas sospechosas o acusadas reciban información de los derechos “según se apliquen con arreglo a la legislación nacional, a fin de permitir su ejercicio efectivo”. El límite de ofrecer información con arreglo a la legislación nacional plantea un margen de apreciación para los Estados Miembros de la Unión Europea amplio y dependerá de la normativa nacional si existen protocolos de actuación que exijan a las autoridades informar de estos derechos en detalle.

Brilla por su ausencia en la Directiva 2012/13/UE, la obligación de informar sobre otros derechos especialmente importantes para los niños. Afortunadamente la Directiva 2016/800/UE ha incorporado en su artículo 4 otros derechos relevantes para un niño y obliga a que se informe de estos derechos con arreglo a los artículos que los desarrolla: el derecho a que el titular de la responsabilidad parental sea informado; el derecho a asistencia letrada; el derecho a una evaluación individual; el derecho a un reconocimiento médico; el derecho a la libertad y a un trato específico durante la detención; el derecho a la protección de la vida privada; el derecho a que el titular de la responsabilidad parental tenga acceso a las vistas con arreglo a lo dispuesto en el artículo y su derecho a estar presente en el juicio.

Un derecho que no se encuentra reflejado en la Directiva 2016/800/UE y tampoco se exige sea informado en detalle en la Directiva 2012/13/UE es el derecho a guardar silencio. La Convención de los Derechos del Niño no menciona el derecho del niño a guardar silencio como tampoco lo hace el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en los artículos 40(2)(b)(iv) y 14 (3) (g). Tampoco se encuentra reconocido directamente ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el artículo 6 ni en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dónde la única referencia se puede derivar del artículo 48.2 que indica que “[s]e garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”. Paradójicamente las Reglas de Beijing para la Administración de Justicia de Menores recogen

este derecho en su Regla 7 y lo consideran una de las “garantías procesales más fundamentales”²⁹⁹ que han de regir la administración de justicia.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, reconoció este derecho en 1993 aun no encontrándose de manera expresa en el CEDH, en la sentencia *Funke contra Francia*³⁰⁰, destacando que este derecho “se encuentra en el corazón de la noción de un procedimiento justo”³⁰¹. El Tribunal destacó que la razón de ser de este derecho se encuentra *inter alia* en la necesidad de una protección del individuo frente a la coerción impropia por parte de las autoridades públicas, la obtención de pruebas a través de técnicas de presión y coacción que no tuvieran en cuenta la voluntad del sospechoso o acusado que pudieran provocar un error judicial³⁰². En la jurisprudencia del Tribunal se refleja que el derecho a guardar silencio habrá de hacerse efectivo a lo largo de todo el proceso penal, y la importancia de su implementación en la fase de instrucción donde “el Tribunal subraya la importancia de la fase de investigación para la preparación de los procesos penales ya que las pruebas obtenidas durante esta etapa determinarán el marco en el que el delito imputado será considerado en el juicio”³⁰³.

No obstante el tratamiento del derecho a guardar silencio por parte del ordenamiento procesal no es pacífico. En muchos ordenamientos nacionales se permite sancionar el silencio prejudicial de un sospechoso, atribuyéndole un valor de corroboración³⁰⁴. Esto se debe al argumento fundamentado en la necesidad de evitar que los sospechosos puedan utilizar a su favor las llamadas “defensas emboscada” (*ambush defences*), es decir, retener información durante la fase de instrucción y luego posteriormente sorprender a la acusación más adelante, basándose en la información retenida³⁰⁵.

El TEDH ha entrado a regular esta cuestión, permitiendo a los Estados hacer inferencias de un silencio prejudicial, especificando que es congruente con los derechos humanos “un

²⁹⁹ UN General Assembly, *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* ("The Beijing Rules") : resolution / adopted by the General Assembly., 29 November 1985, A/RES/40/33, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00f2203c.html> [accessed 26 March 2015]

³⁰⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Funke contra Francia*, Sentencia de 25 de febrero de 1993, párr. 45.

³⁰¹ “lies at the heart of the notion of a fair procedure” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *John Murray contra Reino Unido*. Sentencia de 8 febrero 1996. TEDH 1996\7. Véase TRECHSEL, S.; SUMMERS, S. J. 2005, *op. cit.*, p.347

³⁰² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *John Murray contra Reino Unido*. 1996, *cit*, párr. 45.

³⁰³ “the Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Salduz contra Turquía*. Sentencia de 27 noviembre 2008. *cit*, párr. 54.

³⁰⁴ THAMAN, S. C. (ed.). *Exclusionary rules in comparative law*. Springer Science & Business Media, 2012.

³⁰⁵ JACKSON, J. D.; SUMMERS, S. J. 2012, *op cit*, pp. 308-309

sistema formalizado que tenga por objeto permitir inferencias acordes al sentido común que puedan jugar un papel abierto en la valoración de la prueba”³⁰⁶. El TEDH no obstante ha precisado que el silencio únicamente podrá ser utilizado como elemento de corroboración, si las pruebas por parte de la acusación son contundentes, y que en ningún supuesto se podrá utilizar el silencio del acusado como un “*poly filler*” (multi relleno) de las pruebas defectuosas de la acusación³⁰⁷. Si el acusado alega que el silencio prejudicial fue motivado por su letrado, el TEDH exige que el acusado demuestre “confianza genuina” en el consejo de su abogado para que el silencio no pueda ser utilizado como elemento de corroboración³⁰⁸. El TEDH no considera en ningún punto el limitar la aplicación de esta doctrina si el sospechoso o acusado es un menor de edad.

La aplicación de esta doctrina a un niño es criticable. No obstante, la propuesta de Directiva *para reforzar ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*³⁰⁹ establece en sus artículos 6 y 7 el derecho a no auto-inculparse y a no cooperar y el derecho a guardar silencio reconociéndolo como norma internacional y el núcleo de la noción de juicio justo del artículo 6 del CEDH. La propuesta obliga a que los Estados miembros informen a los individuos “inmediatamente” (nótese la diferencia con la palabra “con prontitud”) de su derecho a permanecer en silencio³¹⁰. Además exige, y ello demuestra la importancia de esta cuestión, que “dicha información debe asimismo hacer referencia al *contenido* del derecho a permanecer en silencio y a *las consecuencias* de su renuncia o invocación³¹¹ y obligando a “descartar la posibilidad de hacer cualquier inferencia de que los sospechosos o acusados hagan uso de esos derechos. De no ser así, si los sospechosos o acusados pudieran temer que su falta de cooperación o su silencio fuera a volverse en su contra en una fase posterior del proceso penal, ese derecho sería meramente ilusorio”³¹².

³⁰⁶ “a formalised system which aims at allowing common sense implications to play an open role in the assessment of evidence”, *Ibid.*, p. 264.

³⁰⁷ PATTENDEN, R. “Inferences from silence”. *Criminal Law Review*, 1995, p. 602-611, p 607

³⁰⁸ Este desarrollo jurisprudencial del TEDH ha sido muy criticado. En este sentido Choo argumenta que “A defendant who adduces evidence that he was advised by his lawyer not to answer questions but goes no further than that does not thereby waive privilege...but a defendant who adduces evidence of the content of, or reason for, such advice, beyond the mere fact of it, does waive privilege”. CHOO, Andrew L.-T., 1998, *op cit*, p. 135, véase nota 59.

³⁰⁹ Propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo *por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales* COM/2013/0821 final - 2013/0407 (COD) disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0821&from=Es>

³¹⁰ *Ibid.*, párrs.35- 37

³¹¹ *Ibid.*, párr. 35

³¹² *Ibid.*, párr. 36

La Directiva 2016/343/UE por la que *se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio* (en adelante Directiva 2016/343/UE)³¹³ finalmente aprobada, en su exposición de motivos núm. 28 indica a los Estados que “el ejercicio del derecho a guardar silencio o del derecho a no declarar contra sí mismo no debe utilizarse en contra de un sospechoso o acusado y no debe considerarse por sí mismo como prueba de que el interesado haya cometido la infracción penal en cuestión. Ello debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de la prueba por parte de los jueces o tribunales, siempre que se respete el derecho de defensa”. El artículo 7.5 obliga a los Estados a que “el ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate”. En este punto, la normativa de la Unión Europea mejora claramente la protección conferida a los sospechosos y acusados en relación al TEDH.

2.3.2. En el derecho español

La LECrim en su artículo 118.1.a. recoge los derechos de la defensa de ser instruido, sin demora injustificada, de los siguientes derechos: a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputado [...] Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa. La información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

El artículo 520. 2. a) reitera el derecho a guardar silencio de aquéllas personas que se encuentran detenidas o presas a ser informadas por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes: a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.

³¹³ Directiva 2016/343/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo. Refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. LCEur 2016/288

Dicha declaración de querer guardar silencio se podrá llevar a cabo en cualquier fase del proceso penal. Estarán obligados a informar, no solo la policía judicial, sino también el órgano judicial, y el Ministerio Fiscal, cuando tenga que tomar declaración en la fase de investigación³¹⁴. La obtención de una declaración sin la advertencia al detenido no podrá formar parte del acervo probatorio, ni tampoco si siendo interrogado en calidad de víctima o testigo no se informa cuando surjan indicios de criminalidad³¹⁵.

La LECRIM hasta su reforma en 2015 prefería apoyar el colaboracionismo por encima del silencio. No obstante, la mayoría de los artículos que presionaban al sospechoso o acusado a colaborar con la justicia han sido derogados. El artículo 385 señala la capacidad del Juez para solicitar la declaración del procesado cuantas veces considere necesario; el artículo 387 anteriormente a la reforma llevada a cabo en 2015 exhortaba a que el sospechoso o acusado dijera la verdad así como a la advertencia del deber de “responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas”. Este artículo no obstante ha sido derogado. El artículo 395 también ha sido derogado³¹⁶.

Sobre el silencio en fase de instrucción y las inferencias que se pueden derivar de él, la jurisprudencia se muestra contradictoria. El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 17 de noviembre de 2008³¹⁷ defendió que “no cabe extraer ninguna consecuencia negativa meramente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. En el presente caso, pues, no puede sostenerse, en modo alguno, que el ejercicio legítimo del derecho fundamental a no declarar pueda erigirse en elemento corroborador que coadyuve a la propia condena”, es decir, que el silencio no ha de jugar un papel corroborador en la valoración de la prueba. Sin embargo, un año más tarde en una Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2009³¹⁸ se defendió que “si ciertos elementos de prueba, solos o en combinación con otros hechos, requieren claramente una explicación que el acusado debería ser capaz de dar, si existe, entonces, la ausencia de explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable”³¹⁹. La jurisprudencia española parece haber adoptado la interpretación del caso Murray y aceptado

³¹⁴ VELAYOS MARTÍNEZ, M. I. “El derecho del imputado al silencio”. *Justicia: revista de derecho procesal*, 1995, no 1, p. 59-94, p. 81

³¹⁵ LOZANO EIROA, M. “El derecho al silencio del imputado en el proceso penal”. *Diario La Ley*, 2012, no 7925, p. 1.

³¹⁶ *Ibid.*, pp. 2-3

³¹⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 148/2008 de 17 noviembre. RTC 2008\148.

³¹⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 240/2009 de 12 marzo. RJ 2009\2358

³¹⁹ *Ibid.*, FJ 3º.

que cuando exista suficiente prueba de cargo que exija del sospechoso o acusado una explicación, entonces el silencio podrá servir de elemento corroborador en caso de no aportarse dicha explicación.

No existe, sin embargo, ningún artículo en la LECrim que obligue a informar sobre las inferencias negativas que se puedan hacer de un silencio procesal. No obstante, la Propuesta de texto articulado de LECrim, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 en su artículo 10 titulado “Derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo”, introducía lo siguiente: “El detenido o encausado tiene derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. Al silencio o negativa a declarar no podrá atribuírsele consecuencias perjudiciales, más allá de la constatación de la pérdida de oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación, explicativa de la prueba existente en su contra, que no sea aportada por la defensa o se desprenda por sí misma de los hechos en debate”³²⁰. Sin embargo dicha propuesta no se incluyó en las reformas de la LECrim más recientes.

La Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la víctima no integra en su artículo 5 ninguna mención a que la víctima sea informada de forma detallada de los derechos incluidos en dicho artículo.

3. La asistencia letrada

Entre las garantías que conforman el total de las circunstancias que podrían potencialmente invalidar una declaración prestada por un menor, la asistencia letrada es quizás una de las más importantes. No existe acuerdo en Europa sobre ciertos aspectos relativos a la obligación de brindar a la defensa de asistencia letrada³²¹.

Históricamente la fase de instrucción del proceso estaba escasamente regulada jurídicamente y no se encontraba sujeta a un control judicial. Durante el siglo XIX los derechos del acusado durante esta fase del proceso eran deficitarios y en muy pocas veces contaban con asistencia letrada que generalmente no era obligatoria y en gran número de casos los sospechosos tampoco podían permitírsela³²². En la mayoría de los países europeos, incluso tras las reformas del proceso penal que se llevaron a cabo durante la segunda mitad

³²⁰ http://www.ub.edu/dpenal/recursos/doc_legislacio/LECr_anteproyecto_y_otras_2014.pdf

³²¹ RYAN, A. *Towards a system of European criminal justice: the problem of admissibility of evidence*. Routledge, 2014, pp. 240-241.

³²² FARRAR, S. A. “Myths and Legends: An Examination of the Historical Role of the Accused in Traditional Legal Scholarship; a Look at the 19th Century”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, p. 331-353.

del siglo XIX, siguió sin permitirse la presencia letrada durante las investigaciones preliminares³²³.

Actualmente la idea de que la asistencia letrada es un derecho “prácticamente absoluto” es aceptada en toda cultura jurídica que valore los derechos individuales fundamentales frente al poder del Estado³²⁴. Este derecho se encuentra recogido en la casi totalidad de los instrumentos de derecho internacional de derechos humanos. Entre otros, el artículo 14.3 (d) del PIDCP establece lo siguiente: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”. A su vez, el artículo 6(3) del CEDH proclama que “[t]odo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos... a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan”. Así como el artículo 40. 2. b) de la CDN, que prevé que “[c]on este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán [...] que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa». Todos estos instrumentos reconocen la asistencia letrada como una garantía fundamental para hacer efectivo el derecho a la defensa a lo largo del proceso penal, sin embargo es una garantía llena de matices y de límites que pueden tener efectos directos e indirectos sobre los niños sospechosos y acusados, o víctimas y testigos.

Para una mejor exposición, diferenciaremos a continuación la asistencia letrada de los niños, niñas y adolescentes sospechosos y acusados y la asistencia letrada de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos.

3.1. La asistencia letrada del menor sospechoso o acusado

Es en relación al menor sospechoso y acusado que surgen muchos problemas derivados de la aplicación de la normativa actual. Para detallarlos, procederemos a analizar en primer lugar, el problema derivado del ámbito de aplicación de este derecho y la exclusión de la

³²³ Con la excepción de Austria, Alemania y Francia. Véase SUMMERS S. *Fair trials: The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*. Bloomsbury Publishing, 2007, p. 87.

³²⁴ TRECHSEL, S.; SUMMERS, S. J., 2005, *op cit.*, p. 266.

obligación de esta asistencia para delitos o faltas menores. En segundo lugar se pasará a analizar el momento procesal a partir del cual se ha de brindar al menor la asistencia. En tercer lugar se analizará el papel que habrá de desempeñar el abogado a lo largo de las diferentes etapas del proceso penal. En cuarto y último lugar, se pasará a considerar la posibilidad de renunciar a este derecho y las excepciones que permite la ley a este derecho.

3.1.1. *Ámbito de aplicación*

No existe sintonía entre las instituciones europeas en lo que concierne al tipo de delitos que han de contar con asistencia letrada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha puesto límites [en su jurisprudencia] predeterminados a los tipos de delitos que puedan permitir a un sospechoso tener acceso a asesoría jurídica en la fase de investigación del proceso penal³²⁵. Para esta institución, no se excluye ningún tipo de ofensa “menos seria” que exima de dicha protección amparada por el artículo 6 del CEDH. Tampoco se desprende una limitación de la CDFUE, puesto que su artículo 48(2) obliga al respeto de los derechos de la defensa de todo acusado y, además, del artículo 52. 3 del mismo texto jurídico, que indica que “[e]n la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”, se deriva la misma consecuencia.

Sin embargo, la Directiva 2013/48/UE, *sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad* (en adelante, Directiva 2013/48/UE), en su artículo 2 (ámbito de aplicación), el punto cuarto excluye las ofensas leves (*minor offenses*). Este precepto considera dos casos de ofensas leves para las cuales se excluye esta obligación para el Estado. Esta excepción podrá darse cuando la normativa de un Estado miembro disponga la imposición de sanciones por parte de una autoridad distinta de un tribunal competente en materia penal, y la sanción pueda ser objeto de recurso o remitirse a este tipo de tribunal, o para las que no pueda imponerse como sanción la privación de libertad.

³²⁵ PEERS, S., *et al.* (ed.). 2014, *op. cit.*, p. 1337.

La exposición de motivos en el párrafo número 17 de la mencionada directiva aclara qué se considera por infracción leve al señalar que “[e]n algunos Estados miembros se consideran infracciones penales ciertas infracciones leves, en particular infracciones leves de tráfico, infracciones leves de ordenanzas municipales generales e infracciones leves de orden público. En tales situaciones, no sería razonable exigir que las autoridades competentes garanticen todos los derechos que ampara la presente Directiva. Así pues, en los casos en que con arreglo a la normativa de un Estado miembro no puedan imponerse sanciones que conlleven privación de libertad para infracciones leves, la presente Directiva se aplica únicamente a los procesos incoados ante tribunales competentes en materia penal”. La Directiva restringe, por tanto, de esta manera, un derecho que únicamente debería extenderse y no reducirse atendiendo al alcance ilimitado establecido por el CEDH en cuanto al tipo de delito o falta. La Unión Europea en este sentido debe reconocer un derecho de mínimos a partir del cual puede ampliar su protección, no reducirla, tal y como establece el artículo 52.3 de la CDFUE³²⁶.

Esta diferencia entre la protección ofrecida por el CEDH, la Carta y las Directivas crea una ambigüedad que puede llevar a que el derecho pueda ser mal entendido, mal aplicado o pasado por alto³²⁷. En este sentido, hay varias cuestiones que inciden sobre esta distinción y que pueden afectar negativamente a un menor. Como ya se ha mencionado anteriormente en este trabajo, la tendencia se dirige a que la delincuencia juvenil generalmente sea de carácter leve, se cometa de forma más continuada que la de los adultos y suele cometerse de forma grupal³²⁸.

La menor seriedad de sus actos no ha de ser una razón para no brindarle el derecho a un abogado, puesto que, en este sentido, el abogado cumple una función fundamental en el sistema penal juvenil. No solo confiere asistencia jurídica, sino también la importante labor de proteger al sospechoso o acusado frente a la coerción y las malas prácticas que potencialmente puedan perjudicar su defensa. Si el sospechoso y acusado es un niño dicha función es incluso más importante puesto que serán más vulnerables frente a esta coerción. En este sentido, será importante subrayar y deslindar en los ordenamientos nacionales cuáles son aquéllas infracciones leves que no exigen asistencia jurídica obligatoria.

³²⁶ PEERS, S., *et al.* (ed.). 2014, *Op. cit.*, p. 1338.

³²⁷ “The negative disparity between the protection offered by the ECHR, the Charter and the Directives creates the unwelcome potential for ambiguity which may lead to rights being misunderstood, misapplied or overlooked”. *Ibid.*, p. 1337.

³²⁸ Cuestión a la que hemos hecho referencia en el capítulo 2 de este trabajo.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales hizo referencia a esta distinción en su exposición de motivos subrayando que “con respecto a determinadas infracciones menores, la normativa obligatoria en materia de acceso a un abogado resultaría desproporcionada. Se trata en particular de las infracciones leves de tráfico, las infracciones leves a las ordenanzas municipales generales y las infracciones leves del orden público, que se consideran delitos en algunos Estados miembros. En el caso de estas infracciones, las autoridades competentes distintas de los fiscales o los órganos jurisdiccionales con competencias en materia penal no necesitan garantizar el derecho de acceso a un abogado que confiere la presente Directiva”³²⁹. Esta distinción acabó aprobándose en la Directiva (UE) 2016/800/UE relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales en que exceptúa la aplicación de la Directiva a las infracciones leves, aunque precisa que no obstante, debe aplicarse cuando el menor sospechoso o acusado sea privado de libertad³³⁰. La directiva precisa al igual que la Directiva 2013/48/UE, que “en algunos Estados miembros una autoridad distinta de los órganos jurisdiccionales con competencia en materia penal puede estar facultada para imponer sanciones distintas de la privación de libertad en caso de infracciones relativamente leves. Así puede suceder, por ejemplo, en relación con infracciones de tráfico que se cometan en gran número y de las que puede quedar constancia mediante un control de tráfico. En tales situaciones, no sería razonable exigir que las autoridades competentes garanticen todos los derechos que reconoce la presente Directiva”³³¹. De esta manera establece que “en los casos en que, con arreglo a la normativa de un Estado miembro, no puedan imponerse *sanciones* que conlleven privación de libertad para infracciones leves, la presente Directiva solo debe aplicarse a los procesos incoados ante órganos jurisdiccionales competentes en materia penal”³³².

Resulta en cierto sentido comprensible que las infracciones leves de tráfico y las infracciones leves a las ordenanzas municipales generales, aunque tengan una sanción aparejada, se excluyan por ser procesos ajenos al penal. Sin embargo, resulta ambiguo qué infracción es aquella que se considera “infracción leve del orden público”. Habrá que vigilar con mucho cuidado la configuración de las mismas en los ordenamientos nacionales puesto

³²⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*. COM/2013/0822 final - 2013/0408 (COD). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52013PC0822>, p. 6.

³³⁰ Directiva 2016/800/UE, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, de 11 de mayo. LCEur 2016\700. Véase la Exposición de Motivos, párr. 14.

³³¹ *Ibid.*, párr. 15.

³³² *Ibid.*, párr. 16

que es un ámbito que tiene una especial incidencia sobre los niños. De hecho, en algunos países, como por ejemplo Inglaterra, se están desarrollando fórmulas legales para intentar prevenir el comportamiento antisocial de los jóvenes a través de un endurecimiento de las leyes. Esto ha provocado que un comportamiento, aun siendo leve (escupir por la calle, insultar públicamente, peleas menores callejeras, pintar en lugares públicos, etc...) si es continuado en el tiempo, conlleve automáticamente una sanción penal incluso de privación de libertad, sin necesidad de un juicio. Se ha planteado la posible ilegalidad de dicha práctica, puesto que además de vulnerar la presunción de inocencia, sus efectos recaen principalmente en los niños³³³. La Directiva 2013/48/UE y la Directiva 2016/800/UE relativa a las garantías de los sospechosos y acusados en los procesos penales permiten a través de la expresión “orden público”, un amplio margen de apreciación que puede convertirse en el cajón de sastre por parte de los Estados para justificar limitaciones a este derecho, y cuyos efectos pueden recaer de manera indirecta en los niños.

Conviene realizar un comentario último sobre esta cuestión. El derecho a la asistencia letrada se restringe a aquéllas infracciones que llevan aparejada una medida de privación de libertad. En el derecho penal juvenil, el recurso a una medida cautelar (medida que generalmente se acuerda previamente al juicio y que en España se encuentran reguladas en el artículo 28 de la LORPM como medida de protección suele ser común, especialmente cuando un niño no cuenta con un entorno familiar propicio, cuando se sospeche que se encuentra potencialmente en peligro, o cuando el niño se vea involucrado en bandas o en una red de crimen organizado. En este sentido, por muy leve que sea la infracción que haya cometido el menor, en caso de no existir una medida alternativa, se puede recurrir, y de hecho, se hace por parte de los jueces, a la privación de libertad para proteger al niño. No queda claro si el menor tendría derecho a un abogado en esta situación, puesto que por ley su infracción seguirá siendo leve, aunque luego el juez decida privarle de libertad como medida cautelar para su protección. La medida cautelar no es una sanción en el estricto sentido que indica la Directiva, en cuyo caso quedaría desprotegido el menor frente a la obligatoria asistencia de un letrado. Es recomendable que en estos casos el acceso a un abogado le sea reconocido como derecho³³⁴, aun siendo la infracción leve.

³³³ASHWORTH, A. “Four threats to the presumption of innocence”, *International Journal of Evidence and Proof*, 2006, vol. 10, no 4.

³³⁴ Comentario CCBE. Disponible en <www.ccbe.eu/.../Comments_22_January_1_135954>, en PEERS, Steve, et al. (ed.). 2014, *op cit*, p. 1336.

3.1.2. *Momento procesal a partir del cual se ha de brindar al menor asistencia letrada.*

3.1.2.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

No existe mucha claridad acerca del momento procesal concreto a partir del cual se ha de garantizar al sospechoso asistencia letrada. En el caso *Salduz*, el TEDH reconoció que la asistencia letrada debía proporcionarse desde el mismo comienzo del interrogatorio policial. En palabras del Tribunal “[e]l acusado se encuentra a menudo en una posición particularmente vulnerable en esa etapa del proceso, cuyo efecto se amplifica por el hecho de que la legislación sobre el proceso penal tiende a ser cada vez más compleja, en particular con respecto a la recopilación y el uso de la prueba [...] El acceso a un abogado debería proveerse desde el primer interrogatorio de un sospechoso por parte de la policía, a no ser que a la luz de las circunstancias específicas existan razones de peso para restringirlo”³³⁵.

Sin embargo, en las opiniones concurrentes a dicho caso, los jueces Zagrebelsky, Casadevall y Turmen expresaron su preocupación sobre el hecho de que la sentencia no había sido lo suficientemente clara acerca del momento procesal a partir del cual se debía de ofrecer asistencia letrada, puesto que la misma debía brindarse no solo a partir del interrogatorio del sospechoso sino, desde el mismo momento de la detención. Los motivos sobre los que se fundamentaba la opinión concurrente de dichos jueces se basaban en que, en primer lugar, obligar a la asistencia letrada a partir del interrogatorio desprotege al sospechoso desde el momento en que se le detiene hasta que se le interroga. En segundo lugar, porque se desampara también al sospechoso que está siendo objeto de una investigación, pero que no ha sido detenido formalmente por los motivos que sean.

En 1996, en el caso *John Murray contra Reino Unido*³³⁶, el TEDH advirtió sobre la importancia de la asistencia jurídica cuando el comportamiento de un sospechoso en la fase prejudicial pudiese tener repercusión sobre la valoración de la prueba. En este sentido, este comportamiento podía darse antes del primer interrogatorio policial, incluso con anterioridad

³³⁵ “An accused often finds himself in a particular vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the gathering and use of evidence...Access to a lawyer should be provided from the first interrogation of a suspect by the police, unless that in light of the specific circumstances of each case there are compelling reasons to restrict it”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Salduz contra Turquía*. Sentencia de 27 noviembre 2008, *cit*, párr. 54.

³³⁶Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *John Murray contra Reino Unido*. Sentencia de 8 febrero 1996. *Cit*.

a la detención (por ejemplo, situaciones en las que el sospechoso está siendo objeto de una investigación policial pero no se le ha comunicado).

La Directiva 2013/48/UE amplía el alcance de este derecho. Su artículo 2 (1) precisa que “[l]a presente Directiva se aplica a los sospechosos o acusados en procesos penales desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro *hayan puesto en su conocimiento*, mediante notificación oficial u otro medio, que son sospechosos o que se les acusa de haber cometido una infracción penal, y con independencia de si están privados de libertad. Se aplica hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si el sospechoso o acusado ha cometido o no la infracción, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso”.

Si bien la Directiva extiende el alcance del derecho, no lo hace completamente. Al decir “desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan puesto en su conocimiento” confiere a los Estados un margen de apreciación a la hora de determinar el momento procesal a partir del cual es obligatorio notificar o informar a un sospechoso o acusado que está siendo investigado. En este sentido, ni la Directiva ni la jurisprudencia asentada por el Tribunal de Estrasburgo fijan este momento.

La Directiva, en su artículo 3.1 establece “que el acceso a un abogado debe darse con el tiempo suficiente para que los sospechosos y acusados puedan ejercitar sus derechos de manera efectiva”. Seguidamente, la Directiva añade en su artículo 3.2 que cualquier demora habrá de estar justificada. La directiva marca unos momentos concretos a partir de los cuales exige dicha justificación por parte del Estado: a) antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales; b) en el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas con arreglo al apartado 3, letra c); c) tras la privación de libertad; d) con la suficiente antelación antes de que el sospechoso o acusado citado a personarse ante el tribunal competente en materia penal se presente ante dicho tribunal.

La Directiva, aun permaneciendo en cierta medida imprecisa (*antes de que...sea interrogado; sin demora injustificada; con la suficiente antelación*), logra un tímido avance en concretar los momentos procesales e incrementa en cierta medida, la carga de la prueba sobre los Estados estableciendo filtros como por ejemplo, la necesidad de que se justifiquen las demoras. Sin embargo, las negociaciones no dejan de ser un juego de tira y afloja y la

Directiva deja al derecho interno de los Estados un amplio margen de apreciación con el que podrán jugar con los tiempos a su antojo.

Por ejemplo, si nos fijamos en el artículo 3.2 letra b) de la Directiva, este precepto obliga a las autoridades de instrucción y competentes a aportar asistencia letrada mientras realizan una actuación de investigación o de obtención de pruebas. En caso de demora, ésta habrá de estar justificada, y esta carga parece mejorar la protección del sospechoso a lo largo de la investigación. Pero esto no es más que un espejismo. Si nos fijamos en la remisión que hace este mismo artículo, al apartado 3, letra c), la Directiva obliga a los Estados miembros a que *al menos* velen por que el sospechoso o acusado tenga derecho a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a: i) ruedas de reconocimiento, ii) careos, iii) reconstrucciones de los hechos.

Es decir, obliga a que el Estado aporte asistencia jurídica si se permite o se exige en derecho nacional que el sospechoso asista a dicho acto. Es verdad que es un avance en aquéllos Estados en que estas diligencias de investigación preliminares no obligaban a que el sospechoso o acusado tuviera garantizada la asistencia letrada. Sin embargo, se desprende del articulado de la Directiva, que hay muchas diligencias de investigación que no se notifican al sospechoso. Se plantea por tanto una problemática muy clara: ¿Desde qué momento una autoridad policial o judicial está obligada a informar a un sospechoso que está siendo objeto de una investigación? Numerosas veces la policía decide, aun habiendo suficientes indicios de que un individuo se encuentra involucrado en un delito, no comunicar a este último que está siendo objeto de una investigación criminal, especialmente si se considera que sus actos u omisiones pueden encontrarse dentro de una trama de crimen organizado.

Además, existe otra cuestión relevante al efecto: ¿Se puede responsabilizar al sospechoso por aquellos actos que ha realizado con posterioridad a la decisión por parte de las autoridades de no comunicarle que está siendo investigado? O de lo contrario ¿solo por aquellos hechos cometidos hasta el momento a partir del cual la policía decidió no informarle? Es muy posible que la policía que sospecha que un individuo está involucrado en un crimen mayor, pueda utilizar al individuo, sin su conocimiento, para desentramar algo mayor. De la jurisprudencia del TEDH se puede inferir que, según la doctrina del *agents provocateurs*, si las actividades encubiertas por parte de la policía influyen en la conducta del sospechoso o acusado provocando un desenlace que conlleve un reproche, será insoslayable una sentencia por parte del Alto Tribunal declarando el juicio contrario al artículo 6 del

Convenio³³⁷. Cabe destacar que todo este tiempo las actuaciones del individuo que están siendo objeto de investigación criminal no estarán cubiertas en ningún momento por ningún tipo de asistencia jurídica que pueda garantizar los derechos a una defensa efectiva del sospechoso.

En el caso de que una persona sí que haya sido informada o notificada, el artículo 2(1) de la misma Directiva reconoce el derecho a un abogado, pero no obliga a los Estados a asegurarlo de la misma manera que si la persona se encontrase detenida. Si bien la Directiva obliga a los Estados a brindar asistencia letrada a la persona detenida, la exposición de motivos de la Directiva, en el párrafo núm. 27, no protege de la misma manera a aquellas personas no privadas de libertad. Según este párrafo “los Estados miembros deben procurar que se disponga de información general, por ejemplo en un sitio de internet o por medio de un folleto disponible en las comisarías, con el fin de facilitar a los sospechosos o acusados un letrado. Sin embargo, *no es necesario* que los Estados miembros tomen medidas de modo activo para garantizar que un sospechoso o acusado que no esté privado de libertad sea asistido por un letrado, en caso de que la persona de que se trate no se lo procure por sí misma. El sospechoso o acusado debe tener la posibilidad de ponerse en contacto, consultar y ser asistido libremente por dicho letrado”.

Si no es obligatorio informar a una persona no detenida de que está siendo objeto de una investigación y, además, no se precisa que se tomen medidas de modo activo para garantizar su derecho a la asistencia letrada, se permite a las autoridades policiales que puedan abusar de esta falta de protección en beneficio propio a costa de los derechos a la defensa³³⁸. En este sentido, hay que subrayar que la Directiva 800/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, no hace ningún tipo de mención ni extiende el derecho a la asistencia jurídica a los menores sospechosos que no se encuentran detenidos. En relación al derecho al momento procesal a partir del cual se ha de brindar de asistencia letrada al menor no varía en ningún aspecto con la Directiva 2013/48/UE. El párrafo 27 de la exposición de motivos considera que la asistencia letrada debe aplicarse sin demora indebida, en cuanto se ponga en conocimiento del menor su condición de sospechoso o acusado y el artículo 6.3 contempla en

³³⁷ ROBERTS, P. “Normative evolution in evidentiary exclusion: coercion, deception and the right to a fair trial” en ROBERTS, P.; HUNTER, J. (ed.). *Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions*. Bloomsbury Publishing, 2012, pp. 181-191.

³³⁸ PEERS, S., *et al.* (ed.). 2014, *op. cit.*, p. 1336.

los mismos términos los momentos procesales a partir de los cuales habrá de dotar al menor de asistencia letrada.

Con asiduidad, los niños son utilizados como medios para un fin por parte del crimen organizado, incluso por parte de sus mismos familiares. Por lo tanto, la posibilidad de que se vean involucrados en una investigación policial no es infrecuente y es importante que las autoridades deban brindar protección a las posibles vulneraciones del derecho a la vida privada y familiar de los niños que se pueden dar si existe una ausencia de limitaciones temporales en las legislaciones nacionales al derecho a la asistencia letrada que protejan a los menores en este sentido³³⁹.

3.1.2.2. En el derecho español

En el ordenamiento procesal español la LORPM reconoce en su artículo 17.2 el derecho del menor a la presencia de un letrado durante la declaración si se encuentra detenido así como el derecho del menor detenido a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.

No obstante la LORPM no hace mención a aquéllos supuestos en que un menor puede quedar desprotegido desde el momento de la detención. Tampoco hace mención a los supuestos en que el menor pueda estar siendo investigado pero no se encuentra detenido. La LECrim no obstante, tras la reforma llevada a cabo en 2015, establece en el artículo 520. 5 que el detenido tendrá derecho a asistencia letrada. Una garantía que la reforma del 2015 ha implementado de manera positiva ha sido la reducción de los plazos para garantizar al sospechoso de asistencia letrada, donde de ocho horas desde que el abogado recibe el encargo, ha sido reducido a tres horas de tiempo máximo. En relación a los derechos de la defensa de aquellas personas que no se encuentran detenidas, la LECrim reconoce en el artículo 118 que tendrán derecho a asistencia letrada desde que se le comunique la existencia del hecho punible, haya sido detenido u objeto de otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento. En este sentido, la LECrim hace depender la asistencia letrada del investigado, no detenido, a la comunicación por parte de las autoridades, sin fijar ningún criterio adicional al respecto.

³³⁹ Un ejemplo de ello son las llamadas *Sting Operations* a las que se ha hecho referencia en el capítulo 2 de este trabajo.

3.1.3. La función del abogado

3.1.3.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

Como ya se ha mencionado, son numerosos los organismos que han reconocido la obligatoriedad de la presencia de la asistencia letrada durante un interrogatorio ante la policía o ante un funcionario de la administración de justicia, salvo en situaciones justificadas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha defendido en su jurisprudencia la importancia de la presencia de dicha figura durante el interrogatorio para hacer efectivos y reales los derechos inherentes a una defensa efectiva³⁴⁰. Los Tribunales Penales Internacionales también han defendido la importancia de dicha garantía en cualquier interrogatorio, a no ser que el sospechoso o acusado renuncie a su derecho a ser asistido por un abogado³⁴¹. En esta línea, el artículo 18(3) del Estatuto del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el artículo 17(3) del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y el artículo 55(2) del Estatuto de la Corte Penal Internacional reconocen la obligación de la asistencia letrada cuando el sospechoso está siendo interrogado por el fiscal³⁴².

Si bien tanto el CEDH, como la CDFUE y la Directiva 2013/48/UE reconocen la asistencia letrada durante el interrogatorio policial, es importante delimitar el alcance del contenido de este derecho, puesto que “presencia” no es lo mismo que “asistencia”. El derecho de acceso a la asistencia letrada durante la detención policial significa más que la presencia del abogado durante el interrogatorio³⁴³. La actitud del abogado puede ser pasiva si el letrado meramente se restringe a presenciar el interrogatorio, o puede ser activa, si se le confiere una capacidad y la posibilidad de participar activamente a lo largo del interrogatorio en defensa de los intereses de su representado.

No obstante, no existe un acuerdo entre los Estados miembros en torno al papel que ha de jugar el abogado durante el interrogatorio policial, y ello se ha visto reflejado en el articulado de la Directiva 2013/48/UE. Esta Directiva hace mención expresa en su artículo 3 al derecho a la entrevista privada del sospechoso o acusado con su letrado incluso antes del interrogatorio policial y la posibilidad del abogado de estar presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas. La participación del abogado durante

³⁴⁰ Véase en referencia a la jurisprudencia: JACKSON, J. D.; SUMMERS, S. J. 2012, *op.cit.*, p. 279.

³⁴¹ Al respecto, véase BELTRÁN MONTOLIÚ, A., “El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional”, Tesis doctoral dirigida por Juan Luis Gómez Colomer, Universitat Jaume I, 2008.

³⁴² ZAPPALÀ, S. 2003, *op.cit.*

³⁴³ Véase PEERS, S., *et al.* (ed.). 2014, *op cit*, p. 1339.

el interrogatorio se recoge expresamente en el apartado (b), que obliga a que los Estados miembros velen por “que el sospechoso o acusado tenga derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen. Esta intervención será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate”. Se evidencia así la diferencia entre presencia y participación, aun derivando la articulación de dicha participación a “la variable geometría del derecho nacional”³⁴⁴. Esta relativización del derecho a que sea acorde con el derecho nacional, sin embargo, está limitada a que el proceso nacional no menoscabe el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho; limitación que no encontramos para otros derechos, donde el margen de apreciación dado a los Estados es mucho más amplio.

La Directiva no indica si la participación efectiva implica una participación activa. El TEDH ha defendido en su jurisprudencia la importancia de la participación activa del letrado durante el interrogatorio, elemento esencial para conseguir una participación efectiva³⁴⁵. Puesto que la Directiva no puede ofrecer una protección menor que aquélla que brinda el CEDH en virtud del artículo 52.3 de la CDFUE, se presume que por participación efectiva, la Directiva está considerando la participación activa.

La participación activa por parte del letrado a lo largo del interrogatorio resulta especialmente importante cuando el sospechoso es un niño. Sorprende que la Directiva 800/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales no mencione explícitamente la importancia de este tipo de participación activa, integrando de idéntica manera a la Directiva 2013/ 48/UE, en el artículo 6.4 b) que los Estados deberán velar por que [...] el letrado pueda intervenir de manera efectiva durante el interrogatorio. Esta intervención se desarrollará de acuerdo con los procedimientos previstos por el Derecho nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate. Cuando un letrado intervenga durante el interrogatorio, se dejará constancia de este extremo de acuerdo con el procedimiento que prevea para ello el Derecho nacional”.

No se desprende directamente de la recientemente aprobada Directiva que de la efectividad se exija actividad por parte del letrado en la defensa de los intereses del menor.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Pishchalnikov contra Rusia*. Sentencia de 24 septiembre 2009. JUR 2009/397648.

Ello nos lleva a una ulterior consideración. Si el abogado debiera participar activamente, especialmente tratándose de menores ¿qué intereses es su obligación defender? Debido a las características inherentes a la minoría de edad, los adultos presumen numerosas veces que los menores no saben lo que es mejor para ellos. Por este motivo, el abogado puede adoptar una posición más cercana a la defensa de los intereses de los padres que a los intereses del menor.

Varios estudios sobre el rol del abogado en el sistema penal de menores han reflejado que muchos abogados defensores perciben su papel dentro del sistema juvenil, como el de un asesor del Tribunal, mientras que otros toman una posición de promoción y defensa más vigorosa en el trabajo para los menores, no siempre optando por lo que los padres consideren más oportuno³⁴⁶. Todos estos intereses — juzgado, padres, menor — pueden colocar al letrado en una difícil posición, puesto que tampoco es fácil defender los intereses de un menor que numerosas veces puede no saber lo que le beneficia³⁴⁷. Esta cuestión ha promovido la creación en numerosas jurisdicciones de la figura del guardián *ad litem*, aunque generalmente en los procesos civiles de custodia. Esta figura busca asegurar el interés superior del niño para dotarle de una representación independiente frente a la posición del letrado y la de sus padres o tutores³⁴⁸, aunque algunos trabajos han destacado que en algunos casos las competencias entre ambas figuras, la del guardián *ad litem* y la del abogado, se encuentran mal definidas en la ley y en la práctica, debido a la ambigua delimitación de sus competencias procesales, que puede eventualmente desproteger al menor³⁴⁹.

Si bien la figura del guardián *ad litem* se ha considerado frecuentemente cuando el menor ocupa una posición de víctima y testigo³⁵⁰, no se ha hecho prácticamente referencia a ella en los textos internacionales, cuando ostenta la posición de sospechoso o acusado.

³⁴⁶ “Many defence attorneys perceive their role in juvenile cases as being that of an adviser to the court, while others take a more vigorous defence and advocacy position in working for juveniles”, GRISSO, T., 1981, *op cit*, p. 200.

³⁴⁷ GUGGENHEIM, M. “The right to be represented but not heard: Reflections on legal representation for children”. *NYUL Rev.*, 1984, vol. 59, p. 76; MOORE, N. J. “Conflicts of Interests in the Representation of Children”. *Fordham L. Rev.*, 1995, vol. 64, p. 1819; DALY, A. “The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights” *The International Journal of Human Rights*, 2011, vol. 15, no 3, p. 441-461.

³⁴⁸ MUHLHAUSER, T. L. “From best to better: The interests of children and the role of a Guardian Ad Litem”. *NDL Rev.*, 1990, vol. 66, p. 633; HEARTZ, R. H. “Guardians ad litem in child abuse and neglect proceedings: Clarifying the roles to improve effectiveness”. *Family Law Quarterly*, 1993, p. 327-347; PETERSON, H. R. “In Search of the Best Interests of the Child: The Efficacy of the Court Appointed Special Advocate Model of Guardian ad Litem Representation”. *Geo. Mason L. Rev.*, 2006, vol. 13, p. 1083-1341.

³⁴⁹ HEARTZ, R. H., 1993, *op cit*, pp. 327-347.

³⁵⁰ Cuestión que se va a analizar más adelante en este capítulo.

3.1.3.2. En el derecho español

La LORPM menciona únicamente en el artículo 17. 2 la presencia del letrado en la toma de declaración del menor detenido. No obstante, no precisa qué funciones habrá de cumplir el letrado para preservar los derechos de defensa del menor puesto que, como se ha mencionado con anterioridad, presencia no es lo mismo que asistencia. La LECrim contempla en el artículo 520. 6 que la asistencia del letrado consistirá en solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos y que se proceda, si fuera necesario, al reconocimiento médico; intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido; El abogado podrá solicitar al juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica; Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten; Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial.

No se desprende en ningún lugar de la LECrim una consideración específica de las funciones de los abogados de menores. Tampoco se hace mención a los intereses que los abogados de menores han de defender. Esta cuestión no se ha introducido en el Código Deontológico de la Abogacía Española³⁵¹ que únicamente contempla en su artículo 13 las relaciones con los clientes y en el 14 con la parte contraria, sin hacer referencia a los posibles conflictos de intereses que pueden surgir en la defensa de los intereses de los niños.

La LORPM no contempla en ningún momento la designación de un guardián *ad litem* que represente los intereses del menor, no obstante en el ordenamiento español dicha figura corresponde al Ministerio Fiscal. No obstante, la presencia del Ministerio Fiscal se exige únicamente en la norma, tanto para menores sospechosos y acusados como para víctimas y testigos, en caso de conflicto de intereses con los representantes legales, padres o tutores³⁵². En este sentido, si no hay conflicto de intereses, el menor no contará con la presencia de una

³⁵¹ Código Deontológico de la Abogacía Española Adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, disponible en <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/CODIGO-DEONTOLOGICO.pdf>

³⁵² Sobre esta cuestión véase el epígrafe 4.3. de este capítulo.

entidad que represente sus intereses y quedará a la merced de que así lo hagan su letrado o sus representantes.

3.1.4. *La renuncia a la asistencia letrada*

Otra cuestión que también ha sido objeto de discusión es la posibilidad de renunciar al derecho a la asistencia letrada por parte de los niños. Sobre este punto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado reticente. Antes de analizar la jurisprudencia en relación a esta cuestión, conviene hacer referencia a determinados estudios que se han centrado sobre la capacidad de los niños de renunciar a sus derechos.

3.1.4.1. La validez de las renunciaciones de los niños a derechos esenciales

En la década de los 80-90 se llevaron a cabo numerosos estudios que trataron de analizar la capacidad de los menores para renunciar a sus derechos en la etapa prejudicial del proceso penal. Uno de los más relevantes fue el estudio llevado a cabo por Thomas Grisso en 1981, *Juveniles' waiver of rights: Legal and psychological competence*³⁵³, en el que se alertaba sobre la necesidad por parte del sistema procesal de tener en cuenta la juventud como un factor relevante a la hora de valorar las circunstancias en las que una renuncia a un derecho se había llevado a cabo. La validez de una renuncia debía de fundamentarse, por tanto, en las circunstancias que habían rodeado dicha renuncia y entre ellas, las garantías procesales aportadas al menor por el sistema procesal para asegurar la ausencia de coerción e intimidación.

Varios estudios han destacado los factores que pueden incidir en que un menor renuncie a sus derechos con mayor facilidad que un adulto. En primer lugar, la mayor sensibilidad de los niños a la coerción en detenciones policiales. Factores como el sentimiento de inferioridad que sienten los menores con relación a los adultos que les interrogan, las normas sociales que incitan a los niños a la obediencia a la autoridad, la mayor dependencia de los niños de los adultos, y el umbral más bajo frente a la intimidación son factores inherentes a la naturaleza de los niños que les hace más sensibles a la coerción³⁵⁴. Consecuentemente, si ya la autonomía de la voluntad de un adulto cuando está siendo interrogado en dependencias

³⁵³ GRISSE, T. 1981, *op. cit.*

³⁵⁴ ROBIN, G. D. "Juvenile interrogation and confessions". *Journal of Police Science and Administration*, 1982, vol. 10, no 2, pp. 224-228, p. 225

policiales, puede llegar a verse limitada, la problemática se complica cuando el sospechoso es un niño³⁵⁵.

En segundo lugar, otro factor se ha centrado en si el niño tiene la capacidad de conocer la naturaleza de los derechos y entender su significado. Los agentes de la policía y los asesores jurídicos han reflejado repetidas veces en los estudios acerca de esta cuestión, sus dudas acerca de la posibilidad de que los niños entiendan el contenido y las implicaciones de sus derechos. Incluso, aun explicando los derechos en términos sencillos, los agentes han mostrado un grado de escepticismo respecto a si los sospechosos los habían entendido en su totalidad³⁵⁶. En el estudio de Grisso se llegó a la conclusión de que los niños menores de catorce (catorce inclusive) no tienen capacidad para entender ni el contenido de un derecho ni las consecuencias derivadas de su renuncia y que, por tanto, debería existir una presunción de incompetencia para esta franja de edad, ya que no son capaces de hacer renunciaciones a sabiendas y de manera inteligente³⁵⁷.

Seguidamente, al superar los catorce años de edad, se indicó que las renunciaciones válidas dependen de la inteligencia. Los niños de entre quince y dieciséis años que demostraban tener un nivel de inteligencia por debajo de 80 (IQ<80) parecían también mostrar los mismos problemas de comprensión que los menores de quince. Esta cuestión planteaba un problema según dicho estudio, ya que el niño por encima de ese coeficiente intelectual y perteneciente a la misma franja de edad, demostraba una comprensión parecida a los niños de entre diecisiete y veintinueve años de edad. En este sentido, las renunciaciones llevadas a cabo por los primeros, debían ser consideradas inválidas puesto que estos niños demostraban una incapacidad de comprender los derechos y sus implicaciones.

Otros factores que se han destacado por los estudios referidos han sido: el estatus socioeconómico, la enajenación mental producida por el consumo de drogas y alcohol y el haber tenido o no experiencia previa en los tribunales³⁵⁸.

Estos estudios han sido los primeros en demostrar o reflejar, de manera empírica, el argumento general de que los menores son probablemente menos competentes para renunciar

³⁵⁵ JACKSON, J. D.; SUMMERS, S. J. 2012, *op cit*, p. 267.

³⁵⁶ CHOO, A. L- T. *Evidence: Text and Materials*. Addison-Wesley Longman Limited. 1998, p. 128

³⁵⁷ GRISSO, T. 1981, *op. cit.*, p. 193

³⁵⁸ En el estudio, la población blanca parecía entender y tener mayor capacidad para renunciar a un derecho a medida que tenía más trato con el sistema judicial, pero la población negra parecía no tener la misma correlación *Ibid.*, pp. 193-194. Ver también: GUDJONSSON, G. H., 1992, *op.cit.*; GUDJONSSON, G. H., *et al.* "Custodial interrogation: What are the background factors associated with claims of false confession to police?" *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 2007, vol. 18, no 2, pp. 266-275.

a sus derechos que los adultos y que, por tanto, el proceso debe prestar un mayor cuidado a la hora de sopesar la validez de las renunciaciones llevadas a cabo por los niños³⁵⁹.

3.1.4.2. La validez de la renuncia llevada a cabo por un menor avalada por la jurisprudencia.

3.1.4.2.1. *En el derecho internacional de los Derechos Humanos*

Para que la declaración obtenida tras una renuncia válida sea admisible, y por tanto acabe formando parte del acervo probatorio, dicha renuncia deberá hacerse a sabiendas (*knowingly*), inteligentemente (*intelligently*) y voluntariamente (*voluntarily*). Como ha declarado el TEDH, para los fines del Convenio, una renuncia a un derecho esencial se debe establecer de manera inequívoca y con la presencia de garantías mínimas acordes con su importancia. La renuncia del derecho, una vez invocada, no sólo debe ser voluntaria, sino que debe también constituir una renuncia consciente e inteligente de un derecho³⁶⁰. Estas garantías o factores que se deben dar a lo largo del proceso para que la renuncia se haga de manera válida integran lo que se ha denominado doctrina de la totalidad de las circunstancias (*totality of circumstances doctrine*). La renuncia al derecho esencial se valorará en atención a numerosos factores, entre ellos la edad del menor, la experiencia, la educación, los antecedentes, la inteligencia, y en si tiene la capacidad de comprender las advertencias que se le han dado, la naturaleza del derecho al silencio y las consecuencias de su renuncia.

Proveer a un menor de esta garantía probablemente sería uno de los remedios más directos y potencialmente más eficaces frente al problema de la falta de capacidad a la hora de renunciar a sus derechos a sabiendas, inteligentemente y voluntariamente³⁶¹. Según el TEDH, una renuncia por parte de un menor solo será válida cuando éste haya sido asistido por unas garantías mínimas acordes a la importancia de la exención. El TEDH, en este sentido, ha considerado que “[l]a vulnerabilidad de un menor de edad y el desequilibrio de poder al que es sometido por la propia naturaleza del proceso penal, conllevan a que una renuncia por su parte o en su nombre, de un derecho importante recogido en el artículo 6 sólo puede aceptarse cuando se expresa de manera inequívoca después de que las autoridades hayan tomado todas

³⁵⁹ “[G]eneral argument that juveniles are less likely to be competent to waive rights, and that greater care must therefore be taken in weighing the validity of waiver”, GRISSE, T. 1981, *op. cit.*, p. 204.

³⁶⁰ En relación al derecho a estar presente en el propio juicio véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Sejdovic contra Italia*. Sentencia de 10 noviembre 2004. TEDH 2004/86, párr. 86; Caso *Pishchalnikov contra Rusia*, 2009, *cit.*, párr. 77.

³⁶¹ GRISSE, T. 1981, *op. cit.*, p. 200.

las medidas razonables para asegurarse de que él/ella es plenamente consciente de su derecho de defensa y puede apreciar, en la medida de lo posible, las consecuencias de su conducta”³⁶².

Existe un factor añadido, que se ha planteado especialmente problemático en relación a las renunciadas a derechos esenciales, que son llevadas a cabo por personas con discapacidad intelectual, sean menores o adultos. La “doctrina de la totalidad de circunstancias” (*totality of circumstances doctrine*) tanto para adultos como para niños puede ser poco efectiva a la hora de valorar las renunciadas por parte de personas con discapacidad psíquica, puesto que pueden cumplirse todas las condiciones legales para que la renuncia sea válida, pero que, debido a ciertas características inherentes a personas con discapacidad, estas declaraciones pueden ser poco fiables y las convierte en especialmente vulnerables frente a los interrogatorios prejudiciales³⁶³.

Esta cuestión fue tratada por el TEDH en el caso *S.C. contra Reino Unido*³⁶⁴. Se trataba de un caso en que un niño de once años con un perfil de delincuencia continuada, tras un robo, en el que alegaba haberlo llevado a cabo con coacción por otras personas, fue sentenciado a dos años y medio de privación de libertad en un centro. El TEDH declaró en su sentencia que el niño no había podido participar efectivamente en el proceso penal. Según el Tribunal, la participación efectiva incluye “*inter alia*, no sólo el derecho a estar presente, sino también a escuchar y seguir el proceso. En el caso de un niño, es esencial que se le trate de una manera que tenga plenamente en cuenta su edad, nivel de madurez y sus capacidades intelectuales y emocionales, y que se tomen medidas para promover su capacidad para entender y participar en los procedimientos, incluyendo la realización de la audiencia de tal manera que se reduzca lo más posible sus sentimientos de intimidación y de inhibición”³⁶⁵. Aun concluyendo los informes de los dos expertos que no había duda de que S.C. sabía que

³⁶² “The vulnerability of a minor and the imbalance of power to which he is subjected by the very nature of criminal proceedings, a waiver by him or on his behalf of an important right under art. 6 can only be accepted where it is expressed in an unequivocal manner after the authorities have taken all reasonable steps to ensure that he/she is fully aware of his rights of defence and can appreciate, as far as possible, the consequences of his conduct”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Panovits contra Chipre*. Sentencia de 11 diciembre 2008, *cit.*, párr. 68.

³⁶³ Fundamentándose en varios estudios Fulero y Everington destacan un conjunto de características que pueden incrementar la vulnerabilidad de las personas con discapacidad intelectual cuando son interrogados por la policía. FULERO, S. M.; EVERINGTON, C. (2004). “Mental retardation, competency to waive Miranda rights, and false confessions” en LASSITER, G. D., 2006, *op. cit.*, p. 165.

³⁶⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso *S. C. contra Reino Unido*. Sentencia de 15 junio 2004. TEDH 2004/41.

³⁶⁵ “[I]nter alia, not only the right to be present, but also to hear and follow proceedings. In the case of a child, it is essential that he be dealt with in a manner which takes full account of his age, level of maturity and intellectual and emotional capacities, and that steps are taken to promote his ability to understand and participate in proceedings, including conducting the hearing in such a way as to reduce as far as possible his feelings of intimidation and inhibition”. *Ibid.*, párr. 28.

sus acciones estaban mal, no era consciente de sus posibles consecuencias debido a que S.C. demostró tener una discapacidad intelectual considerable y una madurez propia de un niño de seis años de edad. Por este motivo, debido a la edad y a su capacidad intelectual limitada, el Tribunal sentenció que se había ocasionado una violación del artículo 6.1 de la Convención³⁶⁶.

En esta sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta loable el énfasis que el TEDH pone al principio del desarrollo de las capacidades de los niños. Este principio supone un cambio de actitud considerable hacia el tratamiento por parte del proceso penal de los niños, que habrá de tener en cuenta la edad mental y no la física del menor, a la hora de imponer una sanción o en la manera de aplicar las normas procesales. La articulación de este principio en los ordenamientos nacionales sin embargo no es costumbre, puesto que sigue predominando el criterio basado en la edad física del menor. En Reino Unido por ejemplo, en el caso *R v Friend*³⁶⁷, en el que un menor que tenía quince años de edad pero con una madurez intelectual de nueve años, guardó silencio en la etapa de investigación del proceso penal debido al consejo de su abogado. El juez no permitió que se valorara el hecho de que el menor contaba con una madurez muy por debajo de los quince años. Esta actitud conllevó a que de la decisión del menor de guardar silencio se derivaran las consecuencias asociadas por ley al ejercicio de este silencio³⁶⁸.

El elemento mental y el desarrollo de las capacidades son criterios fundamentales a la hora de dar validez a las decisiones de los niños en los procesos penales. Si bien es cierto que es un criterio que puede plantear muchos interrogantes en torno a la posibilidad de permitir una flexibilización en la aplicación de la ley con base en una valoración intelectual, puede ser un inconveniente para el principio de seguridad jurídica, por lo que sería positivo que el proceso penal pudiese tener en cuenta este principio en la medida de lo posible. El desarrollo cognitivo de los niños y su edad física no son compartimentos estancos tal y como demuestran numerosos estudios criminológicos³⁶⁹. Es por ello que la ley debería ser sensible

³⁶⁶ *Ibid.*, párrs.33-37.

³⁶⁷ *Billy Joe Friend*, R v. [1997] EWCA Crim 816, 26 Mar 1997 <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1997/816.html>. Eventualmente la decisión se anuló tras recurrir. En este sentido véase <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1997/816.html>

³⁶⁸ CHOO, A. L.-T., 1998, *op.cit.*, p. 253.

³⁶⁹ Estudios criminológicos que demuestran que madurez mental y física no van de la mano y que la ley debe ser sensible a este hecho para que no provoque efectos injustos a la hora de aplicarse a los niños. Véanse: REPPUCCI, N. D. "Adolescent development and juvenile justice". *American journal of community psychology*, 1999, vol. 27, no 3, p. 307-326; STEINBERG, L. "Adolescent development and juvenile justice". *Annual review of clinical psychology*, 2009, vol. 5, p. 459-485; MLYNIEC, W. J. A. "Judge's Ethical Dilemma: Assessing a Child's Capacity to Choose", *Fordham L. Rev.*, 1995, vol. 64, p. 1873.

a este criterio. Muy pocos ordenamientos en Europa integran este principio dentro de la toma de decisiones que conciernen a niños³⁷⁰.

Actitudes distintas a aquélla adoptada por parte del TEDH se han desarrollado en otras jurisdicciones. Los Tribunales Penales Internacionales para asegurar el respeto a dicha garantía han establecido en sus correspondientes estatutos que el fiscal del caso deberá probar que la renuncia se ha hecho de manera voluntaria. Así lo ha establecido también en el artículo 42(b) los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, que exigen que la acusación tenga que demostrar que la renuncia se haya hecho de manera voluntaria³⁷¹.

La Directiva 2013/48/UE contempla la posibilidad de renunciar al derecho a la asistencia letrada en los artículos 3.4 y 9. Dicha Directiva hace mención a las renunciaciones por parte de menores de edad, en el párrafo núm. 39 de la exposición de motivos, que establece lo siguiente: “El sospechoso o acusado debe tener la posibilidad de renunciar a un derecho reconocido en la presente Directiva siempre que se le haya facilitado, verbalmente o por escrito, información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las posibles consecuencias de renunciar a él. Cuando se proporcione la información, deben tenerse en cuenta las condiciones específicas del sospechoso o acusado de que se trate, incluida su edad, condición mental y física”. El párrafo núm. 55 de la exposición de motivos especifica que cuando se trate de menores “se [deberán tener] en cuenta las Directrices del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los menores y, en particular, sus disposiciones en lo que respecta a la información y asesoramiento que deben darse a los menores. La Directiva garantiza que a los sospechosos y acusados, incluidos los menores, se les proporcione información adecuada para que comprendan las consecuencias de renunciar a alguno de los derechos previstos en la presente Directiva, y que la renuncia sea voluntaria e inequívoca”.

La Directiva 2013/48/UE, por tanto, impone que dichas renunciaciones se lleven a cabo de conformidad con los criterios fijados por el TEDH, no obstante permite dicha renuncia a la

³⁷⁰ Un ejemplo positivo es el ordenamiento alemán, que, con vistas a valorar este principio del desarrollo de las capacidades, ha creado una categoría de adultos jóvenes en su ordenamiento de justicia juvenil por el que si un joven de entre los 18 y los 21 años de edad no posee la madurez suficiente para enfrentarse al proceso de adultos, será juzgado por el sistema de justicia juvenil. Véase BOHLANDER, M. *Principles of German criminal law*. Bloomsbury Publishing, 2008, pp. 22-23.

³⁷¹ De hecho numerosos problemas se han presentado en la jurisdicción penal internacional en torno a renunciaciones a una asistencia letrada. Un caso emblemático fue el caso Milosevic en el que los tribunales internacionales no llegaron a una solución coherente. Milosevic no reconoció la competencia del Tribunal y tampoco del letrado que le asistía, optando por representarse a sí mismo. JACKSON, J. D.; SUMMERS, S. J. 2012, *op. cit.*, p. 288.

asistencia letrada por parte de los menores de edad. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales se introdujo como garantía adicional en el artículo 6 el que los menores *no puedan* renunciar a este derecho. Repite la propuesta “sin embargo, permite a las personas sospechosas o acusadas renunciar a su derecho a asistencia letrada. La presente Directiva prevé, como garantía adicional, que los menores no puedan renunciar a ese derecho”³⁷², que “[e]l Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado reiteradamente la importancia de la asistencia letrada a menores desde el principio del proceso y durante el interrogatorio policial, lo que sugiere que toda renuncia puede representar riesgos graves para los mismos”³⁷³. Desafortunadamente la Directiva 800/2016 recientemente aprobada eliminó dicha garantía de su texto y se solidificó así la posibilidad de que los menores puedan renunciar a su derecho a asistencia letrada.

El *Informe de Impacto* sobre la Propuesta de Directiva de 2015 advirtió que en Europa “[e]xiste un alto riesgo de que los niños y adultos vulnerables renuncien a su derecho a un abogado sin comprender plenamente las consecuencias de sus acciones”³⁷⁴. En el estudio se alerta sobre el hecho de que como media en Europa se estima que el 44 % de los sospechosos renuncian a sus derechos, el 65 % en Francia, el 20 % en Bélgica y el 89 % en Países Bajos. La asistencia obligatoria de un letrado también se regula de manera distinta dependiendo del país. Con relación a los menores, hay países que no proveen al menor de una asistencia jurídica obligatoria (Chipre, Irlanda, Luxemburgo, Reino Unido), otros sí que lo hacen pero solo en los juzgados y no en detenciones policiales (Francia, Países Bajos, Eslovenia) y otros proveen de abogado obligatorio cuando así lo designe un juez (Alemania, Finlandia, Suecia)³⁷⁵.

3.1.4.2.2. En el ordenamiento español

En España la asistencia jurídica al menor es obligatoria por ley, como derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 de la Constitución. La LECrim permite en su artículo 520.8 que el detenido pueda renunciar a la preceptiva asistencia de abogado “si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos

³⁷² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, 2013, *cit.*, exposición de motivos, párr. 27.

³⁷³ *Ibid.*, párrs. 27-28.

³⁷⁴ “There is a high risk that children and vulnerable adults renounce to their right to a lawyer without fully understanding the consequences of their action”, Informe de Evaluación de Impacto Propuesta de Directiva *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos y acusados en procesos penales*, *cit.*, p. 23.

³⁷⁵ *Ibid.*, pp. 23-24.

contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento”. En este sentido el ordenamiento español es garantista, impidiendo renunciaciones al derecho a la asistencia letrada. No obstante, hay que destacar la ausencia alarmante de abogados de oficio en los centros de menores y durante su detención en policía³⁷⁶.

3.1.5. Excepciones a la asistencia letrada

3.1.5.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la asistencia letrada también admite excepciones, siempre que se encuentren justificadas por parte de los Estados en virtud de una “buena causa”³⁷⁷. Numerosos ordenamientos en Europa contemplan periodos de detención en fase de instrucción para determinados delitos, por ejemplo, *inter alia*, de terrorismo o de colaboración con bandas armadas³⁷⁸. En varios países la detención preventiva con objeto de evitar cualquier tipo de filtración, niega al sospechoso la asistencia letrada. Dos casos, considerados referentes en la jurisprudencia del TEDH han versado sobre esta cuestión cuando el sospechoso es un niño. El caso *Salduz*³⁷⁹, consideró que estas restricciones solo podrían llevarse a cabo en caso de existir razones imperiosas dentro del supuesto concreto para aplazar el derecho a la asistencia letrada y que los derechos a la defensa enmarcados en el artículo 6 se verían perjudicados en caso de admitir declaraciones que se hubiesen obtenido sin asistencia letrada. El posterior caso *Panovits*³⁸⁰, que también versó sobre una admisión de una declaración de un menor de edad en la fase de instrucción del proceso penal sin asistencia letrada, el TEDH aclaró que “la falta de asistencia durante el interrogatorio de un solicitante conllevaría una restricción de sus derechos de defensa en ausencia de razones de peso que no perjudiquen la justicia de las actuaciones en su conjunto”³⁸¹.

³⁷⁶ http://www.lawyerpress.com/news/2014_06/0606_14_013.html; <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-preocupacion-ausencia-abogados-centros-menores-20150609124702.html>

³⁷⁷ JACKSON, J. D.; SUMMERS, S. J. 2012, *op. cit.*, p. 280.

³⁷⁸ En España la detención preventiva se contempla en el artículo 17 de la Constitución española y en el artículo 520 de la Lecrim, donde el límite se fija en las 72 horas de detención, a excepción del artículo 520 bis en que se podrá prorrogar 48 horas más cuando la persona esté relacionada con delitos establecidos en el artículo 384 bis (persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes).

³⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Salduz contra Turquía*. Sentencia de 27 noviembre 2008, *cit.*

³⁸⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Panovits contra Chipre*. Sentencia de 11 diciembre 2008, *cit.*

³⁸¹ “The lack of assistance during an applicant’s interrogation would constitute a restriction of his defense rights in the absence of compelling reasons that do not prejudice the overall fairness of proceedings”. *Ibid.*, párr. 66.

La Directiva 2013/48/EU establece la posibilidad para los Estados de derogar temporalmente el derecho de acceso a un abogado en circunstancias excepcionales durante la fase de instrucción en su artículo 3, párrafos 5 y 6. Por una parte, el párrafo 5 posibilita una derogación temporal del artículo 3.2 (c) al obligar al Estado a garantizar la asistencia letrada tras la privación de libertad sin demora injustificada, permitiendo dicha justificación “en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho”. El párrafo núm. 30 de la exposición de motivos de la Directiva indica que por lejanía geográfica pueden entenderse por ejemplo, territorios de ultramar o cuando el Estado miembro lleva a cabo o participa en operaciones militares fuera de su territorio. Sin embargo, durante la vigencia de una excepción temporal, la exposición de motivos, de manera tímida aconseja a las autoridades competentes que “no deberían interrogar al interesado ni llevar a cabo ninguno de los actos de investigación o de obtención de pruebas establecidos en la presente Directiva”³⁸².

Por otra parte, el párrafo 6 del artículo 3 también permite la derogación temporal por parte de los Estados cuando existan “circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción” sobre la base de los siguientes motivos: (a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona y, (b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

El artículo 8 de la misma Directiva contempla las condiciones para la aplicación de las derogaciones temporales permitidas por sendos párrafos 5 y 6 del artículo 3. Según el punto 1 del artículo 8, las derogaciones a) deberán ser proporcionadas y limitarse a lo estrictamente necesario; b) estarán rigurosamente limitadas en el tiempo; c) no podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción, y d) no podrán menoscabar las garantías generales de un juicio justo. El punto 2 del artículo 8 obliga a que las derogaciones deberán estar autorizadas “en virtud de una resolución debidamente motivada e individual adoptada por una autoridad judicial o por otra autoridad competente, siempre que su decisión pueda ser objeto de control jurisdiccional”.

Cabe plantear algunas cuestiones de especial trascendencia en torno a este marco normativo. En primer lugar, si nos remitimos al párrafo 32 de la exposición de motivos, ésta indica que “[d]ebe permitirse también a los Estados miembros establecer una excepción temporal al derecho a ser asistido por un letrado en la fase de instrucción, cuando resulte

³⁸² Directiva 2013/48/EU, *cit.*, véase exposición de motivos, párr. 30.

indispensable una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal, en particular con el fin de impedir la destrucción o la alteración de pruebas esenciales o de impedir la manipulación de los testigos. Durante la vigencia de una excepción temporal por este motivo, las autoridades competentes pueden interrogar a un sospechoso o acusado *sin la presencia del letrado*, a condición de que se haya informado al sospechoso o acusado de su derecho a guardar silencio, de que pueda ejercer ese derecho y de que el interrogatorio no menoscabe los derechos de la defensa, incluida la protección frente a la autoinculpación. Únicamente puede efectuarse el interrogatorio con el objetivo y en la medida necesaria para obtener información que resulte indispensable a fin de evitar comprometer de modo grave el proceso penal. En principio, el recurso abusivo a esta excepción supondría un perjuicio irremediable para los derechos de la defensa”³⁸³.

En segundo lugar, si se llegasen a dar los supuestos (a) y (b) del artículo 3.6 de la Directiva 2013/48/EU, que podrían justificar una actuación inmediata por parte de la autoridad policial o judicial debido a una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona o de obtener información que resulte indispensable a fin de evitar comprometer de modo grave el proceso penal, las legislaciones nacionales deberían ofrecer una inmunidad al sospechoso o acusado de ser procesado posteriormente por lo declarado sin asistencia letrada. En este sentido, el hecho de que no exista esta protección al individuo supone una amenaza al derecho a no declararse culpable. Por mucho que la Directiva advierta sobre la necesidad de que las declaraciones sin presencia letrada no supongan una amenaza a la protección frente a la autoinculpación, si no se obliga a que exista una protección sobre el individuo si se le toma declaración sin esta garantía, no será más que papel mojado. Hay que tener en cuenta que la auto-inculpación puede darse incluso a través de preguntas muy simples, como el lugar en el que vive una persona, la edad, las amistades, información acerca de los familiares, pueden contener elementos incriminatorios³⁸⁴. Si bien es cierto que dicha inmunidad de jurisdicción puede servir para proteger el derecho del individuo a no auto-inculparse, puede tener el inevitable efecto de conceder una inmunidad a alguien que puede ser culpable con vistas a un bien mayor, que puede evitar comprometer de manera grave el proceso penal o la vida de una

³⁸³ El resaltado es nuestro.

³⁸⁴ TRECHSEL, S.; SUMMERS, S. J. 2005, *op. cit.*, pp. 354-355. Trechsel destaca que el alcance del derecho a no auto-incriminarse contenido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se encuentra claramente delimitado y si protege frente a preguntas sobre información básica del sospechoso, puesto que incluso aquéllas preguntas que brinden información básica pueden ser potencialmente incriminatorias.

persona. En este caso las autoridades habrán de ponderar con cuidado ambos intereses y optar por aquél que considere más beneficioso.

En tercer lugar, el párrafo núm. 32 de la exposición de motivos introduce el requisito de la necesidad para la obtención de información indispensable. Parece desprenderse del texto que un recurso abusivo será todo aquél supuesto en que se haya recurrido a esta excepcionalidad de manera desproporcionada. No obstante y de manera reiterada en este trabajo, se hace hincapié en que este filtro es susceptible de ser revisado *a posteriori* por los Tribunales, una vez que el daño al derecho a la defensa ya se haya llevado a cabo.

Asimismo, en cuarto lugar, la decisión razonada que acuerde una derogación temporal podrá ser acordada por una autoridad judicial o por una autoridad competente, siempre que pueda ser recurrida judicialmente según el artículo 8. 2. Este mecanismo de defensa frente a interrogatorios abusivos o ilegales resulta poco satisfactorio, puesto que no es lo mismo que la decisión de derogar temporalmente sea acordada por una autoridad judicial que sea acordada por una autoridad competente y luego recurrida posteriormente. La posibilidad de recurrir una decisión que deroga el derecho a la asistencia letrada, es una garantía mucho menos eficaz que el requisito de obtener directamente una autoridad judicial para ello³⁸⁵.

En último lugar, la directiva se remite al proceso nacional, estableciendo en el artículo 8(2) que “[l]a resolución debidamente motivada se hará constar de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa del Estado miembro de que se trate”, sin establecer los tiempos máximos que han de durar las derogaciones temporales ni los plazos para resolver los recursos planteados en esta situación.

La recientemente aprobada Directiva 2016/800/UE aprobada no integra cambios significativos en torno a esta cuestión en relación a la Directiva 2013/48/UE. En primer lugar, el artículo 6.8 de la Directiva no hace referencia a la lejanía geográfica como supuesto que justifique la excepción temporal a la asistencia letrada, por tanto será de aplicación lo dispuesto por la Directiva 2013/48/UE. La lejanía geográfica puede afectar a los niños, debido a su participación en actividades ilícitas internacionales como la piratería, la participación en conflictos armados, terrorismo o el crimen organizado transfronterizo. En este sentido, la aplicación de las obligaciones extraterritoriales de los Estados Parte derivadas de la Convención es uno de los retos más salientes del futuro del derecho internacional de los

³⁸⁵ “The ability to appeal retrospectively against a decision to derogate is a far less effective safeguard than a requirement to obtain prospective judicial authority for it” PEERS, Steve, et al. (ed.). 2014, *op cit*, p. 1341.

derechos humanos a delitos que desafortunadamente involucran a niños, niñas y adolescentes³⁸⁶.

En segundo lugar, en relación a las circunstancias excepcionales que justifican la adopción de una excepción temporal a la asistencia letrada, la Directiva 2016/800/UE en su artículo 6.8 contempla los mismos supuestos de la Directiva 2013/48/UE, sin establecer más limitaciones que la obligación de los Estados Partes de velar por que “las autoridades competentes [...] tengan en cuenta el interés superior del menor”.

Particularmente importante en relación a estas excepciones temporales garantizar el derecho a guardar silencio del menor, que ambas Directivas contemplan en sus exposiciones de motivos. La Directiva 2016/800/UE precisamente en el párrafo 31 de su exposición de motivos establece que “[d]urante la vigencia de una excepción temporal por una de esas razones imperiosas, las autoridades competentes deben poder interrogar a un menor sin la presencia del letrado, siempre que se le haya informado de su derecho a guardar silencio y de que pueda ejercer ese derecho, y que el interrogatorio no menoscabe el derecho de defensa, incluido el derecho a no declarar contra sí mismo. Solo debe poder llevarse a cabo el interrogatorio en la medida necesaria para obtener información que sea esencial para evitar graves consecuencias negativas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona o para evitar comprometer seriamente el proceso penal. En principio, el recurso abusivo a esta excepción temporal supondría un perjuicio irremediable para el derecho de defensa”. La Directiva precisa que “[c]uando, durante un interrogatorio, un menor que no sea sospechoso ni acusado se convierta en sospechoso o acusado, debe suspenderse el interrogatorio hasta que se ponga en conocimiento del menor su condición de sospechoso o acusado y disponga de asistencia letrada de conformidad con la presente Directiva”³⁸⁷.

3.1.5.2. En el derecho español

En el ordenamiento español la LORPM no contempla ninguna causa de excepción al derecho a la asistencia letrada. Por su parte la LECrim en su artículo 520.2 c) reconoce el derecho de toda persona detenida o presa a designar abogado, y a ser asistido por él sin demora injustificada. En este precepto a la vez establece que “en caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al

³⁸⁶ En general, sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados derivadas del derecho internacional de los derechos humanos véase SHEERAN, S.; RODLEY, N. *Routledge Handbook of International Human Rights Law*. Routledge, 2014. Específicamente aquéllas referidas a la CDN, véanse las pp. 637-638.

³⁸⁷ Directiva 2016/800/UE, *cit.*, véase exposición de motivos, párr. 29.

detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible”.

El artículo 520.2. c) LECrim excepciona el derecho a designar abogado a los supuestos contemplados en el apartado 1.a) del artículo 527, que a su vez remite al artículo 509 que contempla la posibilidad de que el juez de instrucción o tribunal pueda acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. En ningún lugar se hace consideración alguna al derecho a designar abogado o a asistencia si se diera el supuesto de que la persona detenida fuese menor de edad.

3.2.La asistencia letrada del niño víctima o testigo

3.2.1. En el Derecho internacional de los derechos humanos

El derecho que asiste a los menores víctimas a la asistencia letrada no tiene el mismo alcance que el de los menores sospechosos y acusados. El motivo de tal disparidad se debe, al más lento desarrollo del derecho a la participación de las víctimas en el proceso penal³⁸⁸. Dentro de las medidas que buscan dar mayor efectividad a la participación de las víctimas, la representación letrada no se ha desarrollado de igual manera como garantía procesal por parte de los organismos protectores de derechos humanos, en concreto del TEDH, que otras medidas como por ejemplo la admisibilidad de declaraciones pre-constituidas en la fase de instrucción³⁸⁹.

En ausencia de una normativa internacional específica de los derechos que han de asistir a las víctimas en el proceso penal, el artículo 24 de la Directiva 2012/29/UE establece que “cuando la víctima menor de edad tenga derecho a un abogado, el menor tendrá derecho a asistencia letrada y representación legal, en su propio nombre, en los procesos en los que exista, o pudiera existir, un conflicto de intereses entre la víctima menor de edad y los titulares de responsabilidad parental”. Hay que destacar dos límites insertos en este artículo. En primer lugar, se desprende de la Directiva el carácter potestativo que se confiere a la representación letrada al establecer que la protección se brindará cuando el menor víctima

³⁸⁸ JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. 2012, *op cit*, p. 373.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 378.

tenga derecho a un abogado, indicando que será el derecho nacional el que reconozca cuando el menor víctima tenga este derecho. Tampoco indica (a diferencia de los menores sospechosos y acusados) un umbral a partir del cual el tipo cometido obligue a la asistencia letrada obligatoria.

Esta indiferencia entre los tipos delictivos puede conllevar a una desprotección del menor a la hora de declarar durante la fase de instrucción. Ello es especialmente importante para delitos en que está en juego el derecho del menor a la vida privada y familiar. La figura del abogado puede servir para proteger al menor frente a intromisiones ilegítimas por parte del poder público. En general se presupone que quién asegurará el derecho del menor y su protección serán sus padres, sin embargo es un error en general presuponer que la defensa de los derechos del niño se garantice únicamente a través de la presencia del letrado. La mayoría de veces los padres no conocen el derecho y las consecuencias aparejadas a los actos del menor.

Esta situación se puede volver incluso más complicada cuando, la presencia de los padres pueda entorpecer o incluso ser un problema para el menor a la hora de declarar. Estos suelen ser casos en los que el menor puede haber sido testigo de algún delito grave que implique a los padres, o ser ella misma víctima del delito de sus padres, como por ejemplo situaciones de abuso sexual o maltrato. En este sentido, solo en el supuesto de existir un conflicto de intereses, el artículo 24 de la Directiva 2012/29/UE reconoce el derecho del menor víctima a ser asistido por un abogado.

En este sentido, la dependencia del derecho a la asistencia letrada de la existencia de un conflicto de intereses con los padres puede dejar desprotegidos a aquellos menores que no tengan un conflicto de intereses, que serán la mayoría de los casos. Existe la tendencia a considerar el papel del abogado como únicamente dirigido a preservar los derechos de la defensa. Sin embargo, una defensa implica necesariamente la preservación de la intimidad y de la vida privada y familiar. Si bien un adulto es autónomo y suele saber qué decir y qué no decir o poner límites al funcionario público frente a preguntas y comentarios que potencialmente puedan perjudicarlo en su esfera más íntima, la traslación de esta idea a los menores es dudosa. La falta de una plena autonomía de la voluntad y la intromisión indebida del poder público más allá de lo estrictamente indispensable puede potencialmente dañar al niño en un derecho tan sensible y tan poco estudiado dentro del marco del proceso penal como es la protección de la intimidad y de la vida privada y familiar de los niños. La

presencia del abogado cumple en este sentido un rol fundamental para preservar este derecho que no puede delegarse únicamente en los padres.

La necesidad de la asistencia de letrado para menores víctimas y testigos además de servir como garantía frente a posibles abusos de poder y proteger su derecho a la vida privada y familiar, también es una garantía frente a cualquier riesgo de auto-inculpación. Esto puede plantearse especialmente para determinados tipo de delitos en los que los menores pueden ocupar una doble posición procesal, y en los que en caso de no ser asistidos por un letrado pudieran eventualmente auto-inculparse.

3.2.2. En el derecho español

La Exposición de motivos de la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima reconoce una serie de derechos extraprocesales, comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal. En este sentido resulta novedoso que toda víctima, en aras a facilitar que se encuentre arropada desde el punto de vista personal, pueda hacerse acompañar por la persona que designe, sin perjuicio de la intervención de abogado cuando proceda, en sus diligencias y trato con las autoridades.

El artículo 5 de esta Ley establece que la víctima tendrá derecho a ser informada acerca del procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente. No obstante no se contempla la obligatoriedad de proveer a las víctimas de asistencia jurídica en ningún supuesto, ni siquiera cuando el delito cometido en su contra es grave, y tampoco una consideración a la minoría de edad como razón especial para brindarle de este apoyo adicional.

4. La presencia de los padres o tutores durante la declaración del menor

La presencia de los padres o tutores del menor a lo largo de la declaración es una garantía fundamental para que el menor logre participar de manera efectiva. Para el análisis de esta garantía resulta fundamental hacer referencia tanto al derecho del niño a que los padres (o tutores) estén informados y el derecho a que estén presentes durante el interrogatorio como a la posibilidad de que se pueda producir un conflicto de intereses entre los padres (o tutores) con el niño.

4.1. La obligación de informar a los padres o al tutor sobre la detención de sus hijos/tutelados o de comunicarse con un tercero durante la privación de libertad³⁹⁰.

4.1.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

La obligación que recae sobre los Estados derivada del artículo 40 (2) (b) (ii) de la Convención de los Derechos del Niño no obliga a los Estados a informar a los padres o tutores de la detención de sus hijos, sino de los cargos que “pesan sobre él/ella”. Esto puede acarrear consecuencias importantes que pueden conllevar una eventual desprotección de los menores en sede policial a la hora de declarar.

En este sentido, la CDN en su artículo 9 (4) establece la obligación por parte de los Estados de que cuando la separación del menor de sus padres sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte habrá de proporcionar cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Como se puede observar, dicho artículo indica que debe existir una petición previa a las autoridades estatales, “cuando se le pida” por parte de los padres, como presupuesto para que se les conceda información.

Las Reglas de Beijing resultan mucho más protectoras del menor. En este sentido, la Regla 10.1 especifica que “cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará *inmediatamente* a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible”. La notificación inmediata no es solo una protección frente a la tragedia de las desapariciones forzosas de las que son víctimas los niños³⁹¹, sino también un mecanismo de defensa frente a la tortura y los tratos inhumanos o degradantes puesto que se presume que los padres acudirán allá donde esté el niño detenido e iniciarán cualquier mecanismo que permita proteger al niño que se encuentra bajo la custodia de las autoridades judiciales. Es una garantía especialmente importante para

³⁹⁰ En adelante se utilizará padres/ hijos incluyéndose dentro de dichos conceptos tutores/tutelados.

³⁹¹ General comment on children and enforced disappearances adopted by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances at its ninety-eighth session (31 October – 9 November 2012) A/HRC/WGEID/98/1, disponible en: https://srsg.violenceagainstchildren.org/document/a-hrc-wgeid-98-1_884

los niños, por su madurez mental y física y por su dependencia emocional de los adultos, en especial de sus padres y seres queridos³⁹².

El derecho de un sospechoso a informar a un tercero de su privación de libertad mientras se encuentra detenido se encuentra recogido en la Directiva 2013/48/UE. Esta Directiva ofrece una protección más amplia que aquélla conferida por la Convención. El artículo 5.1 obliga a que “[l]os Estados miembros se aseguren de que todo sospechoso o acusado que se vea privado de libertad tenga derecho a que se informe al menos a una persona que él mismo designe, como un familiar o un empleador, de su privación de libertad sin demora injustificada, si así lo desea”. La Directiva además hace especial hincapié en el hecho de que el sospechoso o acusado sea un niño en el artículo 5. 2 estableciendo que “los Estados miembros se asegurarán de que la persona en quien recae la responsabilidad parental del menor sea informada *lo antes posible* de su privación de libertad y de los motivos de tal situación, salvo que ello resulte contrario a los intereses del menor, en cuyo caso se informará a otro adulto que se considere apropiado”³⁹³. Nótese que “lo antes posible” no tiene el mismo grado de concreción que la expresión “inmediatamente” utilizada en las Reglas de Beijing, aunque de todos modos, hay que destacar de manera positiva que si bien no obliga a informar de manera inmediata, revierte la carga sobre el Estado que habrá de justificar cualquier demora a este derecho. Esto implica un aumento de protección en general para la posición del sospechoso y en concreto los niños, frente a la laguna que existe en la CDN.

El deber de informar a los padres podrá limitarse con base en alguna de las razones imperiosas comprendidas en los párrafos (a) y (b) del artículo 5.3 de la misma Directiva. Estas son: una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona y una necesidad urgente de prevenir una situación en la que pueda comprometerse de modo grave el proceso penal. El párrafo 4º del artículo 5, obliga a que los Estados miembros, cuando establezcan una excepción temporal a la aplicación del derecho a notificar a los padres a menores, habrán de asegurarse de que una autoridad responsable de la protección o el bienestar de los menores sea informada sin demora injustificada de la privación de libertad del menor.

La Directiva en su artículo 6. 1 obliga a los Estados miembros a velar por que los sospechosos o acusados que estén privados de libertad tengan derecho a comunicarse sin demora injustificada con, al menos, un tercero de su elección, por ejemplo un familiar. El

³⁹² VAN BUEREN, G. *Article 40: child criminal justice* (Vol. 40). Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 14.

³⁹³ El subrayado es nuestro.

artículo 6.2 permite limitar el derecho “por razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado”. Sorprende la regulación más genérica de las limitaciones de este derecho que aquéllas establecidas en el artículo 5.3 (a) y (b) de la Directiva para el derecho a informar de la privación de libertad a los padres o a la autoridad responsable. La limitación del derecho a comunicarse con un tercero o familiar, podrá acordarse con fundamentación en cualquier motivo, mientras sea una medida proporcionada fundamentada en razones imperiosas o prácticas. No se explica en ningún lugar de la directiva qué debe entenderse por razones imperiosas o prácticas.

El derecho de informar a los padres o tutores de la privación de libertad y de comunicarse con ellos durante la detención son derechos que, siempre que no existan indicios de que dicha comunicación sea contraria al interés superior del niño o a otros intereses de naturaleza imperiosa, no solo aseguran la protección del menor sino aseguran el apoyo emocional del niño. En este sentido, la justificación fundamentada en urgencia y amenaza grave o en motivaciones imperiosas aportadas por parte de los Estados para limitar estos derechos, habrá de ser vigilada muy de cerca por los organismos protectores de derechos humanos. Sin embargo, qué se entiende por razones prácticas puede ser muy amplio y en la Directiva hay poca orientación al respecto.

La Directiva 2016/800/UE relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, prevé de manera expresa en su artículo 5 la obligación de que se facilite al titular de la patria potestad o un adulto adecuado la información que el menor tiene derecho a recibir, como un derecho del menor y la obligación que tienen los Estados de velar porque las autoridades cumplan con dicho compromiso. La propuesta de directiva ya defendió en su exposición de motivos que “[e]l papel del titular de la responsabilidad parental es importante para garantizar el apoyo moral y psicológico y la orientación adecuada del menor. El titular de la responsabilidad parental está en disposición de reforzar la protección de los derechos de defensa de los menores sospechosos (por ejemplo, para designar un abogado o recurrir una decisión)”³⁹⁴. La presencia de los padres, tutor o persona de confianza en este sentido es fundamental porque puede proporcionar un importante apoyo y asistencia psicológica y emocional al niño que el abogado no confiere. Además los padres son los responsables civiles del comportamiento de los menores y por

³⁹⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, cit., p. 5.

tanto resulta imprescindible que estén informados de las decisiones que tomen sus hijos, puesto que pueden tener efectos sobre ellos.

Una ulterior consideración sobre esta cuestión se centra en las detenciones incomunicadas. El párrafo 55 de la exposición de motivos de la Directiva 2013/48/UE advierte que “[e]xcepto en circunstancias sumamente excepcionales, los Estados miembros *deben* abstenerse de limitar o aplazar el ejercicio del derecho de comunicación con un tercero en lo que respecta a menores sospechosos o acusados que se encuentren privados de libertad. En caso de que se aplique un aplazamiento en relación con el menor, no debe mantenerse incomunicado a este en ningún caso, sino que se le debe permitir comunicarse, por ejemplo, con una institución o una persona responsable de la protección o del bienestar de los menores”. En este sentido es distinto el que la policía tenga la obligación de poner en conocimiento de esta autoridad la detención del menor que tener que permitir que el menor pueda comunicarse directamente con esta autoridad.

4.1.2. En el ordenamiento español

Tras la reforma llevada a cabo en el 2015, el artículo 520 de la LECRIM contempla el derecho del detenido menor a ser puesto a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad. En caso de conflicto de intereses con quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor, se le nombrará un defensor judicial a quien se pondrá en conocimiento del hecho y del lugar de detención.

En España las detenciones incomunicadas se regulan en el artículo 509 de la LECRIM. La transposición de la Directiva se ha llevado a cabo a través de varias modificaciones recientes. Específicamente el párrafo 4º de este precepto prohíbe la detención incomunicada a los menores de dieciséis años. Por tanto, cuando un menor tiene dieciséis años de edad sí se le podrá aplicar el punto 2 del artículo 509 que prevé la posibilidad de que el niño esté incomunicado durante cinco días máximo. No obstante, los casos en que la prisión se acuerde por alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 384 bis (delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes) u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. El plazo máximo

en que, por tanto, un menor de dieciséis años podrá estar incomunicado en España es de diez días.

4.2. La presencia de los padres a lo largo del proceso

4.2.1. Niños sospechosos y acusados

4.2.1.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

Aunque la Directiva 2013/48/UE obliga a que la protección de los niños quede en cierta medida asegurada a través de la obligación de informar a los padres o a una autoridad responsable de la detención, el hecho de que se informe a los padres, tutores o entidad responsable no implica la protección del niño durante los interrogatorios prejudiciales. La Directiva obliga a que la información a los padres sea lo antes posible y a la autoridad responsable sin dilación indebida, pero en ningún momento garantiza la asistencia o la presencia de éstos desde el momento de la detención, lo que resulta especialmente deseable cuando el niño tome determinadas decisiones como pudiera ser el renunciar a sus derechos o prestar declaración.

No se desprende del artículo 40 de la CDN una obligación de que los padres estén presentes durante el interrogatorio. La Observación General núm. 10 del Comité hace mención a que cuando “[e]l niño es sometido a un interrogatorio debe...poder solicitar la presencia de sus padres. [...] El tribunal u otro órgano judicial, al considerar el carácter voluntario y la fiabilidad de una admisión o confesión hecha por un niño, deberá tener en cuenta la edad de éste, el tiempo que ha durado la detención y el interrogatorio y la presencia de un abogado u otro asesor jurídico, *los padres*, o representante independientes del niño”³⁹⁵.

Si bien el Comité recomienda que los Estados Partes dispongan expresamente por ley la mayor participación posible de los padres o los representantes legales en el procedimiento incoado contra el niño³⁹⁶, la mayor participación de los padres no implica necesariamente la obligatoriedad de su presencia durante el interrogatorio. De hecho, la presencia de los padres durante el interrogatorio se considera una garantía más de entre las garantías que habrán de ser tenidas en cuenta por parte de los Tribunales. Ello implica que la falta de presencia de los padres o tutores no implicará automáticamente una vulneración del derecho del menor a

³⁹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, 2007, *cit.*, párr. 58.

³⁹⁶ *Ibid.*, párr. 54

participar de manera efectiva, sino que se valorarán el conjunto de las circunstancias que rodearon la declaración.

El caso *Panovits*³⁹⁷ del TEDH versó sobre un menor que fue interrogado sin la presencia de su padre y sin presencia letrada en sede policial. El Tribunal consideró que ni el menor ni su padre fueron debidamente informados de su derecho a la asistencia letrada antes de ser interrogado “además del hecho de que el padre del solicitante no había sido invitado a acompañar al solicitante durante su interrogatorio inicial ni tampoco otra persona que pudiera ayudar al solicitante a comprender el proceso”³⁹⁸. La presencia de los padres durante el proceso o de otra persona que pudiera ayudar al menor a comprender el proceso son considerados por el Tribunal como garantía fundamental. Aun así, el uso de la expresión “además del hecho de” indica que la suma de esta garantía a la falta de una asistencia letrada imposibilitaron que el menor participara de manera activa en el proceso. No queda claro si, si se hubiera dado únicamente la falta de asistencia de los padres o de una persona de confianza durante el interrogatorio, el TEDH hubiera llegado a la misma conclusión. Si bien es cierto que por la cantidad de casos presentados ante el TEDH en los que una falta de asistencia letrada sí que es considerada garantía fundamental sin la cual el TEDH considera el juicio injusto, no parece que la presencia de los padres durante el interrogatorio tenga el mismo peso, aunque resulta difícil de apreciar la relevancia de dicha garantía por la escasa jurisprudencia que la contempla.

La Directiva 2016/800/UE relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, obliga en el artículo 9, sobre el interrogatorio de los menores, solamente a la grabación del interrogatorio. El único artículo que contempla el derecho del menor a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante el proceso parental es el artículo 15 de la Directiva. No obstante en su apartado primero únicamente reconoce dicho derecho durante las vistas en las que el niño participe. La ausencia de una obligación de garantizar la presencia de los padres o de un adulto adecuado durante los interrogatorios policiales es una laguna legal que potencialmente puede desproteger a los menores. Hay que destacar que en numerosos países de la Unión Europea la presencia de los

³⁹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Panovits contra Chipre*. Sentencia de 11 diciembre 2008, *cit.*

³⁹⁸ “[T]he applicant’s father was not invited to accompany the applicant during his initial questioning nor was any other person who would be in a position to assist the applicant to understand the proceedings”. *Ibid.*, párr. 70.

padres no es obligatoria cuando el niño es detenido en dependencias policiales, por ejemplo en Bélgica, Bulgaria, Estonia, Francia, Hungría, Países Bajos, Portugal y Suecia³⁹⁹.

En este sentido, la Directiva parece olvidar el papel que cumplen las personas de confianza cuando el interrogado es un menor. Si bien esta figura para un adulto no es relevante, puesto que ya ha adquirido la capacidad para decidir de manera autónoma y responsable, si es un menor, por mucho que el abogado cumpla su función en asegurar una defensa efectiva, el adulto de confianza asegura el apoyo emocional que permiten que el menor pueda participar de manera efectiva, tanto durante las audiencias como durante la fase de instrucción.

4.2.1.2. En el derecho español

En el ordenamiento español, la LORPM establece en su artículo 17. 2 que “toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor -de hecho o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario”. En este sentido se obliga a la presencia de los padres durante la declaración del menor. Por tanto, la LORPM La LORPM, requiere la presencia de los padres, y en caso de que la presencia de los padres sea contrario a los intereses del menor, se podrá prescindir de ellos. Hay que destacar que presumir que la presencia de los padres es en interés superior del niño no es del todo acertado y que dicha disposición puede ser contraria a los intereses de los menores.

En su artículo 22. 1 la LORPM enumera los derechos del menor desde el momento de la incoación del expediente entre los cuales se encuentra “[l]a asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia”.

4.2.2. Niños víctimas y testigos

4.2.2.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

La presencia de los padres cuando el menor es víctima en un proceso penal se asegura en mayor medida por parte del derecho internacional de los derechos humanos. Las Líneas Guía de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC), *Justice in*

³⁹⁹ Informe de Evaluación de Impacto Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos y acusados en procesos penales, cit., p. 22.

*Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime del 2009*⁴⁰⁰ consideran que además de aquéllas autoridades competentes y el abogado que han de asistir e informar al menor víctima a lo largo del proceso penal, la asistencia de una persona de apoyo “constituye la mejor práctica en asegurar que la víctima reciba toda la información dentro de un plazo oportuno”⁴⁰¹. El artículo 24.1. b) de la Directiva 2012/29/UE contempla que de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal pertinente, en las investigaciones y procesos penales los titulares de la responsabilidad parental representarán a la víctima, que solo en caso de imposibilidad por la existencia de un conflicto de intereses no podrán hacerlo.

4.2.2.2. En el derecho español

La Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito incorpora en su artículo 26.2 la obligación de representación de la víctima menor por parte de sus representantes legales (padres o tutores) que solo en caso de conflicto de intereses no estarán posibilitados.

4.3. La existencia de un conflicto de intereses entre los padres y el niño

4.3.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

Si bien los padres u otros representantes legales también deberán estar presentes en el proceso porque pueden prestar asistencia psicológica y emocional general al niño⁴⁰², ésta garantía, no obstante, no se debe presumir. Puede ocurrir, y de hecho no es de extrañar, que la presencia de los padres pueda ser incluso contraproducente a lo largo del interrogatorio de un niño. Puede ser que el menor se sienta más cómodo declarando sin sus padres a su lado o que la presencia de sus padres le ocasione estrés. Así lo ha destacado el Comité de los Derechos del Niño al declarar que “[l]a presencia de los padres no significa que éstos puedan actuar en defensa del niño o participar en el proceso de adopción de decisiones. Sin embargo, el juez o la autoridad competente puede resolver, a petición del niño o de su representante legal u otra

⁴⁰⁰ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Líneas Guía de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, (2009), *Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime*. Disponibles en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_UNICEF_Model_Law_on_Children.pdf.

⁴⁰¹ “[C]onstitutes the best practice in ensuring that the victim receives full information in a timely manner”, *Ibid*, p. 44.

⁴⁰² Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, 2007, *cit.*, párr. 53.

representación apropiada, porque sea contrario al interés superior del niño (artículo 3 de la Convención), limitar, restringir o excluir la presencia de los padres en el procedimiento”⁴⁰³.

Grisso, en un estudio publicado en 1981, analizó la influencia que tenían los padres sobre sus hijos a la hora de renunciar a su derecho a guardar silencio. Las conclusiones a las que llegó se mostraron desconfiadas acerca del pretendido rol de apoyo de los padres hacia sus hijos destacando que, en muchos casos, esta presunción dista mucho de la realidad. Este autor indicó dos posibles problemáticas relacionadas con la asistencia de los padres hacia sus hijos. En primer lugar, que el sistema procesal no podía basarse en la figura de los padres para proveer a los niños de explicaciones de sus derechos y de su significado puesto que desconocían el derecho y las implicaciones aparejadas a la toma de decisiones⁴⁰⁴. En segundo lugar, que se había reflejado en el estudio la existencia de una predisposición por parte de los padres a obligar a los niños a dar información a la policía y a presionarles para mostrar una actitud colaboradora, en la que no adoptaban una actitud de defensa y de apoyo a la defensa de su hijo. El estudio concluyó que no se podía equiparar la presencia física de los padres con una representación significativa y que los jueces no debían ser influenciados en sus decisiones por el mero hecho de que los padres estuvieran presentes. En este sentido, a la hora de tomar decisiones y valorar la presencia de los padres, se debería tener en cuenta “consideraciones sobre la comprensión por parte de los padres de los derechos y su potencial importancia, sus actitudes hacia estos derechos en los casos de menores, y los estados emocionales y motivacionales y la naturaleza de la relación entre los padres y sus hijos”⁴⁰⁵.

La presencia de los padres durante el interrogatorio aun así puede ser un elemento que permita al fiscal o al juez formarse una opinión de la relación paterno-filial. Este es un factor importante dentro de todos aquellos indicios cognitivos, emocionales y motivacionales que permiten a un juez tomar una decisión en interés superior del menor. Aunque habrá de tener en cuenta en qué medida puede afectar a la declaración del menor y, por tanto, mermar su derecho a una defensa efectiva. La eliminación de los factores que pueden causar estrés sobre el niño es fundamental no solo para la credibilidad de la declaración, sino para que ésta se lleve a cabo de conformidad con las garantías de un juicio justo⁴⁰⁶.

⁴⁰³ *Ibid.*, párr. 53.

⁴⁰⁴ GRISSE, Thomas. 1981, *op cit*, p. 199.

⁴⁰⁵ “Considerations of parents probable understanding of the rights and their potential significance, their attitudes toward these rights in juvenile cases, the parents’ emotional and motivational states during the waiver proceedings, and the nature of the relationship between the parents and their child”, *Ibid*, pp. 199-200.

⁴⁰⁶ Agradezco a la jueza Suzanne Mueller del Tribunal Penal de Primera Instancia de Friburgo por haberme orientado sobre esta cuestión.

No queda claro si la asistencia de los padres beneficia al niño a la hora de garantizar su participación efectiva. Más que presumir el beneficio de la presencia de los titulares de la responsabilidad paterna el juez deberá decidir cuál es en interés superior del niño. Dicha valoración puede fundamentarse en un conflicto de intereses directo (como por ejemplo, si los titulares de la responsabilidad parental han participado en el mismo delito o si el niño ha sido víctima o testigo del delito cometido por sus padres). Aunque es posible que el conflicto de intereses no sea tan evidente, y la participación de los padres pueda provocar un conflicto interno en el menor derivado de la misma naturaleza de la relación paterno-filial, en que el menor no se sienta cómodo con su presencia (por ejemplo, en cuestiones relativas a su vida privada, su vida sexual, etc.). La presencia del titular de la responsabilidad parental no solo cumple una función de autoridad y, por tanto, impondrá cierto respeto y miedo para el niño, sino que también existe la dependencia del niño del reconocimiento por parte de sus padres, a quienes generalmente estima y admira. Por lo que con la intención de evitar tener que decepcionarles podría impedir que el menor declarara con naturalidad y sinceridad. Puede suceder que sean los mismos menores los que expresen su voluntad de no querer que sus padres estén presentes en el interrogatorio. El niño sin embargo, puede no atreverse a manifestar esta voluntad y, por tanto, será la entidad responsable, en atención a las circunstancias del caso, la que deberá apreciar, preguntando al niño de forma confidencial y amigable si es su voluntad que sus padres estén presentes, que deberá valorar si dicha presencia puede ser beneficiosa o no para el resultado del proceso y para salvaguardar el derecho a la integridad y la privacidad del niño.

En caso de que exista un conflicto de intereses, el titular de la responsabilidad parental habrá de ser sustituido por otra persona, un “adulto adecuado” que represente los intereses del menor. La Directiva 2016/800/UE relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales contempla la posibilidad de que el adulto adecuado tenga derecho a la información, artículo 5.2, o a estar presente durante las vistas, artículo 15.2, cuando exista un conflicto de intereses con el titular de la responsabilidad parental. La Directiva contempla tres supuestos, para la designación de un adulto adecuado cuando la presencia de los padres: a) sea contraria al interés superior del menor; b) no sea posible porque, tras haberse realizado esfuerzos razonables, no se pueda localizar a ningún titular de la patria potestad o se desconozca su identidad, o c) habida cuenta de circunstancias objetivas y fácticas, comprometa seriamente el proceso penal.

Prosigue el artículo mencionado anteriormente considerando la posibilidad de que si el menor no ha designado a otro adulto adecuado, o si el adulto designado por el menor no resulta aceptable para la autoridad competente, esta designará a otra persona para acompañar al menor, teniendo en cuenta el interés superior del menor. Dicha persona también podrá ser alguien dependiente de una autoridad o de alguna institución responsable de la protección o del bienestar de los menores. Hay que destacar, que de la normativa analizada la presencia del adulto adecuado únicamente se prevé para sustituir a los padres y que no se considera en ningún supuesto en que la presencia de los padres no sea obligatoria.

Si el menor ocupa la posición de víctima en el proceso penal, de idéntica manera la Directiva 2012/29/UE prevé expresamente la designación de un representante cuando exista un conflicto de intereses con los progenitores. El artículo 24.1 (b) establece que “en las investigaciones y en los procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal pertinente, las autoridades competentes designen a un representante para la víctima menor de edad, en caso de que, de conformidad con el derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para representar a la víctima menor de edad de resultas de un conflicto de intereses entre ellos y la víctima menor de edad”. Sin embargo, en este caso la Directiva 2012/29/UE permite un margen mucho más amplio que la Directiva 2016/800 puesto que condiciona dicha garantía al derecho nacional.

La presencia del “adulto adecuado” o del “representante” puede plantear problemas a los niños a lo largo del proceso debido a la falta de delimitación competencial en la normativa internacional. La Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, indicaba en su exposición de motivos que por “adulto adecuado” se entiende “un familiar o una persona (distinta al titular de la responsabilidad parental) relacionada socialmente con el menor que pueda interactuar con las autoridades y permitir al menor ejercer sus derechos procesales”⁴⁰⁷. En este sentido, la Propuesta de Directiva indicaba que el papel del adulto adecuado ha de permitir al menor ejercitar sus derechos procesales. No obstante, esta definición puede provocar confusión con la figura del letrado. Si el adulto adecuado ha de sustituir a los padres cuando exista conflicto de intereses, sus funciones se deberían asimilarán a aquéllas de los padres, es decir, la de apoyar emocionalmente al niño, defender sus intereses, etc. La falta de una clara línea que divida las funciones entre el adulto adecuado y el abogado podría eventualmente desproteger al menor o dañar su defensa porque al solaparse ambas funciones puede tener un efecto

⁴⁰⁷Véase la exposición de motivos, párr. 25.

contraproducente, no reforzando la protección del menor sino debilitándola, debido a que el abogado puede presumir que aspectos relativos a su trabajo los cubre el adulto adecuado y viceversa. También puede discriminar entre los menores que no tienen asignado adulto adecuado y son acompañados únicamente de sus progenitores, puesto que los progenitores no tienen asignada la competencia de ejercitar los derechos procesales del menor y además pueden no estar preparados para ello. En último lugar, sabiendo que estas pueden ser consecuencias derivadas de una falta de distinción clara entre ambas competencias funcionales, preocupa de la Directiva 2016/800/UE que haya eliminado la definición de adulto adecuado de su texto, manteniendo su presencia pero sin definir sus funciones en el proceso, puesto que de esta forma, las competencias designadas al adulto adecuado quedarán delegadas al ordenamiento nacional.

Puede suceder lo mismo con la Directiva 2012/29/UE en relación a las funciones del representante cuando exista un conflicto de intereses con los progenitores. La Directiva no establece de forma clara qué funciones habrá de tener el representante, si habrá de ejercitar, *inter alia*, los derechos procesales del menor, si habrá de asegurar el interés superior del menor en las tomas de decisión o si habrá de brindar al menor de apoyo emocional.

Por último, también hay que subrayar que al no definir las competencias funcionales del adulto adecuado o del representante, se puede sumar también en el proceso la figura ya considerada en los anteriores epígrafes de este trabajo, del guardián *ad litem*, cuyas competencias tampoco están claramente definidas en la normativa internacional. Resulta conveniente que, en defecto de una definición de los roles de estas figuras procesales, para evitar solapamientos de funciones, confusión o incluso una eventual desprotección del menor, la normativa nacional los defina con mayor precisión.

4.3.2. *En el ordenamiento español*

En el entramado jurídico español se contempla en varias disposiciones la posibilidad de designar a un tercero cuando exista un conflicto de intereses entre un menor y sus representantes legales, tanto si el menor ocupa la posición de sospechoso o acusado o víctima o testigo.

En caso de que el niño sea sospechoso y acusado, el artículo 3 del Estatuto del Ministerio Fiscal⁴⁰⁸ define de entre las funciones del Ministerio Fiscal “ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor”. El artículo 17.2 obliga a que en caso de que la presencia de los padres durante la declaración del menor no sea aconsejable, en defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente. En este sentido la LORPM plantea las siguientes cuestiones: en primer lugar, la ausencia de una persona que se asegure que los intereses del menor se garantizan si no se considera la presencia de los padres desaconsejable por parte del juez. En este sentido la Ley confía demasiado en la presencia de los padres para la preservación de los intereses de los niños. En segundo lugar, si bien la LORPM establece que la representación ha de hacerse por una persona distinta al instructor del expediente, este requisito es en cierta medida ambiguo si luego no existe una clara delimitación competencial de las funciones de ambos fiscales en la norma.

Por otra parte, el artículo 520 de la LECrim regula las detenciones preventivas. En caso de tratarse de un menor, el párrafo 4º obliga a que se comunique el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho. La Ley considera específicamente el problema de la existencia de un conflicto de intereses con quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor y en este caso obliga a que se le nombre un defensor judicial a quien se pondrá en conocimiento del hecho y del lugar de detención. La LORPM en el artículo 22.1 ofrece la posibilidad de que el menor indique una persona en sustitución de sus padres. En este sentido, no queda claro si se debería considerar como adulto adecuado la persona que indique el menor. Es de suponer que el menor designara a una persona con la que tenga confianza pero esta persona puede no tener la capacidad para interactuar con las autoridades y permitir al menor ejercer sus derechos procesales en el sentido de la definición aportada en la Directiva 2016/800/UE. La LORPM por tanto puede ocasionar una desprotección del niño puesto que la posibilidad de que el menor indique una persona (en sustitución de sus padres) no implica que dicha persona sea adecuada.

⁴⁰⁸ Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. «BOE» de 13 de Enero de 1982

La Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito incorpora en su artículo 26.2 la necesidad de que el Fiscal designe un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, cuando la víctima sea menor de edad o sea una persona con discapacidad, cuando los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses.

El artículo 433 de la LECrim, tras la modificación de 2015 en su nueva redacción señala que “[e]n el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible” De esta manera se ha suprimido la obligatoria presencia del Ministerio Fiscal que se exigía en la anterior versión confiriéndosele un carácter potestativo. Quedará bajo el arbitrio del Juez decidir cuándo sea necesaria la presencia atendiendo únicamente al factor de la falta de madurez del menor. En este sentido, el artículo podría haber sido más “exhaustivo y exigente a la hora de determinar tales parámetros, debido a que, en la redacción expuesta podría, por ejemplo, no ser necesaria la presencia del fiscal en el caso de un menor con madurez suficiente y que hubiera sido víctima de abusos por parte de sus progenitores”⁴⁰⁹

5. La grabación en vídeo de la declaración prestada en fase de instrucción

5.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

Una cuestión fundamental que puede resultar de gran ayuda para controlar el abuso y coerción por parte de las autoridades es la grabación en vídeo o en audio de los interrogatorios. La grabación puede ser positiva en muchos sentidos: En primer lugar, para que se pueda demostrar más adelante que no se llevó a cabo ningún tipo de coerción o de abuso a lo largo del interrogatorio. En este sentido, el control sobre el uso de sugerencias

⁴⁰⁹ DÍAZ TORREJÓN, P., “La protección de la víctima menor de edad en el proceso penal. Incidencia de la entrada en vigor de la ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito” disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/P.%20D%C3%ADaz%20Torrej%C3%B3n.pdf?idFile=82133c66-0856-4d89-b863-e15c29746fd5, p. 4.

sutiles, preguntas dirigidas, chantajes, amenazas y otras formas de engaño y trampa pueden disminuir el riesgo de *sugestión* de los niños mientras declaran.

En segundo lugar, porque puede evitar la re-victimización en caso de que el menor sea víctima o testigo. En tercer lugar, porque numerosas veces no existen límites a lo largo de la fase de instrucción a los interrogatorios, si tienen fines indagatorios. En este sentido se le da mano libre al investigador o al personal instructor para llevar a cabo todas aquellas diligencias de investigación que considere oportunas. La repetición de los interrogatorios a lo largo de un proceso penal y por diferentes personas ha sido demostrada como un motivo de estrés sobre los niños que puede tener efectos negativos⁴¹⁰.

Asimismo, hay ordenamientos que contemplan más de una fase en su etapa de instrucción, en las que la declaración será tomada tanto en dependencias policiales como en fiscalía y el menor habrá de contar lo sucedido a varias personas: psicólogos, jueces, fiscales, policías, abogados, etc. Las declaraciones repetidas pueden perjudicar al menor, que tendrá que revivir los hechos, una y otra vez, además de que podrá perjudicar la imagen del niño ante la administración de justicia, puesto que las contradicciones podrán minar su credibilidad⁴¹¹.

Serán los ordenamientos nacionales los que, según su normativa procesal interna, habrán de valorar dichas contradicciones. Existen ordenamientos en Europa que consideran que, si existen discrepancias entre una declaración prejudicial y aquella aportada en el juicio, las declaraciones no se considerarán veraces y podrán minar la credibilidad del acusado, como es el caso del ordenamiento inglés⁴¹². Es más bien injusto provocar un perjuicio en la defensa por un problema inherente al proceso. También existen ordenamientos que establecen que cuando exista contradicción entre declaraciones, el juez podrá elegir la declaración que estime, como es el caso de España, aunque nada impide que ambas declaraciones lleguen al subconsciente del juez y las contradicciones contaminen el proceso y le forjen una imagen del niño como mentiroso⁴¹³. Muchas veces cuando un menor se contradice, no se debe a la tendencia de los niños a la mentira, sino a otros factores procesales que pueden incidir en

⁴¹⁰ SPENCER, J. R.; FLIN, R. H, 1990, *op. cit.*, pp. 358-363.

⁴¹¹ Las repetidas declaraciones se han considerado motivo de estrés y pone asimismo en peligro la calidad de la declaración del niño, puede perjudicar la motivación y cooperación del niño y puede dar una apariencia de incredibilidad de su declaración ante los ojos del juez. Véase: WHITCOMB, D. (1990), *When the Victim is a child: past hope, current reality and future promise of legal reform in the United States*, en SPENCER, J. R., *et al.*, *Children's Evidence in Legal Proceedings: An International Perspective: Papers from an International Conference: Selwyn College Cambridge: 26-28 June 1989*. Disponible en la Universidad de Cambridge, Facultad de Derecho, 1990.

⁴¹² CHOO, A. L.-T, 1998, *op. cit.*, p. 130.

⁴¹³ Artículo 117 LECrim.

dichas contradicciones. Hay que intentar prevenir que el juzgador razone de la siguiente manera: «Que la mentira demuestra, y es consistente sólo con un deseo de ocultar la culpa, o dicho de otra manera [...] saltar desde la conclusión de que el acusado ha mentado a la siguiente conclusión, que por tanto es culpable»⁴¹⁴.

La grabación en video sería una buena solución para evitar los efectos derivados del repetir la declaración varias veces a lo largo del proceso. También porque se ha considerado más fiable el testimonio cuando se obtiene con cercanía al hecho que se está investigando⁴¹⁵. Sin embargo, es cierto que, por otro lado, la grabación de la declaración podría solidificarla, y no brindar al menor la posibilidad de relatar los hechos más adelante, de manera reflexionada y tranquila y poder corregirse o aclararse⁴¹⁶. Existe una diferencia clara entre el estado en que se puede encontrar un menor cuando llega a dependencias policiales y cuando declara en fiscalía, al día siguiente o varios días después, dependiendo de la citación. En este sentido, la grabación tendría como objetivo primordial la posibilidad de controlar que la declaración se dio en ausencia de coerción. Por ello, se ha de brindar la posibilidad al menor rectificar en caso de querer hacerlo.

Sin embargo, es conveniente intentar reducir el número de declaraciones, o que la entrevista sea conducida por la misma persona a lo largo de todo el proceso. Según las *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice* se indica lo siguiente: “Cuando sea necesaria más de una entrevista, deberían llevarse a cabo preferentemente por la misma persona, con el fin de garantizar la coherencia del enfoque en el mejor interés del niño”⁴¹⁷ y que “[e]l número de entrevistas debe ser tan limitado como sea posible y su longitud debe adaptarse a la edad y la capacidad de atención del niño”⁴¹⁸.

Parece deducirse de los esfuerzos internacionales, que las líneas guía diseñadas por el Consejo han sido mayormente dirigidas a una justicia amigable con los niños, puesto que en

⁴¹⁴ “That lying demonstrates, and is consistent only with, a desire to conceal guilt, or putting it another way...jump from the conclusion that the defendant has lied to the further conclusion that he must therefore be guilty”. *Ibid.*, pp. 366-377.

⁴¹⁵ *Ibid.*, pp. 375-376.

⁴¹⁶ SPENCER, J. R.; FLIN, R. H., 1990, *op. cit.*, p. 115. Spencer y Flin destacan en su trabajo que hay un sector de la doctrina que considera que las entrevistas múltiples preservan la memoria de los niños.

⁴¹⁷ “When more than one interview is necessary, they should preferably be carried out by the same person, in order to ensure coherence of approach in the best interests of the child”, Comité de Ministros, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, Adoptadas el 17 November 2010, disponible en:

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Del/Dec\(2010\)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true), párr. 66

⁴¹⁸ “The number of interviews should be as limited as possible and their length should be adapted to the child’s age and attention span”, *Ibid.*, párr. 67.

lo referente a la toma de declaraciones se hace referencia constantemente a los niños víctimas y testigos y no a los niños en posición de sospechoso y acusado. En este sentido, esta diferencia de trato ha sido reflejada por parte de la doctrina en algunos Estados, por conferir a los menores víctimas y testigos tratos de favor a la hora de prestar declaración, sin tener en cuenta que numerosas veces los sospechosos y acusados no son adultos, sino que también pueden ser niños. En este sentido, la igualdad de armas se vería afectada, perjudicando específicamente la posición del niño sospechoso o acusado en el proceso penal si nos encontramos en la jurisdicción de menores en que ambas partes procesales son niños⁴¹⁹.

La grabación en video de las declaraciones de sospechosos y acusados ha sido defendida como garantía por parte del Comité contra la Tortura frente al maltrato de las personas detenidas, tanto físico como psicológico. Los tribunales penales internacionales, a excepción de uno, *Special Panels for Serious Crimes* (Timor Oriental), establecen en sus *Rules of Evidence and Procedure* que todo interrogatorio llevado a cabo por un sospechoso o acusado por un oficial de la Corte habrá de ser grabado en vídeo⁴²⁰. La grabación en vídeo del interrogatorio de los niños ha sido propuesta por el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁴²¹ y por la Comisión Europea como parte de la Agenda de la UE para los Derechos del Niño⁴²².

No obstante, en ninguna de las Directivas ya aprobadas⁴²³ se plantea la importancia de dicha garantía, específicamente cuando el sospechoso o acusado es un menor. La Directiva 2016/800/UE en su artículo 9 obliga a los Estados a velar por que el interrogatorio a que se someta a un menor por parte de la policía u otras autoridades policiales durante el proceso penal sea grabado por medios audiovisuales. Sin embargo, se integra la necesidad de que sea “proporcionado en las circunstancias del caso, habida cuenta, entre otras, de si está presente o no un letrado y de si el menor está privado de libertad o no, a condición de que el interés superior del menor siempre constituya la consideración primordial”.

⁴¹⁹ BURTON, M.; EVANS, R.; SANDERS, A. “Protecting children in criminal proceedings: Parity for child witnesses and child defendants”, *Child & Fam. LQ*, 2006, vol. 18, p. 397.

⁴²⁰ SLUITER, G., et al. (ed.) *International criminal procedure: principles and rules*. Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 243.

⁴²¹ Comité de Ministros, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, 2010, *cit*, apéndice 6.

⁴²² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *An EU Agenda for the Rights of the Child*, *EUR-lex*, COM/2011/0060 final. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52011DC0060>.

⁴²³ Las Directivas 2010/64/EU, 2012/13/EU, 2013/48/EU.

Debido a que debe quedar constancia de lo declarado, cuando no se requiera video, según el artículo 9, la Directiva obliga a dejar constancia de lo declarado del interrogatorio por otros medios adecuados, por ejemplo levantando acta debidamente verificada. No obstante la Directiva no exige que la transcripción de la declaración deba ser literal, y se obliga al funcionario o la persona designada a tal efecto a recoger de manera breve lo formulado por el menor en forma de sumario. En este sentido hay que subrayar que es distinto que un juez lea un texto escrito por un adulto sobre lo dicho por un niño que grabarlo con las entonaciones y las emociones. Así, se pueden introducir errores de percepción por parte de la persona que está escribiendo la declaración del menor, tanto en policía como en fiscalía, y el juez no tendrá manera de saber si la percepción de lo relatado por un tercero se corresponde con la realidad⁴²⁴.

Resulta sorprendente la reticencia que tienen los Estados para grabar en video las declaraciones durante la fase de instrucción del proceso penal. Especialmente por la simplicidad, poco coste y trascendencia de lo que se obtiene en los interrogatorios prejudiciales sobre el estado de una persona. No se entiende el motivo de por qué se requiere un mínimo de gravedad del delito (pena de privación de libertad) sobre el que haya de depender la obligatoria grabación en video. En este sentido, la propuesta tendría un efecto discriminatorio contra aquellos niños que cometen delitos o faltas menos graves de manera continuada, pero que, por no llevar aparejada una medida de privación de libertad, no tendrían derecho a que su declaración fuese grabada en video

Alegaciones fundamentadas en el coste económico de dicha medida carecen de sustento, en un mundo en que la tecnología está al alcance. En 2013 únicamente ocho Estados grababan los interrogatorios de los niños sistemáticamente: Bélgica, Finlandia, Francia, Italia, Irlanda, Letonia, Países Bajos y Reino Unido (Inglaterra y Gales)⁴²⁵.

En el párrafo núm. 53 de la exposición de motivos de la Directiva 2012/29/UE dispone que “[s]e debe facilitar al máximo la interacción con las autoridades competentes, al tiempo que se limita el número de interacciones innecesarias que la víctima haya de mantener con ellas, recurriendo, por ejemplo, a grabar en vídeo las declaraciones y permitiendo su uso en los procesos judiciales”. Si bien la Directiva no integra un artículo obligando a que los Estados graben en vídeo las declaraciones de las víctimas, el TEDH ha avalado la

⁴²⁴ DAMAŠKA, M. 1973, *op.cit.*

⁴²⁵ Informe de Evaluación de Impacto Propuesta de Directiva *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos y acusados en procesos penales*, 2013, *cit.*, p. 26.

admisibilidad en repetidas ocasiones la grabación en vídeo de las declaraciones de las víctimas vertidas en la fase prejudicial del proceso penal. En este sentido no ha demostrado preferencia por el medio sino en la satisfacción del derecho de la defensa a la confrontación⁴²⁶.

5.2. En el ordenamiento español.

En el ordenamiento español la LORPM no obliga a que la declaración vertida en la fase de instrucción de un menor sea grabada en vídeo, tampoco lo hace la LECrim. No obstante, el juez puede ordenar la grabación de los interrogatorios ante el juez de instrucción por medios audiovisuales para su posterior reproducción en el juicio. El Comité contra las Torturas de hecho en las últimas observaciones finales realizadas a España en el año 2015 manifiesta su preocupación por que “actualmente no se disponga de sistemas de video- vigilancia en todas las dependencias policiales y otros lugares de detención. También preocupan las informaciones según las cuales no siempre se procede a la grabación de las actuaciones policiales en aquellos lugares de detención que ya cuentan con sistemas de video-vigilancia. El Estado parte debe asegurar la grabación con medios audiovisuales de las actuaciones en dependencias policiales y otros lugares de detención respecto de todas las personas privadas de detención, incluidas aquellas en régimen de incomunicación, salvo en aquellos casos en los que pueda violarse el derecho a la intimidad o a la comunicación confidencial de los detenidos con su abogado o con un médico. Estas grabaciones deben mantenerse en instalaciones seguras y estar a disposición de los investigadores, los detenidos y sus abogados”⁴²⁷.

La ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito modificó el artículo 433 de la LECrim estableciendo que “[e]l Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales” en caso de que el menor sea víctima o testigo. En este sentido, la grabación quedará al arbitrio del juez, no siendo obligatoria⁴²⁸.

⁴²⁶ Sobre esta cuestión véase el epígrafe 2.3 del capítulo 4 de este trabajo.

⁴²⁷ Comité contra la Tortura, Observaciones Finales sobre el sexto informe periódico de España, 29 de mayo de 2015, *cit.*

⁴²⁸ Sobre esta cuestión véase el epígrafe 2.2. del capítulo 4 de este trabajo.

6. La especialización en infancia

6.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

Hay numerosa evidencia que indica que la fiabilidad de los menores depende de cómo son interrogados⁴²⁹. La Observación General Núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, establece que la determinación del interés superior del niño, como norma de procedimiento, habrá de hacerse de conformidad con unas salvaguardias procesales adaptadas a sus necesidades y recomienda que los Estados Miembros y todas las personas que se hallen en situación de evaluar y determinar el interés superior del niño presten atención especial a unas garantías determinadas, entre las cuales se encuentra la formación de los profesionales. Según el Comité, los niños constituyen un grupo heterogéneo donde “cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente. Por ese motivo, el proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva”⁴³⁰.

Dentro de las directivas comunitarias, el artículo 20 de la Directiva 2016/800/UE relativa a las garantías de los menores sospechosos y acusados en los procesos penales integra la obligación de que “[l]os Estados miembros velarán por que el personal de las autoridades policiales y de los centros de detención que traten asuntos relacionados con menores reciban formación específica de un nivel que sea *el adecuado* al tipo de contacto con los menores, en materia de derechos de los menores, técnicas de interrogatorio adecuadas, psicología infantil y comunicación en un lenguaje adaptado al menor. [...] Sin perjuicio de la independencia judicial y las diferencias en la organización del poder judicial en los Estados miembros, y con el debido respeto por la función de los responsables de la formación de jueces y fiscales, los Estados miembros tomarán *medidas adecuadas* para garantizar que los jueces y fiscales que se ocupen de procesos penales relacionados con menores dispongan de aptitudes específicas en la materia, o tengan acceso efectivo a una formación específica, o ambos [...] Con el debido respeto por la independencia de la profesión jurídica y la función de los responsables de la formación de los abogados, los Estados miembros tomarán *medidas adecuadas* para

⁴²⁹ SPENCER, J. R.; FLIN, R. H., 1990, *op. cit.*, p. 301

⁴³⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Núm. 14, 2013, *cit.*, párr. 94.

promover que los letrados que llevan procesos penales relacionados con menores reciban una formación específica y [...] A través de sus servicios públicos o mediante la financiación de organizaciones de apoyo a los menores, los Estados miembros fomentarán iniciativas que permitan a las personas que prestan servicios de apoyo a los menores y servicios de justicia reparadora recibir la formación adecuada, de un nivel que sea el adecuado al tipo de contacto que mantienen con los menores, y cumplir las normas profesionales que garantizan que tales servicios se presten de manera imparcial, respetuosa y profesional”.

La Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos también dedica un artículo a la formación de los profesionales. El artículo 25. 1 de esta Directiva obliga a los agentes de la policía y al personal al servicio de la administración de justicia, a recibir tanto formación general como especializada a un nivel adecuado con el fin de mejorar su concienciación respecto de las necesidades de las víctimas y de capacitarlos para tratar a las víctimas de manera imparcial, respetuosa y profesional. Sin embargo, es preciso llamar la atención sobre la indeterminación de dicha obligación. En este sentido, en primer lugar, se indica que la formación habrá de ser especializada, pero en ningún lugar se contempla una obligación de que la especialización sea en menores si la víctima es menor. En segundo lugar, la palabra «adecuado» deja ya entrever la poca concreción de la obligación.

6.2. En el derecho español

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia integró esta garantía, que con anterioridad no se contemplaba. Si bien la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil solo contemplaba de manera escueta que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y que la adopción de las medidas que se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo”, tras la reforma en 2015, se ha integrado de manera más completa la protección que ha de brindar dicha evaluación para los menores y como parte de dicha evaluación, la formación de los profesionales, ocupa un lugar relevante.

En el artículo 2.5.b) de la Ley Orgánica 8/2015 se obliga a que toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular que “[l]a intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En

caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados”. Si bien es cierto que este artículo integra dicha necesidad, en comparación con la normativa anterior, no deja de sorprender la abstracción de su redacción.

CAPÍTULO 4. EL DERECHO A LA CONFRONTACIÓN Y MEDIDAS PARA PROTEGER A LOS NIÑOS EN EL PROCESO PENAL

Además de las medidas consideradas en el anterior capítulo que permiten la participación efectiva de los menores en el proceso, se ha desarrollado en los últimos años por parte del derecho internacional de los derechos humanos el derecho que asiste a la defensa a examinar testigos de cargo como derecho inherente a un juicio justo y las excepciones al mismo para determinados tipos de testigos concretamente y en lo que nos concierne en este trabajo, para los testigos vulnerables.

Este capítulo aborda en primer lugar, el alcance y los límites del derecho a la confrontación tal y como se encuentra perfilado en el derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, se analizan las medidas que permiten establecer excepciones a este derecho con objeto de proteger los derechos de los niños en el proceso penal. En último lugar, el trabajo se detiene en el derecho a no declarar de las víctimas y testigos como garantía frente a la confrontación y los problemas que emergen cuando es un menor el que puede acogerse y ejercitar la dispensa del deber de declarar.

1. El derecho a la confrontación y sus límites

El principio de contradicción, o según el Tribunal de Estrasburgo el “derecho a la confrontación” (*right to confrontation*)⁴³¹, se encuentra reflejado de manera muy similar en numerosos instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 14 (3) (e) del PIDCP reconoce que “[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. Por su

⁴³¹ Se utilizará de ahora en adelante el término confrontación puesto que es el término utilizado por los organismos internacionales de derechos humanos. Para un estudio pormenorizado del derecho a la confrontación en derecho internacional de los derechos humanos véase: MAFFEI, S. *The European right to confrontation in criminal proceedings: Absent, anonymous and vulnerable witnesses*. ISBS, 2006.

parte el artículo 6.3 d. del CEDH señala que “[t]odo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra” y el artículo 40. 2. b (iv) de la CDN recoge “b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [...] iv) que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad”.

La expresión "interrogar o hacer que se interroge" hace referencia a la existencia de distinciones en los sistemas jurídicos, especialmente entre los juicios acusatorios y los juicios inquisitorios. En estos últimos, el acusado puede interrogar a los testigos, si bien rara vez se hace uso de ese derecho, quedando esta tarea a cargo del abogado o, en el caso de los niños, de otro órgano apropiado, como puede ser el juez o el fiscal. Sin embargo, sigue siendo importante que el abogado u otro representante informe al niño acerca de la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo y de que pueda expresar sus opiniones a este respecto, las cuales se tendrán debidamente en cuenta en función de su edad y madurez⁴³².

El derecho a la confrontación consiste en la posibilidad de que el acusado pueda plantear preguntas y cuestionar, él mismo o a través de un abogado a los testigos. Este derecho se basa en dos principios claves y paralelos como son, en el *common law*, el principio de oralidad y en el derecho continental el principio de inmediación. Su fundamento estriba en que en el juicio oral el acusado debe tener la oportunidad de cuestionar al testigo o víctima, y tiene el derecho a estar frente a las personas que declaran e intentar minar su credibilidad además de que el juzgador, sea el juez o el jurado, pueda observar el comportamiento de la víctima o del testigo para poder valorar su credibilidad⁴³³. A un nivel más fundamental, el derecho a interrogar o hacer interrogar a testigos de cargo y de descargo y presentar evidencia asegura que el acusado sea un participante activo en su juicio. Él o ella no pueden permanecer como los objetos pasivos de la acusación y deben ser protegidos frente al poder del Estado⁴³⁴.

Los defensores de un derecho a la confrontación estricto han manifestado que la presencia física de la víctima a la hora de declarar frente a su acusado es una de las garantías más

⁴³² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, cit, párr. 18-19.

⁴³³ SUMMERS, S. *Fair trials: The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*. Bloomsbury Publishing, 2007.

⁴³⁴ TRECHSEL, S.; SUMMERS, S. J. 2005, *op. cit.*, p. 293.

efectivas para poder valorar la credibilidad del testimonio. La interpretación más pura de este argumento se ha desarrollado en Estados Unidos, donde el derecho a la confrontación se encuentra recogido en la sexta enmienda a la Constitución. La interpretación de este derecho por parte de la jurisprudencia exige que los testigos de la acusación declaren en presencia física de los acusados, sobre la base de que es siempre más difícil decir una mentira cuando se mira a los ojos a la persona que se está acusando⁴³⁵. Según esta postura, la confrontación de la víctima por el acusado permite observar su comportamiento, así como que el juzgador pueda formarse una impresión acerca de su credibilidad y que al someter a la víctima a este tipo de estrés mejorará la calidad y la exactitud de la prueba como resultado. Esta idea ha permeado el imaginario judicial en los ordenamientos nacionales, especialmente de los países del *common law* y se ha aplicado recurrentemente con víctimas y testigos menores.

Esta aplicación de una confrontación directa no ha sido óbice para que diversos jueces hayan advertido de los sacrificios que implica. En el caso *Coy versus Iowa* el juez Scalia defendió la importancia de la confrontación directa de la siguiente manera: “[s]iempre es más difícil decir una mentira acerca de una persona "a la cara" que "a sus espaldas. En el primer caso, a menudo se le dirá [la mentira] de manera menos convincente”, sin embargo, prosigue alertando que “la confrontación directa por desgracia puede alterar a una víctima de violación que esté siendo veraz o un niño abusado; pero por la misma razón puede confundir y deshacer al falso acusador, o destapar al niño entrenado por un adulto malévolo. Es una verdad que las protecciones constitucionales tienen sus costes”⁴³⁶.

Como han destacado Spencer, Flinn y otros autores, la convicción de que la confrontación directa es la forma más fiable de obtener una declaración veraz es inadecuada, puesto que decir la verdad puede ser igual de difícil que mentir frente a la persona que se acusa, dado que contar unos hechos ciertos puede ser desagradable, incluso embarazoso, como por ejemplo para un niño dar detalles sobre un abuso sexual, delante de un conjunto de

⁴³⁵ Caso *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988) citado en SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. *The evidence of children: The law and the psychology*. Blackstone Press, 1990, p. 40.

⁴³⁶ “It is always more difficult to tell a lie about a person "to his face" than "behind his back". In the former context it will often be told less convincingly...face to face presence may unfortunately upset the truthful rape victim or abused child; but by the same token it may confound and undo the false accuser, or reveal the child coached by a malevolent adult. It is a truism that constitutional protections have costs" (Caso *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988) pp. 1019-1020, citado en DAVIES, G. “The impact of television on the presentation and reception of children's testimony” *International journal of law and psychiatry*, 1999, vol. 22, no 3, pp. 241-256, p. 244.

desconocidos además del acusado. Si el acusado es peligroso o violento o tiene amigos que también lo son, testificar puede aterrorizar al menor⁴³⁷.

Estas dificultades han sido reflejadas en algunos estudios que han versado sobre las reacciones de los niños cuando son llamados a declarar en el juicio oral abierto al público y en presencia del acusado. Dent y Stephenson realizaron un estudio sobre los efectos de la confrontación sobre la precisión de las declaraciones de los niños. El proyecto que llevaron a cabo consistía en lo siguiente: Tras que un grupo de niños viera entrar en su clase a un señor, se les pidió identificarle a través de dos medios: diapositivas y reconocimiento en rueda. Los niños reconocieron mejor al hombre a través de las diapositivas que a través de la confrontación directa en el reconocimiento, en donde se pusieron más nerviosos y algunos incluso se negaron a participar. Cuando estos autores repitieron el estudio con adultos estos efectos no fueron tan acusados⁴³⁸.

Según Spencer y Flin, nada nos asegura y no existe ningún tipo de estudio que lo demuestre, que la presencia física favorece las declaraciones veraces⁴³⁹, por el contrario sí existen estudios que han demostrado los efectos perniciosos sobre la declaración de los niños cuando son sometidos a la confrontación durante el plenario⁴⁴⁰. Presumir que la confrontación directa mejora la calidad de la prueba porque permite ver el comportamiento de una víctima o testigo frente a la persona a la que acusa, carece de validez. Resulta importante prestar atención a posibles presunciones sobre el comportamiento y los ademanes de una persona y la veracidad de sus actos. Por ejemplo, la seguridad que demuestra un testigo no debe llevarnos a concluir que su declaración sea veraz. Sin embargo, estas presunciones ahondan sus raíces en una tradición jurídica centenaria: Wigmore, uno de los más eminentes juristas del derecho del *common law*, describió el derecho a la confrontación como el mejor motor jurídico (“*the best legal engine...*”)⁴⁴¹. Hoy en día, como refleja la doctrina, existe todavía un gran apoyo a esta técnica de examen en muchos ordenamientos nacionales, aunque el paso del tiempo ha provocado que se haya cuestionado su efectividad a

⁴³⁷ SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. 1990, *op. cit.*, pp. 278-279.

⁴³⁸ DENT, H. R.; STEPHENSON, G. M. “Identification evidence: Experimental investigations of factors affecting the reliability of juvenile and adult witnesses” en TRASLER, G., *et al. Psychology, law and legal processes*. Palgrave Macmillan UK, 1979. p. 195-206. Palgrave Macmillan UK, citado en SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. 1990, *op.cit.*, p. 278.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁴⁰ DAVIES, G., 1999, *op. cit.*, pp. 241-256.

⁴⁴¹ SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. 1990, *op. cit.*, pp. 266-285.

la hora de examinar a víctimas y testigos menores de edad⁴⁴². La realidad interna de un niño, plagada de muchas emociones, (miedo, vergüenza, dependencia emocional, afecto hacia sus padres...) puede ocasionar un comportamiento inseguro a la hora de declarar frente a los acusados. Por dicho motivo, la confrontación directa puede resultar ser un pésimo detector de mentiras⁴⁴³.

El TEDH ha destacado que la confrontación (*Face-to-face confrontation*) es una garantía que no se encuentra recogida en el artículo 6.3 del CEDH⁴⁴⁴; tampoco el interrogatorio cruzado (*cross examination*). Según este Tribunal, un derecho de confrontación estricto arriesgaría mucho, puesto que limitaría la posibilidad de oír al testigo que hace una declaración ante policía inculmando a un acusado y luego fallece, o desaparece, o ya no está en condiciones de declarar, o tal vez, esté demasiado asustado para venir al Tribunal⁴⁴⁵.

Si bien el estándar de partida del TEDH defiende que todas las pruebas deben ser examinadas en el plenario⁴⁴⁶, este estándar, fundamentado en el principio de inmediación, con el tiempo se ha visto sometido a una tensión debido al aumento del interés por la protección de las víctimas y de los testigos a lo largo del proceso penal⁴⁴⁷. En su más reciente jurisprudencia, en respuesta a este creciente interés, el TEDH ha avalado que los Tribunales nacionales de los Estados Miembros hayan tomado medidas que limitan la confrontación directa. Sin embargo, estas limitaciones han sido recurrentemente impugnadas al ser un impedimento al juzgador para “observar (el) comportamiento bajo interrogatorio [de la víctima] y, por lo tanto, formarse su propia impresión sobre su fiabilidad”⁴⁴⁸. Debido a este motivo, las restricciones permitidas por los Estados Miembros han sido analizadas con lupa por el TEDH y por el TJUE que han intentado buscar un equilibrio en su jurisprudencia entre

⁴⁴² REDMAYNE, M. “Confronting confrontation” en ROBERTS, P.; HUNTER, J. (ed.). *Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions*. Bloomsbury Publishing 2012; MAFFEL, S. 2006, *op. cit.*; SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. 1990, *op. cit.*; DENNIS, I. “The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights”. *Crim Law Rev*, 2010, no 4, p. 255-274, p. 260

⁴⁴³ Spencer y Flinn hacen un simil entre la Antigua Roma en que la evidencia de los esclavos se ponía a prueba someténdoles a tortura no dista de la teoría defendida hoy en día de que la confrontación directa asegura la veracidad del testimonio. SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. 1990, *op. cit.*, p. 279

⁴⁴⁴ CHOO, A. L.-T. *Evidence: Text and Materials*. Addison-Wesley Longman Limited, 1998, p. 379.

⁴⁴⁵ “[...] complete compliance with confrontation right: where a witness makes a statement to the police incriminating the accused and then dies, or cannot be found, or is no longer fit to testify, or perhaps, is too scared to come to court, then her statement cannot be introduced at trial”, REDMAYNE, M., “Confronting confrontation”, 2010. Disponible en: https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-10_Redmayne.pdf

⁴⁴⁶ TRECHSEL, S.; SUMMERS, S. J. 2005, *op. cit.*, p. 305, nota 73.

⁴⁴⁷ SAFFERLING, C. “The role of the victim in the criminal process—A paradigm shift in National German and International Law?” *International Criminal Law Review*, 2011, vol. 11, no 2, pp. 183-215; FERREIRO BAAMONDE, X., 2005, *op. cit.*

⁴⁴⁸ “from observing (his/her) demeanour under questioning and thus forming its own impression of his/her reliability”, MAFFEL, S., 2006, *op. cit.*, p. 78.

asegurar la calidad de la prueba, proteger a los testigos y proteger el derecho de la defensa a un juicio justo.

Cuando el menor víctima o testigo es un niño pueden plantearse dos tipos de medidas especiales que permitan limitar la confrontación directa con el acusado. En primer lugar, el uso de mamparas, la distorsión de la voz, la distribución de los espacios, despejar la sala del público, que separan visualmente al menor del acusado pero que permiten el examen de su credibilidad en la misma sala del juicio. Este tipo de limitaciones son consideradas por la jurisprudencia internacional como poco dañinas del derecho a la confrontación y coherentes con el artículo 6 del CEDH⁴⁴⁹. Sin embargo, mayores problemas han planteado situaciones en las que se han admitido en el juicio oral, declaraciones formuladas por niños durante la fase de instrucción del proceso penal, debido especialmente a que en numerosos casos estas declaraciones presenten defectos en su práctica.

El TEDH ha permitido que cuando exista una motivación adecuada y suficiente, que indique a la autoridad judicial que si el menor es sometido a la confrontación directa podrá ser objeto de intimidación, miedo o sufrir agonía frente a la obligación de testificar en presencia física o visual del acusado y de revivir los hechos el día del juicio oral frente a un grupo desconocido de personas, se acuerden en determinadas circunstancias medidas especiales. De la misma manera se ha pronunciado el derecho de la Unión Europea a través de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que ha adoptado numerosas medidas que permiten proteger a las víctimas vulnerables en los procesos penales.

2. Medidas especiales de protección

Las líneas que prosiguen se centran en el análisis de los medios que posibilitan que un menor participe en un proceso penal de manera más efectiva y que permiten preservar la calidad de la prueba. Se analizan principalmente los efectos que tienen diferentes medidas especiales en las declaraciones de los niños en torno a dos ejes: el tiempo y la disposición de los espacios.

⁴⁴⁹ JACKSON, J. D.; SUMMERS, S. J., 2012. *op.cit.*, p. 230.

2.1. El factor tiempo y su incidencia en las declaraciones de los niños

Si el paso del tiempo en el proceso penal es importante para los adultos, resulta esencial para los niños. El Comentario General núm. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1)⁴⁵⁰ hace la siguiente mención específica a la diferente percepción del tiempo de los niños: “Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible”⁴⁵¹. Los retrasos en la administración de justicia y las dilaciones indebidas pueden afectar el testimonio infantil e incluso someter al menor a un estrés añadido derivado de la idea de tener que volver a comparecer en el juicio y relatar lo sucedido, muchas veces ante un público desconocido.

Hay que destacar que el artículo 6.1 del CEDH establece que “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída...dentro de un plazo razonable”. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH no ha fijado unos criterios para considerar unos plazos máximos predeterminados a partir de los cuales se entiende que las dilaciones se habrán de considerar como irrazonables. Tampoco lo hace la Directiva 2016/800/UE relativa a las garantías de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, que en su artículo 13.1 únicamente obliga a que “[los] Estados miembros tom[en] todas las medidas adecuadas para velar por que los procesos penales relacionados con menores se tramiten con carácter urgente y con la debida diligencia”. Por otro lado, la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos en su artículo 20 a), impone a “los Estados miembros velar por que durante las investigaciones penales la toma de declaración de las víctimas se lleve a cabo sin dilaciones injustificadas, una vez que se haya presentado ante la autoridad competente la denuncia de una infracción penal”.

Se refleja en la normativa internacional la reticencia o falta de acuerdo de los Estados en fijar límites temporales a partir de los cuales los menores sean citados a declarar, sea durante la fase de investigación sea en el juicio oral. Si bien es cierto que establecer plazos estrictos puede limitar los tiempos para llevar a cabo una investigación efectiva, la importancia de establecer límites a los retrasos innecesarios en la administración de justicia en los casos en

⁴⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, *cit.*

⁴⁵¹ *Ibid.*, párr. 93

que los niños se vean afectados por las dilaciones se justifica con base en tres argumentos. En primer lugar, establecer límites a las dilaciones indebidas busca evitar que una persona acusada pueda permanecer demasiado tiempo en un estado de incertidumbre sobre su destino. Este estado de inseguridad puede ocasionar angustia en la persona. Estos efectos los sufren los niños tanto cuando son sospechosos y acusados como cuando son víctimas o testigos. En caso de que sean sospechosos y acusados se debe hacer una diferencia entre aquéllos menores que están a la espera de juicio pero que no han sido privados de libertad y aquéllos que están a la espera de juicio con una medida privativa de libertad. La espera del juicio provoca efectos sobre ambas situaciones. En general la angustia y el estrés de tener que comparecer y declarar puede agravarse si las autoridades judiciales no logran citar a un menor dentro del plazo y éste se extiende más allá del tiempo establecido por ley⁴⁵².

Para los menores que están a la espera de juicio con una medida cautelar privativa de libertad, el tiempo y las dilaciones indebidas pueden conllevar efectos sobre su educación y desarrollo⁴⁵³. La privación de libertad implica en muchos casos la ruptura de la vida en familia y los lazos emocionales y con en el colegio, que puede incluso suponer un retraso y desvinculación del menor (independientemente de que en el centro puedan seguir cursando estudios). A estos efectos, la Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos y acusados en los procesos penales señalaba en su Exposición de motivos que “en los procesos en que participen menores, debe aplicarse el principio de urgencia para proporcionar una respuesta rápida y proteger el interés superior del menor. Los órganos jurisdiccionales deben ejercer la diligencia debida para evitar todo riesgo de consecuencias adversas en la familia y las relaciones sociales del menor”⁴⁵⁴.

Para el menor víctima y testigo, la espera del juicio puede resultar agónica. Las dilaciones indebidas en los juicios han sido reflejadas por varios estudios como fuente de estrés para los niños que han de declarar como víctimas o testigos en ellos. Saber que van a tener que comparecer y relatar lo sucedido, revivirlo, además de tener que contarlo a unos extraños y a veces incluso en contra de sus mismos progenitores, familiares o seres queridos,

⁴⁵² JACKSON, J.; JOHNSTONE, J. "The reasonable time requirement: an independent and meaningful right?". *Criminal Law Review*, 2005, p. 3-23, pp. 8-11.

⁴⁵³ JACKSON, J.; JOHNSTONE, J.; SHAPLAND, J. "Delay, human rights and the need for statutory time limits in youth cases". *Criminal Law Review*, 2003, pp. 510-524.

⁴⁵⁴ Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, 2013, cit., párr. 50

puede resultar angustiante. Todo ello puede renovar la ansiedad y afectar el testimonio del menor que tendrá que volver a revivir lo sucedido de nuevo⁴⁵⁵.

En segundo lugar, una problemática añadida se encuentra en el hecho de que el transcurso de tiempo puede ser contraproducente para el juicio “pues no hace sino aumentar el riesgo de presiones externas o el peligro de manipulación del ánimo del menor especialmente vulnerable a posibles influencias externas (frecuentemente provenientes de su propio entorno familiar) dirigidas a orientar su declaración en una determinada dirección”⁴⁵⁶ además de la pérdida de memoria que inexorablemente el paso del tiempo ocasiona.

El paso del tiempo puede provocar la pérdida de pruebas o el deterioro de su calidad. En este sentido, hay que tener en cuenta que las dilaciones pueden afectar a la memoria de los hechos relatados y que siempre es recomendable que, para que una declaración sea fiable, se haga lo antes posible⁴⁵⁷. Para los menores acusados de un delito, el impedir que se lleven a cabo dilaciones indebidas, además de permitir que los niños recuerden de manera más precisa los hechos, sirve para que los niños se relacionen con los hechos, es decir, que los sigan reconociendo como propios. De esta relación podrán asumir las consecuencias de sus actos, y obviamente cuanto más pronto puedan comparecer ante el tribunal, más frescos estarán los hechos en su memoria⁴⁵⁸.

En tercer lugar, una sentencia alcanzada después de un largo período de tiempo tras el delito puede convertirse en objeto de controversia y socava la confianza pública en el sistema de justicia penal. En este sentido, la autoridad moral del proceso penal se comprometerá si los

⁴⁵⁵ Un resumen de estos estudios se puede encontrar en: SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. 1990, *op.cit.*, pp. 366-367.

⁴⁵⁶ SÁNCHEZ, G. O. "El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español: especial referencia al menor testigo". En ARMENTA DEU, M. T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. *La víctima menor de edad: un estudio comparando Europa/América*. Colex, Madrid, 2010, p. 140

⁴⁵⁷ Hay numerosos estudios dentro de la psicología del testimonio, que han analizado la capacidad de los niños para recordar eventos y relatarlos de manera fiable. Véase: CECI, S. J.; BRUCK, M. "Suggestibility of the child witness: A historical review and synthesis". *Psychological bulletin*, 1993, vol. 113, no 3, p. 403; TOBEY, A. E.; GOODMAN, G. S. *Children's eyewitness memory: Effects of participation and forensic context*. Child Abuse & Neglect, 1992, vol. 16, no 6, pp. 779-796.

⁴⁵⁸ “[Time limits] are a good thing because they focus the mind, if you like, and obviously the quicker people come before the court the fresher the incidents are in their mind and they are not given the opportunity to go stale, which some offences are by the time they get sentenced. And so far as young offenders are concerned, perhaps even more important, because a month in a fourteen year old life is a long time” en JACKSON, J.; JOHNSTONE, J., 2005, *op. cit.*, p. 21.

Tribunales no respetan ellos mismos la necesidad de que el proceso no sea sometido a dilaciones indebidas⁴⁵⁹.

2.2. Los espacios y su importancia a la hora de permitir la participación efectiva del niño en el proceso penal.

El Comentario General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño en su párrafo 34 establece que “no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y a la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”⁴⁶⁰.

Dos de los casos más emblemáticos sobre la importancia de integrar medidas especiales en el proceso penal ante el TEDH fueron los casos *X y V contra Reino Unido*⁴⁶¹. Los dos menores procesados X y V fueron los autores del asesinato de James Bulger, un niño de dos años en Reino Unido. En el momento de los hechos los dos niños contaban con diez y once años respectivamente. Debido a la naturaleza del crimen cometido, la ley requería que fuesen juzgados en el *Crown Court* designado para los delitos más graves. Dicho juicio se llevó a cabo de la manera establecida sin tener en cuenta que se trataba de dos menores de muy corta edad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó a la conclusión en su sentencia que Reino Unido había violado el derecho a un juicio justo de ambos niños, puesto que al juzgarles de igual manera que a los adultos —excepto ciertas salvedades, pero que el Tribunal consideró del todo insuficientes— no se les había dado la posibilidad de participar en el proceso de manera efectiva.

Se han desarrollado e ido integrando en los ordenamientos jurídicos nacionales medidas que permiten que el menor pueda declarar y, en caso de ser víctima y testigo, no tener que confrontarse de manera directa con el acusado a lo largo del juicio oral. Entre estas medidas

⁴⁵⁹ ZUCKERMAN, A. AS; ROBERTS, P. *The principles of criminal evidence*. Oxford: Clarendon Press, 1989, Oxford: Clarendon Press, p. 350; ASHWORTH, A. “Exploring the integrity principle in evidence and procedure”. En MIRFIELD, P.; SMITH, R. (ed.). 2003, *op.cit.*, p. 109.

⁴⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, U, 2009, *cit.*, párr. 34.

⁴⁶¹ Los casos se plantearon por separado bajo las referencias *T. contra Reino Unido*. Sentencia de 16 de diciembre de 1999. TEDH 1999\76 y *V. contra Reino Unido*. Sentencia de 16 de diciembre de 1999. TEDH 1999\71.

se encuentran en primer lugar, aquéllas en que el menor no se ausenta del juicio oral pero ponen barreras que reducen la visibilidad con el acusado. En segundo lugar, aquéllas que permiten que el menor se encuentre en una sala diferente al declarar en el juicio oral y por último, aquéllas medidas que permiten pre constituir la prueba para evitar que el menor tenga que ser llamado a declarar nuevamente.

2.2.1. Salas de espera separadas, el uso de mamparas, despejar la sala de público.

La Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos representa un claro esfuerzo por parte de la Unión Europea por proteger a las víctimas frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación y las represalias, los riesgos de daños emocionales y psicológicos, proteger la dignidad de la víctima durante la toma de declaración y a la hora de testificar y la protección de su intimidad a través de una serie de medidas. Entre ellas, la disposición de los espacios y las tecnologías de la comunicación se colocan como pilares para conseguir dichos objetivos.

Algunos estudios llevados a cabo a finales de los años 90 trataron de entender cómo percibían los niños el proceso. Las conclusiones a las que llegaron demostraron que una gran mayoría de niños no comprendía el significado de los juicios, y que la confusión les provocaba estrés e incluso miedo⁴⁶². La imaginación, una característica inherente a esta etapa de la vida, puede jugar malas pasadas. La percepción de un niño y la interpretación de su entorno pueden ser muy diferentes a la de un adulto⁴⁶³.

Como primera medida que impide la confrontación directa entre víctima e infractor, es la habilitación de salas de espera para ambas partes procesales. El artículo 19.2 de la Directiva 2012/29/UE obliga a los Estados a habilitar salas de espera separadas para la víctima. La cuestión de los espacios es especialmente importante para los niños, y el diseño de las salas de espera varía de un juzgado a otro⁴⁶⁴. En la mayoría de juzgados coinciden víctimas y acusados en la misma sala de espera y ello puede ser especialmente abrumador para el menor víctima que tendrá que esperar en presencia del acusado y las personas que acompañen al

⁴⁶² En los estudios llevados a cabo en relación a cómo los menores percibían el entorno judicial, al preguntarles sobre los abogados algunos de los niños de corta edad respondieron que eran brujas. Véase SPENCER, John R.; FLIN, R. H. 1990, *op cit*, p. 370.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 370.

⁴⁶⁴ Todo ello ha sido reflejado por estudios que han tratado la cuestión de las percepciones de los niños del proceso y de sus integrantes como uno de los factores más intimidatorios FLIN, R. H.; STEVENSON, Y.; DAVIES, G.M. "Children's knowledge of court proceedings". *British Journal of Psychology*, 1989, vol. 80, no 3, pp. 285-297.

acusado como sus parientes o amigos. Ello puede ser un lugar idóneo para recurrir a las amenazas y a la intimidación.

Por otra parte, no hay que olvidar que en algunas ocasiones el menor asume una doble posición de víctima y victimario en casos de violencia doméstica, en que el menor es denunciado por maltrato en el seno de la familia. En estos casos los denunciantes son sus padres o familiares. Sin embargo no es infrecuente, que en las relaciones familiares sean también los padres los que recurran a la violencia con sus hijos o entre ellos. Si bien es cierto que en los últimos años se ha visibilizado el maltrato de los menores y el síndrome del niño emperador, y se han creado figuras jurídicas para hacer frente a este fenómeno y mecanismos de protección, si son los menores los que sufren maltrato o violencia por parte de sus padres los mecanismos para que el menor denuncie son pocos y, siendo pocos, los esfuerzos del sistema para llegar a estos casos son deficitarios. Esto tiene sus motivos: los menores dependen de sus padres y muchas veces no saben distinguir entre lo aceptable y lo inaceptable y por tanto asumirán que el comportamiento por parte de sus padres es lo normal y que lo merecen⁴⁶⁵. Teniendo esto en cuenta, en estas situaciones, en que es probable que en la familia exista un círculo de violencia, la disposición de las salas de espera también puede ser importante para el menor que estará sentado en el lado de la defensa puesto que antes de la celebración del juicio pueden coincidir en la misma zona de espera fuera de la puerta de entrada a la sala donde se procederá al juicio⁴⁶⁶.

El menor en estos casos esperará generalmente solo, acompañado de su psicólogo y su letrado y, en la realidad judicial, no será extraño que con este último haya intercambiado tan solo unas pocas palabras unos minutos antes en la entrada de la sala de audiencia⁴⁶⁷. A la entrada, al no existir separación coincidirá con sus familiares y tendrá que escuchar los comentarios de sus padres hacia él/ella a la espera de juicio — ¿Por qué nos has hecho esto? ¿Qué te hemos hecho nosotros para merecer esto? Nos has decepcionado, etc.⁴⁶⁸ Estas minucias, aunque parezcan carecer de valor o importancia, para un niño pueden ser

⁴⁶⁵ Debido a este clima de violencia muchos menores recurrirán a las drogas, para hacer el estar en casa más llevadero. Potencialmente ello no hará sino empeorar las cosas, puesto que el consumo de drogas conllevará a que les impida concentrarse empezarán a no poder seguir las clases y empezarán a faltar al colegio y a suspender las asignaturas.

⁴⁶⁶ En la práctica “todos sabemos que en la realidad judicial... los testigos se entremezclan en el pasillo con otros testigos y con familiares y amigos de quién está sentado en el banquillo...” en MONTESINOS GARCÍA, A. "La dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género". *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 2012, no 11, p. 218-249, p. 239.

⁴⁶⁷ Observaciones referidas por los menores durante las entrevistas en los centros de reeducación en Valencia.

⁴⁶⁸ Observación realizada por un menor que estaba cumpliendo con una medida de convivencia en grupo educativo en el centro del Cabanyal, centro de reeducación en la Comunidad Valenciana.

fundamentales y aunque en la teoría el problema de los espacios puede pasar desapercibido, en la práctica resulta esencial, ya que son formas de intimidación que pueden coaccionar la libre voluntad del menor y someterlo a un estrés indebido.

Hay varios mecanismos que permiten aislar a la víctima o al testigo a la hora de declarar en el juicio oral. Entre los métodos más rudimentarios se encuentran el uso de mamparas, cortinas, declaraciones desde el umbral de la puerta de la sala de vistas, despejar la sala de público, etc.⁴⁶⁹ El uso de las pantallas como forma de aislar a la víctima o el testigo dentro de la sala durante su declaración, para impedir el contacto visual con el acusado se ha diagnosticado como un pésimo mecanismo de protección del niño, un parche en el camino hacia la implementación de la videoconferencia. El argumento fundamental se basa en que aunque la víctima esté aislada y no pueda ver al acusado, la mayoría de las veces podrá ver la sala y aquéllos que ocupan el lado de la defensa. Estudios llevados a cabo sobre esta cuestión, que han preguntado a los niños sobre los efectos de las pantallas sobre su declaración, han descrito que las miradas de las personas sentadas en el lado de la defensa y la vergüenza de tener que dar detalles íntimos sobre un abuso sexual ante una sala llena de personas desconocidas son factores de estrés que las mamparas no resuelven⁴⁷⁰. Otro argumento en contra del uso de las mamparas se fundamenta en que la presencia de una barrera física en la sala del juicio que separa a un testigo o víctima del acusado puede llevar a prejuzgar al acusado como alguien peligroso y potencialmente dañar la presunción de inocencia⁴⁷¹.

La publicidad del juicio es una garantía inherente a un juicio, pero en algunas circunstancias puede excluirse. El artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos proclama que “[t]oda persona tendrá derecho a ser oída públicamente [...] y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”. Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño en el artículo

⁴⁶⁹ CHOZAS ALONSO, J. M. "El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español". En ARMENTA DEU, M. T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. 2010, *op.cit.*, p. 172.

⁴⁷⁰ ELLISON, L. *The Vulnerable Witness and the Adversarial Process*. Oxford University Press, 2001, p. 41.

⁴⁷¹ Esta observación se ha hecho en relación a casos que se resuelven ante un jurado. MASSARO, T. M. "The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations". *University of Florida Law Review*, 1988, vol. 40, p. 863.

40.2 b (vii) señala “[q]ue a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente [...] vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”. El único texto de carácter internacional que hace una referencia expresa a los menores, es el CEDH que en su artículo 6.1 permite que “el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”. El artículo 23 de la Directiva 2012/29/UE, especialmente dirigido a proteger víctimas con necesidades especiales, en su punto 2. a) establece que la toma de declaración se llevará a cabo en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin y el 3. d) del mismo artículo, obliga a que las víctimas puedan beneficiarse de medidas que permitan la celebración de audiencias sin la presencia del público pero no obliga a que este tipo de medida se lleve a cabo en caso de tratarse de menores.

Ni la Convención de los Derechos del Niño ni las Reglas de Beijing hacen mención a la posibilidad (discrecional) de que se pueda decidir que por el interés superior del niño se pueda restringir la audiencia y no permitir su publicidad. En el artículo 7.1 de las Reglas de Beijing se reconocen como garantías procesales básicas en todas las etapas del proceso “la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior” pero ninguna referencia se hace a la privacidad. A la hora de considerar la protección a la intimidad, el artículo 8 de las Reglas de Beijing adopta una posición muy reduccionista, recomendando proteger la intimidad en la publicidad y medios de comunicación. En su comentario al artículo 8 explica que “[l]os jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación. Los estudios criminológicos sobre los procesos de difamación han suministrado pruebas sobre los efectos perjudiciales (de diversos tipos) que dimanar de la individualización permanente de los jóvenes como “delincuentes” o “criminales”. La regla 8 también hace hincapié en la importancia de proteger a los menores de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo, el nombre de los menores que se presume

delincuentes o que son condenados). Corresponde proteger y defender, al menos en principio, el interés de la persona”. Sin embargo, ninguna referencia a la importancia de restringir el público del juicio en virtud de los intereses de los menores. La regla 14. 2, más adelante no obstante añade que “[e]l procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”. Consideramos que este precepto es el que ampara dicha garantía aunque no haga mención expresa a la posibilidad de restringir la audiencia al público.

La falta de inclusión de dicha garantía puede fundamentarse en la existencia de un argumento poderoso en favor de no cerrar el juicio al ojo público, puesto que ello sirve de garantía frente abusos que se puedan cometer por parte del Estado y que en casos relacionados con los niños es de especial necesidad proteger a los menores de dichos abusos. Por este motivo, algunos autores han defendido que las decisiones que tienen consecuencias profundas sobre la vida de los niños y sus familias deberían estar abiertas al escrutinio público⁴⁷². Sin embargo, mucha evidencia parece indicar que existe un riesgo alto de que la presencia del público estigmatice al menor y que excluir al público ajeno al caso o familiares y amigos, es una medida positiva y probablemente tenga un efecto positivo en la calidad del testimonio oral del menor⁴⁷³. La presencia del público en la sala puede exponer a la víctima o testigo a actos de intimidación, la vergüenza y la ansiedad provocada por tener que contar cuestiones de naturaleza íntima en casos de violencia o de abuso sexual. El juzgador habrá de llevar a cabo un cuidadoso balance frente a los riesgos planteados por ambas opciones, pero en caso de excluir al público habrá de fundamentarse en un riesgo claro para el menor o el proceso, puesto que “existe un peligro de que en casos de derechos humanos, violaciones puedan pasar desapercibidas en procesos no abiertos al público”⁴⁷⁴.

Hay evidencia que indica que esta medida es aún insuficiente para proteger al menor puesto que, si bien se habrá excluido al público de la sala ajeno al proceso, el menor aun así tendrá que declarar frente a un grupo de personas desconocidas —oficiales de la Corte, abogados, jueces, fiscales, secretarios judiciales— y en presencia del acusado. Al ser este hecho una de las fuentes de estrés mayor para el menor, la videoconferencia se ha convertido

⁴⁷² VAN NIJNATTEN, C. "Behind closed doors: juvenile hearings in the Netherlands". *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1989, vol. 3, no 2, p. 177-184, p. 177.

⁴⁷³ ELLISON, L., 2001, *op. cit.*, pp. 40-41.

⁴⁷⁴ [...] there is a danger that in human rights cases, violations may go unnoticed in proceedings not open to public” VAN BUEREN, G. *The international law on the rights of the child*. Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 182.

en un mecanismo que permite de manera efectiva que el menor declare en otra sala, sin estar en presencia física del acusado ni del público.

2.2.2. *Medidas que apartan al niño del juicio oral.*

Más allá de las medidas que permiten aislar al menor del ambiente del juicio oral y reducir la confrontación con el acusado, también se han permitido medidas que apartan al menor del juicio oral, permitiendo que declare desde una sala distinta a través de videoconferencia o a través de la grabación en video de su declaración durante la fase de instrucción del proceso penal. Se pasa en los siguientes epígrafes a considerar en primer lugar los estudios que han centrado su atención en la efectividad de estas medidas sobre el proceso penal. En segundo lugar se pasará a analizar el marco jurídico de ambas medidas, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el ordenamiento español, apuntando a posibles fallos o lagunas del derecho vigente.

2.2.2.1. Estudios criminológicos sobre la efectividad de estas medidas

La videoconferencia judicial es aquel medio de comunicación bidireccional, simultáneo y a distancia, de imágenes y sonidos que permite intervenir en el proceso a quien no se encuentra físicamente en el lugar en que una actuación procesal se celebra, pero bajo sometimiento a los mismos principios constitucionales y procesales que se han de aplicar a las declaraciones vertidas en la sede del Juzgado o Tribunal⁴⁷⁵.

El uso de la videoconferencia en los procesos penales se desencadenó a raíz de la necesidad de acortar los plazos que causaban largas dilaciones en los tiempos procesales provocados por los desplazamientos, y recortar los costes producidos por la distancia física entre el acusado, la víctima o el testigo y el tribunal. Además de estos motivos, la videoconferencia se ha implementado también con el objeto de proteger a menores y otros testigos vulnerables para prevenir la confrontación directa con el acusado y para prevenir fugas de sospechosos y acusados durante su detención⁴⁷⁶.

Varios estudios se han llevado a cabo sobre la efectividad del uso de la videoconferencia para las declaraciones testimoniales de menores. El impacto del uso de la videoconferencia sobre las declaraciones de los niños ha demostrado que la posibilidad de declarar a través de

⁴⁷⁵ CHOZAS ALONSO, J. M. "El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español". En ARMENTA DEU, M. T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S., 2010, *op.cit.*, p. 168.

⁴⁷⁶ VAN DER VLIS, E. J. "Videoconferencing in criminal proceedings". *Videoconference and Remote Interpreting in Criminal Proceedings*. Guildford, University of Surrey, 2011, pp. 11-25.

la videoconferencia en otra sala, evitando estar presente en la misma y sin tener que oír ni ver al acusado, disminuye el estrés e incrementa la fiabilidad de las declaraciones⁴⁷⁷. En este sentido, la videoconferencia ha demostrado ser un medio que reduce la ansiedad de los menores víctimas y testigos y mejora la calidad de la prueba, puesto que el menor se encuentra más tranquilo y en un ambiente fuera de la sala del juicio⁴⁷⁸.

Las conclusiones de estos estudios señalan que los niños que declararon a través de la videoconferencia se encontraban menos estresados y seguros de sí mismos. Los autores puntualizaron que además los niños declararon de manera más consistente y fluida y resistentes a preguntas dirigidas demostrando mayor disposición a corregir a los abogados. Los abogados entrevistados confirmaron las observaciones destacando que los niños interrogados a través de la videoconferencia sienten menos miedo, se encuentran más relajados y algunos son más directos en sus declaraciones. Además, se llegó a la conclusión de que la videoconferencia permite a muchos niños declarar, que no lo hubieran hecho de tener que comparecer en juicio.

La videoconferencia y la grabación en vídeo de la declaración han sido criticadas por tener el potencial de otorgar a la declaración de la víctima de una innmerceda credibilidad, debido a que coloca a la defensa en una posición de desventaja⁴⁷⁹. Sin embargo, estos argumentos han sido desacreditados a través de estudios que han demostrado que no hay una diferencia significativa que indique un mayor ratio de condenas en los casos en que se usa la videoconferencia o la grabación en vídeo de los casos en los que se obliga al menor a declarar presencialmente en el plenario⁴⁸⁰. Otra crítica que se ha dirigido hacia estas medidas se ha

⁴⁷⁷ Un análisis de dichos estudios y sobre los efectos que tienen sobre los niños ver: ELLISON, L., 2001, *op.cit.*, pp. 41-45.

⁴⁷⁸ En uno de ellos realizado en Escocia, se observaron durante los primeros veintinueve meses desde el comienzo de su implementación en el proceso penal a 154 niños que testificaron a través de este medio en comparación con 89 niños que lo hicieron directamente en el juicio oral (véase DAVIES, G.; NOON, E. *Evaluation of the Live Link for child witnesses*. 1991. London: Home Office). Otro estudio también llevado a cabo en Escocia, observó a 48 niños que prestaron declaración a través de la videoconferencia y 17 que declararon en la sala (véase MURRAY, K. *Live television link: An evaluation of its use by child witnesses in Scottish criminal trials*. Scottish Office Central Research & Statistics Unit, 1995) Otro estudio que analizó los efectos de la introducción de la videoconferencia sobre las declaraciones el niño se llevó a cabo en Australia, se observaron 75 juicios en que declararon menores y se entrevistaron a 32 testigos, 26 abogados y 8 jueces (véase O'GRADY, C. *Child witnesses and jury trials: an evaluation of the use of closed circuit television and removable screens in Western Australia*. Ministry of Justice, 1996). Uno de los estudios más recientes sobre esta cuestión es el de Goodman en el que se simuló varios juicios en que participaron 168 niños (véase GOODMAN, G. S., et al. "Face-to-face confrontation: effects of closed-circuit technology on children's eyewitness testimony and jurors' decisions" *Law and human behavior*, 1998, vol. 22, no 2, p. 165).

⁴⁷⁹ MONTOYA, J. "On truth and shielding in child abuse trials". *Hastings LJ*, 1991, vol. 43, p. 1259.

⁴⁸⁰ DAVIES, G. "The impact of television on the presentation and reception of children's testimony". *International journal of law and psychiatry*, 1999, vol. 22, no 3, pp. 241-256; GOODMAN, G. S., et al. "Face-to-face confrontation: effects of closed-circuit technology on children's eyewitness testimony and jurors'

centrado en la dificultad que su uso plantea para observar el comportamiento no verbal de la víctima o el testigo que se está examinando, como por ejemplo las expresiones faciales o las reacciones físicas⁴⁸¹.

Aun así, numerosos estudios empíricos que han analizado la efectividad de estas medidas, han indicado que es erróneo, como ya se ha indicado con anterioridad, otorgar un papel excesivo al comportamiento no verbal puesto que no se corresponde con la mayor o menor veracidad de los hechos. El comportamiento de un niño, sus expresiones, reacciones, pueden deberse a que está nervioso o que tiene miedo, más que al hecho de que es culpable o que está mintiendo.

Ellis indica que “los comportamientos no verbales que se perciben popularmente como indicadores de la mendacidad incluyen evitar el contacto visual, inquietud, rubor, cambios posturales, manipulación de los movimientos de las manos y rascarse”⁴⁸². No obstante algunos estudios han demostrado que el contacto visual puede ser igual de intenso en una persona que está mintiendo que en una persona que está diciendo la verdad; que el tono de voz tiende a subir, que tradicionalmente se ha asociado con la mentira, ocurre con igual frecuencia en personas que están diciendo la verdad; que la frecuencia de errores gramaticales es igual de ocurrencia en personas que están contando una mentira que en personas que están contando una verdad. La razón de estos cambios se encuentra no tanto en el hecho de que la persona esté mintiendo sino en el nivel de estrés a la que está siendo sometida y el miedo a que existe una desconfianza por parte del juzgador de su testimonio⁴⁸³.

Además hay estudios que indican que, a la hora de juzgar, existe una tendencia a que el juzgador (juez o jurado) sea influenciado por factores periféricos como el atractivo personal, la seguridad y confianza en uno mismo como prueba de veracidad, cuando en ningún modo suelen ir correlacionados con la mayor o menor veracidad de la declaración de una persona⁴⁸⁴. En este sentido todos estos argumentos alegados para desacreditar el uso de estas medidas especiales han sido desarticulados por diversos estudios que demuestran que el uso

decisions". *Law and human behavior*, 1998, vol. 22, no 2, p. 165; ROSS, D. F., *et al.* "The impact of protective shields and videotape testimony on conviction rates in a simulated trial of child sexual abuse". *Law and Human Behavior*, 1994, vol. 18, no 5, p. 553.

⁴⁸¹ STONE, M. "Instant lie detection-demeanor and credibility in Criminal Trials". *Criminal Law Review*, 1991, pp. 821-830.

⁴⁸² "non-verbal behaviors popularly perceived as indicators of mendacity include avoidance of eye contact, fidgeting, blushing, postural shifts, manipulative hand movements, and scratching". ELLISON, L., 2001, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁸³ *Ibid.*, pp. 76-77

⁴⁸⁴ FIFE-SCHAW, C. "The Influence of Witness Appearance and Demeanor on Witness Credibility: A Theoretical Framework". *Medicine, Science and the Law*, 1995, vol. 35, no 2, pp. 107-116.

de la videoconferencia o la grabación en video pueden ser iguales o más efectivos como fuente de prueba que la declaración presencial del menor en el juicio oral.

2.2.2.2. El uso de la videoconferencia

2.2.2.2.1. *En el derecho internacional de los derechos humanos*

En el ámbito europeo, el Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del año 2000 contempla en su artículo 10 la posibilidad de que los testigos y los expertos sean oídos por videoconferencia. Las tecnologías de la información se prevén además en varios de los artículos de la Directiva 2012/29/EU. El artículo 20 b) obliga a los Estados a velar porque el número de declaraciones de la víctima sea el menor posible. El artículo 23.3. a) invita a los Estados a desarrollar medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor, incluso durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación. En concreto el artículo 23.3.b) hace mención explícita a la videoconferencia o a métodos que reproduzcan la voz, obligando a que el Estado garantice medidas para que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, especialmente mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.

Dichas medidas están sujetas a unas limitaciones establecidas en el artículo 23. 1 de la misma Directiva que contempla “limitaciones operativas o prácticas que lo hacen imposible, o si existe una necesidad urgente de tomar declaración a la víctima si, de no procederse a esta declaración, la víctima u otra persona podría resultar lesionada o el curso del proceso verse perjudicado”⁴⁸⁵. La consideración preliminar núm. 59 de la Directiva detalla ejemplos de limitaciones operativas y prácticas que puedan impedir que la víctima pueda ser entrevistada por el mismo agente considerando “una baja por enfermedad o un permiso de maternidad o permiso parental. Además, puede que los locales concebidos especialmente para las entrevistas no estén disponibles, por ejemplo por renovación”.

Sin embargo, como se viene analizando a lo largo de este trabajo, si bien la Directiva está formulada en términos inconcretos, da un paso adelante puesto que, aun permitiendo un

⁴⁸⁵ “The number of interviews should be as limited as possible and their length should be adapted to the child’s age and attention span”. Consejo de Europa. *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, 2011, párr. 67.

Disponible en

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045f5a9>.

amplio margen de apreciación, inserta unos umbrales (reflejados por las palabras “imposibilidad”, “urgencia” o lesión o perjuicio a la víctima o al proceso) que indican a los Estados, que si deciden no adoptar las medidas especiales indicadas en la valoración individual, habrán de justificar esta decisión. Los argumentos fundamentados en imposibilidad y urgente necesidad habrán de ser sometidos a un riguroso y atento escrutinio por parte de los órganos jurisdiccionales.

Si bien es cierto que la videoconferencia se ha considerado como una medida para proteger a víctimas y testigos, también se ha permitido para sospechosos y acusados. En el caso *Marcello Viola contra Italia*⁴⁸⁶, el sospechoso, acusado de varios homicidios y miembro de la mafia, acudió al TEDH alegando vulneración de su derecho a un juicio justo por habersele negado la posibilidad de acudir al juicio. El TEDH consideró que, si bien la presencia del acusado en el juicio es de importancia capital para que un juicio sea justo, el artículo 6 del CEDH no requiere explícitamente que los intereses de las víctimas y testigos sean tomados en consideración. Sin embargo, prosigue el Tribunal, pueden surgir intereses como su vida, libertad y seguridad que entran dentro del marco de protección del artículo 8 del Convenio. “En este contexto, los principios de un juicio justo exigen también que en los casos apropiados que los intereses de la defensa se equilibren con los de los testigos o víctimas llamados a testificar”⁴⁸⁷ y por dicho motivo el artículo 6 no siempre requiere el derecho a estar presente personalmente en el juicio. Para ello, el Tribunal avaló el uso de la videoconferencia mientras las características del proceso cumplieran con el artículo 6 concluyendo que el acusado había tenido asistencia letrada a lo largo del proceso y que la medida había sido adoptada de manera proporcionada⁴⁸⁸. En este sentido la jurisprudencia no parece ir en contra de las Directivas recientemente aprobadas de la UE. La Directiva 2016/343/UE por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio integra en el artículo 8 la obligación de garantizar que los sospechosos y acusados tengan derecho a estar presentes en el juicio aunque podrán celebrar el juicio sin presencia del acusado siempre que este último haya sido informado y de las consecuencias de su incomparecencia y sea defendido por un letrado. La Directiva 2016/800/UE en su artículo 16 integra el derecho del menor a estar presente y participar en su propio juicio y la obligación de los Estados de que la ausencia

⁴⁸⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Marcello Viola contra Italia*. Sentencia de 5 octubre 2006. TEDH 2006/55.

⁴⁸⁷ Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defense are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify” *Ibid.*, párr. 51.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, párrs. 66-67.

cuenta con las garantías establecidas en la Directiva 2016/343/UE. Nada dicen estas normas sobre el uso de la videoconferencia o las circunstancias que puedan permitir su uso y específicamente si el sospechoso o acusado es un niño.

2.2.2.2.2. *En el ordenamiento español*

En el ordenamiento español la posibilidad de que se utilicen medios técnicos para evitar la confrontación entre acusado y víctima, especialmente si la víctima es un niño, se contempla en los artículos 448 y 731 bis de la LECrim. Concretamente, el artículo 448 de la LECrim posibilita que “[l]a declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada [pueda] llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”. Por su parte, el artículo 731 de la LECrim permite que “por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”⁴⁸⁹.

Es importante destacar que aun así, no hay que olvidar que el uso de medios técnicos no será suficiente, sino que generalmente se habrá de adoptar con otras garantías para que cumpla su función. Son igual de relevantes el lugar donde se preste la declaración, las personas que asisten y al modo de formular las preguntas⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ GIMENO JUBERO, M. Á. "Menores maltratados: derechos de la víctima y garantías del proceso". *Cuadernos de derecho judicial*, 1998, no 12, pp. 171-210; CHOZAS ALONSO, J. M. El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español. En ARMENTA DEU, M. T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. 2010, *op.cit.*, p. 172.

⁴⁹⁰ MONTESINOS GARCÍA, A. *La Videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Marcial Pons, 2009, p. 84

2.2.2.3. La admisibilidad de las declaraciones pre-constituidas en la fase de instrucción de niños víctimas y testigos.

2.2.2.3.1. *En el derecho internacional de los derechos humanos*

Casi todos los ordenamientos procesales en Europa permiten excepciones a la obligación de testificar en el juicio oral⁴⁹¹. El TEDH ha considerado en varias ocasiones que las excepciones a la confrontación en el juicio oral se han justificado con base en la vulnerabilidad de la víctima o del testigo, en concreto en casos de abuso sexual de menores⁴⁹².

Se han planteado varios casos ante el TEDH en los que las declaraciones de los niños han sido grabadas en video o tomadas a través de otro medio y admitidas en el juicio oral como prueba. La admisibilidad de estas declaraciones vertidas en la fase de instrucción no ha estado exenta de controversia y los organismos de derecho internacional de los derechos humanos y en particular el TEDH, han desarrollado una línea jurisprudencial al respecto puesto que es comprensible que los Estados Miembros de Europa hayan ido permitiendo restricciones a la posibilidad del acusado de examinar a la víctima o testigo en el juicio oral, especialmente si es vulnerable.

Al considerar la validez del uso de declaraciones pre-constituidas como prueba en la fase de investigación del proceso penal para testigos y víctimas vulnerables menores la postura que ha seguido el Tribunal ante estos casos es la misma: la admisibilidad de la declaración será posible y podrá constituir la única y decisiva prueba, siempre que el sospechoso o acusado haya tenido la posibilidad de examinar en la fase prejudicial del proceso al menor.

En el caso *D. contra Finlandia*⁴⁹³, el demandante había sido acusado en el proceso nacional de la violación de dos hermanos, un niño de trece y una niña de diez años de edad. Debido al deterioro de su salud mental durante el proceso, uno de los hermanos fue internado en un hospital psiquiátrico imposibilitando su comparecencia en el juicio oral. En consecuencia, su declaración fue tomada antes del juicio oral y fue grabada y admitida en el juicio oral como prueba. La ausencia del niño se consideró justificada por parte de la antigua Comisión valorando que se habían dado los requisitos para que el acusado hubiera podido

⁴⁹¹ JACKSON, J. D.; SUMMERS, S. J. 2012, *op. cit.*, p. 335.

⁴⁹² MAFFEI, S. 2006, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *D. contra Finlandia*. Sentencia de 7 julio 2009. JUR 2009\338381

someter al niño a examen. En *Kremers contra Países Bajos*⁴⁹⁴ tres niñas fueron víctimas de abuso sexual por sus parientes. Examinadas por un juez en la fase de instrucción del proceso en presencia del abogado de la defensa, pudo el abogado de la defensa plantear preguntas por escrito mientras que la defensa y la acusación seguían el interrogatorio desde un cuarto separado a través de una televisión. Ninguna de las niñas fue llamada a testificar en el juicio oral. Tras la condena, la decisión fue recurrida y se decidió volver a practicar la prueba, esta vez se permitió al abogado de la defensa examinar directamente a una de las niñas y plantearle preguntas de manera directa. La defensa pudo seguir desde otra sala el examen a través de un video-link que fue dramático puesto que la niña entró en pánico y no logró contestar a las preguntas más gravosas.

Con base en esta falta de respuesta, los acusados recurrieron a la Comisión argumentando que se había vulnerado el artículo 6.3 puesto que las víctimas no habían contestado a algunas de las preguntas formuladas a lo largo del examen. La Comisión consideró sin embargo que los derechos garantizados por el artículo 6 (1) y 6 (3) de la Convención son del acusado y la defensa en general. Con el fin de determinar si estos derechos han sido respetados, no es suficiente considerar la situación en la que el propio acusado se encuentre, sino la situación en la que se coloca la defensa en su conjunto. En circunstancias excepcionales, puede haber razones para la deposición de un testigo en ausencia del acusado con la condición de que su abogado esté presente, o para permitir que un testigo no conteste ciertas preguntas⁴⁹⁵. La Comisión falló en estos dos casos a favor del Estado, considerando que el proceso había sido justo y que se había respetado el derecho a la confrontación de la defensa⁴⁹⁶.

La Comisión llegó a las mismas conclusiones en el caso *Slobodan contra Países Bajos*⁴⁹⁷, donde se acusaba al demandante de abusar sexualmente a varias personas, entre las cuales se encontraba su hija. En la fase de investigación el juez escuchó a la menor en presencia del

⁴⁹⁴ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso *Kremers contra Países Bajos*, Decisión no. 25208/94 de 19 de octubre de 1995

⁴⁹⁵ “the rights secured by Art 6(1) and 6(3) of the Convention are those of the accused and the defence in general. In order to determine whether these rights were respected, it is not sufficient to consider the situation in which the accused himself is placed. Consideration must rather be given to the situation in which the defence as a whole is placed. In exceptional circumstances there may be reasons for hearing a witness in the absence of the accused on condition that his lawyer is present, or to allow a witness not to answer certain questions” MAFFEL, S., 2006, *op. cit.*, p. 93

⁴⁹⁶ *Ibid.*, pp. 92-93

⁴⁹⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso *Slobodan contra Países Bajos*, Decisión no. 29838/96 de 15 de enero de 1997.

abogado de la defensa, que decidió no plantear ninguna pregunta. La Comisión dio por válida la condena dando por admisible la declaración llevada a cabo en la fase prejudicial⁴⁹⁸.

El TEDH, ha considerado también en varias ocasiones la admisibilidad de declaraciones a menores pre-constituídas en la fase de instrucción del proceso penal. En dos casos ha dado por válida la admisibilidad, al constatar que el requisito de la confrontación se había satisfecho suficientemente por haber alcanzado el umbral de protección reflejado en el artículo 6.

En el caso *Accardi contra Italia*⁴⁹⁹, varios demandantes alegaron la injusticia del juicio fundamentándose en el uso de las declaraciones prejudiciales de los menores que alegaron haber sido víctimas de abuso sexual. Los menores fueron interrogados antes del juicio oral, sin estar presentes los demandados, no obstante, los demandados tuvieron la oportunidad de formular preguntas a los menores. El video del interrogatorio se presentó en el juicio y el Tribunal consideró que no se había dado una vulneración del artículo 6 del Convenio⁵⁰⁰.

El caso *SN contra Suecia*⁵⁰¹ versó también sobre el abuso sexual de un niño de diez años por parte de un maestro de su colegio. Las declaraciones del niño se tomaron durante la fase de instrucción, una en policía y otra en el domicilio del menor. Ambas fueron grabadas. En ambas tomas, el abogado del demandante estuvo ausente, aun habiéndosele informado sobre la posibilidad de presenciar y formular preguntas al menor. El TEDH concluyó en favor del gobierno sueco, alegando que si bien las declaraciones del niño habían sido la única y decisiva prueba, se le había dado a la defensa la oportunidad suficiente y adecuada de confrontar dicha declaración (oportunidad que el abogado defensor no había aprovechado)⁵⁰². Por dicho motivo, el Tribunal concluyó reiterando que el artículo 6.3.d) del CEDH no debe interpretarse “como que requiere en todos los casos que las preguntas se pongan directamente por el acusado o su abogado defensor, a través del interrogatorio cruzado o por otros medios”⁵⁰³.

El TJUE también ha considerado la cuestión de la pre-constitución de la prueba testifical en la fase prejudicial del proceso penal a través de audiencias protegidas (llamado *incidente*

⁴⁹⁸ MAFFEI, S. 2006, *op.cit.*, p. 93

⁴⁹⁹ Caso *Accardi y otro contra Italia*. Sentencia de 20 de enero de 2005. TEDH 30598/02

⁵⁰⁰ REDMAYNE, Mike, “Confronting confrontation” en ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill (ed.), *op. cit.*, 2012.

⁵⁰¹ Caso *S.N. contra Suecia*. Sentencia de 2 julio 2002. TEDH 2002\43

⁵⁰² *Ibid.*, párr. 44.

⁵⁰³ “[A]s requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his or her defence counsel, through cross-examination or by other means”, *Ibid.*, párr. 52.

probatorio) en el asunto *Pupino*⁵⁰⁴. EL TJUE ha adoptado la misma postura que el TEDH y ha avalado la idea de que no se necesita corroboración de una declaración pre-constituida de un menor en la fase prejudicial del proceso penal, siempre que se haya brindado la posibilidad al sospechoso o acusado de examinar al menor, adaptándose el proceso a las necesidades del niño⁵⁰⁵.

La línea seguida por el Tribunal es clara, en primer lugar porque el Tribunal aplica su test de proporcionalidad para valorar si las medidas restrictivas de los derechos de la defensa han respondido a criterios de necesidad y proporcionalidad y en segundo lugar, el Tribunal aplica su regla de la única y decisiva prueba, que inadmitirá cualquier declaración obtenida sin las preceptivas garantías y que haya sido única y decisiva en la condena del acusado si no se satisface el requisito de la corroboración. Veamos detenidamente cada uno de estos extremos.

En primer lugar, el Tribunal al aplicar su test de proporcionalidad valorará si las medidas adoptadas han sido “estrictamente necesarias” y han justificado la intromisión en el derecho afectado. Para el Tribunal “cualquier dificultad causada a la defensa por la limitación de sus derechos "debe ser" suficientemente contrarrestadas por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales”⁵⁰⁶, ello significa que las medidas adoptadas habrán de ser razonables y valorar si las autoridades pudieron haber alcanzado el mismo objetivo, es decir, proteger a las víctimas, sin adoptar medidas tan restrictivas del derecho a la confrontación de la defensa. En el caso *Visser contra Países Bajos*⁵⁰⁷, el TEDH consideró que las restricciones al derecho a la confrontación no se podían justificar de manera razonable puesto que el juez no entró a valorar en profundidad las razones que ocasionaban miedo a la víctima y por tanto no se justificó debidamente las razones que fundamentaban su anonimato.

En este sentido, este control fundamentado en el principio de proporcionalidad implementado por el Tribunal sirve para vigilar la discrecionalidad del juez a la hora de acordar dichas medidas.

El artículo 24 a) de la Directiva 2012/29/UE, indica a los Estados a que “todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales

⁵⁰⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *Proceso penal contra María Pupino*. Sentencia de 16 junio 2005. TJCE 2005\184.

⁵⁰⁵ MAFFEI, S. 2006, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁰⁶ “any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights” are “sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *P. S. contra Alemania*. Sentencia de 20 diciembre 2001. TEDH 2001\881, párr. 23.

⁵⁰⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Visser contra Holanda*. Sentencia de 14 febrero 2002. JUR 2002\61050.

y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales”. De esta forma este artículo contempla, no una imposición, sino la posibilidad (“*puedan ser grabadas*”; “*puedan utilizarse*”), siempre que la interferencia con el derecho a confrontar de la defensa no sea desproporcionado. En este sentido, nótese que el uso de la palabra *puedan* no obliga sino posibilita. Esta falta de obligación se ha visto reflejada en el ordenamiento español en la redacción del nuevo artículo 730 LEcrim que integra la palabra “*podrán*” leerse o reproducirse.

Si bien la ley permite la posibilidad de que la declaración pre-constituida del menor pueda ser leída en el plenario, lo más prudente, “de modo que la declaración del menor pueda someterse a debate por las partes ante el juez, será que se grabe la misma y posteriormente se reproduzca en el juicio oral, y no se limite a proceder a su mera lectura”⁵⁰⁸. La actitud del TEDH ante esta cuestión se ha visto reflejada en la decisión *Kuznetsov contra Rusia*⁵⁰⁹, en la que varios demandantes denunciaron a las autoridades rusas por haber sido condenados única y decisivamente sobre las declaraciones prejudiciales de víctimas que no acudieron al juicio. La vulneración alegada por los demandantes del artículo 6.3 del CEDH se fundamentaba en el hecho de que estas declaraciones fueron leídas en el plenario. En su fallo el TEDH no descarta la posibilidad de que la lectura sea una forma de reproducción válida, aunque en el caso concreto no pudo decidir sobre la validez de la admisibilidad al no estar el expediente completo. Se desprende de dicha Sentencia que el medio de reproducción no es el problema central que preocupa al TEDH sino asegurar que la declaración, que posteriormente pueda ser leída, haya sido tomada con las garantías inherentes a un juicio justo, que en el caso no se pudo verificar al estar el expediente del caso incompleto.

Esta cuestión también se consideró en el caso *Barberá Messegué y Jabardó c. España*⁵¹⁰ en el que las declaraciones prejudiciales se admitieron en el juicio oral pero no fueron sometidas a las garantías del artículo 6 del CEDH y la respectiva contradicción, puesto que se admitieron pero no se leyeron en el juicio oral ya que se “dieron por leídas”.

Todo ello implica que “tendrá que ser el juez quien determine una opción u otra sobre la base de las peticiones de las partes. Para ello, será conveniente que, siempre en aras de la

⁵⁰⁸ MONTESINOS GARCÍA, A., “La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral”, en FUENTES SORIANO, O., (Dir.), *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 239 – 250, p. 246.

⁵⁰⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Kuznetsov y otros contra Rusia*. Decisión no. 33389/07 de 14 de enero de 2014.

⁵¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Barberá, Messegué y Jabardo contra España*. Sentencia de 13 junio 1994. TEDH 1994/22.

mayor efectividad de los derechos de defensa del acusado, tal decisión venga avalada por un dictamen pericial que desaconseje la declaración del menor en el juicio oral por ser susceptible de causarle graves perjuicios”⁵¹¹.

En segundo lugar, el Tribunal ha declarado el juicio injusto si se toma la declaración sin la preceptiva confrontación y se utiliza como única y decisiva prueba en la fundamentación de la condena (*sole and decisive evidence rule*). El uso que hace el TEDH de esta regla merece ser analizado en detalle, puesto que, además de articular el tratamiento del requisito de la corroboración deja entrever cuestiones de particular envergadura para los niños en el proceso penal⁵¹².

2.2.2.3.2. *En el ordenamiento español*

En consecuencia, los Estados miembros han ido permitiendo la pre-constitución de la declaración del menor en la fase de instrucción evitando así que tenga que comparecer en el juicio oral de nuevo. En el ordenamiento español, tras un largo reclamo que ha venido apelando una reforma legislativa que permita la posibilidad de admitir estas declaraciones⁵¹³, finalmente se ha hecho efectivo a partir de la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima que ha reformado el artículo 730 LECrim permitiendo “leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”. El artículo 448, también modificado tras la Ley 4/2015, establece la posibilidad de que la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada pueda llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. Hasta el momento la grabación de la declaración en la fase de instrucción no implicaba que pudiera sustituirse por su declaración en el plenario. Se podía, no obstante, reproducir el día del juicio para contrastarla con la prestada en el plenario⁵¹⁴.

⁵¹¹ MONTESINOS GARCÍA, A., 2017, pp. 239 – 250, p. 247.

⁵¹² Esta cuestión se analizará con más detalle en el capítulo 5 de este trabajo.

⁵¹³ MAGRO SERVET, V. “Necesidad de la práctica de la prueba pre-constituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos contra la libertad sexual”. *Diario La Ley*, 2008, no 6972; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “Valor de la declaración de la víctima menor de edad en la fase de instrucción del proceso penal español”. *Diario La Ley*, 2009, no 710. MONTESINOS GARCÍA, A. 2017, *op cit*.

⁵¹⁴ *Ibid*, p. 144.

3. La dispensa del deber de declarar de víctimas y testigos por relación de parentesco.

3.1. Fundamento de la dispensa del deber de declarar: la protección de la vida privada y familiar del niño.

Una garantía añadida que permite una excepción al deber de declarar en el proceso penal de víctimas y testigos se brinda, por los ordenamientos nacionales, con diferente alcance, a aquellas personas que, en virtud de la profesión, o la relación de parentesco que tienen con el acusado, pueden eximirse de su deber de colaborar con la justicia cuando son llamadas a declarar.

Esta protección prevista por los ordenamientos nacionales tiene por fundamento el derecho a no inculpar a un ser querido y participar en su posible encarcelamiento. Esta finalidad busca proteger la conciencia de la persona, su integridad personal y la protección de la vida privada y familiar. La Administración de Justicia no puede funcionar como una apisonadora en su búsqueda de la verdad material, sino que dentro de su labor de búsqueda de la verdad material debe asegurar que también quedan protegidos otros intereses, como el derecho a la vida privada y familiar, la intimidad y la conciencia de los testigos cuando son obligados a comparecer y declarar en contra de un ser querido.

Cuando la víctima o testigo es un niño “a menudo plantea a las autoridades fiscales y a los tribunales dificultades probatorias graves en el curso de las actuaciones”⁵¹⁵. Estos problemas pueden ser provocados por el hecho de que un alto porcentaje de casos en que los niños pueden ser testigo de un delito, los acusados pueden ser personas cercanas⁵¹⁶. Ello conlleva a que el menor se verá enfrentado a una persona con la que tiene lazos afectivos y ello plantea “problemas singulares que puede suscitar la confrontación entre un "acusado" y un testigo de su propia familia... [los privilegios testificales] pretenden proteger a este último evitándole problemas de conciencia; y, además, existen parecidos preceptos en el ordenamiento jurídico interno de varios Estados miembros del Consejo de Europa”⁵¹⁷.

⁵¹⁵ “often confront the prosecuting authorities and the courts with serious evidential difficulties in the course of the proceedings” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Mattochia contra Italia*. Sentencia de 25 julio 2000. TEDH 2000/403, p. 71.

⁵¹⁶ Cuestión que se analizará más adelante en este trabajo son los casos en que los menores son víctimas de abuso sexual o maltrato en que un porcentaje alto se lleva a cabo por personas de confianza del menor como como profesores, médicos y familiares. Véase: Campaña para la Prevención de la Violencia Sexual contra la Infancia: Uno de Cada Cinco. Disponible en <http://www.fapmi.es/contenido1.asp?sec=51>.

⁵¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Unterpertinger contra Austria*. Sentencia de 24 noviembre 1986. TEDH 1986/14, párr. 30.

La obligación de declarar puede enfrentar a una persona inocente con una elección difícil, puesto que puede suceder que si decide no mentir tenga que delatar e incriminar a alguien a quien quiere. Esta cuestión se refleja bien en una frase pronunciada por Arthur Miller durante la era Mc Carthy, en la época de persecución de personas relacionadas con actividades comunistas en Estados Unidos, que cuando al ser preguntado por determinados nombres se negó diciendo “*I am trying to, and I will, protect my sense of myself*”⁵¹⁸ (“estoy intentando, y así lo haré, proteger lo que siento hacia mí mismo”). Declarar en contra de un ser querido puede ser tan doloroso, o incluso más, que declarar contra uno mismo, puede socavar el sentimiento de integridad personal de una persona, ya que “hay algunos proyectos o compromisos que están tan estrechamente relacionados con el sentido de uno mismo que suspenderlos o comprometerlos podría ser severamente desorientador”⁵¹⁹.

La importancia de este interés amparado por la dispensa del deber de declarar ha sido recogida tanto por la doctrina⁵²⁰ y jurisprudencia⁵²¹ como por la jurisprudencia extranjera⁵²².

3.2. Alcance de la dispensa del deber de declarar en relación a los niños

El reconocimiento del derecho a no declarar por parte de víctimas y testigos se reconoce generalmente en todos los sistemas procesales a través de la regulación de los privilegios testificales (*testimonial privileges*). Existen privilegios que alcanzan las relaciones familiares y de parentesco y privilegios que abarcan relaciones de confidencialidad amparadas por el secreto profesional⁵²³.

⁵¹⁸ BOSMAJIAN, H.. *The Freedom Not to Speak*. NYU Press, 1999 p. 130 citado en REDMAYNE, M. "Rethinking the privilege against self-incrimination". *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, p. 209-232, p. 222.

⁵¹⁹“A requirement to other incriminate may undermine a person’s feeling of personal integrity, for there “are some projects or commitments that are so closely related to sense of self that to suspend or compromise them could be severely disorienting”, KUPPERMAN, J. *Character*. Nueva York. 1991, p. 11, citado en REDMAYNE, 2007, p. 223.

⁵²⁰ MORENO CATENA, V. M. *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*. Montecorvo, 1980; MAGRO SERVET, V. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?” *Diario La Ley*, 2005, no 6333. ESCOBAR JIMÉNEZ, R. “La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal”. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2009, vol. 11.

⁵²¹ Véanse *inter alia* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 164/2008 de 8 abril. RJ 2008\1726; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 17/2010 de 26 enero. RJ 2010\1270.

⁵²² Sobre la doctrina italiana y alemana que reconoce el fundamento de esta dispensa en el derecho natural como ley suprema moral véase LÓPEZ VILLAMARÍN, M.L. "El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal". *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 2012, pp. 11- 14.

⁵²³ Los privilegios conferidos por el secreto profesional excede del contenido de este trabajo puesto que es un privilegio que se concede a los adultos en razón de su profesión. Un estudio comparado de estos privilegios véase: KREB, C. *Witnesses in Proceedings before the International Criminal Court: An Analysis in the Light of Comparative Criminal Procedure* en FISCHER, H.; KREB, C. *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*. Berlin Verlag, 2001, p. 335. Sobre el deber de los profesionales

3.2.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

La jurisprudencia del TEDH trató la cuestión del alcance del privilegio testimonial en el caso *Van Der Heijden contra Países Bajos*⁵²⁴. La demanda por parte de una nacional neerlandesa se fundamentaba en una vulneración del artículo 8 del CEDH en relación con el artículo 14, por habersele obligado a declarar como testigo en un caso contra su “compañero de muchos años con quien ella mantenía una relación estable”⁵²⁵. La problemática del caso se hallaba en que la demandante no había registrado su relación en ningún momento de su vida afectiva con su pareja, ni tampoco existía un vínculo matrimonial entre ellos. La ley neerlandesa, en el artículo 217 del Código Procesal Penal, concedía el privilegio testimonial solo a cónyuges o ex-conyuges o parejas o ex parejas registradas⁵²⁶. El alcance del artículo 217 no se extendía así a la demandante, que alegaba ante el tribunal de Estrasburgo la vulneración de su derecho a la vida privada y familiar, obligándola a comparecer como testigo contra su pareja, con la cual, aun no estando su relación registrada, tenía de hecho una vida familiar asentada desde hacía años, conviviendo juntos durante dieciocho años en una relación afectiva de la cuál habían nacido dos niños, reconocidos por su pareja como suyos⁵²⁷.

El TEDH en el análisis de dicho caso, llevó a cabo el tradicional test de proporcionalidad que emplea para todos aquéllos derechos que puedan sufrir una interferencia por parte del Estado en determinadas circunstancias. El Tribunal consideró que efectivamente Países Bajos, no obstante contemplara el deber y la obligación de declarar como una “obligación cívica”, había vulnerado el derecho a la vida familiar de la demandante⁵²⁸. El Tribunal reconoció que el privilegio testifical tiene la función de proteger a ciertos testigos que son exonerados de ser obligados a declarar por el dilema moral que supone tener que elegir entre dar pruebas veraces y por ello, posiblemente, poner en peligro su relación con el/la sospechoso/a o dar pruebas falsas, es decir, mentir, con la consecuencia de poder ser sancionados por un delito de perjurio a fin de proteger esa relación.

de denunciar cuando existan sospechas de abuso o maltrato infantil ver: MATHEWS, B.; BROSS, D. C. *Mandatory Reporting Laws and the Identification of Severe Child Abuse and Neglect*. New York, NY: Springer, 2015. Sobre la obligación de denunciar el maltrato abuso o abandono de los niños en el derecho internacional ver en concreto el último capítulo de este trabajo escrito por el profesor DOEK, J., “The Identification and Reporting of Severe Violence against Children: International Standards and Practices” pp. 513-541.

⁵²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), caso *Van Der Heijden contra Países Bajos*. Sentencia de 3 abril 2012. JUR 2012\122387.

⁵²⁵ *Ibid.*, párr. 3

⁵²⁶ *Ibid.*, párr. 14

⁵²⁷ *Ibid.*, párr. 13.

⁵²⁸ *Ibid.*, párr. 52

Puesto que se había realizado por parte de las autoridades de Países Bajos una interferencia con el artículo 8 del Convenio, el Tribunal consideró en primer lugar, si dicha interferencia se encontraba regulada en la ley. Confirmando su regulación en el artículo 221 del Código Procesal Penal, que limitaba el privilegio testifical a unas categorías determinadas de testigos, en segundo lugar pasó a valorar si dicha interferencia se encontraba justificada, es decir, si perseguía un fin legítimo y si había sido necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal no negó que la interferencia persiguiera un fin legítimo, *inter alia*, la investigación y enjuiciamiento del crimen. La problemática se centró más bien en valorar si dicha interferencia había sido necesaria, es decir, si los medios utilizados habían sido proporcionales al fin perseguido. Amparándose en la naturaleza subsidiaria del sistema convencional europeo y la legitimación democrática directa que tienen las autoridades nacionales en la protección de los derechos humanos⁵²⁹, al tratarse de un derecho no considerado crucial para el disfrute efectivo de los derechos íntimos y claves del individuo, el TEDH concluyó que el margen de apreciación de los Estados no debía restringirse de la misma manera que si se tratara de una faceta particularmente importante inherente a la existencia o identidad de un individuo que está en juego⁵³⁰. Puesto que no existía un consenso en Europa en torno a los privilegios testificales (*compellability of witnesses*)⁵³¹, al ser un problema que plantea “cuestiones de naturaleza moral y ética...la falta de una base común, que en sí misma no es decisiva, militaba a favor de un amplio margen de apreciación en esta materia”⁵³².

Sin embargo, hay que destacar que las decisiones del TEDH han de ser consideradas con base en los votos recibidos, para poder entrever si existe consenso en torno a la decisión o se trata de una cuestión controvertida. En el caso *Van der Heijden*, los votos de los jueces se encontraron muy divididos en una proporción de 10:7, que refleja el disenso existente. Los votos razonados de los jueces Costa, Hajidev y Malinverni aun no mostrándose contrarios al fallo mayoritario, llaman la atención sobre la pena excesiva (13 días de privación de libertad) establecida en Países Bajos para casos de que un testigo rechace testificar. La negativa a testificar, explican estos jueces, puede ser debida a que “un testigo que no desee testificar en un caso como el presente, también puede tener serias razones para no hacerlo - razones que

⁵²⁹ *Ibid.*, párr. 55

⁵³⁰ “Where a particular important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted”. *Ibid.*, párr. 59.

⁵³¹ Véanse específicamente los párrafos 31-36 en que el Tribunal ofrece un análisis comparado de los privilegios testimoniales en Europa llegando a la conclusión de que los ordenamientos ofrecen una diferente protección y alcance.

⁵³² *Ibid.*, párr. 61.

no son frívolas, como afecto por la pareja, el miedo a las represalias o las posibles reacciones de los hijos de la pareja”⁵³³, por ese motivo los jueces llaman la atención sobre la necesidad de buscar medios más efectivos y proporcionados para promover que el testigo declare sin necesidad de recurrir a penas tan excesivas.

Los votos razonados disidentes de los jueces Tulkens, Vajic, Spielmann, Zupancic y Laffranque demuestran disidencia hacia la decisión mayoritaria, adhiriéndose a la opinión de los jueces Casadevall y López Guerra. Estos votos cuestionan la limitación jurídica, considerada cruel e injusta, inconsistente con el mismo concepto de vida familiar desarrollado por el Tribunal en su jurisprudencia. Estos jueces consideran inaceptable que simplemente por una cuestión de registro se pueda excluir a una persona (que cohabitaba y había tenido hijos con el acusado) de su derecho a un privilegio testimonial. Esta limitación, según estas voces, tiene por efecto colocar a la persona, que es llamada a testificar frente a un dilema moral y de conciencia, planteado las siguientes alternativas: ¿debería testificar honestamente con el riesgo de condenar a su pareja; dar falso testimonio, con el riesgo de cometer perjurio; o negarse a declarar y aceptar la privación de libertad?⁵³⁴ Los jueces consideraron que podían “existir circunstancias especiales en las que se debe concluir que el sospechoso y su pareja no marital y no registrada tienen una sólida y continuada vida familiar y que la protección de esa vida familiar debe prevalecer sobre el deber de declarar, con independencia de las razones de porqué el sospechoso y su pareja no han entrado en un matrimonio o una relación registrada”⁵³⁵.

El formalismo de las categorías jurídicas establecidas en la norma neerlandesa provocaba, por tanto, una discriminación infundada entre las parejas que están casadas/registradas y las que no lo están⁵³⁶, no solo vulnerando su derecho a la vida familiar derivado del artículo 8 de la Convención, sino también su derecho a la no discriminación derivado del artículo 14 del CEDH.

⁵³³ “[A] witness who does not wish to testify in a case such as the present may also have serious reasons for not doing so—reasons that are not frivolous, such as affection for the partner, fear of reprisal or the possible reactions of the couple’s children.” Voto razonado concurrente de los jueces Costa, Hajidev y Malinverni al caso *Van der Heijden*, párr. 10

⁵³⁴ “should she give honest testimony with the risk of having her partner convicted; give false testimony with the risk of committing perjury; or refuse to testify and accept the deprivation of liberty?”, Opinión Disidente de los jueces Casadevall y López Guerra al caso *Van der Heijden*, párr. 3.

⁵³⁵ “exist special circumstances under which it must be concluded that the suspect and his non-marital and non-registered partner have such a solid and continuous family life that the protection of that family life has to prevail over the duty to testify, irrespective of the reasons why the suspect and his or her partner have not entered into a marriage or a registered relationship”, Opinión Disidente jueces Tulkens, Vajic, Spielmann, Zupancic and Laffranque al caso *Van der Heijden*, párr. 11.

⁵³⁶ Opinión Disidente de los jueces Tulkens, Vajic, Spielmann, Zupancic and Laffranque al caso *Van der Heijden* párr. 16.

Sin embargo, el margen tan amplio dado a los Estados por parte del Tribunal de Estrasburgo respecto de los privilegios testificales puede plantear problemas. En el caso *Van der Heijden*, la demandante era una mujer adulta que podía entender las consecuencias derivadas de su elección, es decir, en caso de decidir declarar, traicionar la relación de afectividad con su pareja. Sin embargo, si se tratase de un niño, a veces no hace falta obligar para que un niño declare, simplemente no informándole de que tiene un derecho a no declarar y sin presencia de un adulto de confianza que le aconseje es probable que declare: por ingenuidad o desconocimiento de las implicaciones que ello puede tener. No se necesita de coerción o de obligatoriedad para que un niño declare de manera espontánea y genuina sin saber las consecuencias de sus actos. Si en cuestiones que conciernen a niños, su interés superior ha de considerarse primordial (artículo 3 CDN), las autoridades judiciales en la persecución del crimen a la hora de plantearse si tomar declaración de un niño deberían oír la voluntad del niño y valorar si es en el su interés superior que sea llamado como testigo.

La inexistencia de un impedimento en la ley amparado por el privilegio testifical que imposibilite a las autoridades llamar a los menores a prestar declaración puede suponer un fácil recurso para obtener prueba acusatoria⁵³⁷. Si aplicamos el caso *Van der Heijden* a los niños, cuando el niño sea llamado a declarar contra sus padres tendrá varias opciones: En primer lugar, podrá elegir decir la verdad y en caso de que el padre o madre sea culpable, participar como testigo en el enjuiciamiento y el posible encarcelamiento de su progenitor (con la consiguiente entrada del menor en un centro de protección bajo la tutela de la administración, puesto que un alto porcentaje de niños que está en los centros de protección provienen de familias monoparentales⁵³⁸) además del dilema moral entre declarar y decir la verdad y dañar su relación afectiva o inducir en él/ella un sentimiento de culpa. En segundo

⁵³⁷ Llevado a su extremo, ha sido un recurso muy frecuente en regímenes totalitarios. Un caso claro de invasión de la vida privada y familiar por parte del Estado fue lo sucedido en la URSS durante el régimen de Stalin, en que se concedían premios a niños por parte del Estado si delataban a sus padres en actividades en contra del régimen. Hechos reflejados en la famosa película "El prado de Bezhin", dirigida por Serguéi Eisenstein. También dentro de los horrores que se llevaron a cabo durante la Alemania nazi fue el uso de los niños para delatar las actividades contrarias al régimen, véase BURKE, N. G., "Ordered to Testify Against Mother", *Nat'l L.J.*, Mar. 9, 1981, at 3, col. 2. "We know that one of the horrors of Nazi Germany was children snitching on their parents. It seems to me common decency that you don't put a child before a grand jury on her mother's conduct", citado en WATTS, W. M.. 1986, p. 584.

⁵³⁸ El informe realizado por la Universidad Autónoma de Madrid y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales titulado "Bases para la Elaboración de una Estrategia para la Infancia y la Adolescencia en Riesgo y Dificultad Social" indica que el Comité de los Derechos del Niño en sus recomendaciones formuladas a España en 2002 observa con preocupación sobre el hecho de "que no existe todavía una redistribución equilibrada de recursos en los niveles central, regional y local y que no todas las Comunidades Autónomas proporcionan el mismo nivel de políticas y servicios sociales para los grupos más marginados de la población, en particular familias pobres, familias monoparentales, así como para niños gitanos y niños de familias inmigrantes" e identifica los niños de familias monoparentales como grupos de riesgo, 2003. Disponible en http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/Estrategias_Infancia.pdf, p. 7 y siguientes.

lugar, puede decidir decir una mentira y por tanto posiblemente, causar un error judicial o una condena falsa y en caso de ser descubierto en su mentira ser objeto de un delito de falso testimonio en los países en los que se permite aplicar este tipo penal a niños. En tercer lugar, permitir que se acoja a su derecho a no declarar, en caso de existir esta posibilidad en el ordenamiento nacional, lo que parece la opción más humana⁵³⁹.

Dejando de la lado la jurisdicción europea de protección de los derechos humanos, en el ámbito internacional únicamente hallamos la recomendación de las líneas guía de Naciones Unidas sobre *Child Matters Involving Child Victims and witnesses*⁵⁴⁰ en el artículo 22.2, que recomiendan a los Estados que no impongan a un menor un delito de falso testimonio por no querer testificar.

La decisión de poner al menor en una situación que pudiera acarrear unas consecuencias moralmente dañinas para él/ella, podría no superar (aunque nunca se ha planteado por parte de las instituciones de derechos humanos en Europa) el requisito de necesidad del test de proporcionalidad. ¿Obligar al menor a declarar resulta proporcionado a los objetivos perseguidos? ¿Es absolutamente necesaria o se podrían utilizar medios menos dañinos para la obtención de pruebas incriminatorias? ¿El Estado ha puesto todos los medios a su alcance para recurrir en *ultima ratio* a la declaración de los niños en estos casos?

El Tribunal Europeo de los derechos humanos en su jurisprudencia considera que la cuestión de la necesidad de tomar declaración a un testigo en particular corresponde a los tribunales nacionales decidir puesto que “la admisibilidad de las pruebas depende, en primer lugar, de las normas del Derecho interno...De la misma manera, corresponde en principio a

⁵³⁹ La doctrina de diferentes ordenamientos ha reflejado en sus trabajos la complicada situación a la que puede enfrentarse una víctima o testigo a la hora de ser llamado a declarar ver: DENNIS, I. *The Law of Evidence*. Sweet and Maxwell, 2002, pp. 447-448; BACCARI, G. M. *La testimonianza del prossimo congiunto dell'imputato*. CEDAM, 2003, p. 33; LAINZ, J. L. R. "El deber de declarar en contra de pariente: comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre". *Diario La Ley*, 2011, no 7577. Un sector de la doctrina estadounidense ha defendido la necesidad de extender los privilegios testificales a las relaciones paterno-filiales que no se encuentran amparadas en el actual ordenamiento. Véanse entre otros: CHIANTELLA STERN, C. "Don't Tell Mom the Babysitter's Dead: Arguments for a Federal Parent-Child Privilege and a Proposal to Amend Article V". *Georgetown Law Journal*, 2010, vol. 99, p. 605. SHAH, A. A. "The Parent-Child Testimonial Privilege-Has the Time for It Finally Arrived". *Clev. St. L. Rev.*, 1999, vol. 47, p. 41; WATTS, W. M. "The Parent-Child Privileges: Hardly a New or Revolutionary Concept". *William. & Mary Law Review*, 1986, vol. 28, p. 583; LEVINSON, S. "Testimonial Privileges and the Preferences of Friendship". *Duke Law Journal*, 1984, p. 631. SCOTT, M. E. Parent-Child Testimonial Privilege: Preserving and Protecting the Fundamental Right to Family Privacy. *University of Cincinnati Law Review*, 1983, vol. 52, p. 901; BAUER, L. M. "Recognition of a Parent-Child Testimonial Privilege". *Louis University Law Journal*, 1979, vol. 23, p. 676.

⁵⁴⁰ Resolución del ECOSOC 2005/20, *Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime* disponible en <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-20.pdf>

los tribunales nacionales apreciar la fuerza probatoria de las practicadas”⁵⁴¹. Este planteamiento pensamos que es muy criticable si es el niño es llamado a declarar en contra de su progenitor que no solo vulneraría el derecho a la vida privada y familiar del niño sino también su derecho a un juicio justo. Aunque en la actualidad el TEDH no ha considerado un juicio injusto cuando se admite prueba obtenida a través de una vulneración del artículo 8 de la Convención. Si bien los casos que han sido resueltos por el tribunal versan principalmente sobre prueba obtenida a través de escuchas⁵⁴², la permisibilidad de que se admita prueba vulnerando el artículo 8 no debe aceptarse de ningún modo.

Usar a los niños como medio para poder enjuiciar a los adultos ha de ser llevado con extrema cautela y siendo recomendable agotar todas las posibles fuentes probatorias antes de

⁵⁴¹ Véase *inter alia*, Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Kostovski contra Países Bajos*. Sentencia de 20 noviembre 1989. TEDH 1989\21.

⁵⁴² La utilización por parte de la acusación de una prueba obtenida a través de una vulneración del artículo 8 del Convenio no convierte al juicio inmediatamente en injusto. En el caso *Khan contra Reino Unido*, 2000, cit., se se admitieron pruebas de cargo que habían sido obtenidas a través de escuchas telefónicas ilegales por parte de la policía. Según el juez Loucaides “this is the first case which comes before the court where the only evidence against an accused in a criminal case, which also led to conviction, was evidence secured contrary to the provisions of art 8 of the Convention...I cannot accept that a trial can be fair, as required by art 6, if a person’s guilt for any offence is established through evidence obtained in breach of the human rights guaranteed by the Convention”. El juicio no fue declarado injusto, puesto que al demandante se la había dado la oportunidad de cuestionar la prueba así obtenida. El caso *P.G. y J.H. contra Reino Unido* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso *P. G. y J. H. contra Reino Unido*. Sentencia de 25 septiembre 2001. TEDH 2001\552) siguió la misma línea y se admitió prueba obtenida a través de una vulneración del artículo 8. La jueza Tulkén en su voto razonado llamó la atención sobre el hecho de que no le parecía acertado que un juicio pudiera ser considerado justo “where evidence obtained in breach of a fundamental right guaranteed by the Convention has been admitted during the trial. As the Court has already had an occasion to stress, the Convention must be interpreted as a coherent whole...In concluding that there has not been a violation of Art 6, the Court renders Art 8 completely ineffective. The rights enshrined in the Convention cannot remain purely theoretical or virtual”. En el caso *Gäfgen contra Alemania* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso *Gafgen contra Alemania*. Sentencia de 1 junio 2010. JUR 2010\173628) la prueba obtenida a través de una vulneración del artículo 8 del CEDH no provocaba un juicio justo si el oficial que había vulnerado el artículo 8 del demandante había sido sancionado y se había compensado al demandante por dicho daño. En el caso *Heglas contra República Checa* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Caso *Heglas contra República Checa*. Sentencia de 1 marzo 2007. JUR 2007\66031) se había registrado la conversación ilegal mantenida entre el demandante y otra persona y como la prueba obtenida a través de esta vulneración no había sido determinante en la condena entonces el juicio seguía siendo justo y que “the weight of the public interest in the prosecution of a particular offence and the sanction of its author may be taken into consideration and put in the balance with the interest of the individual that the incriminating evidence be gathered lawfully”. La prueba que había sido impugnada “played a limited role in a complex body of evidence assessed by the Court”. En *Bykov contra Rusia*, (Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso *Bykov contra Rusia*. Sentencia de 10 marzo 2009.cit) interpretó siguiendo las mismas líneas a Heglas, pero la votación fue mucho más complicada que en los casos anteriores (11 a 7) en que el juez Spielmann se opuso tajantemente a la justicia de un juicio fundamentado sobre pruebas obtenidas a través de la vulneración de un artículo de la Convención que parece demostrar un giro en la actitud del Tribunal. Si bien es cierto que el TEDH no se ha cansado de repetir numerosas veces que la admisibilidad de la prueba penal “Es principalmente una cuestión de regulación con arreglo a la legislación nacional...No obstante, “principalmente” no ha impedido que el Tribunal haya entrado a considerar prueba obtenida a través de tortura. Esta aproximación a como los Estados legislan sobre el proceso penal en cuestiones probatorias ha provocado que al no querer entrar a valorar, haya dado por válidos procesos en que una prueba se admita a través de la vulneración de artículo 8 del Convenio y no por ello los ha calificado de injustos. Sin embargo parece bastante paradójico que el Tribunal permita que una condena se base en la violación de un derecho contenido en la Convención. ASHWORTH, A., 2012, *op. cit.*, p. 159-160.

recurrir a la declaración de estos últimos si existe una relación de afectividad entre el adulto y el niño.

3.2.2. *Privilegios testificales que amparan a los niños en el derecho comparado.*

Teniendo en cuenta que hay un margen de apreciación dado a los Estados para regular la posibilidad de conceder privilegios testificales dentro de su ordenamiento nacional conviene hacer un breve análisis comparado sobre el alcance de los privilegios testificales a las relaciones entre los niños y sus parientes, en especial sus padres.

Hay ordenamientos nacionales en Europa que reconocen muy pocos privilegios a familiares y parientes y otros que reconocen el privilegio a una familia y personas emparentadas de manera extensa⁵⁴³. Así, Inglaterra y Francia reconocen pocos privilegios testificales a parientes y familiares del sospechoso o acusado. Inglaterra no reconoce directamente un privilegio testifical por pertenencia a la misma familia, el único que puede tener un privilegio testifical es el esposo/esposa (*spouse*) del sospechoso o acusado. Sin embargo, en la *Police and Criminal Evidence Act* 1984 sección 80 (3) existen excepciones en lo que se refiere a los esposos cuando se trate de un daño o agresión o amenaza contra el esposo o una persona menor de dieciséis años; ofensas sexuales que se encontraban por debajo de dicha edad; intención, o ayuda en la comisión de una ofensa contemplada anteriormente. En Francia no se reconoce un privilegio testifical por pertenecer a la misma familia, sin embargo se reconoce una categoría específica a través de los “*témoins reprochables*” en el artículo 335 del *Code de Procédure Penal* que ofrece una protección especial a los testigos con vínculos de parentesco.

Por otro lado, países como Alemania (artículo 52 del Código Procesal Penal), Austria (artículo 152(1) no.2 del Código Procesal Penal), Portugal (artículo 134 del Código Procesal Penal) y Suecia (capítulo 36, artículo 3 del Código Penal) reconocen un abanico mucho más amplio de privilegios testificales a los miembros de la familia y parientes⁵⁴⁴.

3.2.3. *En el ordenamiento español*

La LECrim sanciona fuertemente la no colaboración de los individuos con la justicia e impone en el artículo 420 las siguientes consecuencias: En caso de ser llamado a declarar,

⁵⁴³ KREB, C. "Witnesses in Proceedings Before the International Criminal Court: An Analysis in the Light of Comparative Criminal Procedure" en FISCHER, H.; KREB, Claus. 2001, *op cit*, p. 331.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 335.

“sin estar impedido, no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad”.

La dispensa del deber de declarar es una excepción a dicha obligación basada en la relación de parentesco del testigo (y de la víctima) con el sospechoso o acusado. En el ordenamiento español el derecho a guardar silencio de las víctimas y de los testigos se considera un derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 CE : “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Además se regula en el artículo 416 que proclama que “[e]stán dispensados de la obligación de declarar: 1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261”. El artículo 418 de la LECrim establece una excepción por la que “[n]ingún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416. Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor”. En el artículo 707 de la LECrim, se amplía el alcance de la dispensa al juicio oral. La LECrim, por tanto, protege a los niños frente a la obligación de declarar contra sus padres y abuelos ---al extender la dispensa a los parientes del procesado en línea directa descendente--- y contra sus hermanos consanguíneos uterinos y colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil⁵⁴⁵. Se excluyen de la dispensa a los parientes del tercer grado de consanguinidad (tíos y primos).

⁵⁴⁵ El artículo 261 apartado 3º extendía la dispensa a “[l]os hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos” suprimida tras la reforma del 2015.

3.3.La dispensa del deber de declarar cuando el menor es víctima.

Existe una situación que hoy en día sigue siendo problemática a la hora de reconocer el derecho que tienen los testigos a no declarar contra un pariente. Puede suceder que el niño no sea solo testigo sino también víctima de los hechos cometidos por el/la acusado/a y que debido a la naturaleza del delito su declaración sea la única prueba de cargo. Esto sucede en delitos cometidos fuera de lo público, casos de maltrato o abuso sexual que suceden en la intimidad, a solas con el agresor, generalmente en ausencia de testigos. Debido a este motivo, es frecuente que el abusador pueda aprovecharse de la dependencia emocional del niño y ejercer presión a través de la intimidación para que retire la denuncia o para que el menor se acoja a la dispensa y, por tanto, la acusación se vea frustrada por la falta de prueba, y el proceso se verá obstaculizado y archivado. Debido a este motivo se han planteado límites, propuestas de cambios legislativos e interpretaciones jurisprudenciales que han intentado adaptar la configuración normativa de la dispensa a la necesidad de proteger a las víctimas y evitar que esta garantía sea utilizada por la defensa a su antojo.

La necesidad de proteger la unidad familiar o la integridad moral frente a la obligación de delatar a un ser querido es el fundamento de la dispensa del deber de declarar contra un pariente. Por otro lado, esta dispensa familiar de carácter decimonónico, una norma redactada e incluida en la LECrim que data de 1882, no encaja con los casos de malos tratos en que la dispensa se puede convertir en un escudo protector de los agresores que se avalan de su relación de parentesco con la víctima.

Procesalmente la dispensa del deber de declarar puede ejercitarse en dos momentos. En la mayor parte de los casos, la víctima interpondrá una denuncia en la policía, y generalmente declarará posteriormente ante el juez de instrucción que habrá de informarle de su derecho a no declarar contra su pariente. La víctima podrá, por tanto, decidir si retira los cargos contra el agresor o seguir adelante con el caso. El segundo momento es el del juicio oral, en el que el juez está obligado a advertir a la víctima del derecho que le asiste a no declarar. Decida o no la víctima acogerse a dicha dispensa, el Ministerio Fiscal en virtud del artículo 191 del Código Penal, podrá continuar con el procedimiento y mantener los cargos. El problema de fondo se encuentra en que la víctima para este tipo de casos suele ser el único testigo que puede aportar prueba de cargo a través de su testimonio y desvirtuar así la presunción de inocencia. En caso de decidir no declarar amparado por la dispensa, la ausencia de pruebas

probablemente conducirá a un sobreseimiento provisional del caso, o a una absolución del acusado “dando lugar a un gran número de claras situaciones de impunidad”⁵⁴⁶.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado diferentes métodos para circunvalar este impedimento: en primer lugar, el no informar a la víctima de su derecho a guardar silencio ha sido una estrategia utilizada en algunos casos, no obstante de difícil aplicación a los niños y por tanto, se han ideado, en segundo lugar, estrategias que intentan que el menor no pueda ser perjudicado por la dispensa: las presunciones de capacidad para poder ejercitar la dispensa y en caso de no poseer la suficiente madurez, delegar la decisión de acogerse a la dispensa en el representante legal del menor.

3.3.1. *No informar a la víctima de su derecho a dispensa*

El Tribunal Supremo español ha apuntado, pero sin abordar la problemática en profundidad, que el artículo 416 LECRIM contiene una causa de justificación para aquéllos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que están vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Además, si es la víctima la que denuncia, ha considerado que prevenirla de su derecho a dispensa es superfluo y, en todo, no tiene ninguna relevancia su omisión, y que al denunciar se renuncia a este privilegio⁵⁴⁷. Sin embargo, en los últimos años el Tribunal Supremo ha adoptado el criterio general de la obligatoriedad de la advertencia al testigo en todas las fases del proceso, incluso cuando el testigo haya denunciado el hecho⁵⁴⁸.

Aun así, esta cuestión ha sido tratada de manera ambigua por parte de la jurisprudencia. La ausencia de información de la dispensa del deber de declarar no ha implicado en algunos casos automáticamente la exclusión del testimonio puesto que los órganos jurisprudenciales han dictaminado que dicha exclusión resultaría en un desproporcionado formalismo y que una renuncia a la dispensa del deber de declarar contra pariente puede deducirse del comportamiento procesal del denunciante. Late esta idea detrás del razonamiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2010, de 15 de noviembre⁵⁴⁹ al otorgar el amparo reclamado por la víctima de un delito atribuido a su cónyuge cuyo testimonio había sido

⁵⁴⁶ VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L. 2012, *op cit*, p. 20. Véase al respecto el informe que la autora cita en la nota a pie de página núm 41 del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género en el Informe sobre la aplicación de la L.O. 1/2004, de enero de 2011.

⁵⁴⁷ Véase *inter alia* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 625/2007 de 12 julio. RJ 2007\5109 fundamento jurídico único; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 17/2010 de 26 enero. RJ 2010\1270, FJ 3º.

⁵⁴⁸ VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L. 2012, *op cit*, p. 21.

⁵⁴⁹ Tribunal Constitucional Sentencia núm. 94/2010 de 15 noviembre. RTC 2010\94

impugnado por su pareja, fundamentándose en que esta última no había sido informada por el juez de su derecho a dispensa amparado por el artículo 416 LECrim.

La Sentencia dictaminó que, aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a la víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurrían en el caso, indicaban una reveladora intención y voluntad de querer hacer primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado. El Tribunal consideró que “siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el artículo 416 LECrim [...] no puede [...] obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas”⁵⁵⁰. En este sentido la Sentencia consideró desacertada desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva y desproporcionada por su formalismo la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el artículo 416 LECrim, a la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo.

3.3.2. *Presunciones de madurez (o de capacidad)*

La aplicación de la dispensa a los menores de edad se ha planteado pocas veces por parte de la jurisprudencia, pero se puede deducir de un análisis conjunto que los Tribunales consideran la madurez del menor como un criterio determinante para decidir si puede acogerse a la dispensa que le confiere el artículo 416 LECrim o no. En la Sentencia del Tribunal Supremo nº 699/2014, de 28 de octubre⁵⁵¹ el condenado, padre de un menor víctima de abuso sexual, había interpuesto recurso de casación articulando seis motivos entre los cuales se hallaba la invalidez de la prueba de cargo debido a que se fundamentaba únicamente en las declaraciones de la víctima en el juicio oral de su hijo de once años. Según

⁵⁵⁰ FJ 3º

⁵⁵¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 699/2014 de 28 octubre. RJ 2014\6445.

el recurrente este testimonio era inadmisibile puesto que el menor no había sido advertido de su dispensa del deber de declarar contra determinados parientes, entre los que se cuentan los ascendientes, en este caso su padre. El recurrente, haciendo uso de la jurisprudencia asentada por los tribunales, argumentó que la omisión de esa advertencia al testigo amparado por la dispensa impedía valorar su declaración y que si se hubiera prescindido de ella, el resto del material probatorio, principalmente basado en testimonios de referencia, carecería de fuerza suficiente para desmontar por sí solas la presunción constitucional de inocencia.

El Tribunal Supremo desestimó la pretensión del recurrente. Lo hizo amparándose en la Sentencia antes citada del Tribunal Constitucional 94/2010 de 15 de noviembre alegando “que la previsión del artículo 416 LECRIM es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de éste, sino de aquél. No se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado”⁵⁵². Por este motivo, limita la posibilidad de que los imputados puedan utilizar esta garantía a su antojo, pero en vez de fundamentar su decisión como lo hizo la STC 94/2010, en el comportamiento procesal de la víctima que indicaba una renuncia a la dispensa, fundamentó su decisión en la falta de madurez del menor, que contaba con cuatro años en el momento de los hechos y con once en el juicio oral, momento en el que no se le informó de su derecho a la dispensa. La Sentencia dispone que, cuando un menor no tenga la madurez suficiente, serán sus representantes legales quienes tomen la decisión de si es en su mejor interés acogerse a no a la dispensa del deber de declarar.

En su argumentación, la Sentencia 699/2014 considera que la falta de información de la dispensa por parte del juez al menor no anula automáticamente su declaración, puesto que al ser el menor de muy baja edad se considera que no puede acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo. Precisa la Sentencia que “un niño, ni con cuatro ni con siete, ni con ocho, ni con once años (acto del juicio oral), goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella. No hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador. Los artículos 162.1 del Código Civil y 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento. Esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse

⁵⁵² *Ibid.*, FJ 2º.

de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas) (i); ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad (ii); y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿doce años?: algunas normas toman ese momento como referente significativo: vid, por todos, artículo 770 LEC) (iii)”⁵⁵³.

De forma más reciente, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó una Sentencia el 14 de octubre de 2015 sobre la admisibilidad de una declaración de un menor que no había sido informado de su derecho a no declarar contra un pariente⁵⁵⁴. En este caso, los hechos objeto de enjuiciamiento vertían sobre la violencia de género sufrida por una mujer por parte de su pareja. Una de las pruebas utilizadas por la acusación consistía en la grabación en que se contenía la exploración sumarial del hijo menor de ambos, que contaba con 9 años de edad en el momento de declarar. Los dos argumentos presentados por la defensa del acusado se fundamentaban en dos defectos procesales, el primero, que la declaración se prestó sin respeto al principio de contradicción. El segundo, que se llevó a cabo sin informar al menor de la dispensa de declarar que le reconoce el artículo 416 de la LECRIM en atención a la relación paterno-filial que le une con el acusado. En relación a esta segunda causa de impugnación, la defensa argumentó que el menor debió ser informado de la dispensa de declarar contra su padre, en la forma prevista por el artículo 416 de la LECRIM y que la ausencia de dicha información producía un vicio que convertía su declaración en nula.

La Sentencia, partiendo del mismo presupuesto anteriormente expuesto, justifica el artículo 416 LECrim como una institución, que “lejos de constituir un derecho del imputado en el procedimiento, comporta una facultad reconocida a las personas unidas con él por los referidos vínculos a fin de aliviar el conflicto que puede comportar para ellos la obligación de decidir entre declarar contra él y colaborar con la justicia”⁵⁵⁵. En este sentido, la referida regulación, tras dispensar de la obligación de declarar a los parientes del procesado en línea descendente, dispone que el juez instructor informará al testigo que se encuentre en alguno de estos casos, de que no tiene obligación de declarar contra el procesado. La Sentencia destaca que ninguna referencia hace la LECrim sobre este punto respecto de los testigos menores de edad, ni constata excepción alguna a esa regla general.

Puesto que la LECrim en su artículo 707 establece que “... todos los testigos que no se

⁵⁵³ *Ibid.*, FJ 2º.

⁵⁵⁴ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), Sentencia núm. 751/2015 de 14 octubre. ARP 2015\1489

⁵⁵⁵ *Ibid.*, FJ 1º

hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar...", los menores que no estén privados de su uso de razón deberán ser informados de la dispensa. En este sentido, "la ausencia de ese uso de razón, presumible en las edades más tempranas, desaparece con el avance de los años, por la evolución ordinaria del ser humano, que comporta la adquisición paulatina de su madurez. El problema es deslindar los límites de esa madurez, o de ese uso de razón, al evolucionar las personas a diferentes ritmos"⁵⁵⁶.

Esta Sentencia prosigue considerando cuales pueden ser esos límites. Para ello, recurre al artículo 2 de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁵⁵⁷, que considera en todo caso que tiene suficiente madurez, y por lo tanto, está en el uso de su razón el menor que tenga los doce años cumplidos. Si bien es cierto que dicha reforma no se encontraba vigente cuando el menor prestó declaración, la Sentencia considera que el espíritu ya se veía plasmado en diferentes resoluciones de los tribunales⁵⁵⁸ informando, así, la labor interpretativa de los mismos. El *quid* de la cuestión, por tanto, se encuentra por debajo de los doce años.

Sobre la eventual madurez del menor, el artículo 9 de la Ley de Protección del Menor con anterioridad a la reforma del 2015, regulaba el derecho a ser oído el menor, del siguiente modo: "El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social...", de suerte tal que dicho derecho ha de estar siempre garantizado "...tanto cuando tenga suficiente juicio...", caso en que podrá hacerlo personal y directamente, como cuando no lo tenga, caso en el que lo ejercitará "... a través de la persona que designe para que le represente... No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. En todo caso, la denegación de audiencia será motivada".

La Sentencia consideró que no existían en la causa elementos sobre los que sustentar que el menor cuando declaró en el procedimiento en mayo de 2015, contando con nueve años de edad, no tuviera capacidad para decidir si quería o no quería declarar contra su padre. En este

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ LO 8/2015 de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, (con entrada en vigor el 13 de agosto de 2015)

⁵⁵⁸ *Inter alia*, Audiencia Provincial de Girona, Sentencia núm. 352/2013 de 10 mayo. JUR 2013\272400.

sentido debió ser informado de la dispensa que le asistía, y debió ser oído sobre el particular, si no de forma independiente, sí a través de su madre, como representante legal. Y, si se estimara que con la misma tenía intereses contrapuestos, al haber intentado ella acogerse a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, debió habersele nombrado un defensor o representante de urgencia para que junto con él pudiera valorar si ejercitaba o no la dispensa.

Sin embargo, en la sentencia de primera instancia no se había tomado en consideración si el menor tenía la suficiente madurez y se decidió sin más que, siendo menor, tenía la obligación de declarar, y de este modo concluye denunciando que “...el menor fue tratado como si fuera una fuente de prueba, y no una persona con derechos de decisión sobre su propio testimonio”⁵⁵⁹. Concluye la sentencia que la exploración judicial no se llevó a cabo con las debidas garantías procesales y por tanto debía haber sido declarada nula.

Estas sentencias coinciden en que hay una ausencia de criterios en la LECrim que permiten aplicar la dispensa del deber de declarar a menores. Demuestran una gran sensibilidad frente a la falta de especificidad de la LECrim con relación a los niños, sin embargo se adentran en terreno movedizo al intentar fijar un umbral que determine la madurez a partir del cual se presume al menor capacitado para acogerse al derecho de dispensa.

Al establecer esta presunción, no solo se está negando a los niños la posibilidad de ejercitar sus derechos, sino también la cuestión de que el establecimiento de franjas de edad rígidas de madurez no parece estar en sintonía con el principio de evolución de las capacidades recogido en el artículo 5 de la CDN. Resulta además peligroso, y en este sentido la Sentencia incurre en ello, la aplicación analógica del ordenamiento civil al penal, en el que diferentes franjas de edad han sido establecidas en los ordenamientos con un propósito y tras la ponderación de intereses que pueden ser distintos. La exclusión de un menor del deber de declarar en un proceso, por ejemplo, de custodia no persigue el mismo interés que un proceso por abuso sexual en el que uno de los progenitores puede ser el agresor.

Las presunciones de madurez (o también llamadas de capacidad) han sido consideradas por el derecho internacional de los derechos humanos. La obligación de escuchar al niño en todo proceso judicial se materializó en el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño de la siguiente manera “[...] se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por

⁵⁵⁹ *Ibid.*

medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N°12, *El Derecho del Niño a ser Escuchado*⁵⁶⁰ reconoció la existencia en los ordenamientos jurídicos nacionales de las presunciones de capacidad, al establecerse en la ley una edad a partir de la cual el niño se presumirá capaz de testificar. El problema se plantea, no obstante, para el niño que se encuentre por debajo de dicha edad, ya que, aunque no se le impida declarar, el juez habrá de indagar si tiene el suficiente discernimiento, quedando de manifiesto la enorme discrecionalidad que se otorga al juez en esta decisión.

El Comité clarifica que “debe hacerse todo lo posible para que se consulte a los niños víctimas y/o testigos de delitos sobre los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial”⁵⁶¹. Más adelante considera que “[l]as opiniones deberán tenerse debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta”⁵⁶².

El Comité precisa que con este fin, los Estados parte tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho. El Comité precisa que los términos en el artículo 12 "que esté en condiciones de formarse un juicio propio" no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad. En este sentido, el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y el Comité desaconseja a los Estados partes que introduzcan por

⁵⁶⁰Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 2009, *cit.*

⁵⁶¹ *Ibid.*, párr. 63

⁵⁶² *Ibid.*, párr. 15

ley o en la práctica, límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan⁵⁶³.

No significa que este derecho a ser escuchado sea una obligación para el niño. El niño puede decidir no querer declarar o el juez puede considerar que es en su interés superior no declarar o que no tiene el suficiente discernimiento para hacerlo. Ello es comprensible en situaciones que pueden comprometer a un niño, como por ejemplo, en los procesos de custodia. En este sentido, el artículo 12 y la interpretación aportada por el Comité no indican que se deba obligar a un niño a expresar su opinión, sino que, si se decide que no lo haga, se justifiquen los motivos, puesto que es la única manera de controlar el prejuicio que aún hoy en día impregna la realidad judicial a la hora de valorar el testimonio infantil.

No hay que olvidar, además, que los Estados deben usar medios alternativos para que los niños puedan expresarse. En la misma observación general se aconseja que a la hora de oír las opiniones del niño, se tengan en cuenta formas de expresión alternativas para niños de muy corta edad, como los dibujos y las expresiones no verbales⁵⁶⁴. Es importante que a la hora de que un juez determine si el menor no es capaz de testificar o de acogerse a la dispensa en virtud de su interés superior, al ser este principio también una regla procesal⁵⁶⁵, el juez habrá de motivar y justificar dicha decisión. La exclusión no podrá responder a que en el subconsciente del juez exista la visión de que los niños son menos fiables como testigos que los adultos, que sus recuerdos son menos precisos y, por lo tanto, más propensos a la sugestión incluso cuando intentan ser veraces o un paternalismo oculto tras una apariencia de protección.

En relación a estas presunciones de capacidad para testificar, existen hoy en día jurisdicciones que prohíben por debajo de cierta edad los testimonios de niños (menores de 10 años en algunos Estados de Estados Unidos), presunciones de incapacidad de menores de cierta edad, a no ser que el juez considere que el menor tiene la madurez suficiente para declarar (Europa continental, Reino Unido y algunos Estados de Estados Unidos), y aquéllos en que no existe ningún tipo de limitación que impida que un menor sea llamado a declarar,

⁵⁶³ *Ibid.*, párrs. 19-21.

⁵⁶⁴ Aunque el uso de los dibujos como prueba es una cuestión controvertida. Véase LAMB, M. E.; BROWN, D. A. "Conversational apprentices: Helping children become competent informants about their own experiences". *British Journal of Developmental Psychology*, 2006, vol. 24, no 1, pp. 215-234; BROWN, D. A., *et al.* "Supportive or suggestive: Do human figure drawings help 5-to 7-year-old children to report touch?". *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2007, vol. 75, no 1, p. 33; POOLE, D. A.; LAMB, M. E. *Investigative interviews of children: A guide for helping professionals*. American Psychological Association, 1998.

⁵⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, 2013, *cit.*

generalmente si se trata de casos de abuso sexual (en algunos Estados de Estados Unidos, por ejemplo Colorado)⁵⁶⁶. Estos límites excluyentes establecidos en la ley, o en la potestad discrecional del juez, han sido muy criticados por autores que han considerado que los impedimentos a que se escuche el testimonio de un menor están anclados en una visión que se fundamenta en una imagen equivocada de la naturaleza de la niñez estereotipada en la cultura occidental⁵⁶⁷. Negar a un menor la posibilidad de acogerse o ejercitar su dispensa fundamentándose en la misma lógica, el establecimiento de presunciones de madurez rígidas, se arriesga a cometer el mismo error.

En el ordenamiento procesal penal el testimonio de los menores se contempla en el artículo 433 (párrafos 2º y 3º) de la vigente LECrim. Originariamente, en la antigua LECrim, los párrafos 2º y 3º de este precepto, establecían que “[l]os testigos púberes prestarán juramento de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado. El Juez instructor, antes de recibir al testigo púber el juramento y de interrogar al impúber, les instruirá de la obligación que tienen de ser veraces y, en su caso, de las penas con que el Código castiga el delito de falso testimonio en causa criminal”⁵⁶⁸. Tras la reforma en 2006⁵⁶⁹, este artículo quedó redactado de la siguiente manera: “Los *testigos mayores de edad penal* prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal”. La reciente reforma en 2015 del Estatuto de la Víctima, ha modificado dicho artículo, pero no ha afectado al segundo párrafo, que ha permanecido inalterado desde el 2006.

La edad penal en el ordenamiento español se ha fijado a partir de los 14 años, por debajo de la cual los niños serán inimputables y remitidos a servicios sociales en caso de cometer algún delito. El artículo 433 de la LECrim, por tanto, fija así la edad de responsabilidad penal como umbral para prestar declaración juramentada en los 14 años⁵⁷⁰. Conforme al artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “hallándose presente el testigo mayor de catorce

⁵⁶⁶ GOODMAN, G. S. "Children's testimony in historical perspective. Journal of Social Issues", 1984, vol. 40, no 2, p. 9-31, p. 14

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁶⁸ La modificación del artículo 433 de la LECrim se realizó a través de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre (BOE-A-2006-21236). Texto original, publicado el 01/06/1997, en vigor a partir del 01/06/1997.

⁵⁶⁹ Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. «BOE» -A-2006-21236

⁵⁷⁰ Es diferente para el ordenamiento civil donde la barrera de la edad y los criterios de discernimiento del menor, se encuentran presentes constantemente a la hora de permitir que el menor preste testimonio en un proceso que le afecte. Véase MARÍN LÓPEZ, M. J. "Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten". *Derecho privado y Constitución*, 2005, no 19.

años ante el Tribunal, el Presidente le recibirá juramento en la forma establecida en el artículo 434”, es decir, bajo presencia del experto y del Ministerio Fiscal.

Hay que destacar la eliminación de los términos púber/impúber de la ley. Dicha terminología, herencia del derecho romano, se sustituyó únicamente por la edad de catorce años como requisito para prestar una declaración jurada⁵⁷¹. La obligación de escuchar al menor se ha reflejado también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia 152/2005 en que la falta de audiencia concedida al menor para oír su voluntad y la resolución adoptada en falta de este trámite suponían una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor amparada por el artículo 24. 1 de la Constitución⁵⁷².

Pero queda plantearse una pregunta: ¿Y el derecho a ser oído de menores de catorce años? El juez podrá decidir discrecionalmente si admitir el testimonio de un menor de catorce años, en virtud del artículo 361.II LECrim según el cual “los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente”⁵⁷³. Hay que destacar en primer lugar, en referencia a este artículo, que lleva en su texto cierta dosis de prejuicio, puesto que establece que los jueces habrán de valorar si los menores de catorce años pueden declarar verazmente. En este sentido, no hay estudios que indiquen que los niños son más propensos a las fantasías o a la mentira que los adultos a la hora de relatar los hechos ocurridos⁵⁷⁴. En caso de no disponer de elementos de juicio sobre el discernimiento del menor, el Tribunal podrá acordar un examen previo del testigo, o admitir provisionalmente la prueba, interrogando al menor en el juicio oral y decidir posteriormente si admitir o excluir el testimonio en el acervo probatorio⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ Por este mismo motivo estos términos han estado también presentes en otros ordenamientos. Véase SPENCER, J. R.; FLIN, R. H, 1990, *op. cit.*, pp. 46-54.

⁵⁷² Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 152/2005 de 6 junio. RTC 2005\152.

⁵⁷³ Hay que resaltar que este artículo tiene cierto grado de prejuicio inherente a él, puesto que establece que los jueces habrán de valorar si los menores de catorce años pueden declarar verazmente. La veracidad no es un criterio que se suele requerir para tomar declaración de los adultos, sin embargo no hay estudios que indiquen que los niños suelen ser menos veraces que los adultos a la hora de relatar lo ocurrido.

⁵⁷⁴ Varios estudios indican que no se trata de que los menores posean una naturaleza propensa a la mentira y a la falsedad, sino a los fallos del sistema que no se ha adaptado a las necesidades de los niños para poder obtener de ellos testimonio fiable, tanto a través del planteamiento de las preguntas, el entorno, cuestiones a las que ya hemos hecho referencia anteriormente en este trabajo. Véase CECI, S. J.; BRUCK, M. "Suggestibility of the child witness: A historical review and synthesis". *Psychological bulletin*, 1993, vol. 113, no 3, p. 403; POOLE, D. A.; WHITE, L. T. "Two years later: Effect of question repetition and retention interval on the eyewitness testimony of children and adults". *Developmental psychology*, 1993, vol. 29, no 5, p. 844; LEIPPE, M. R.; ROMANCZYK, A.; MANION, A. P. "Eyewitness memory for a touching experience: Accuracy differences between child and adult witnesses". *Journal of Applied Psychology*, 1991, vol. 76, no 3, p. 367; GOODMAN, G. S., *et al.* "Children's testimony about a stressful event: Improving children's reports". *Journal of Narrative and life history*, 1991, vol. 1, no 1, p. 69-99.

⁵⁷⁵ ARMENTA DEU, M. T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. 2010, *op.cit.*, pp. 77-78.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 699/2014 es incongruente con esta normativa. En primer lugar, si la edad fijada por ley para prestar testimonio juramentado reside en los catorce años según el artículo 706 de la LECrim y si además la LORPM fija la edad de responsabilidad penal del menor en los catorce años, el establecimiento de la presunción de madurez para acogerse a la dispensa en los dieciséis años de edad resulta arbitrario. De un análisis de la argumentación aportada por la Sentencia se desprende que así lo hace al aplicar analógicamente el ordenamiento civil que establece los dieciséis años como umbral para que los menores puedan declarar en algunos tipos de procesos en que sus intereses se pueden ver comprometidos.

En segundo lugar, la Sentencia 699/2014 establece que habrá de confiarse a un juicio casuístico por debajo de los dieciséis y a partir de los doce, es decir, a la discrecionalidad del juez y negarse por debajo de esa edad. La Sentencia 751/2015 de la AP de Barcelona sin embargo, fija el umbral en los doce años, edad a partir de la cual se presume el menor tiene la suficiente madurez, refiriéndose a la LOPJM tras la reforma del 2015⁵⁷⁶. Dando cierta razón a la Sentencia de que un menor puede no tener la madurez suficiente para saber si acogerse o no a la dispensa, es posible que en vez de excluir automáticamente a un grupo del ejercicio de un derecho por ley, sea más recomendable permitir que el juez les oiga y valore en atención a las circunstancias del caso. En este sentido, la diferencia es grande. Si excluimos automáticamente por debajo de una edad (como hace la Sentencia 699/2014 por debajo de los doce años de edad), no obligaremos al juez que indague y tenga en cuenta la opinión del menor en su decisión de querer o no declarar. Si obligamos a que el juez valore y justifique su decisión, sin establecer una exclusión automática, permitiremos que la representación legal del niño pueda impugnar decisiones en que no se ha tenido en cuenta su voluntad y podremos controlar así mejor el paternalismo y el prejuicio social y proteger en mayor medida los derechos de los niños en el proceso.

En este sentido convendría que se fijaran los mismos criterios en la LECrim sobre el momento a partir del cual se presume que el menor pueda acogerse a la dispensa y pueda por tanto ejercitar sus derechos con libertad de criterio, sin que los jueces tengan que estar reconduciéndose a las normas específicas del menor y hacer aplicaciones analógicas con otras ramas del derecho, puesto que puede conducir a inseguridad jurídica y un potencial trato desigual y discriminatorio. De todos modos, el argumento defendido en la Sentencia

⁵⁷⁶ La Sentencia tiene un error, puesto que hace referencia al artículo 2 de la LOPJM y no es en dicho artículo que se fija la edad de 12 años como umbral a partir del cual se considera que el niño tiene suficiente madurez, sino el artículo 9. 2 sobre el derecho del niños a ser oído y escuchado.

699/2014, que no se encuentra en la Sentencia 751/2015 de la AP de Barcelona, de que se debería excluir oír al menor por debajo de los doce años, es discriminatorio y contrario al nuevo artículo 9.1 de la LOPJM, modificado por la reciente Ley Orgánica 8/2015, que reconoce que “[e]l menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”.

En caso de considerar el juez que el menor no ostenta la capacidad para determinar su propia conducta, ambas Sentencias mantienen que la decisión sobre si el menor debe declarar o no en los supuestos prevenidos en el artículo 416 LECrim, aunque no lo especifique así claramente la Ley Procesal Penal a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (v.gr., el británico), habrá de otorgarse a sus representantes legales. Prosiguen previniendo que en caso de apreciarse un conflicto de intereses con uno de los progenitores será el otro progenitor el llamado a adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor y si el conflicto es con ambos, se nombrará un defensor judicial en representación de los intereses del menor.

En este sentido, se deduce de la Sentencia que cuando el juez, habiendo oído al menor considere que no tiene la madurez suficiente, serán sus representantes legales los que habrán de tomar la decisión de si es conveniente o no para el menor declarar o acogerse a su dispensa. Como indica la sentencia, la LECrim nada dice al respecto y en el derecho comparado, concretamente el inglés, sí que se especifica en la ley quién asumirá dicha decisión en estos casos.

3.3.3. *La decisión del menor o de su representante legal de acogerse a la dispensa.*

Hay que rechazar “enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al "encarcelamiento" de un pariente cercano [...] Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal,

libre y responsable en la medida de sus posibilidades, no puede situarse de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización”⁵⁷⁷.

Debido a estos motivos considerados por la jurisprudencia a la hora de aplicar la dispensa del deber de declarar a niños muy pequeños, delega el ejercicio de dicha dispensa en los representantes legales del menor. En caso de apreciarse un conflicto de intereses con uno de los progenitores, como puede ser evidente, en un caso de abuso o maltrato en que el agresor es uno de los progenitores, corresponderá al otro progenitor adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor. Pero, ¿es siempre fácil valorar cuando hay un conflicto de intereses claro? Varios estudios indican que la valoración de un conflicto de intereses en las relaciones intrafamiliares no siempre es una tarea fácil⁵⁷⁸.

Por otra parte, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿Y si el menor, si tiene la suficiente madurez, o su representante legal en ejercicio de sus competencias se acogen a la dispensa? Voces críticas a la posibilidad de que las víctimas de violencia doméstica o de género puedan acogerse a la dispensa se han alzado proponiendo reformar el ámbito subjetivo del artículo 416 excluyendo a este grupo de víctimas.

Una de las críticas que se han dirigido al reconocimiento de una dispensa a parientes víctimas de violencia doméstica se ha centrado en que el fin de la dispensa no sirve para proteger las relaciones familiares e íntimas que podrían provocar un conflicto moral o de conciencia en la víctima llamada a testificar en contra de un ser querido, sino que analizado en mayor profundidad este fenómeno, los motivos detrás de la decisión de no querer declarar pueden fundamentarse más que en razones éticas o morales, o vínculos de solidaridad con el pariente, en el miedo a las represalias, dependencia económica del cónyuge, dependencia emocional de los hijos hacia sus padres, por chantajes, intimidación, promesas de cambio y arrepentimiento por parte del agresor⁵⁷⁹. Estos autores defienden que este tipo de víctima no debe gozar de este derecho, ya que la finalidad de la norma no se adapta a ellas.

⁵⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo nº 699/2014, de 28 de octubre de 2010. RJ 2014/6445, FJ 2º.

⁵⁷⁸ STRAUS, M. A. "Measuring intrafamily conflict and violence: The conflict tactics (CT) scales". *Journal of Marriage and the Family*, 1979, pp. 75-88.

⁵⁷⁹ Sobre esta cuestión ver a favor de la modificación del 416 de la LECrim: LÓPEZ VILLAMARÍN, M.L. 2012, *op.cit.*, p. 21; LARRAURI, E. "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 12, 2003, pp. 271-307. MONTESINOS GARCÍA, A. 2012, *op.cit.*, p. 218-249, p. 219-221. SERVET, V. M. "La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?". *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005, no 4, pp. 1697-1708. Voces contrarias a la modificación del artículo 416 LECrim que excluya a las víctimas pero buscando reforzar las

En caso de negarles el derecho, si un menor es víctima de un delito de violencia doméstica estaría obligado a declarar. Países como Italia y Reino Unido han llevado a cabo una exclusión en su ordenamiento de las víctimas de violencia intrafamiliar impidiendo que puedan acogerse a la dispensa⁵⁸⁰. Aun así, obligar a la víctima a declarar, en caso de que no quiera y amenazarle con una sanción, no parece que sea la opción más adecuada. En Reino Unido, de hecho, el no querer colaborar con la justicia se denomina *contempt of court* y lleva aparejada una sanción de mil quinientas libras o un mes de prisión. No obstante, los fiscales para evitar colocar a la víctima en una posición incómoda generalmente suelen retirar su acusación cuando saben que la víctima optará por guardar silencio en el juicio oral⁵⁸¹.

En este sentido, el sistema penal más que criminalizar a la víctima con un delito de falso testimonio, debería ofrecerle una protección que les permita declarar sin miedo y en la práctica, valorar el riesgo real existente cuando deciden no declarar en el proceso penal. Como indica Larrauri, las víctimas no retiran las denuncias por falta de racionalidad⁵⁸², y es más probable que se obtengan más enjuiciamientos por este tipo de agresiones a través de un apoyo a la víctima que a través de la compulsión⁵⁸³.

Si el sistema procesal penal obligase a este tipo de víctimas a declarar, el artículo 433 de la LECrim blindaría a los menores de 14 años frente a la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio. Este precepto indica que “Los testigos *mayores de edad penal* prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal”. El artículo 458.1 del Código Penal sanciona al “testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, [que] será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses”. Sin embargo, parece haber una contradicción entre la LECrim y el Código Penal en el que se excluye a los menores del

medidas destinadas a su protección véase CASTILLEJO MANZANARES, R. "La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género". *Revista de Derecho Penal*, 2009, no 26, pp. 121-140; HURTADO YELO, J. J. "¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?". *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2010, no 76, pp. 36-47; MARTÍN RÍOS, M del P. "Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia de género: análisis de la jurisprudencia española". *Revista General de Derecho Procesal*, 2008, no 15, p. 3 que defiende que se debe limitar el alcance de la dispensa cuando la declaración de la víctima sea la única prueba.

⁵⁸⁰ LÓPEZ VILLAMARÍN, M.L. 2012, *op.cit.*, p. 25.

⁵⁸¹ *Ibid.*,

⁵⁸² LARRAURI, E., 2003, *op. cit.*

⁵⁸³ CRETNEY, A.; DAVIS, G.. "The significance of compellability in the prosecution of domestic assault". *British Journal of Criminology*, 1997, vol. 37, no 1, pp. 75-89.

ámbito subjetivo del delito de falso testimonio y obstrucción a la justicia. El artículo 19 indica que “[l]os menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”. En este sentido, la LORPM no recoge ningún artículo que haga referencia a este tipo penal y sorprende que la reforma de la LECrim de 2015 no haya modificado el segundo párrafo al artículo 433 LECrim, en que se permite que los niños que están por encima de la edad de responsabilidad penal puedan ser responsables de un delito de falso testimonio. No sobra reiterar el dilema cruel que supondría enfrentar a un niño con la difícil elección entre no declarar, declarar diciendo la verdad e incriminando a un familiar o mentir y ser responsable por falso testimonio. Por esos motivos, convendría la modificación del segundo párrafo de la LECrim para que no dé pie a posibles interpretaciones erróneas.

Habría que ponderar si es preferible seguir reconociendo el derecho a no declarar a las víctimas menores de este tipo de violencia u obligar a los menores a declarar en contra de su voluntad arriesgándonos a que una mentira pueda infiltrarse en la valoración final de la prueba desviando al juzgador de la verdad y pudiendo incluso obtener una condena errónea.

Sin tener que excluir a este tipo de víctimas del alcance subjetivo del artículo 416 LECrim, se han planteado otras posibilidades que permitan, en el caso de que la víctima se acoja a la dispensa por los motivos que estime, enjuiciar este tipo de delitos. La posibilidad de admitir las declaraciones vertidas en la fase de instrucción cuando la víctima decida guardar silencio en el juicio oral ha sido avalada por el TEDH, mientras la obtención de la prueba se lleve a cabo respetando las garantías de un juicio justo.

En el caso *Unterpertinger contra Austria*⁵⁸⁴ el demandante fue declarado culpable por las autoridades austriacas de causar un daño corporal a su hijastra y de causar daños corporales graves a su esposa. La condena se fundamentó principalmente en las declaraciones policiales de estas últimas puesto que ambas se habían negado a prestar declaración en el juicio oral, puesto que tenían derecho a dispensa del deber de declarar en virtud del artículo 152 del Código de Procedimiento Penal austriaco. El demandante alegó ante el Tribunal de Estrasburgo que no había tenido la oportunidad de examinar o hacer examinar a las testigos en ninguna de las fases procesales. El Tribunal sentenció que el demandante había sido condenado sustancialmente por testimonio respecto del cual sus derechos de defensa habían sido sensiblemente restringidos y que debido a ello no había sido objeto de un juicio imparcial.

⁵⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Unterpertinger contra Austria*. Sentencia de 24 noviembre 1986. TEDH 1986/14.

En el caso *Asch contra Austria*⁵⁸⁵, el demandante fue declarado culpable de haber infligido lesiones corporales a la mujer con la que vivía. La declaración de esta última se había llevado a cabo durante la fase prejudicial y fue leída en el juicio oral a pesar de que ella hubiera retirado su queja y se hubiera negado a declarar ante el tribunal. El demandante alegó que su incapacidad para interrogar a la testigo en cualquier fase del procedimiento había vulnerado su derecho a un juicio justo. El TEDH falló en su contra, considerando que se habían presentado pruebas de corroboración que compensaban la ausencia de confrontación directa por parte de la defensa y que la condena del demandante no se basaba únicamente en la declaración de la víctima, sino en otras pruebas de corroboración. Considerando que el artículo 6 del CEDH, derecho a un juicio justo del demandante, no se había visto vulnerado la Corte sostuvo que el caso se distinguía de *Unterpertinger* debido a que en este último la condena se había fundamentado de manera única y decisiva en la declaración prejudicial de las víctimas y que a su vez en ausencia de pruebas de corroboración, tampoco se había satisfecho el requisito de la confrontación.

En el ordenamiento español, anteriormente a la reforma llevada a cabo por la Ley 4/2015 el Tribunal Supremo consideraba en la mayoría de ocasiones inadmisibles las declaraciones sumariales de las víctimas y testigos si decidían guardar silencio en el juicio oral. Para superar dicho impedimento la jurisprudencia y la doctrina han propuesto que la admisibilidad de las declaraciones prejudiciales se permita tanto por la vía del artículo 730 de la LECrim como por la del artículo 714 de la LECrim. Estos artículos contemplan dos excepciones a la práctica de la prueba en el juicio oral que habilitan la lectura de las diligencias en el sumario sin que la víctima y el testigo tenga que declarar.

El artículo 714 de la LECrim permite que “[c]uando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes”. El Tribunal Supremo, sin embargo, no ha validado esta interpretación puesto que el supuesto del artículo 714 prevé una contradicción entre declaraciones. De esta forma el Alto Tribunal ha considerado que el artículo 714 “[t]ampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial [...] que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el juicio oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del juicio oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la

⁵⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Asch contra Austria*. Sentencia de 26 abril 1991. TEDH 1991\29

contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a los declarado en el sumario”⁵⁸⁶.

Por otra parte, otra de las propuestas por parte de la doctrina se ha centrado en la reforma al artículo 730 de la LECrim proponiendo una excepción cuando la víctima se acoja a su dispensa de declarar en el juicio oral y permita la introducción de las declaraciones sumariales mientras hayan sido practicadas con las debidas garantías puesto que la persecución de los delitos de violencia intrafamiliar es “una cuestión de interés público y al ser perseguibles de oficio no pueden depender de la voluntad de las partes”⁵⁸⁷. No obstante, el Tribunal Supremo ha considerado que el artículo 730 “presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley. Llamar a esto “imposibilidad jurídica” para justificar la aplicación del artículo 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende”⁵⁸⁸.

No obstante, tras la reciente reforma llevada a cabo por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del artículo 730 LECrim finalmente se ha permitido leer o reproducir a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección. Hasta la mencionada reforma, gracias a la Directiva 2012/29/UE, “la jurisprudencia del Tribunal Supremo guard[aba] una cierta dosis de ambigüedad y así, si bien mant[enía] la prohibición de la lectura para los supuestos de testigos que no declaran en el

⁵⁸⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 31/2009 de 27 enero. RJ 2009\1389; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 121/2009 de 12 febrero. RJ 2009\914.

⁵⁸⁷ MONTESINOS GARCÍA, A. 2012, *op.cit.*, pp. 219-221, p. 234.

⁵⁸⁸ *Vid inter alia* Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 703/2014 de 29 octubre. RJ 2014\5422.

juicio oral, sost[enía] su viabilidad en los casos en los que son los propios acusados quienes guardan silencio en el juicio oral”⁵⁸⁹.

Otra de las propuestas que se ha planteado o sugerido en el caso de que la víctima se acoja a la dispensa por los motivos que estime y ello no provoque el bloqueo del posible enjuiciamiento del agresor se fundamenta en la obligación de seguir investigando a pesar de que la víctima retire la denuncia o no quiera declarar. En el caso *Asch* anteriormente citado, el TEDH permitió la lectura de una declaración vertida en la fase de instrucción de un testigo que se había acogido a su dispensa del deber de declarar en el juicio oral, considerando que las autoridades habían aportado más pruebas de corroboración de la declaración sumarial que no habían convertido a esta última en la única y decisiva prueba. En este sentido, valorar las circunstancias que rodean el caso, por ejemplo, en casos de violencia de género el grado de peligrosidad del agresor⁵⁹⁰, la valoración del estado de la relación entre víctima y agresor⁵⁹¹, los antecedentes, podrían no solo activar medidas de protección que permitiesen que la víctima pudiera prescindir de la dispensa y declarar sintiéndose segura, sino, si se diera el caso en el que la víctima siguiera sin querer declarar, aportar prueba de corroboración que apoyara la declaración prejudicial defectuosa y no obstaculizara la acusación en el enjuiciamiento de este tipo de violencia. La cuestión de la corroboración merece una atención especial y por ello se le ha dedicado el último capítulo de este trabajo.

Cabe plantearse una consideración ulterior que enlaza con el siguiente capítulo. El marco jurídico visto hasta ahora permite la pre-constitución de la prueba durante la fase de instrucción y posteriormente que esta última se admita como prueba para ser valorada en el acervo probatorio. Ahora bien, puede plantearse que un menor declare en policía, ser víctima de maltrato o abuso y posteriormente fallezca o tenga miedo incluso de acudir a la toma de declaración durante la fase de instrucción. ¿Serían inadmisibles sus declaraciones en policía si no cumplen con el requerido requisito de confrontación, sea durante la fase de instrucción o durante la fase de juicio oral? El derecho internacional de los derechos humanos ha intentado hacer frente e intentar paliar dentro de lo posible la situación en que por una imposibilidad sobrevenida, no se pueda hacer justicia o defender los intereses de los más vulnerables. No solo nos encontramos con una importante garantía que puede verse afectada, que es el derecho de la defensa a confrontar toda acusación en su contra, sino también la

⁵⁸⁹ LOZANO EIROA, M. 2012, *op.cit.*, p. 5.

⁵⁹⁰ CEBERIO BELAZA, M., “Cuando la maltratada retira la denuncia”. Disponible en: http://elpais.com/diario/2007/06/05/sociedad/1180994402_850215.html.

⁵⁹¹ CRETNEY, A.; DAVIS, G. "The significance of compellability in the prosecution of domestic assault". *British Journal of Criminology*, 1997, vol. 37, no 1, pp. 75-89, p. 87.

inadmisibilidad en muchos ordenamientos de declaraciones que se consideran *hearsay evidence*, declaraciones de una persona que refiere palabras del testigo que no comparece en el juicio oral (testimonio de referencia). El TEDH ha intentado solventar esta cuestión a través de su doctrina de la única y decisiva prueba, que ha resultado útil para resolver algunas situaciones en que las víctimas no pueden comparecer en el juicio oral, pero por otra, resulta insuficiente para hacer frente a otras situaciones, especialmente aquéllas en que el menor es víctima y no tiene a su alcance pruebas de corroboración. Plantear nuevas estrategias, permitir pruebas que tradicionalmente han sido declaradas inadmisibles por los ordenamientos nacionales, reformar la ley en aquéllos puntos que potencialmente pueden causar una eventual desprotección del menor, son de las cuestiones que hoy en día están todavía sin resolver.

CAPÍTULO 5. EL REQUISITO DE LA CORROBORACIÓN ANTE LA AUSENCIA DE CONFRONTACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL NIÑO

En ausencia de una debida confrontación por parte del acusado de la declaración de un menor, el TEDH ha considerado válida la admisibilidad de una declaración si es respaldada por otras pruebas (*sole evidence*) siempre que, estas últimas, no cumplan una labor decisiva en la determinación de la condena del acusado (*decisive evidence*).

Este capítulo pretende analizar, en primer lugar, la doctrina de la única y decisiva prueba, es decir, el requisito de la corroboración en caso de que la declaración de un niño pueda ser defectuosa o incluso inexistente, y por tanto pueda ser confrontada por el acusado. Como se desprende de la jurisprudencia que se va a pasar a analizar, esta cuestión ha surgido principalmente en el derecho internacional de los derechos humanos en relación a casos en los que el menor ha sido víctima de abuso o agresión sexual. Debido a que es frecuente que estos casos presenten una ausencia de prueba material, la jurisprudencia internacional ha abandonado la definición tradicional de violación, exigiendo prueba de resistencia o fuerza física, por una definición que valore la ausencia de consentimiento a través de pruebas que lo indiquen. En este sentido, este capítulo analizará, en segundo lugar, los tipos de pruebas que pueden corroborar la declaración de un menor que no haya sido sometida a la debida confrontación.

La importancia de prestar atención a otros tipos de pruebas, como al testimonio de referencia, a la prueba circunstancial o a la prueba pericial puede ser trascendental para los niños. Este tipo de pruebas pueden ayudar a corroborar casos difíciles, sin embargo, su empleo es controvertido y los órganos jurisdiccionales permiten admitirlas con cautela, puesto que pueden ocasionar una merma en los derechos de la defensa del acusado. No obstante, los límites establecidos a este tipo de pruebas, establecidos en los ordenamientos nacionales, pueden destapar prejuicios hacia aquéllas víctimas que se pueden ver beneficiadas por su uso, como en este caso, los niños.

1. La doctrina de la “única y decisiva prueba” (*sole and decisive rule*).

Existen varios motivos que explican por qué testigos relevantes y víctimas no pueden testificar en persona, tales como la muerte, la enfermedad, residencia en el extranjero, la detención en una prisión extranjera, el miedo, las amenazas y la presión ejercida por el acusado⁵⁹². Debido a estas limitaciones, el TEDH ha permitido la admisibilidad de una declaración emitida en fase de instrucción por un menor que no haya sido sometida a la debida confrontación mientras esta última no sea única (*sole evidence*), es decir, vaya acompañada de prueba que la corrobore y no fundamente de forma decisiva (*decisive evidence*) la condena. A través de esta doctrina el TEDH asegura que los acusados no sean condenados injustamente y así evitar condenas erróneas, a la vez que permite buscar un equilibrio entre los derechos de la defensa y los derechos de las víctimas y de los testigos.

Si la declaración vertida en la fase de instrucción es por parte del menor sospechoso y acusado, el TEDH valorará el peso que se le otorgó por parte del ordenamiento nacional, de manera que, si su decisión final se fundamentó de manera única y decisiva en esta última, al haber sido obtenida sin las debidas garantías, declarará el juicio injusto⁵⁹³.

En el caso *Panovits* el Tribunal precisó que “ningún problema de justicia surge necesariamente si la prueba se obtuvo sin el apoyo de otro material [...] cuando se evidencie de manera contundente y no haya riesgo de que sea poco fiable, la necesidad de prueba de apoyo es menos exigente”⁵⁹⁴. En este sentido, el Tribunal deja entrever que no está estableciendo ningún requisito por el que las declaraciones sumariales deban de estar corroboradas permitiendo que, si la declaración es fiable, y se ha obtenido con las garantías inherentes a un juicio justo, el requisito de corroboración será menos estricto.

De esta manera, el Tribunal no contradice su línea jurisprudencial en relación a que el artículo 6 del Convenio no establece unas reglas que regulan la admisibilidad de la prueba. De este modo, logra no intervenir en el derecho nacional, avalando dos tipos de jurisdicciones en Europa: aquéllas que exigen la corroboración de las declaraciones en fase de instrucción

⁵⁹² MAFFEI, S. 2006, *op. cit.*, p. 335

⁵⁹³ Cuestión a la que se ha hecho referencia en el capítulo tercero de este trabajo.

⁵⁹⁴ “No problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material....where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Panovits contra Chipre*. Sentencia de 11 diciembre 2008, *cit.*, párr. 82.

de sospechosos y acusados como garantía de la defensa y aquéllas que no exigen ningún requisito de corroboración⁵⁹⁵.

No obstante, cuando el menor es víctima o testigo de los hechos objeto de enjuiciamiento, hay muchos casos en los que no se puede llevar a cabo una confrontación con todas las garantías, puesto que el menor puede haber fallecido, puede tener miedo, puede no querer colaborar con la justicia o puede haber sucedido que el oficial al servicio de la administración de justicia no asegurase las debidas garantías por actuar con negligencia. En estos casos, para garantizar que el derecho no desproteja al menor y el agresor quede impune, el TEDH ha permitido que las declaraciones defectuosas se admitan, pero si van acompañadas de la debida prueba de corroboración. Aun así, este requisito nos plantea inevitablemente algunos interrogantes: ¿cuál es el alcance de este requisito de corroboración establecido por el Tribunal? ¿Qué pruebas pueden corroborar la declaración? ¿Se trata de un requisito cuantitativo o cualitativo?

El TEDH ha considerado, atendiendo al caso concreto, las pruebas que corroboran las declaraciones vertidas en la fase de instrucción que no han sido sometidas a la preceptiva contradicción. En el caso *AM contra Italia*⁵⁹⁶, los padres de un menor denunciaron al Departamento de seguridad pública de Seattle (Estados Unidos) que durante sus vacaciones en Italia su hijo menor había sido objeto de abusos deshonestos por parte del demandante, conserje de la residencia en la que estuvo alojado, el Sr. A.M. Este último recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo alegando la irregularidad de las actas redactadas por la comisión rogatoria así como las declaraciones en fase de instrucción de los testigos, la psicoterapeuta y los padres del menor respectivamente, fueron los únicos elementos de prueba sobre los que se basaron los Tribunales italianos para justificar su condena. El hecho de que estas últimas fuesen leídas, a lo largo de la vista ante el Tribunal, le había privado de cualquier oportunidad de interrogar a quienes le habían acusado.

En la Sentencia, el TEDH argumentó que el artículo 512 bis del CPP italiano, permite al juez ordenar la lectura de las declaraciones realizadas por un ciudadano extranjero si éstas no constituyen la única prueba de cargo del acusado. Los medios de prueba deben ser

⁵⁹⁵ Para ver una comparación de la regulación del requisito de la corroboración podemos ver la diferencia entre Escocia y Reino Unido. Escocia exige que las declaraciones prejudiciales de sospechosos y acusados tengan prueba que las corrobora, el ordenamiento británico por el contrario no lo exige y permite que una declaración prejudicial mientras sea fiable y se haya obtenido con determinadas garantías se admita sin ser acompañada de prueba que la corrobora. Véase PATTENDEN, R. "Should confessions be corroborated?". *Law Quarterly Review*, vol. 107, 1991, p. 317.

⁵⁹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *A.M. contra Italia*. Sentencia de 14 diciembre 1999. TEDH 1999/66.

presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio aunque se permiten excepciones que pueden ser aceptadas únicamente con la salvaguarda de los derechos de la defensa. El Tribunal señaló que en este caso los tribunales nacionales se habían fundamentado exclusivamente en las declaraciones efectuadas en Estados Unidos con anterioridad al proceso, y que el demandante no había tenido, en ningún momento del proceso, la posibilidad de rebatir a quienes le acusaban y que por tanto, se había vulnerado su derecho a la defensa, en concreto el artículo 6(3) del CEDH⁵⁹⁷.

El caso *PS contra Alemania*⁵⁹⁸, muy similar al caso *A.M. contra Italia*, se basó en una demanda interpuesta por P.S. por una condena por un delito sexual contra una niña de ocho años. Los padres de la niña denunciaron que el demandante había abusado de la niña durante una clase de piano. En la comisaría la niña fue interrogada junto a su madre por un policía. La madre además declaró haber observado que la niña había mostrado un comportamiento perturbado después de la clase de música y que más tarde le había confesado lo sucedido.

En la fundamentación de la condena en la primera instancia, el Tribunal se basó en las declaraciones hechas por la madre de lo relatado por su hija y su observación sobre su cambio de carácter a partir de la clase de piano. También se tuvo en cuenta la declaración del oficial de policía que había interrogado a la niña. Sin embargo, se rechazó la solicitud por parte de P.S. de una opinión de un experto en psicología y que la niña fuese llamada a declarar. En la apelación sin embargo, el Tribunal decidió consultar la opinión de un experto que tuvo la oportunidad de examinar a la menor.

El TEDH, usando la misma línea argumentativa que en *A.M.*, destacó que, si bien los derechos de defensa podían limitarse, dicha limitación debía ser estrictamente necesaria y contrapesada por el proceso seguido⁵⁹⁹. Si “la condena se fundamenta única y decisivamente en las deposiciones formuladas por una persona que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar, sea durante la fase de investigación o durante el juicio, los derechos de la defensa serán restringidos de modo incompatible con las garantías provistas por el artículo 6”⁶⁰⁰. Considerando que la denegación del interrogatorio a la víctima y de la opinión experta se fundamentaba en razones vagas y especulativas y que el informe del experto psicólogo en

⁵⁹⁷ *Ibid.*, párr. 25-26

⁵⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), caso *P. S. contra Alemania*. Sentencia de 20 diciembre 2001. TEDH 2001\881.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, párr. 23.

⁶⁰⁰ “a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6”, *Ibid.*, párr. 24.

apelación se había emitido transcurrido un año y medio del suceso, el TEDH llegó a la conclusión de que “la información dada por la niña era la única evidencia directa de la infracción y que los tribunales nacionales habían basado sus conclusiones sobre la culpabilidad del solicitante de manera decisiva en las declaraciones de S [la menor]”⁶⁰¹ y que por lo tanto el juicio había vulnerado sus derechos de defensa.

El caso *Bocos-Cuesta contra Países Bajos*⁶⁰² se originó por una demanda planteada por un ciudadano español contra el Reino de Holanda presentada ante el TEDH. El demandante había alegado que la condena se había fundamentado de manera decisiva en las declaraciones de cuatro menores. Las declaraciones sumariales de los niños fueron leídas dichas declaraciones en el juicio oral. El demandante alegaba la injusticia del procedimiento penal entablado contra él, habiéndose vulnerado los artículos 6.1 y 6.3.d) del CEDH.

Las circunstancias del caso se plantearon a raíz de que cuatro madres interpusieran cuatro denuncias en nombre de sus hijos, menores (de 10, 6, 9, 11 años de edad) que alegaban haber sido agredidos sexualmente por un desconocido en un parque el mismo día. Los niños prestaron declaración en comisaría y reconocieron al individuo que acusaban a través de un cristal mono reflectante, además de su mochila y pantalón. No obstante, en ningún momento de la etapa de instrucción, el acusado pudo confrontar a los menores.

Además de las declaraciones ante la policía de los menores, el caso contaba con las declaraciones de las madres de los niños, las de dos mujeres, la señora E, tía materna de uno de los niños, que no habiendo presenciado directamente los hechos, los había oído a través de su hijo, primo de uno de los menores, y la señora F vecina del barrio y las declaraciones de los policías que habían interrogado a los menores. Tras la citación del demandante para comparecer en el juicio, su abogado solicitó la citación de los niños para su comparecencia y a las señoras E. y F. La fiscalía rechazó dicha petición debido a que los niños eran de muy corta edad.

Tras ser condenado por agresión sexual y de actos impúdicos con personas menores de dieciséis años, el demandante recurrió al TEDH, alegando que en el procedimiento penal entablado contra él se le había privado de un juicio justo debido a que las declaraciones que prestaron los cuatro niños a la policía se usaron como prueba sin que la defensa tuviese en ningún momento la oportunidad de interrogarles.

⁶⁰¹ “the information given by the girl was the only direct evidence of the offence in question and the domestic courts based their finding on the applicant’s guilt to a decisive extent on S’s statements” *Ibid*, párr. 30

⁶⁰² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso *Bocos-Cuesta contra Países Bajos*. Sentencia de 10 noviembre 2005. TEDH 2005\123.

Centrando sus argumentos en las pruebas que sirvieron para valorar las circunstancias y condenar al demandante, el TEDH estimó que las declaraciones prestadas por los niños ante la policía habían sido la única prueba directa de los hechos que se imputaban al demandante y que habían tenido una importancia decisiva a la hora de declararle culpable, ya que ni en la fase de la instrucción ni en el juicio se le había concedido la oportunidad de interrogar o hacer interrogar a estas víctimas. Concluyó que el demandante no había dispuesto de una oportunidad de seguir el modo en que los niños habían prestado declaración ante la policía. Destacó la posibilidad de usar medios técnicos como asistir a la declaración desde otra sala a través de un mecanismo técnico. Asimismo, los testimonios de los niños no fueron grabados, ni el demandante ni el tribunal sentenciador pudieron observar su comportamiento al ser interrogados para poder formarse una opinión en cuanto a su fiabilidad.

El Tribunal concluyó, por tanto, que “si bien el tribunal sentenciador llevó a cabo un examen cuidadoso de las declaraciones prestadas por los niños y concedió al demandante la oportunidad de responder a las mismas, [...] ello no sustituye adecuadamente la observación personal de un testigo cuando presta declaración oral”⁶⁰³. Del examen del sumario no había ningún motivo, además, que se basase en ninguna prueba concreta como, por ejemplo, un dictamen pericial que justificase la imposibilidad de que los niños fuesen confrontados a través de la implementación de medidas especiales. El Tribunal apreció que organizar un procedimiento penal de forma que se protejan los intereses de testigos muy jóvenes, concretamente en un juicio relativo a delitos sexuales, es un factor importante a tener en cuenta a los efectos del artículo 6. Sin embargo, concluyó que el motivo expuesto por el tribunal sentenciador para denegar la petición del demandante de interrogar a las cuatro víctimas “no podía considerarse sino insuficientemente fundamentado y, por ello, hasta cierto punto, especulativo”⁶⁰⁴.

El caso *AS contra Finlandia*⁶⁰⁵, se basó en una denuncia interpuesta en la policía por la madre de un menor alegando que sospechaba que su hijo, un niño que contaba con cinco años, había sido abusado sexualmente por un amigo de la familia. La declaración del menor fue grabada a lo largo de la fase sumarial del proceso. Sin embargo, no fue sometida a la preceptiva confrontación y al ser la única y decisiva prueba que fundamentó la condena del demandante, el juicio fue declarado injusto. El fallo por parte del Tribunal Europeo de

⁶⁰³ *Ibid.*, párr. 71.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, párr. 72.

⁶⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso *A.S. contra Finlandia*. Sentencia de 28 septiembre 2010. JUR 2010/332112

Derechos Humanos se fundamentó en que, aun reproduciendo en juicio la grabación con el consentimiento del demandante, no se permitió que este último pudiera hacerle ninguna pregunta. Debido a este motivo, el demandante se vio afectado por la imposibilidad de rebatir las declaraciones en las que se basaba su condena sin existir una renuncia expresa a plantear preguntas al menor.

El TEDH entró a valorar en el fallo, en primer lugar, si se había respetado el derecho del demandante a examinar testigos, previsto en el artículo 6.3 del Convenio, al admitir y usar como prueba en el juicio la grabación de la entrevista del menor en el hospital, aun no habiéndose permitido al demandante confrontar dicha entrevista. El demandante alegaba que la declaración del niño había sido la única prueba directa en su contra⁶⁰⁶ y que las declaraciones de la psiquiatra acerca de la evaluación psicológica de la credibilidad del menor y la declaración de la madre constituían únicamente prueba indirecta contra él. El TEDH falló en favor del demandante añadiendo que, al fundamentarse la condena de manera única y decisiva en la declaración del menor, al no habersele ofrecido la oportunidad al demandante de plantear preguntas al menor, se había visto vulnerado en su derecho a una defensa justa.

Tras haber analizado estos casos, podemos deducir que la doctrina de la única y decisiva prueba básicamente obliga a que, en caso de que una confrontación no pueda llevarse a cabo conforme las garantías establecidas en el artículo 6 del CEDH, se podrá admitir la declaración vertida en la fase de instrucción no confrontada, si va acompañada de prueba de corroboración. Esta prueba de corroboración habrá de ser independiente y no podrá recaer directamente en la declaración prejudicial defectuosa del menor, puesto que si recae de forma directa en la declaración del menor, esta última será considerada prueba decisiva.

Esta doctrina elaborada por el Tribunal, sin embargo, plantea problemas. En primer lugar, específicamente para casos en que el menor ha sido víctima de un abuso sexual o de una agresión, debido a diferentes factores inherentes a la naturaleza de este tipo de delitos, la mayoría de las pruebas de corroboración que pueden obtenerse recaerán indirectamente en la declaración prejudicial del menor. Si bien la doctrina de la única y decisiva prueba busca un equilibrio entre los derechos de la defensa y los derechos de las víctimas y testigos, es insuficiente para resolver los problemas que surgen de la tensión entre el testimonio de los menores víctimas de abuso sexual y la inadmisibilidad de algunos tipos de prueba o el uso de

⁶⁰⁶ *Ibid.*, párr. 58

determinadas defensas por parte de los acusados que suponen un nudo gordiano para cualquier sistema que aspire a proteger los derechos del niño. En segundo lugar, el problema fundamental de la corroboración se centra en que pocos instrumentos jurídicos internacionales y nacionales precisan su alcance, sobre qué elementos debe recaer, o qué elementos no se deben tener en cuenta. En este sentido, el requisito de corroboración, como tal, no es ni bueno ni malo: todo depende de qué tipo de prueba necesita corroboración, qué tipo de evidencia es aceptable al proporcionarla, y precisamente cuáles son las consecuencias legales si la corroboración no es evidente⁶⁰⁷.

El derecho internacional de los derechos humanos ha considerado principalmente esta cuestión en relación a situaciones en las que los menores son víctimas de violencia, en repetidos casos sexual. Esto se debe a que estos casos frecuentemente plantean un problema de ausencia de prueba material independiente que permita corroborar la denuncia por abuso. Los rastros de ADN, fibras, heridas, hematomas son generalmente las pruebas a las que se recurre para corroborar este tipo de declaraciones. El problema que plantea este tipo de pruebas se basa en que los abusos sexuales y el maltrato contra los niños suele suceder dentro de la vida privada y familiar, fuera de lo público, en soledad o en presencia de otros niños⁶⁰⁸. Por este motivo, este tipo de prueba no cuenta con testigos, además, los niños suelen tardar tiempo en contar a una persona de confianza lo ocurrido, y para entonces la prueba física es probable que haya desaparecido⁶⁰⁹. Los delitos contra la libertad sexual no solo pueden no tener pruebas materiales por el paso del tiempo, sino que también pueden llevarse a cabo sin violencia física por parte del agresor. Puede suceder que el agresor utilice en este sentido la violencia psicológica para coaccionar a la víctima o que la víctima, por sus circunstancias en el momento de los hechos, no muestre resistencia alguna a la agresión o incluso adopte una actitud activa.

Estos comportamientos que la víctima experimenta frente a un abuso sexual no siempre han sido comprendidos por el Derecho. De hecho, la definición tradicional de violación en la mayoría de los ordenamientos jurídicos exigía fuerza o resistencia, y por tanto, prueba que lo demostrase por parte de la víctima. Con el paso del tiempo, se ha producido un cambio en los elementos del tipo y en vez de exigir prueba de resistencia física se exige ausencia de un consentimiento genuino.

⁶⁰⁷ SPENCER, J. R.; FLIN, R. H, 1990, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁰⁸ <http://criminal.findlaw.com/criminal-charges/crimes-against-children.html>; <https://www.interpol.int/Crime-areas/Crimes-against-children/Crimes-against-children>

⁶⁰⁹ SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. 1990, *op. cit.*, pp. 142-143.

2. Pruebas de corroboración que sirven para valorar la ausencia de un consentimiento genuino por parte de un menor

En virtud de lo analizado en el epígrafe anterior, los Tribunales deben valerse de pruebas que indiquen la ausencia de un consentimiento genuino por parte de las víctimas de delitos de abuso sexual. Valorar si un consentimiento se prestó de forma genuina es una tarea ardua. El Tribunal habrá de valorar la validez del consentimiento atendiendo a todos aquellos indicios y pruebas que podrían indicar la posibilidad de que la libertad sexual se haya podido ver coaccionada. Para ello, los siguientes epígrafes se van a centrar en analizar qué pruebas pueden considerar los Tribunales a la hora de valorar la ausencia de un consentimiento genuino. En primer lugar, el testimonio de referencia prestado por aquellas personas de confianza de la víctima, como familiares y amigos que puedan aportar indicios de la relación entre el agresor y la víctima y concretamente, el sentir de la víctima hacia el agresor o las reacciones que pueda haber manifestado en su presencia. En segundo lugar, la prueba de indicios o las circunstancias que rodean a la víctima ha sido reflejada por parte de la jurisprudencia internacional como medio para poder exigir responsabilidad a los Estados por fallar en su obligación positiva de castigar la violación y de investigar debidamente los casos de violación. En tercer lugar, la participación de los peritos. Para poder valorar el comportamiento de un niño frente al abuso sexual, se necesitan personas formadas y especializadas, para prevenir que los prejuicios se infiltren en la valoración de la prueba, que a la hora de perseguir el abuso sexual, desafortunadamente siguen estando muy presentes.

Sin embargo, como se va a proceder a analizar, el uso de estas pruebas se encuentra con diferentes trabas en los ordenamientos nacionales. El testimonio de referencia no se suele aceptar fácilmente como prueba si recae en la declaración del menor que no ha sido debidamente sometida a confrontación. La prueba de indicios, como demuestra la jurisprudencia internacional, es una prueba que obliga a los Tribunales a valorar atendiendo a las circunstancias del caso. Sin embargo, numerosas veces la valoración de las circunstancias no se lleva a cabo adecuadamente y si las investigaciones son deficientes, únicamente los mecanismos de protección de los Derechos Humanos pueden exigir al Estado compensar económicamente a la víctima, pero los agresores no rendirán cuentas y los actos quedarán impunes. Los peritos forenses son un instrumento al servicio de los Tribunales para valorar los comportamientos de los niños. Sin embargo, es cuestionable hasta qué punto los Tribunales valoran este tipo de prueba para tomar decisiones acerca de los hechos.

Si bien somos conscientes de los riesgos que estos tipos de pruebas traen aparejados, como se va a analizar en los siguientes epígrafes, se propone revalorizarlas y darles mayor peso, puesto que son estas pruebas las que pueden permitir que determinados delitos, especialmente los delitos contra la libertad sexual o el maltrato hacia los menores, no queden impunes.

3. El testimonio de referencia.

3.1.La admisibilidad del testimonio de referencia en el derecho internacional de los derechos humanos

Puede suceder que los casos de abuso o agresión sexual vayan acompañados de los testimonios de personas cercanas a la víctima a quienes ésta ha contado lo ocurrido. De los casos que se viene analizando, las declaraciones de los niños muchas veces no son sometidas a la debida confrontación, por numerosos motivos: miedo, imposibilidad o incluso errores de los mismos funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Para corroborar los supuestos en los que sería imposible o contraproducente para el menor comparecer y declarar, la acusación suele avalarse de las declaraciones de los padres o de otros testigos de referencia (policías, profesores, vecinos, médicos, etc.), que no han presenciado directamente los hechos en cuestión, pero que, de manera directa, han tenido noticia de los mismos.

La doctrina de la única y decisiva prueba puede resultar rígida a la hora de poder usar el testimonio de referencia. El TEDH se enfrentó a esta cuestión a la luz del caso *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*⁶¹⁰. El origen de las demandas se basaba en dos denuncias interpuestas en Reino Unido, la primera contra un médico de nombre Al Khawaja acusado por una de sus pacientes de haber abusado sexualmente de ella mientras estaba bajo hipnosis. Por otra parte Taheri, había sido condenado por apuñalar a una persona con la que se había peleado momentos antes. Ambos casos reunían la misma característica: los demandantes habían sido condenados por una declaración obtenida en la fase de instrucción del proceso penal, que no había sido sometida a contradicción y que había sido decisiva en la fundamentación de sus condenas. Estas declaraciones prejudiciales habían sido leídas durante el juicio oral y corroboradas por las declaraciones de los testigos de referencia a quienes las víctimas habían relatado los hechos. El motivo de la ausencia de la víctima en el caso Al Khawaja se debía a que había fallecido, por suicidio - no relacionado con el asalto- con anterioridad al juicio oral,

⁶¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), caso *Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido*. Sentencia de 15 diciembre 2011. JUR 2011\425397

y en el caso Taheri, el miedo de comparecer en el juicio, no por estar en presencia del acusado sino por las represalias de la comunidad a la que este último pertenecía.

El gobierno de Reino Unido admitió y fundamentó la condena en las declaraciones de los testigos de referencia. Argumentó que su admisibilidad y posterior valoración se había hecho “en interés de la justicia” y que su exclusión automática provocaba que los agresores pudieran simplemente intimidar a los testigos para evitar que comparecieran. Debido a esta razón, el testimonio de referencia, había recaído de manera única y decisiva en las declaraciones sumariales de las víctimas y, por tanto, había sido prueba fundamental en la decisión de condena⁶¹¹.

En su sentencia de 20 de enero de 2009⁶¹², el TEDH declaró ambos juicios injustos, fundamentándose en su jurisprudencia sobre testigos anónimos y ausentes. Argumentó que “si bien es cierto que el Tribunal ha examinado a menudo si los procedimientos seguidos en los tribunales internos son de tal naturaleza que contrarrestan las dificultades causadas a la defensa, esto ha sido principalmente en los casos de testigos anónimos cuya prueba no ha sido considerada decisiva y que ha sido sometida a un examen de alguna forma u otra”⁶¹³ concluyendo que “habida cuenta de estos factores, el Tribunal no considera que ninguno de ellos, solos o en conjunto, pueda contrarrestar el perjuicio a la defensa”⁶¹⁴.

El 15 de diciembre de 2011, sin embargo, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio un giro de ciento ochenta grados a su jurisprudencia anterior, declarando el juicio justo en el caso *Al-Khawaja*⁶¹⁵. El Tribunal concluyó que “cuando una declaración de referencia es la prueba única o decisiva contra el demandado, su admisión como prueba no resultará automáticamente en una infracción del artículo 6. 1. Al mismo tiempo, cuando la condena se basa única o decisivamente en la prueba de testigos ausentes, la Corte debe someter el procedimiento a un examen más riguroso. Debido a los peligros de la admisión de tales pruebas [...] se requiere de suficientes factores de contrapeso, incluyendo la existencia de fuertes garantías procesales. La cuestión en cada caso reside en si existen suficientes

⁶¹¹ *Ibid.*, párr. 30.

⁶¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), caso *Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido*. Sentencia de 20 enero 2009. JUR 2009\12574.

⁶¹³ “While it is true that the Court has often examined whether the procedures followed in the domestic courts were such as to counterbalance the difficulties caused to the defence, this has been principally in cases of anonymous witnesses whose evidence has not been regarded as decisive and who have been subjected to an examination in some form or other” *Ibid.*, párr. 37

⁶¹⁴ “Having considered these factors, the Court does not find that any of them, taken alone or together, could counterbalance the prejudice to the defence” *Ibid.*, párrs. 42-47.

⁶¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso *Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido*. Sentencia de 15 diciembre 2011. JUR 2011\425397

factores de contrapeso, incluidas medidas que permitan una evaluación justa y adecuada de la fiabilidad de esa evidencia. Esto permitiría que la condena se basara en tales pruebas sólo si fuera suficientemente fiable dada su importancia en el caso”⁶¹⁶

En el caso Al-Khawaja, “la fiabilidad de la evidencia fue apoyada por el hecho de que la mujer que había fallecido se había quejado a dos amigas, inmediatamente después de los acontecimientos en cuestión, y que sólo había pequeñas inconsistencias entre su declaración prejudicial y aquéllas aportadas por sus dos amigas, que declararon posteriormente en el juicio y fueron sometidas a confrontación por el acusado. Lo que el Tribunal consideró relevante fueron las fuertes similitudes entre las descripciones de las agresiones entre las mujeres. El Tribunal destaca que “en un caso de asalto indecente por parte de un médico de su paciente, que tuvo lugar durante una consulta privada en la que sólo él y la víctima estaban presentes, sería difícil encontrar pruebas corroborativas más fuertes, especialmente cuando cada uno de los otros testigos fue llamado a que declarara en el juicio y su fiabilidad fue probada por el conainterrogatorio”⁶¹⁷.

Manteniendo su fallo anterior en relación al caso Taheri, “sin embargo, el Tribunal considera que ninguno de estos factores, tomados aisladamente o en combinación, podría ser un contrapeso suficiente a la desventaja con la que se encontró la defensa. Aun cuando diera pruebas negando la acusación, el demandante no podía, por supuesto, probar la veracidad y fiabilidad de la prueba del testigo T mediante un conainterrogatorio. El hecho es que T era el único testigo que aparentemente estaba dispuesto o podía decir lo que había visto. La defensa no pudo llamar a ningún otro testigo para contradecir el testimonio proporcionado a

⁶¹⁶ “where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1. At the same time, where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales, to use the words of Lord Mance in *R. v. Davis* (see paragraph 50 above), and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case”, *Ibid.*, párr. 147

⁶¹⁷ “The reliability of the evidence was supported by the fact that S.T. had made her complaint to two friends, B.F. and S.H., promptly after the events in question, and that there were only minor inconsistencies between her statement and the account given by her to the two friends, who both gave evidence at the trial. Most importantly, there were strong similarities between S.T.’s description of the alleged assault and that of the other complainant, V.U., with whom there was no evidence of any collusion. In a case of indecent assault by a doctor on his patient, which took place during a private consultation where only he and the victim were present, it would be difficult to conceive of stronger corroborative evidence, especially when each of the other witnesses was called to give evidence at trial and their reliability was tested by cross-examination”, *Ibid.*, párr. 158.

través del testimonio de referencia”⁶¹⁸. El TEDH revocó la decisión de instancia en relación con Al Khawaja, concluyendo que no se había vulnerado el artículo 6 CEDH por parte de los tribunales británicos.

La Sentencia en el caso Al Khawaja ha sido criticada con dureza por ser “una claudicación ante las presiones ejercidas por el Reino Unido y su Tribunal Supremo, una estocada mortal para el derecho de contradicción como garantía nuclear del proceso penal, al quedar sometido a una ponderación de las circunstancias del caso concreto, abriéndose con ello, en definitiva, la posibilidad de que un ciudadano pueda ser condenado con base en un testimonio que no ha tenido la posibilidad de contradecir”⁶¹⁹. Estas críticas son comprensibles y, en este sentido, se echa de menos por parte del Tribunal una motivación más profunda de los peligros que puede ocasionar una aplicación de la regla de la única y decisiva prueba de manera rígida, que hubiese en cierta medida aplacado las críticas. Un análisis más profundo hubiera permitido encontrar el fundamento real de dicha excepción: amparar a las víctimas de abuso sexual, en su mayoría mujeres y niños, que suelen ser víctimas dobles cuando tras sufrir el daño, la realidad nos demuestra que suelen ser víctimas de las amenazas, acoso, maltrato, chantaje psicológico que impide que vuelvan a declarar y debido a que estos delitos suceden en el ámbito privado y doméstico, la inadmisibilidad del testimonio de referencia les deja totalmente desprotegidas.

La aplicación de la regla de la única y decisiva prueba de manera rígida al caso Al-Khawaja, beneficia a la defensa, pero también hay que plantearse si preserva relaciones de poder fundamentadas en el patriarcado, que se infiltran también en el derecho probatorio y cuyas víctimas son los grupos sociales más vulnerables. El cambio de la actitud del Tribunal en el caso Al-Khawaja, aunque tímido y titubeante, demuestra un cambio en la sensibilidad del Tribunal en defensa de las víctimas de este tipo de delitos tan detestables, tan desprotegidos a lo largo de la historia y que tantas veces quedan impunes debido a la ausencia de pruebas y la manipulación del derecho probatorio en beneficio de los perpetradores. En palabras del Tribunal, la rigidez de la única y decisiva prueba “transformaría la regla en un instrumento tajante e indiscriminado, contrario al modo tradicional en que el Tribunal aborda

⁶¹⁸ “However, the Court considers that neither of these factors, whether taken alone or in combination, could be a sufficient counterbalance to the handicap under which the defence laboured. Even if he gave evidence denying the charge, the applicant was, of course, unable to test the truthfulness and reliability of T.’s evidence by means of cross-examination. The fact is that T. was the sole witness who was apparently willing or able to say what he had seen. The defence was not able to call any other witness to contradict the testimony provided in the hearsay statement”. *Ibid.*, párr. 162

⁶¹⁹ ALCÁCER GUIRAO, R. “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2013, no 4, pp. 14-16.

la cuestión de la equidad global del procedimiento, en aras a ponderar los intereses enfrentados de la defensa, la víctima y los testigos, así como el interés público en una efectiva administración de justicia”⁶²⁰.

La posición especialmente vulnerable del niño, su dependencia de los adultos, el tipo de delito, que ocurre generalmente “de puertas adentro”, obliga a que reflexionemos sobre qué tipos de pruebas se pueden admitir en caso de no contar con la declaración del menor o contar con una declaración defectuosa que no ha sido posible someter a contradicción. Los testigos de referencia pueden cobrar especial importancia para determinados tipos de delitos, como son aquéllos que suelen suceder en la esfera privada, a escondidas de lo público. En este sentido, cabe destacar que algunos estudios han destacado cómo la exclusión de este tipo de testimonio como prueba de corroboración se debe no solo a una motivación que se fundamenta en la fiabilidad sino a razones discriminatorias: “A diferencia de lo que ocurre con las mujeres, el tipo de delitos que involucran a víctimas varones, como robo, agresiones, vandalismo y delitos de desorden público ocurren en lugares públicos donde hay mayor oportunidad de presencia de testigos y, por tanto, corroboración independiente. Por lo tanto, la necesidad de recurrir a los testimonios de referencia en tales crímenes públicos que involucran a hombres se reduce mucho. La exclusión de la evidencia de los testigos de referencia en los delitos sexuales, por tanto, afecta a las mujeres de manera desproporcionada”⁶²¹. El papel de los confidentes, las personas de confianza y sus testimonios para casos de delitos que generalmente ocurren en el ámbito privado puede llegar a adquirir un papel sumamente relevante.

Debido a estos motivos “si se flexibilizara la regla del *hearsay* (*testimonio de referencia*) para permitir que las palabras pronunciadas por la víctima a los confidentes se repitieran ante el Tribunal como evidencia de la verdad de los hechos narrados, podría compensar los obstáculos corroborativos que presentan los crímenes de violencia sexual”⁶²². La frustración derivada del hecho de que muchas veces la falta de declaración de un niño es provocada por

⁶²⁰ Caso *Al-Khawaja y Tahery*, 2011, *cit*, párr. 146.

⁶²¹ “In contrast to the position concerning women, the kind of crimes involving male victims, such as theft, assaults, vandalism and public disorder offences occur in public places where there is a greater opportunity for the presence of witnesses, and thus independent corroboration. The need to resort to hearsay evidence in such public crimes involving men is therefore much reduced. The exclusion of hearsay evidence in sex crimes where there may be little else available to the prosecution to support the complainant’s testimony therefore impacts on women disproportionately” RAITT, F.E. “Gender Bias in the Hearsay Rule”, en ELLISON, L., CHILD, M. (Ed.). *Feminist perspectives on evidence*, Routledge, 2000, p. 65.

⁶²² “if the hearsay rule were to be relaxed to allow words spoken by victim to confidentes to be repeated in court as evidence of the truth of the events recounted, that could compensate for the corroborative obstacles presented by crimes of sexual violence” *Ibid.*, p. 65.

el mismo acusado, nos conduce a plantear si las barreras a la admisibilidad del testimonio de referencia promueven que los intereses de los niños se vean amparados por la justicia. El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General 19, de 29 de enero de 1992, sobre la violencia contra la mujer⁶²³, formuló la siguiente recomendación en el párrafo 24: “Superar todas las formas de violencia de género, ya sea por acto público o privado [...] Los Estados Partes velarán por que las leyes contra el abuso, la violación, las agresiones sexuales y otras formas de violencia de género brinden una protección adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y dignidad”. El TEDH, como ya se ha mencionado repetidamente en este trabajo, no trata cuestiones probatorias de naturaleza interna, a no ser que vulneren el derecho a un juicio justo, y en este sentido conviene que nos planteemos si la exclusión de este tipo de testimonio indirectamente discrimina contra las víctimas de este tipo de delitos que son principalmente las mujeres y los niños.

Es en estos casos que la doctrina y la jurisprudencia han de idear estrategias y técnicas que permitan la defensa de los intereses del menor y el enjuiciamiento del abuso sexual, para que este delito no quede impune, y ello comienza revalorizando el testimonio de referencia que ayude a corroborar la fiabilidad de la declaración del niño.

3.2. En el ordenamiento español

El artículo 710 de la LECrim permite la posibilidad de que “los testigos de referencia expresen la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”. El ordenamiento español, por tanto, admite el testimonio de referencia, pero la jurisprudencia ha demostrado mucha cautela cuando se ha constatado un déficit probatorio que no ha permitido la práctica de la declaración del menor en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad.

Este déficit probatorio en relación a la declaración de la menor no determinará automáticamente la absolución de los acusados, sino que habrá de analizarse si existen pruebas subsistentes para enervar la presunción de inocencia. Es doctrina del Tribunal Constitucional que el testimonio de referencia puede ser uno de los actos de prueba en los que

⁶²³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N°19, *La violencia contra la mujer*, 11° período de sesiones, 1992.

fundar una decisión condenatoria. Pero, como ha declarado de manera reiterada, “se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia. La validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba”⁶²⁴.

La incorporación al proceso de declaraciones testificales a través de testimonios de referencia “implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad”⁶²⁵. También “supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE”⁶²⁶.

Debido a la merma de dichas garantías fundamentales, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han destacado que el recurso al testigo de referencia debe limitarse únicamente a “situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal”⁶²⁷. Estos supuestos incluyen aquéllos en los que el testigo se encuentra en ignorado paradero, es decir los casos en los que es imposible citar al testigo directo⁶²⁸, los casos en los que la citación del testigo resulta difícil⁶²⁹ y los casos en que el testigo sea incapacitado física o moralmente⁶³⁰. También se ha incluido los casos de

⁶²⁴ Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 146/2003 de 14 julio. RTC 2003\146; Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 217/1989 de 21 diciembre. RTC 1989\217, FJ 4; Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 97/1999 de 31 mayo. RTC 1999\97, FJ 6; Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 209/2001 de 22 octubre. RTC 2001\209, FJ 5; Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 155/2002 de 22 julio. RTC 2002\155, FJ 17; Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 219/2002 de 25 noviembre. RTC 2002\219, FJ 4.

⁶²⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 632/2014 de 14 octubre. RJ 2014\4889 STS analizada, FJ 15.

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ *Ibid.* Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 79/1994 de 14 marzo. RTC 1994\79; Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 68/2002 de 21 marzo. RTC 2002\68 68/2002, de 21 de marzo; Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 155/2002 de 22 julio. RTC 2002\155; Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 219/2002 de 25 noviembre. RTC 2002\219.

⁶²⁸ Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 35/1995 de 6 febrero. RTC 1995\35.

⁶²⁹ Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 209/2001 de 22 octubre. RTC 2001\209.

⁶³⁰ Artículo 417 LECrim.

delitos contra la libertad sexual en los que la víctima sea un menor de muy corta edad en que bastará el testimonio de los padres o terceras personas, sin necesidad de pre-constituir la prueba⁶³¹, aunque siempre habrá de ir acompañada de ratificaciones procedentes de otras fuentes de prueba, directas o indirectas⁶³².

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha discutido la validez de los testigos de referencia pero ha reflejado de manera reiterada que su inclusión entre el material probatorio hay que realizarla con cautela y siempre a expensas de que su testimonio pueda y deba ser contrastado con el testigo directo⁶³³. También ha destacado que “el hecho de que a una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpatorias de testigos de referencia y no presenciales da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal”⁶³⁴. En este sentido, el testimonio de referencia “tropieza con la lógica dificultad que supone para el Tribunal formar juicio no sólo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre la del testigo presencial en cuyo lugar aquél se subroga”⁶³⁵.

No obstante, la doctrina constitucional ha admitido la posibilidad de que la prueba testifical indirecta sustituya excepcionalmente a la directa, con la posibilidad de que su valor probatorio sea apreciado por el Tribunal, cuando se acredite la imposibilidad material de que el menor comparezca en el juicio oral. En este sentido “la excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente, los testimonios de referencia puedan sustituir a los directos debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables [...] En la persecución de aquel equilibrio los tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito”⁶³⁶.

⁶³¹ Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado de 10 de noviembre sobre protección de los menores víctimas y testigo disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2010_voll_circu_03.pdf?idFile=06f6365a-fbe3-4637-b1a9-05da09741814

⁶³² *Ibid.*, 1342-1345.

⁶³³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 1251/2009 de 10 diciembre. RJ 2010\304

⁶³⁴ *Ibid.*, FJ 4.

⁶³⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 632/2014 de 14 octubre, *cit.*, FJ 15

⁶³⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 1251/2009 de 10 diciembre, *cit.*, FJ 4.

Cuando la imposibilidad material de que el menor sea oído en el plenario no quede acreditada, en el sentido de que no existan razones fundadas y explícitas, la jurisprudencia española ha considerado vulnerado el artículo 24.2 de la Constitución en lo que se refiere a la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa y la celebración de un proceso con todas las garantías.

En este sentido, la jurisprudencia española se encuentra en la misma línea que la europea. Además hay que plantearse que en aquellas situaciones en las que, o el menor no quiera declarar o le dé miedo declarar, aparte del testimonio de referencia, las autoridades pueden recurrir a la prueba circunstancial que puede evitar la indefensión de los niños; cuestión que pasamos a analizar en el siguiente epígrafe de este trabajo.

4. El uso de prueba circunstancial (*circumstantial evidence*)

4.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

La jurisprudencia internacional de derechos humanos y la penal internacional han realizado un trabajo muy importante para intentar proteger a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual⁶³⁷. En 2003 el TEDH en un importante caso, el caso *M.C. contra Bulgaria*⁶³⁸, valoró la situación de desprotección de una nacional búlgara que alegaba haber sido violada por dos hombres cuando tenía apenas catorce años. La demandante fundamentó su denuncia en el hecho de que la legislación búlgara no ofrecía una protección eficaz contra la violación y los abusos sexuales, ya que cuando la víctima llegaba o superaba la edad de consentimiento sexual establecido por ley, la violación sólo se podía probar si la víctima resistía activamente. La defensa de los demandados, dos hombres de veinte y veintinueve años, declararon que la menor había consentido libremente a la relación sexual. La menor, sin embargo, alegaba que debido a su corta edad no había sido capaz de reaccionar ante el abuso y que se había quedado en estado de shock. Durante la investigación se consultó a dos peritos que testificaron que debido a la inexperiencia de la menor, esta última podría no haber sido consciente de que estaba siendo abusada sexualmente. No obstante, la fiscalía decidió cerrar

⁶³⁷ Los párrafos siguientes se centran principalmente en la protección a las víctimas menores pero la casuística de los tribunales penales internacionales y de derechos humanos es mucho más amplia. Véase: SCHOMBURG, W.; PATERSON, I. "Genuine consent to sexual violence under international criminal law" *Am. J. Int'l L.*, 2007, vol. 101, p. 121; SELLERS, P. V. "The Prosecution of Sexual Violence in Conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation". *Women's Human Rights and Gender Unit (WRGU)*, 2007. Disponible en: http://www.peacewomen.org/assets/file/Resources/Academic/paperprosecution_sexualviolence.pdf

⁶³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), caso *M. C. contra Bulgaria*. Sentencia de 4 diciembre 2003. JUR 2003\253041.

el caso al considerar que no existían suficientes pruebas que corroboraban la declaración de la menor, concretamente ningún tipo de prueba que demostrase el uso de la fuerza o las amenazas, en particular la resistencia por parte de la víctima o intentos por parte de esta última de buscar ayuda, elementos que se exigían por la ley nacional para el delito de violación⁶³⁹.

El TEDH en su sentencia defendió que la resistencia y la fuerza física ya no forman parte de la definición de violación⁶⁴⁰. Es la falta de consentimiento el elemento determinante para caracterizar a un delito de abuso sexual o agresión⁶⁴¹. En relación a los niños, el TEDH destacó que “la evolución de la comprensión de la manera en que la víctima experimenta la violación, ha demostrado que las víctimas de abusos sexuales -en particular las niñas menores de edad- no ofrecen a menudo resistencia física debido a diversos factores físicos o por miedo a sufrir violencia por parte del perpetrador”⁶⁴². El TEDH concluyó que las autoridades fallaron en investigar suficientemente y que no valoraron la vulnerabilidad de los niños y los especiales factores psicológicos presentes en los casos de violación de menores⁶⁴³.

El Tribunal, debido a la evidente falta de protección sufrida por la demandante, no solo por parte de las autoridades, sino también por parte de la propia legislación búlgara, defendió que “[m]ientras que en la práctica a veces puede resultar difícil demostrar la falta de consentimiento en ausencia de pruebas "directas" de violación, como las huellas de violencia o los testigos directos, las autoridades deben, sin embargo, explorar todos los hechos y decidir sobre la base de una evaluación de todas las circunstancias circundantes”⁶⁴⁴. Debido a que Bulgaria no llevó a cabo una investigación que tuviera en cuenta dichos factores, no había asegurado la protección de la vida privada de la niña, derecho protegido por el artículo 8 del CEDH.

De la misma manera, el derecho penal internacional ha considerado que cualquier penetración sexual debe ser cometida voluntariamente, como resultado del libre albedrío de una persona, evaluada en el contexto de las circunstancias circundantes. En concreto, el

⁶³⁹ *Ibid.*, párr. 44-65

⁶⁴⁰ *Ibid.*, párr. 158.

⁶⁴¹ *Ibid.*, párr. 29.

⁶⁴² “the evolving understanding of the manner in which rape is experienced by the victim has shown that victims of sexual abuse – in particular, girls below the age of majority – often provide no physical resistance because of a variety of physiological factors or because they fear violence on the part of the perpetrator”. *Ibid.*, párr. 164

⁶⁴³ *Ibid.*, párr.183.

⁶⁴⁴ “while in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of “direct” proof of rape, such as traces of violence or direct witnesses, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances”, *Ibid.*, párr. 181.

Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Vuković*⁶⁴⁵, consideró el caso de una menor perteneciente a la minoría musulmana en un área ocupada durante la guerra de Yugoslavia que fue llevada por soldados armados a un edificio que sirvió como cuartel general militar. Después de haber sido violada por dos soldados allí, fue llevada a una habitación donde ella misma inició contacto sexual con el acusado Kunarac, el comandante. La Sala de Primera Instancia señaló que los soldados habían dicho a la víctima que debía satisfacer sexualmente a su comandante o arriesgar su vida. La víctima, por tanto, no consintió libremente en ninguna relación sexual con Kunarac [ya que ella] estaba en cautiverio y temiendo por su vida. La Sala de Primera Instancia también rechazó la defensa de Kunarac de que no era consciente de que la víctima sólo había iniciado relaciones sexuales con él porque temía por su vida. La sala consideró que, aunque Kunarac no hubiera escuchado las amenazas de otros soldados, no podía haber sido "confundido" por el comportamiento de la víctima, dado el contexto general de la situación de guerra existente y la situación específicamente delicada de las chicas musulmanas de la región⁶⁴⁶.

Años más tarde la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Algodonero vs Méjico*⁶⁴⁷ declaró responsable al Estado de Méjico por la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes González, Herrera y Ramos cuyos cuerpos fueron encontrados en ciudad Juárez, en un campo algodonero en 2001 y la Comisión solicitaba a la Corte que responsabilizara al Estado por “la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada”⁶⁴⁸.

En Europa, debido al problema probatorio al que se enfrentan las víctimas de violación y abuso sexual, se han aprobado determinados instrumentos que buscan prevenir la impunidad en la comisión de este tipo de delitos. La Recomendación Rec (2002) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre la protección de la mujer contra la violencia*⁶⁴⁹

⁶⁴⁵ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso *Prosecutor versus Kunarac, Kovač and Vuković*, Sentencia de 22 de Febrero de 2001, no. IT-96-23

⁶⁴⁶ Citado en el caso *M.C. contra Bulgaria*, cit, párr. 105.

⁶⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia de 16 de Noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁶⁴⁸ *Ibid*, párr. 2

⁶⁴⁹ Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación Rec (2002) 5, Protección de las mujeres contra la violencia, adoptada el 30 de abril de 2002 y Memorandum explicativo, disponible en:

recomienda a los Estados que dispongan de las medidas y sanciones adecuadas en la legislación nacional, haciendo posible que se tomen acciones rápidas y eficaces contra quienes realicen actos violentos y paliar el daño hecho a las mujeres que son víctimas de la violencia. La legislación nacional, específicamente, debería: penalizar cualquier acto sexual llevado a cabo sin el consentimiento de la otra persona, aun cuando ésta última no de muestras de oponer resistencia; penalizar la penetración sexual sea cual fuere su naturaleza o sea cual fuere el medio usado sin el consentimiento de la persona; penalizar cualquier agresión a la vulnerabilidad de una víctima embarazada, indefensa, enferma, mental o físicamente discapacitada o dependiente; penalizar cualquier abuso de su posición por el perpetrador, en particular en el supuesto de un adulto frente a un niño⁶⁵⁰.

El artículo 18 de la Convención del Consejo de Europa *sobre la protección de los niños contra la explotación sexual y los abusos sexuales*⁶⁵¹ del 2010 obliga a que las partes adopten “las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales: a) Realizar actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades; b) realizar actividades sexuales con un niño: Recurriendo a la coacción, la fuerza o la amenaza; o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia; o abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia”. En el punto 2 de ese mismo artículo se concede a los Estados un margen de apreciación en la fijación de la edad para prestar consentimiento sexual: “[...] A efectos de la aplicación del apartado 1, cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño [...] Las disposiciones del apartado 1.a) no tienen por objeto regular las actividades consentidas entre menores”.

El 5 de mayo de 2011, el Consejo de Europa aprobó la Convención *sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica*, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014⁶⁵². El Convenio dispone en el artículo 36.2 que, en los casos de abuso

http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/docs/Rec_2002_5_Spanish.pdf

⁶⁵⁰ *Ibid.*, párr. 35

⁶⁵¹ Convención del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación sexual y los abusos sexuales, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, «BOE» núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

⁶⁵² Convención sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014

sexual y violación “[e]l consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. En la investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección el artículo 49 obliga a que “[l]as Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio”

Recientemente en el año 2016 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado otro caso de abuso sexual de una menor en *M.G.C v. Rumanía*⁶⁵³. En este caso una niña de once años fue violada varias veces durante un período de siete meses por unos parientes de los niños de la casa donde jugaba por las tardes, entre ellos un hombre de cincuenta y dos años de edad y otros cuatro menores. La niña declaró en policía que no había acusado a nadie después de la primera violación porque se sentía avergonzada y porque uno de los menores había amenazado con golpearla si se lo contaba a alguien.

Los cinco sospechosos testificaron que la niña siempre había iniciado la relación sexual y que se les había provocado al ir escasamente vestida. La policía señaló, que la edad de la niña excluía la existencia de un consentimiento válido, y un informe psiquiátrico forense concluyó que mostraba signos de estrés postraumático, tenía dificultades para prever las consecuencias de sus acciones y que no tenía suficiente discernimiento debido a su juventud.

En la sentencia de los Tribunales de instancia se condenó al adulto culpable por tener relaciones sexuales con una menor. Sin embargo, no fue declarado culpable de violación ya que según los tribunales nacionales, ningún signo de violencia en el cuerpo de la niña se había detectado y que la menor había consentido a tener la relación puesto que según las declaraciones de los menores y el adulto agresor, actuó provocativamente.

La representación de la menor impugnó esta sentencia y argumentó que la existencia de leyes que dejaban abierta la posibilidad de que un niño de once años pudiera válidamente consentir un acto sexual con un hombre de cincuenta y dos años equivalía a un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de tomar medidas para proteger la integridad y la vida privada de sus ciudadanos.

⁶⁵³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso *M.G.C. contra Rumania*. Sentencia de 15 marzo 2016. JUR 2016/61918.

En este caso el TEDH, dando un paso más que en el caso M.C. anteriormente considerado, indicó de manera más precisa los factores a los que podrían haber hecho referencia los tribunales nacionales rumanos para valorar la ausencia de consentimiento por parte de la menor. En primer lugar, destaca la importancia de los informes de los expertos a la hora de valorar estas situaciones que declaraban que la menor “tuvo dificultades para prever las consecuencias de sus actos y, debido a su juventud, tuvo un insuficiente discernimiento”⁶⁵⁴. En segundo lugar, las autoridades no llamaron a declarar otros testigos que también habían ejercido amenazas sobre la menor y que la menor había denunciado por haberla amenazado. En tercer lugar “los tribunales no tuvieron en cuenta la diferencia de edad entre la demandante y el acusado, ni la diferencia física obvia entre ellos”⁶⁵⁵. En cuarto lugar, “el tribunal no examinó si existían razones para que la demandante acusara falsamente al acusado de violación”⁶⁵⁶. En quinto lugar, “los tribunales no demostraron un enfoque sensible al niño, al analizar los hechos del caso y sostuvieron contra la demandante hechos que eran en realidad compatibles con la posible reacción de un niño a un evento estresante, como no decírselo a sus padres. Este criterio se vio agravado por el hecho de que los tribunales internos no ordenaron jamás una evaluación psicológica, para obtener un análisis especializado de las reacciones de la demandante desde el punto de vista de su edad y determinar las posibles consecuencias psicológicas del posible abuso contra ella”⁶⁵⁷. Debido a que estos factores no se tuvieron en cuenta en la valoración de las circunstancias circundantes, las autoridades habían atribuido poco o ningún peso en absoluto a la vulnerabilidad particular de los niños jóvenes y los factores psicológicos especiales involucrados en los casos relativos a la violación de menores⁶⁵⁸. Por dichos motivos la Corte concluyó que Rumanía había vulnerado los artículos 3 y 8 del CEDH.

En el ordenamiento internacional la norma que mejor recoge los principios que han de tenerse en cuenta a la hora de valorar la ausencia de un consentimiento genuino es el artículo

⁶⁵⁴ “had difficulties in foreseeing the consequences of her acts and, due to her young age, had insufficient discernment”, *Ibid.*, párr. 16.

⁶⁵⁵ “no consideration was considered by the courts to the difference of age between the applicant and JV or the obvious physical difference between them”, *ibid.*, párr. 51.

⁶⁵⁶ “the court failed to examine whether any reasons existed for the applicant to falsely accuse JV of rape”, *Ibid.*, párr. 69

⁶⁵⁷ “the courts failed to demonstrate a child sensitive approach, in analyzing the facts of the case and held against the applicant facts that were in reality consistent with a child’s possible reaction to a stressful event, such as not telling her parents. This approach was aggravated by the fact that no psychological evaluation was ever ordered by the domestic courts for the purposes of obtaining a specialist analysis of the applicant’s reactions from the point of view of her age and to determine the existence of possible psychological consequences of the possible abuse against her”, *Ibid.*, párr. 67-71

⁶⁵⁸ *Ibid.*, párr. 74

70 de las Reglas de procedimiento y de prueba de la Corte Penal Internacional: “En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará: a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”. Concretamente, los puntos a), b) y c) son particularmente importantes si la víctima es un niño.

Las medidas aplicadas por el Estado para proteger a los niños especialmente vulnerables de los actos de violencia comprendidos en el ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8 de la CEDH, según el TEDH, deben ser eficaces e incluir no sólo medidas razonables para evitar malos tratos de las autoridades, que tenían o deberían haber tenido conocimiento, sino también de disuasión eficaz contra tales graves incumplimientos de la integridad personal. Dichas medidas deben estar encaminadas a velar por el respeto de la dignidad humana y la protección del interés superior del niño⁶⁵⁹. Los Estados miembros están obligados por el artículo 3 y 8 de la Convención a penalizar y enjuiciar de forma efectiva cualquier acto sexual no consensual, incluso en ausencia de resistencia física por parte de la víctima. En este sentido, si bien el TEDH lleva a cabo una labor importante reiterando en su jurisprudencia la relevancia de los factores psicológicos específicos en los casos de abuso sexual y violación de menores, sus posibilidades son limitadas en la prevención de la violencia sexual contra los niños. Como ya se ha mencionado con anterioridad en este trabajo, los casos que este Tribunal considera, a no ser que sean medidas preliminares, suceden una vez que el daño ha ocurrido y, al no ser un organismo penal, únicamente puede condenar al Estado para que compense a las víctimas por las vulneraciones sufridas dentro del ámbito jurisdiccional del Convenio, pero los agresores quedarán impunes.

Elevar la edad de consentimiento sexual, prohibir por debajo de ella cualquier acto sexual con un niño, consentido o no consentido, permitir relaciones sexuales entre personas de edades similares, pero sancionar las relaciones entre adultos y menores de dieciocho años

⁶⁵⁹*Ibid.*, párr. 56.

estableciendo un máximo de diferencia de edad, pueden ser opciones a discutir sobre la mesa. También es importante introducir en la normativa nacional, como lo hace el artículo 70 de las Reglas del Procedimiento y de la prueba de la Corte Penal, los principios o factores que han de guiar a las autoridades en la investigación de casos de abuso sexual o violación cuando la víctima sea un niño. Se necesita de un sistema eficaz de disuasión que persiga especialmente este tipo de actos tan graves y detestables que además suceden con frecuencia.

Esta labor que el sistema judicial y normativo ha de llevar a cabo no es más que “una evolución de la sociedad hacia una igualdad efectiva y el respeto de la autonomía sexual del individuo”⁶⁶⁰.

4.2. En el derecho español

La jurisprudencia española ha sido consciente de que la violación o agresión sexual puede llevarse a cabo no solo a través de la fuerza o la amenaza de la fuerza, es decir, la violencia, sino también bajo circunstancias que son coercitivas, es decir, intimidatorias. El Tribunal Supremo en su jurisprudencia ha considerado como violencia, la fuerza física que equivale al acometimiento, coacción o imposición material e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, utilizando la fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima⁶⁶¹. La intimidación se refiere por otra parte a una violencia psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado⁶⁶². Generalmente se ha entendido por parte de la jurisprudencia que la intimidación, al igual que la violencia, puede y suele realizarse inmediatamente antes de ejecutarse el acto contra la libertad sexual, pero se ha interpretado que hay ciertas situaciones que “admiten el carácter crónico de la amenaza a través de una persistente y paulatina intimidación y amedrentamiento, que no es necesario se “renueve” en el momento de la agresión, pues el sujeto pasivo vive continuamente amenazado por el anuncio de males que pesan sobre él o sus seres allegados”⁶⁶³. Un ejemplo de estos casos es el de la violencia doméstica⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ “the development of law and practice in that area reflects the evolution of societies towards effective equality and respect for each individual's sexual autonomy”. *M.C. contra Bulgaria*, cit, párr. 165.

⁶⁶¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1546/2002 de 23 septiembre. RJ 2002\8996, FJ 1º.

⁶⁶² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1583/2002 de 3 octubre. RJ 2002\9356, FJ 1º

⁶⁶³ CADENA SERRANO, F.A. “Los delitos de agresión sexual a los menores de 16 años del artículo 183.2 y 3 CP. Subtipos agravados del artículo 183.4 CP. El delito del artículo 183 BIS CP “, disponible en <file:///F:/TESIS%209/Ponencia%20Fidel%20Cadena%20Serrano.pdf>, p. 238

⁶⁶⁴ “no es infrecuente que en el ámbito de la violencia familiar y doméstica la intimidación pueda ser generada mediante una paulatina y persistente coerción y amedrentamiento del sujeto pasivo, que va minando su

El Tribunal Supremo ha destacado que la violencia y la intimidación habrán de ser idóneas. Si bien este requisito es poco concreto, el Alto Tribunal ha explicado a qué se refiere por idoneidad de la siguiente manera: “dependerá del caso concreto, a través del examen de la conducta del acusado. Pero no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción”⁶⁶⁵. El Tribunal, por tanto, obliga a que en la valoración de la idoneidad de la violencia e intimidación se tenga en cuenta la conducta del acusado y las circunstancias que rodean a la víctima.

En la valoración de las circunstancias que rodean a la víctima como elementos integrantes de la violencia a la que se refiere el artículo 178 LECrim, la jurisprudencia ha destacado que “ha de estar orientada a conseguir la ejecución de los actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto, sin que sea necesario que sea irresistible desde un punto de vista objetivo, pues no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual”⁶⁶⁶.

La jurisprudencia ha destacado que lo que resulta trascendente es “que quede clara la negativa de la víctima a acceder a las pretensiones del autor, la necesidad de emplear la violencia o la intimidación para doblegar su voluntad y la idoneidad de la empleada en el caso concreto”⁶⁶⁷. En cuanto a la violencia empleada en el delito de violación, es jurisprudencia consolidada no exigir que haya de ser “de tal grado que deba presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que hasta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del

capacidad para decidir libremente sobre la conducta sexual requerida, hasta someterla a una sumisión absoluta”
ibid., p.17.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁶⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 1030/2010 de 2 diciembre. RJ 2011\271, FJ 3º.

⁶⁶⁷ *Ibid.*

sujeto activo. Si este ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”⁶⁶⁸.

El Tribunal ha sido sensible al considerar que además de trasladar el foco sobre la conducta del sujeto activo y no sobre la conducta de la víctima, también ha destacado que la falta de resistencia de la víctima no solo exige de una inacción provocada por una amenaza contra la vida, siendo suficiente la coacción psíquica sino que además “es suficiente para integrar la figura delictiva que la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en los propósitos, venciendo por la fuerza esa oposición y la resistencia ofrecida aunque esta fuera una resistencia pasiva porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima porque obra conociendo su oposición, toda vez que incluso para superar esta resistencia meramente pasiva el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que ésta sea, sobre el cuerpo de la víctima para conseguir el objetivo propuesto”⁶⁶⁹.

En este sentido, la jurisprudencia ha destacado que “lo esencial será constatar la ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo de elegir y practicar la opción sexual que prefiera en cada momento, sin más limitación que el obligado respeto a la libertad ajena, así como la de escoger con quien ha de realizar los actos relativos a su opción sexual y de rechazar las proposiciones no deseadas y repeler los eventuales ataques, debiendo hacerse aquí contar que no es exigible ni siquiera que se resista o que manifiesta una actitud pasiva de no colaboración, pues incluso puede darse la intimidación con la presencia de una actitud activa, cuando la conducta sexual se impone mediante actos tendentes a vencer la negativa de la víctima”⁶⁷⁰. De esta forma, el Tribunal demuestra la importancia de no prejuzgar del comportamiento de la víctima el consentimiento, puesto que la actitud activa puede deberse también a la intimidación.

De esta línea jurisprudencial se desprende que los Tribunales españoles han considerado los factores que pueden afectar el comportamiento de la víctima ante un abuso sexual. La jurisprudencia lleva a cabo matizaciones importantes: en primer lugar, trasladar el foco de atención en la conducta del agresor más que en el comportamiento de la víctima y en segundo lugar precisar que la violencia o la intimidación puede llevarse a cabo incluso cuando la

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ *Ibid.*

⁶⁷⁰ *Ibid.*

víctima demuestra una actitud pasiva y activa ante el abuso sexual. Si bien la jurisprudencia ha matizado la imposibilidad de deducir un consentimiento de determinados comportamientos, la normativa española, en concreto la LECrim carece de un artículo concreto en el que se establecen los principios que han de impedir hacer inferencias de un consentimiento genuino derivado de ciertos comportamientos o actitudes por parte de la víctima.

5. El recurso a la prueba pericial: los informes de los expertos testigos (*expert witnesses*).

5.1. En el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos establece clarísimamente que los profesionales han de estar especializados en menores⁶⁷¹, pero poco se ha concretado sobre el papel que han de cumplir en el proceso los peritos y qué relevancia hay que dar a sus informes a la hora de tomar decisiones relativas a los menores.

Si bien los Tribunales recurren a los profesionales de la medicina frecuentemente para valorar cuestiones en el ámbito forense, trabajos académicos han sugerido que no sucede lo mismo a la hora de consultar los profesionales de las ciencias conductuales. Es cierto que se suele solicitar informes a los profesionales de las ciencias conductuales, psiquiatras y psicólogos, pero a la hora de valorar la credibilidad de la declaración de un niño el ordenamiento internacional no es claro en torno al valor de dichos informes y qué tipo de vinculación habrá de tener el juzgador con estos últimos⁶⁷². La aportación de dichos profesionales es particularmente importante para casos de abuso sexual, puesto que, como ya se ha mencionado anteriormente, muchas ofensas hacia los niños no dejan signos que puedan ser valorados por los médicos, o porque no hay una secuela o porque se reportan pasado un tiempo en que el daño ha desaparecido. También hay que tener en cuenta que el hecho de que existan señales físicas no siempre es prueba concluyente que haya habido abuso o agresión sexual⁶⁷³.

Escuchar a este tipo de expertos en casos de abuso sexual es muestra de sensibilidad por parte del sistema procesal penal de que los niños manifiestan sus emociones y reaccionan de una manera distinta a los adultos y que se requiere de un conocimiento especializado. Los

⁶⁷¹ Garantía a la que hemos hecho referencia en el capítulo tercero de este trabajo

⁶⁷² SPENCER, J. R.; FLIN, R. H., 1990, *op. cit.*, p. 238

⁶⁷³ *Ibid.*, 237-238.

psicólogos y psiquiatras pueden enseñarnos mucho sobre el comportamiento de un niño, comportamiento que las personas legas y los juristas no suelen conocer.

La psicología y psiquiatría de la conducta han destacado algunos síndromes que se derivan de un abuso sexual y que tienen sus manifestaciones particulares en un niño⁶⁷⁴. De hecho, estos comportamientos son fundamentales para valorar la ausencia de un consentimiento y su conocimiento ayuda a que la fiabilidad de una declaración pueda valorarse sin prejuicios. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la importancia del testimonio de los expertos en su jurisprudencia y como se ha analizado en el anterior epígrafe, considera la falta de consideración de los informes por parte de los Tribunales nacionales como un factor a tener en cuenta a la hora de valorar las circunstancias del caso y la ausencia de un consentimiento genuino.

En el caso *MC contra Bulgaria* la opinión de los expertos, una psicóloga y psiquiatra, nombrados por la demandante declararon que “con referencia a publicaciones científicas en varios países, se conocían dos patrones de respuesta de las víctimas de violación a su agresor: resistencia física violenta y "pánico congelado" (también conocido como síndrome de infantilismo psicológico traumático). Esto se explicaba por el hecho de que cualquier modelo de comportamiento basado en la experiencia era inadecuado cuando la víctima se enfrentaba a la inevitabilidad de la violación. Como resultado, la víctima, aterrorizada, a menudo adoptó un modelo de respuesta pasiva de la sumisión, característica de la infancia, o buscó una disociación psicológica del evento, como si no le estuviera sucediendo... Los expertos afirmaron que todas las publicaciones científicas que habían estudiado indicaban que prevalecía el "patrón de pánico congelado". Se analizaron los casos de mujeres jóvenes de entre 14 y 20 años que habían contactado dos programas especializados de tratamiento de víctimas de violencia en Bulgaria durante el período 1996-2001 declarando que habían sido violadas. Se excluyeron casos que eran demasiado diferentes de los del solicitante. Como resultado, se habían identificado 25 casos, de los cuales 24 no habían resistido violentamente, sino que habían reaccionado con sumisión pasiva”⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Sobre los síndromes que los niños experimentan que se manifiestan en comportamientos ante el abuso sexual o la violencia véase: *Ibid.*, pp. 238-247.

⁶⁷⁵ “The experts stated, with reference to scientific publications in several countries, that two patterns of response by rape victims to their attacker were known: violent physical resistance and "frozen fright" (also known as traumatic psychological infantilism syndrome). The latter was explained by the fact that any experience-based model of behaviour was inadequate when the victim was faced with the inevitability of rape. As a result the victim, terrorised, often adopted a passive response model of submission, characteristic of childhood, or sought a psychological dissociation from the event, as if it were not happening to her... The experts stated that all the scientific publications they had studied indicated that the "frozen-fright pattern"

En el caso *MGC contra Rumanía* anteriormente analizado, “los tribunales nacionales, y más concretamente el tribunal de primera instancia y el tribunal de primera instancia, respaldaron el razonamiento formulado por el fiscal sin analizar las conclusiones del informe psiquiátrico ordenado durante la investigación preliminar”⁶⁷⁶. El informe concretamente informaba que la menor sufría de estrés postraumático y destacaron que “en cuanto a las circunstancias concretas en que se cometieron los actos criminales, la menor habla con vergüenza de lo ocurrido. Tiene un vívido recuerdo de los acontecimientos...dice que no le contó a nadie sobre los incidentes antes porque temía por su seguridad y la seguridad de los miembros de su familia”⁶⁷⁷. El Tribunal consideró que la práctica de los Tribunales en analizar la existencia del consentimiento había demostrado dificultad a la hora de adoptar enfoque sensible al niño en la evaluación de los hechos de los casos que tienen ante sí⁶⁷⁸. Al observar los datos facilitados por el gobierno de Rumanía, el Tribunal destacó en su Sentencia que “la mayoría de las condenas por violación fueron adoptadas en casos de violencia. En un número significativo de casos, el consentimiento de la víctima a los actos sexuales se dedujo de hechos que se asemejaban más a reacciones específicas de los niños a los traumatismos, como el hecho de que las víctimas no le dijeron a sus padres o no pidieron ayuda. En menos de la mitad de los ejemplos, los jueces ordenaron exámenes psiquiátricos o psicológicos de las víctimas para verificar la existencia de su capacidad para dar un consentimiento válido a los actos sexuales. En muy pocos de los casos presentados como ejemplos - cuatro, para ser exactos - los tribunales consideraron que las víctimas no podían haber expresado un consentimiento válido debido a su muy temprana edad, que iban de seis a doce años de edad”⁶⁷⁹.

prevailed. Further, they had conducted their own research for the purposes of their written opinion in the present case. They had analysed all the cases of young women aged between 14 and 20 who had contacted two specialised treatment programmes for victims of violence in Bulgaria during the period from 1996 to 2001 declaring that they had been raped. Cases that were too different from that of the applicant had been excluded. As a result 25 cases had been identified, in 24 of which the victim had not resisted violently but had reacted with passive submission” *Caso M.C. contra Bulgaria, cit.*, párrs. 70-71.

⁶⁷⁶ “the domestic courts, more specifically the court of first instance and the court of first appeal, endorsed the reasoning put forward by the prosecutor without analyzing the conclusions of the psychiatric report ordered during the preliminary investigation” *Caso M.G.C contra Bulgaria, cit.*, párr. 68

⁶⁷⁷ “concerning the specific circumstances in which the criminal acts were committed, the minor speaks with shame about what happened. She has a vivid memory of the events...she says that she did not tell anyone about the incidents sooner because she feared for her safety and the safety of her family members” *Ibid.*, párr. 16

⁶⁷⁸ *Ibid.*, párr. 65.

⁶⁷⁹ “the majority of the convictions for rape were adopted in cases involving violence. In a significant number of cases, the victim’s consent to the sexual acts was inferred from facts which were more akin to child-specific reactions to trauma, such as the fact that the victims did not tell their parents or did not scream for help. In less than half of the examples had the judges ordered psychiatric or psychological examinations of the victims in order to verify the existence of their capacity to give valid consent to the sexual acts. In very few of the cases

Ambos casos analizados demuestran que si bien las autoridades llaman a expertos para que aporten su conocimiento, no significa que dichas opiniones se tengan en cuenta. Esta rama del conocimiento puede ser de gran ayuda para que, al tomar decisiones sobre menores no se llegue a conclusiones erróneas al prejuzgar un comportamiento sin tener los conocimientos científicos para ello. Valorar la ausencia de un consentimiento genuino puede hacer uso de esta rama de conocimiento. Si bien los Tribunales cumplen con la garantía de pedir informes, sería importante concederles una mayor relevancia pero no en el sentido de que el juzgador quede vinculado por la opinión del experto, puesto que el experto tiene un papel diferente, que es valorar la credibilidad de una víctima o testigo, sino que, en caso de que el juzgador se aparte de la opinión del experto, deba indicar los motivos de esta decisión en su Sentencia.

5.2. En el ordenamiento español

En relación a la importancia de los peritos y su intervención en el proceso penal, los Tribunales españoles solicitan informes a los peritos forenses sobre la credibilidad de los menores, especialmente cuando el delito es contra la libertad sexual.

Los Tribunales españoles han sido sensibles a que los interrogatorios de los menores han de seguir una técnica que requiere de ciertas habilidades: “Debe primarse la narración libre en los primeros momentos y ser muy escrupulosos para expulsar cualquier atisbo de sugerencia o sobrentendidos. Cuando el primer interrogatorio del menor no se ajusta a los parámetros deseables puede quedar contaminada la prueba: el menor repetirá la versión que ha adquirido a sus ojos el marchamo de versión "oficial", la que satisface las expectativas que el investigador ha depositado en él”⁶⁸⁰. Por dicho motivo es aconsejable que “el interrogatorio sea dirigido o supervisado por un profesional que disponga de esas habilidades en relación al testimonio de menores, habitualmente un psicólogo, o, en su caso, personal investigador con una formación específica”⁶⁸¹.

En relación a la valoración del testimonio, los Tribunales han considerado que “debe propiciarse la entrada de esos elementos periciales de valoración de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicólogos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma”⁶⁸². Sin embargo, es muy clara la jurisprudencia en precisar

submitted as examples – four, to be precise – did the courts consider that victims could not have expressed valid consent due to their very young age, ranging from six to twelve years old” *Ibid.*, párr. 65

⁶⁸⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 632/2014 de 14 octubre, *cit.*, 15

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² *Ibid.*

que la pericial facilitará pautas para la valoración pero “la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes”⁶⁸³.

La jurisprudencia destaca que los conocimientos especializados de los psicólogos no se discuten, pero que “no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona”⁶⁸⁴. Algunas Sentencias indican que “es doctrina jurisprudencial la que considera innecesaria la prueba pericial sobre cuestiones sobre las que el Juez o Tribunal posee una experiencia general o específica, como es el caso de la valoración de las declaraciones personales, sean confesiones o testimonios. Y añade que por ello su práctica es de aceptación excepcional en relación con los testigos que vienen obligados a decir verdad, o innecesaria respecto del acusado que no está obligado a decir verdad y respecto al que incluso son improcedentes las exhortaciones a hacerlo”⁶⁸⁵.

Considerando lo anterior, “no es infrecuente la realización de estas pericias psicológicas en relación con testigos de corta edad, y aunque tampoco pueden nunca vincular al Juez o Tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, sí pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado y, por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador, que le auxilien en su labor jurisdiccional”⁶⁸⁶. El perito podrá valorar “la credibilidad del testigo -sea víctima o sea un tercero- y sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc.”⁶⁸⁷.

Se puede entrever de la jurisprudencia un esfuerzo por deslindar el papel del perito del juzgador. Corresponde al juzgador la veracidad de las declaraciones prestadas en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas no pudiéndose “solicitar la intervención de peritos, por ejemplo, para informar sobre el perfil psicológico del examinado o sobre la

⁶⁸³ *Ibid.*

⁶⁸⁴ *Ibid.* Véase de la misma manera Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 179/2014 de 6 marzo. RJ 2014\1893SSTS; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 517/2016 de 14 junio. RJ 2016\2795.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ Subrayado nuestro. Véase de la misma manera Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 238/2011 de 21 marzo. RJ 2011\2895; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 17/2017 de 20 enero. RJ 2017\331

personalidad de las menores, ni tampoco para que los peritos manifiesten sí, a su juicio, los hechos se produjeron, y tampoco para que se pronuncien sobre el grado de verosimilitud de unas manifestaciones u otras"⁶⁸⁸.

El fin de la prueba pericial es según el artículo 456 de la LECrim, permitir a través de peritos que el juzgador pueda conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante a través de conocimientos científicos o artísticos. Según la jurisprudencia “apreciar significa precisamente ponderar el valor de los cosas. Se tendería o subvertir la naturaleza procesal de la prueba pericial, atribuyendo a ésta un alcance prácticamente definitivo. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...) Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudo-ponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar o desplazar la capacidad jurisdiccional pura decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado”⁶⁸⁹.

De esta línea jurisprudencial se desprenden algunas cuestiones relevantes. En primer lugar, la labor del perito en el proceso, como se ha analizado, sirve principalmente a valorar la credibilidad de un testigo pero no a valorar la veracidad de los hechos, trabajo que le corresponde al juez. Aun así la jurisprudencia es contradictoria y la LECrim no precisa qué valor habrá de tener el informe del perito y hasta qué punto habrá de estar el juez vinculado por los informes si no posee el conocimiento específico. Por el análisis de la jurisprudencia se desprende cierta desconfianza hacia el peritaje psicológico, y también desafortunadamente cierto prejuicio hacia los menores cuyo comportamiento es descrito con tendencia a la “fabulación” o “a contar historias falsas por afán de notoriedad”. Este tipo de comportamiento, recogido en la jurisprudencia, indica que los niños tienden a la imaginación, a contar fabulas, es decir que tienen una tendencia a imaginar o incluso a mentir. Es paradójico que la jurisprudencia desconfíe de los informes de los expertos peritos y reflejen un sesgo discriminatorio a la hora de valorar lo relatado por los niños.

Es importante replantear la importancia que el ordenamiento jurídico brinda al conocimiento en psicología y en psiquiatría por parte de los oficiales jurídicos, que no solo pueden aportar su conocimiento especializado y científico, sino que pueden evitar que la aplicación del derecho sea injusta y discriminatoria.

⁶⁸⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 1367/2011 de 20 diciembre. RJ 2012\1910

⁶⁸⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 485/2007 de 28 mayo. RJ 2007\5621.

CONCLUSIONES

I

La evolución de la forma en que la declaración de un niño ha sido valorada por el proceso penal ha sido un reflejo de los cambios que ha experimentado el concepto de niño a lo largo de la historia. El proceso penal se hizo gradualmente consciente de que la naturaleza del niño es distinta a la del adulto y con el paso del tiempo, por una parte, desarrolló los principios que habrían de regir los sistemas de justicia juvenil y, por otra parte, germinó en el mismo una sensibilidad hacia el testimonio infantil, convirtiendo al niño en un testigo fiable y creíble. Esta evolución tuvo su eco en el derecho internacional de los derechos humanos, que ha desarrollado un marco normativo para conferir al niño un trato digno y equitativo cuando es sospechoso o acusado o víctima y testigo en un proceso penal. No obstante, existen lagunas, contradicciones y defectos que surgen de un análisis comparado de los diferentes ordenamientos jurídicos.

II

La coerción en el proceso penal es causa de la obtención de falsas declaraciones y una vulneración de la autonomía de la voluntad del individuo, por ello, el marco normativo internacional de los derechos humanos ha dedicado notables esfuerzos a la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El primer problema que se plantea a este tipo de coerción sobre los niños se deriva de sus límites conceptuales establecidos en el derecho internacional:

En primer lugar, la falta de especificidad del umbral de lo que constituye “severidad” obliga a que el sistema sea sensible al hecho de que los umbrales del daño o sufrimiento que experimenta un niño son diferentes a los de los adultos, existiendo prácticas que si en algunos ordenamientos jurídicos no están prohibidas para adultos, deberían prohibirse en su aplicación a un niño (*inter alia*, la pena capital, la detención incomunicada).

En segundo lugar, en algunas culturas se considera el castigo corporal y correctivo, institucionalizado o en la familia, como una práctica beneficiosa. No obstante, de forma reciente, la jurisprudencia internacional de los derechos humanos ha recogido bajo su definición de trato “degradante” formas de violencia “leves” hacia los niños, presionando a

los sistemas nacionales en el desarrollo de normas que prohíben estas prácticas a lo largo del proceso penal.

En tercer lugar, la definición normativa internacional de tortura, trato cruel, inhumano o degradante no integra una referencia a prácticas no intencionadas y, por tanto, las omisiones o el descuido por parte de la administración de justicia, de las que los niños pueden ser objeto, no son fácilmente ubicables bajo la definición ofrecida por el derecho internacional de los derechos humanos bajo trato cruel, inhumano o degradante. Esta cuestión resulta relevante puesto que los menores necesitan de cuidados y atenciones específicos.

En cuarto lugar, la definición de tortura y de trato cruel inhumano o degradante requiere de la oficialidad, no obstante ésta no ha sido aplicada de manera estricta por parte de los organismos de derechos humanos, que han considerado prácticas llevadas a cabo por actores no gubernamentales y también en la vida privada y familiar, que tradicionalmente han quedado al margen. La falta de inclusión de estas prácticas dentro de la definición de tortura y de trato inhumano o degradante ha puesto de manifiesto la discriminación institucionalizada hacia aquéllos grupos que sufren en mayor medida este tipo de violencia que ocurre dentro de la vida privada y familiar.

El segundo problema que se plantea en relación a los niños y la prohibición de recurrir a la tortura, a los tratos crueles inhumanos o degradantes se deriva de la prohibición de admitir en el proceso penal pruebas que han sido obtenidas a través de este tipo de coerción. El marco normativo internacional es contradictorio en relación a la obtención de declaraciones en terceros países en los que se usan estas prácticas y resulta preocupante la relativización de esta prohibición en relación al terrorismo en la jurisprudencia europea de derechos humanos, que ha avalado la obtención y posterior admisión de declaraciones obtenidas bajo métodos coercitivos que apelan a los tratos crueles inhumanos o degradantes, fundamentadas en el “interés público”.

Si bien el uso de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes ha sido prohibido por la mayoría de sistemas nacionales democráticos, y recogida su prohibición en el derecho internacional de los derechos humanos, la coerción abarca numerosas técnicas que han ido dejando de lado estrategias de mano dura dando paso al uso de fórmulas coercitivas que utilizan métodos menos evidentes de coerción, tales como el chantaje, el engaño y la trampa durante un interrogatorio con objeto de obtener información para una investigación. Los niños tienden en mayor medida que los adultos a declarar falsamente bajo estas

circunstancias, por lo que resulta importante prohibir el recurso a este tipo de prácticas en la ley, no solo porque pueden eventualmente introducir una declaración falsa en el proceso, sino porque también amenazan la autonomía de la voluntad del menor y su derecho a no declararse culpable. El recurso a tácticas de investigación encubiertas plantea problemas jurídicos no desdeñables sobre los límites exigibles a la actuación policial y la importancia que debe suponer ponderar otros derechos que se pueden ver vulnerados en el proceso, como por ejemplo el derecho a la vida privada y familiar de los menores. No hacerlo puede socavar la confianza pública en el proceso penal y suponer una amenaza al principio de integridad del proceso penal.

III

Valorar si una declaración ha sido obtenida a través de coerción no es tarea fácil. No obstante, la jurisprudencia internacional de los derechos humanos ha hecho hincapié en determinadas garantías consideradas fundamentales para obtener declaraciones libres de coerción y que permitan a su vez una participación efectiva por parte del niño. Entre estas garantías es fundamental, en primer lugar, la evaluación personalizada que permite valorar el estado mental y las medidas específicas de protección. No obstante, de un análisis de la normativa se desprende que existe una indeterminación acerca del momento procesal a partir del cual se deriva una obligación para los Estados en llevar a cabo dicha evaluación. Esta indeterminación puede provocar una desprotección de aquéllos menores sospechosos y acusados que se conforman sin vista oral. Tampoco se contempla en la normativa la posibilidad de recurrir las evaluaciones individuales, cuestión que permanece bajo la discrecionalidad de cada Estado.

IV

La segunda garantía esencial para el menor que habrá de hacerse efectiva a lo largo del proceso penal es su derecho a la información. No obstante, el marco normativo internacional incurre en una incongruencia en relación al momento procesal a partir del cual se debería informar a los niños, tanto sospechosos y acusados como víctimas o testigos. No establece con claridad en ningún instrumento normativo, ni en la jurisprudencia, el medio de información más idóneo, si bien la jurisprudencia internacional desaconseja el uso de los formularios. Tampoco se concreta la autoridad competente que debe brindar al menor dicha

información y menos aún la obligación de que haya una información continuada y actualizada a lo largo del proceso.

Si bien el menor tiene derecho a ser informado de forma detallada de sus derechos, esta obligación es inconcreta. En el régimen general del derecho de la Unión Europea, no específico de menores, únicamente se obliga a que se informe con el detalle necesario del derecho a ser informado de la acusación; por otra parte el régimen específico de menores obliga a las autoridades a informar al menor en detalle de otros derechos adicionales considerados esenciales para ellos.

Un aspecto especialmente preocupante es la falta de obligación de informar en detalle del derecho a guardar silencio, especialmente teniendo en cuenta que algunos ordenamientos nacionales permiten realizar inferencias de un silencio sospechoso y no existen limitaciones a la hora de permitir que el silencio se pueda utilizar como elemento de corroboración si el sospechoso o acusado es un menor. No obstante, la Directiva 2016/343/UE prohíbe que el silencio pueda utilizarse en contra del sospechoso o acusado o se pueda considerar prueba de haber cometido una infracción penal. Esta directiva es reciente y queda por ver su transposición por parte de los ordenamientos nacionales.

V

En relación al derecho de los niños a la asistencia letrada durante el proceso penal, de un análisis comparado de los instrumentos internacionales, se desprenden varias cuestiones que pueden eventualmente plantear problemas sobre los niños.

Si el menor ocupa la posición de sospechoso y acusado, la normativa de la Unión Europea no exige una obligación a los Estados de brindar asistencia letrada por la comisión de ofensas leves cuya sanción pueda ser impuesta por una autoridad distinta de un tribunal competente en materia penal y que no conlleven privación de libertad. Este límite plantea las siguientes dificultades:

Primero, es contrario a la jurisprudencia europea de derechos humanos, puesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no limita este derecho a la gravedad del delito.

Segundo, esta cuestión plantea problemas sobre los niños porque no tiene en cuenta que la delincuencia juvenil presenta unas características distintas a la delincuencia cometida por los adultos: La delincuencia juvenil es de carácter leve, continuado y suele cometerse de

forma grupal. La limitación establecida en la normativa de la Unión Europea implicaría que un amplio abanico de delincuencia, en su mayoría ocasionada por menores, no quedaría cubierto por la normativa de la Unión Europea. Esto conlleva una discriminación indirecta hacia este grupo, dotándole de menos garantías y por tanto, de una desprotección por parte del ordenamiento procesal penal.

Tercero, el umbral entre ofensas leves y no leves se define por el derecho nacional, puesto que la normativa de la Unión Europea únicamente ofrece ejemplos de lo que se puede considerar por ofensa leve, como las infracciones de tráfico, pero no es un *numerus clausus*. La situación se complica puesto que la normativa comunitaria incluye dentro de este umbral, que exime del derecho a la asistencia letrada, las infracciones leves “del orden público”. Esta expresión, tan recurrente en el discurso de los derechos humanos, queda bajo la discrecionalidad de los Estados y preocupa especialmente la falta de una obligación de brindar asistencia letrada al menor frente a normativas nacionales que buscan sancionar el “comportamiento antisocial” de los menores.

Cuarto, plantea incertidumbre la normativa internacional acerca de si tendría derecho a asistencia letrada un menor que es objeto de una medida cautelar. No resulta evidente, del texto de la Directiva, si el menor tendría derecho a asistencia letrada en estas situaciones, puesto que únicamente confiere protección a los comportamientos leves que lleven aparejados sanciones penales.

Existe incongruencia acerca del momento procesal a partir del cual se ha de dotar al menor sospechoso y acusado de asistencia letrada. La jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos únicamente reconoce este derecho desde el primer interrogatorio por parte de la policía, dejando desprotegido al menor desde su detención hasta dicho interrogatorio. La normativa de la Unión Europea, en apariencia más protectora, demuestra ser sensible en relación a esta laguna e incluye bajo su umbral protector el momento en que las autoridades ponen en conocimiento del sospechoso el ser objeto de una investigación penal. No obstante, el margen de apreciación vuelve a cobrar protagonismo y se permite que los Estados fijen en su normativa nacional el momento procesal a partir del cual es obligatorio notificar o informar al menor de que está siendo investigado. A pesar de ello, la normativa comunitaria logra un tímido avance estableciendo ciertas exigencias que concretan los momentos procesales a partir de los cuales la demora habrá de justificarse por considerarse indebida.

Otra cuestión controvertida surge en relación a la función del abogado a lo largo del proceso penal. La presencia del letrado durante el interrogatorio ante la policía o funcionario es fundamental para hacer efectivos y reales los derechos inherentes a una defensa efectiva. Sin embargo, se pueden plantear algunos problemas para los menores. La jurisprudencia europea de derechos humanos obliga a que el letrado tenga que estar presente durante el interrogatorio del menor, aunque no ha hecho alusión al tipo de participación que el abogado deberá asumir en defensa de los intereses del menor. Presencia a lo largo del proceso no es lo mismo que asistencia y no hay acuerdo entre los Estados acerca de la actitud que ha de tener un abogado durante un interrogatorio policial. La normativa de la Unión Europea refuerza esta garantía, obligando a que el sospechoso o acusado tenga a su letrado presente y que este último intervenga de manera efectiva durante el interrogatorio. No obstante delega el tipo de participación al ordenamiento nacional, sin quedar claro si participación efectiva implica participación activa. La participación activa durante el interrogatorio por parte del letrado es especialmente importante para los menores, puesto que ofrecerá una protección frente a los comentarios y presión que pueden llegar a ejercer las autoridades o incluso sus padres. Tampoco se hace alusión en la norma a los intereses que el letrado está en su obligación de defender. Algunos ordenamientos jurídicos han creado la categoría jurídica del guardián *ad litem*, que independientemente al letrado, defenderá los intereses del niño en el proceso penal. No obstante esta figura ha planteado algunos problemas debido a la falta de claridad en la norma acerca de la delimitación competencial con el abogado defensor, que puede ocasionar confusión entre ambas figuras jurídicas y eventualmente ocasionar una desprotección del menor por el solapamiento de competencias. En todo caso, una buena utilización de esta figura puede ser de gran utilidad en la defensa de los intereses y los derechos de los niños en el proceso penal.

La normativa internacional permite la renuncia de derechos esenciales por parte de los menores. Existen diferentes factores que pueden incidir en que los menores renuncien a sus derechos con mayor facilidad que un adulto y en relación a las renunciaciones a la asistencia letrada, se han planteado los siguientes problemas. En este sentido, la jurisprudencia internacional avala la renuncia a la asistencia letrada por parte de menores si estas renunciaciones se han llevado a cabo de forma voluntaria, consciente e inteligente, que será valorada a través de la doctrina de la totalidad de las circunstancias, tomando en cuenta numerosos factores, *inter alia*, la edad del menor, la educación, los antecedentes, la inteligencia, la capacidad de comprender la información. Esta doctrina puede no ser adecuada para valorar las renunciaciones

llevadas a cabo por menores con discapacidad intelectual. La propuesta de directiva relativa a las garantías de los menores sospechosos y acusados recogía la imposibilidad de que estos últimos renunciasen a su derecho a la asistencia letrada, sin embargo, esta garantía adicional se abandonó en la adopción del texto final.

La normativa internacional también permite excepciones a la asistencia letrada, cuando el sospechoso es un menor de edad, durante la fase de instrucción, en caso de existir “razones imperiosas” o “razones de peso”, y cuando existan circunstancias excepcionales fundamentadas en una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona y para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. Preocupa que el marco normativo vigente no haga mención al hecho de la minoría de edad como factor a tener en cuenta a la hora de adoptar dichas derogaciones temporales y que al decidir derogar la asistencia letrada para un menor de edad se debe garantizar otros derechos que permiten proteger al niño frente a una intrusión abusiva por parte del poder público: *inter alia*, el derecho a guardar silencio, la importancia del control judicial o la posibilidad de recurrir dichas decisiones. Además existe una falta de referencia a los tiempos máximos que pueden durar las derogaciones temporales de este derecho o los plazos para resolver los recursos planteados. Si el menor ocupa la posición de víctima o testigo, la representación letrada no ha contado con el mismo desarrollo por parte del derecho internacional de los derechos humanos como garantía procesal.

Del marco normativo actual en relación a las víctimas y testigos menores, se desprenden los siguientes problemas:

Primero, el derecho de la Unión Europea considera la representación letrada de la víctima de carácter potestativo, delegando al derecho nacional su reconocimiento.

Segundo, no indica un umbral a partir del cual el delito cometido contra la víctima obligue a brindarle de asistencia letrada obligatoria. El marco normativo internacional únicamente reconoce el derecho a la asistencia letrada de víctimas y testigos menores cuando existe un conflicto de intereses entre los menores y sus padres. Esto plantea dos cuestiones fundamentales: la presunción por parte del ordenamiento de que sean los padres los que asistan al menor en la defensa de sus derechos e intereses. Esta actitud es arriesgada, puesto que los padres no tienen por qué conocer los derechos de sus hijos o las consecuencias derivadas de su ejercicio. Además, al contemplar que los menores víctimas o testigos únicamente tendrán derecho a asistencia letrada si existe un conflicto de intereses con sus

progenitores, es posible que se esté discriminando a aquéllos menores que no tienen un conflicto de intereses con sus progenitores, puesto que la normativa les brinda de una menor protección al no dotarles de un apoyo adicional.

VI

Otra garantía esencial en el proceso penal que asegura que la declaración se obtiene libre de coerción y que permite la participación del menor en el proceso penal es la presencia de los padres en el proceso. El derecho de los niños a que se informe a sus padres o tutores de su detención no se recoge en la Convención de los Derechos del Niño, únicamente será obligación de los Estados informar previa petición de los responsables del menor y solo tendrán la obligación de informar de los cargos que pesan sobre el menor. La notificación inmediata es una protección frente a las desapariciones forzosas y el maltrato de los niños en sede policial. La normativa de la Unión Europea ofrece una mayor protección puesto que otorga el derecho al sospechoso de informar al menos a una persona que él mismo designe, de su privación de libertad y si el sospechoso es un niño, obligando a que la persona en quién recae la responsabilidad parental sea informada lo antes posible de la privación de libertad del menor y de los motivos de tal situación, salvo que ello resulte contrario a los intereses del menor, en cuyo caso se informará a otro adulto que se considere apropiado. En este sentido, la normativa de la Unión Europea introduce la obligación de que las demoras en garantizar este derecho tengan que estar justificadas y ello implica un aumento de protección frente a la laguna en el derecho internacional de los derechos humanos. La normativa comunitaria establece que la obligación de informar a los padres de la privación de libertad puede limitarse cuando existe una urgente necesidad de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona o pueda comprometer de modo grave el proceso penal. Cuando se acuerde una excepción temporal, la Directiva garantiza que una autoridad responsable de la protección o el bienestar de los menores será informada.

El derecho a comunicarse con un tercero o un familiar durante la detención también es un derecho esencial y especialmente importante para el niño puesto que asegura el apoyo emocional del niño a lo largo de la detención. No obstante este derecho se encuentra regulado de forma más genérica que el derecho a informar a los padres y puede también limitarse, mientras se fundamente en razones imperiosas o prácticas. No obstante la normativa de la Unión Europea no ofrece una explicación de qué se entiende por “razones imperiosas o

prácticas”. En el caso de tratarse de un niño, la normativa comunitaria indica que los Estados miembros deben abstenerse de limitar o aplazar el ejercicio del derecho de comunicación con un tercero con respecto a menores sospechosos o acusados que se encuentran privados de libertad, excepto en circunstancias sumamente excepcionales, y que en ningún caso un menor puede ser detenido de forma incomunicada, y que siempre se le ha de permitir comunicarse al menos con una institución o persona responsable de la protección o bienestar de los menores.

No existe una obligación en el derecho internacional de los derechos humanos de asegurar la presencia de los padres durante un interrogatorio si no existe un conflicto de intereses ni para los menores sospechosos o acusados ni para los menores víctimas y testigos. La normativa comunitaria recoge el derecho del menor a estar acompañado por el titular de la patria potestad y reconoce este derecho únicamente en las vistas. En caso de ser el menor víctima y testigo, delega en el proceso nacional la cuestión de permitir o no la presencia de los titulares de la responsabilidad parental a lo largo del proceso. Se desprende, por tanto, del análisis comparado de la norma que no hay una obligación de que los padres estén presentes durante un interrogatorio en caso de que sus hijos sean sospechosos y en caso de que sean víctimas, dependerá de en qué medida el derecho nacional contemple este derecho dentro de su ordenamiento interno. No obstante es importante destacar que si bien es importante el beneficio de la presencia paterna y materna para el menor, éste no ha de presumirse puesto que, antes de proceder a tomar declaración del menor, habrá de valorarse la conveniencia de esta presencia preguntando al menor y no sólo valorando las circunstancias que rodean el caso. En caso de detectar un conflicto de intereses entre el menor y sus progenitores, la normativa de la Unión Europea permite que se designe a un adulto adecuado o representante, cuando la presencia de los padres sea contraria al interés superior del menor, o no sea posible porque, tras haberse realizado esfuerzos razonables, no se pueda localizar a ningún titular de la patria potestad o se desconozca su identidad, o habida cuenta de circunstancias objetivas y fácticas, comprometa seriamente el proceso penal. En este sentido, en ausencia de una definición en el ordenamiento internacional de los roles de estas figuras procesales, para evitar solapamientos de funciones, confusión o incluso una eventual desprotección del menor, resulta importante que la normativa nacional defina con mayor precisión las funciones del adulto adecuado, del guardián *ad litem* y las deslinde de las funciones del abogado defensor.

VII

Como última garantía que permite la participación efectiva de un niño en el proceso penal se incluye, la especialización en infancia. Hay numerosa evidencia que indica que la fiabilidad de los menores depende de cómo son interrogados y una garantía fundamental en la toma de declaración de un niño en el proceso penal es la participación de profesionales especializados. En la normativa de la Unión Europea, no obstante, el recurso a fórmulas indeterminadas (en este caso “formación adecuada”) debilita la obligación de que el personal de las autoridades policiales y de los centros de detención que traten asuntos relacionados con menores reciban formación específica tanto en cuestiones relativas a menores sospechosos y acusados como para menores víctimas y testigos. La normativa de la Unión Europea que protege a las víctimas, incluso, no exige que la especialización de las autoridades sea en infancia.

VIII

La jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos, además de desarrollar las garantías específicas que han de acompañar a los menores a lo largo del proceso ha avalado limitaciones del derecho a la confrontación para proteger a las víctimas y testigos menores de edad.

Se debe tener en cuenta que la percepción del tiempo no es la misma para los niños que para los adultos y en este sentido, es relevante dar prioridad a los procesos que están relacionados con menores y ultimarlos en el menor tiempo posible. Las dilaciones indebidas pueden afectar al testimonio infantil y, por tanto, menoscabar la calidad de la prueba y someter al menor a un estrés añadido. No obstante, la normativa internacional de los derechos humanos en torno a esta cuestión es indeterminada a través del uso de fórmulas legales y expresiones vagas. Las dilaciones indebidas a la hora de tomar declaración a un niño pueden ocasionar problemas: pueden tener efectos sobre los niños puesto que el paso del tiempo conllevará una pérdida de memoria y por tanto la posibilidad de que los niños se disocien o no se relacionen con los hechos que se le atribuyen pudiendo afectar a la calidad de la prueba y al proceso en sí, así como a la confianza pública en el sistema de justicia penal.

Se han permitido por parte del derecho internacional de los derechos humanos variaciones en la disposición de los espacios que limiten la confrontación directa: la habilitación de salas de espera separadas, el uso de mamparas, biombos y despejar la sala del

público. Este tipo de medidas se han diagnosticado como un mecanismo de protección rudimentario, ineficaz y deficitario para proteger al menor y existe un vacío legal en cuanto a los menores que pueden ocupar una doble posición procesal, como sospechosos y acusados y como víctimas y testigos, especialmente en los casos de violencia intrafamiliar.

Asimismo se han avalado técnicas que posibilitan aislar al menor del juicio oral, permitiendo que declare a través de videoconferencia, e incluso, en determinadas circunstancias, pre-constituir la prueba durante la fase de instrucción del proceso penal. El empleo de la videoconferencia se ha desarrollado para proteger los intereses de los menores víctimas y testigos. La normativa de la Unión Europea permite un amplio margen de apreciación y será responsabilidad de los organismos jurisdiccionales controlar la imposibilidad y la urgente necesidad que impide implementar esta medida cuando sea imprescindible. En relación a menores sospechosos y acusados, no se contempla en la normativa de la Unión Europea la posibilidad de su uso. Esta medida podría ser útil si el menor es sospechoso y acusado especialmente por delitos de crimen organizado, como la participación en bandas, terrorismo, narcotráfico, entre otros.

La pre-constitución de la prueba permite la admisibilidad de las declaraciones de los menores vertidas en la fase de instrucción siempre que se cumplan determinados requisitos: que su adopción se justifique con base en criterios de necesidad y proporcionalidad y pueda fundamentar la condena sin necesidad de corroboración si se ha concedido al acusado la posibilidad de examinar en la fase sumarial del proceso al menor. La jurisprudencia ha destacado que dicho examen habrá de adaptarse a las necesidades del menor y no ha mostrado ninguna preferencia por el medio de reproducción de la declaración en el juicio oral, siempre que se garantice la confrontación. No obstante, resulta preferible la grabación en video puesto que siempre resultará ser una prueba más sólida que reduce las posibilidades de que la defensa pueda alegar la vulneración de sus derechos.

Una cuestión controvertida y que puede plantear problemas sobre los niños es la dispensa del deber de declarar. La jurisprudencia europea de derechos humanos ha reconocido un amplio margen de apreciación a la posibilidad de los ordenamientos nacionales de conceder privilegios testificales, y no se ha pronunciado sobre los posibles efectos que puede tener sobre los niños el que puedan acogerse a la dispensa. La concesión de este amplio margen deja la puerta abierta a los Estados para obligar a un menor a testificar contra un pariente cercano, no brindándole por ley amparo por medio de una dispensa y sancionar su no colaboracionismo a través de un delito por obstrucción a la justicia o de falso testimonio.

Recurrir a la declaración de un niño en contra de un ser querido debe ser una acción estrictamente proporcional puesto que puede arriesgar el derecho del menor a la vida privada y familiar.

Si el menor además de testigo es también víctima de los hechos cometidos por el acusado, la dispensa puede acabar por tener un efecto boomerang, es decir, perjudicar a los mismos que intenta proteger. Por ello, se han ideado estrategias por parte de la doctrina y de la jurisprudencia internacional que impiden que la dispensa presente este efecto. Entre otras, se ha planteado el no informar a la víctima de su derecho a dispensa, si bien esta estrategia no ha sido avalada recientemente por los tribunales. También se han establecido presunciones de capacidad, que han propuesto márgenes a la edad para que los menores puedan ejercitar la dispensa con plena autonomía. No obstante, es desaconsejable crear compartimentos estancos basados en la edad. Del análisis de la jurisprudencia se constata que esta tendencia proviene de una aplicación analógica del derecho civil; analogía que no es considerada adecuada puesto que el derecho civil difiere del penal en los intereses que busca preservar. Además, la creación de compartimentos estancos basados en la edad que excluyen a los niños del ejercicio de derechos esenciales, plantea una posible discriminación contraria al derecho internacional de los derechos del niño. Por último, si el menor es considerado no capaz, se permite delegar en el representante legal del menor el ejercicio de la dispensa. Esta solución no resuelve las dinámicas presentes en los casos de violencia doméstica y de género. La respuesta, por tanto, no parece hallarse en obligar al menor o coaccionarle a que declare, sino en enfocar el estudio en los motivos detrás de la falta de voluntad de querer declarar contra el agresor y, en caso de fundamentarse en el miedo o la coacción, desarrollar un sistema que brinde el suficiente apoyo a las víctimas para que puedan declarar libres de miedo y coacción.

IX

Si la víctima no quiere o no puede participar en el proceso, el derecho internacional de los derechos humanos ha elaborado la doctrina de la única y decisiva prueba (*sole and decisive evidence*) por la que, en ausencia de una debida confrontación por parte del acusado de la declaración de un menor durante la fase de instrucción del proceso, la admisibilidad de esta declaración será considerada válida si es respaldada por otras pruebas. No obstante, estas pruebas deberán cumplir con un requisito: no podrán recaer directamente en la declaración prejudicial defectuosa del menor porque podría verse afectado seriamente el derecho de

defensa del acusado. Esto plantea problemas específicamente para menores que son víctima de abuso o agresión sexual donde recabar prueba independiente es muy difícil, puesto que se trata de delitos que suceden fuera de lo público, en la intimidad y respecto de los cuales, los niños responden y reaccionan de forma distinta a los adultos. La normativa y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos han avalado la admisibilidad de determinados tipos de pruebas, sujetas no obstante a limitaciones que plantean un nudo gordiano en cualquier sistema que aspire a proteger los derechos del niño sin mermar los derechos de la defensa a un juicio justo con todas las garantías.

La doctrina de la única y decisiva prueba puede resultar rígida en relación al testimonio de referencia puesto que, si aplicada a un caso en que la declaración de un menor es defectuosa, al recaer de forma decisiva en esta declaración, provocará que el juicio se considere contrario a los derechos de la defensa. No obstante, la jurisprudencia europea de derechos humanos ha relajado recientemente esta exigencia, permitiendo su empleo en los casos de imposibilidad, por estar la víctima ausente, por haber desaparecido o fallecido. Sin embargo, no ha aceptado de la misma manera la admisibilidad del testimonio de referencia para situaciones en las que la víctima no está dispuesta a declarar por miedo. Esta postura puede provocar, por una parte, que los agresores puedan recurrir a la intimidación de la víctima para evitar su comparecencia y, por otra parte, se arriesga a no abordar la cuestión de la equidad global del procedimiento, en aras a ponderar los intereses enfrentados de la defensa, la víctima y los testigos, así como el interés público en una efectiva administración de justicia.

En segundo lugar, la jurisprudencia internacional de derechos humanos ha realizado una importante labor a la hora de recurrir a la prueba circunstancial para probar la ausencia de consentimiento por parte de un menor a un abuso o agresión sexual. La normativa penal internacional ha integrado normas específicas que impiden deducir el consentimiento de determinados comportamientos por parte de la víctima, y la jurisprudencia también ha analizado factores que no han sido debidamente tenidos en cuenta por las autoridades nacionales para valorar la ausencia de un consentimiento genuino. En este sentido, elevar la edad de consentimiento sexual, prohibir por debajo de ella cualquier acto sexual con un niño, consentido o no consentido, permitir relaciones sexuales entre personas de edades similares, pero sancionar las relaciones entre adultos y menores de dieciocho años estableciendo un máximo de diferencia de edad pueden ser algunas de las opciones a discutir sobre la mesa. Resulta importante introducir en la normativa nacional los principios y factores que han de

guiar a las autoridades en la investigación de casos de abuso sexual o violación cuando la víctima sea un niño y prohibir las inferencias derivadas de determinados comportamientos por ley. La labor de la jurisprudencia internacional de derechos humanos en estos casos es limitada, puesto que, al no ser organismos penales, únicamente podrán imponer al Estado reparaciones a las víctimas por los daños que ésta ha sufrido. Los esfuerzos deben provenir de los ordenamientos nacionales en crear un sistema eficaz de disuasión que sancione especialmente este tipo de actos tan graves y detestables que además suceden con frecuencia contra los menores.

En tercer lugar, otro tipo de prueba fundamental es el recurso a la prueba pericial para valorar cuestiones inherentes a las reacciones y comportamientos de los niños ante determinados delitos. No obstante, la función que han de cumplir en el proceso penal los expertos testigos y la obligación que tienen los operadores jurídicos de dar relevancia a sus informes a la hora de tomar decisiones relativas a los menores es indeterminada. Tener debidamente en cuenta y dar peso y una mayor relevancia a los informes de los expertos en esta materia puede ser de gran ayuda, especialmente para valorar la ausencia de consentimiento y las reacciones de los menores ante una situación violenta y evitar la introducción del prejuicio en la valoración final de la prueba.

X

Por último, si bien se ha desencadenado en los últimos años un esfuerzo a nivel internacional por elaborar unos estándares que buscan proteger a los niños en el marco del proceso penal, y a nivel nacional por incorporarlos, tanto para menores sospechosos y acusados como para menores víctimas y testigos, todavía queda mucho trabajo por recorrer:

En primer lugar, la vaguedad e indeterminación del discurso de los derechos humanos, el recurrente uso de terminología como “adecuado”, “posible”, “necesario” permite que, de dicha indefinición en la norma, los Estados pueda jugar con el alcance de los derechos de los niños a su antojo. A falta de definición clara en la norma, los controles y las vulneraciones de los derechos humanos únicamente podrán hacerse *a posteriori* y el alcance de las reparaciones en esta jurisdicción es limitado.

En segundo lugar, el margen de apreciación es un instrumento importante puesto que permite que los Estados apliquen la norma atendiendo a las particularidades de su sociedad y de su cultura. No obstante, este margen también permite la evasión de obligaciones y rebajar

el umbral de protección conferido a los menores. Además, el derecho de la Unión Europea específico sobre menores en muchos puntos no mejora ni desarrolla cuestiones fundamentales referidas a los menores en comparación con el sistema europeo de derechos humanos, sino que se limita a reiterar la normativa general anteriormente adoptada e incluso rebaja el umbral reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, la tensión entre soberanía y la creciente presencia y alcance de las organizaciones internacionales es evidente.

En tercer lugar, los organismos de derechos humanos deben compenetrarse y colaborar en la consecución de unos objetivos comunes. Las contradicciones entre la normativa y la jurisprudencia internacional y europea, puede tener como efecto minar la confianza de la opinión pública en el derecho internacional y socavar su integridad y su futuro.

Por todo ello, si queremos hacer efectivos los derechos del niño, estos esfuerzos no serán suficientes si no se ofrecen mecanismos accesibles a los niños que permitan que, de meras declaraciones de intenciones y compromisos éticos sobre papel, se conviertan en derechos realmente justiciables.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

-A-

ALCÁCER GUIRAO, R. “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2013, no 4, pp. 14-16.

ALSTON, P. “The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child”. *Human Rights Quarterly*, 1990, vol. 12, no. 1, pp. 156-178.

AMBOS, K. “The Transnational use of Torture Evidence”. *Israel Law Review*, 2009, vol. 42, no. 02, pp. 362-397.

AMBOS, K. “May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?”. *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6, no. 2, pp. 261-287.

ARCHARD, D. *Children: Rights and Childhood*. Routledge, 2014.

ARMENTA DEU, M. T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. *La víctima menor de edad: un estudio comparando Europa/América*. Colex, Madrid, 2010.

ASHWORTH, A. “Should the Police be Allowed to use Deceptive Practices?”. *Law Quarterly Review*, 1998, vol. 114, pp. 108-140.

ASHWORTH, A. “Exploring the integrity principle in evidence and procedure”. En MIRFIELD, P.; SMITH, R. (ed.). *Essays for Colin Tapper*. LexisNexis UK, 2003, pp. 107-125.

ASHWORTH, A. “Four threats to the presumption of innocence”. *International Journal of Evidence and Proof*, 2006, vol. 10, no 4.

ASHWORTH, A., “Exclusion of evidence by violating a Fundamental Right: Pragmatism before principle in the Strasbourg Jurisprudence”, en ROBERTS, P.; HUNTER, J. (ed.).

Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions. Bloomsbury Publishing, 2012.

ASHWORTH, A. and HORDER, J. *Principles of Criminal Law.* Oxford University Press, 2013.

ATKINS, E. M. and DODARO, R.J. *Augustine: Political Writings. Cambridge Texts in the History of Political Thought.* Cambridge University Press, 2001

-B-

BACCARI, G. M. *La testimonianza del prossimo congiunto dell'imputato.* CEDAM, 2003.

BACHMAIER WINTER, L. "Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law", *Utrecht Law Review*, Vol. 9, No. 4, p. 127-146, September 2013.

BADINTER, E. *The Myth of Motherhood. An Historical View of the Maternal Instinct.* Souvenir Press, 1982.

BAUER, L. M. "Recognition of a Parent-Child Testimonial Privilege". *Louis University Law Journal*, 1979, vol. 23.

BELTRÁN MONTOLIU, A., "El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional", Tesis doctoral dirigida por Juan Luis Gómez Colomer, Universitat Jaume I, 2008.

BELTRÁN MONTOLIU, A., "La víctima ante la corte penal internacional" en FUENTES SORIANO, O. (coord.) *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2016.

BENTHAM, J. *Rationale of Judicial Evidence: Specially Applied to English Practice.* Hunt and Clarke, 1827.

BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Law's of England*, Book IV, Chapter 2 (Of the persons capable of committing crimes), 1930. Disponible en: <https://ebooks.adelaide.edu.au/b/blackstone/william/comment/book4.2.html>. Última consulta: 28 de abril de 2017.

BLOOM, M., y HORGAN, J. "The Rise of the Child Terrorist», *Foreign Affairs*, 27 de julio de 2015. Disponible en: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/middle-east/2015-02-09/rise-child-terrorist>>. Última consulta: 14 de marzo de 2017.

BOBBIO, N. "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.

BOHLANDER, M. *Principles of German criminal law*. Bloomsbury Publishing, 2008. pp. 22-23.

BONNARD, H, "La participation des victimes d'infraction au procès pénal", en LEVASSEUR, G. *Mélanges offerts à Georges Levasseur: droit pénal, droit européen*. Gazette du Palais: Litec, 1992, pp. 287-296.

BOSMAJIAN, H. *The Freedom Not to Speak*. NYU Press, 1999.

BREEN, C. *The Standard of the Best Interests of the Child: A Western Tradition in International and Comparative Law*. Springer, 2002.

BROWN, D. A., *et al.* "Supportive Or Suggestive: Do Human Figure Drawings Help 5-to 7-Year-Old Children to Report Touch?". *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2007, vol. 75, no. 1, pp. 33.

BRUCK, M.; CECI, S. J. and HEMBROOKE, H. "Reliability and Credibility of Young Children's Reports: From Research to Policy and Practice". *American Psychologist*, 1998, vol. 53, no. 2, pp. 136.

BUCKE, T.; STREET, R. and BROWN, D. *The Right of Silence: The Impact of the Criminal Justice and Public Order Act 1994*. Home Office London, 2000.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. "Valor de la declaración de la víctima menor de edad en la fase de instrucción del proceso penal español". *Diario La Ley*, 2009.

CADENA SERRANO, F.A. “Los delitos de agresión sexual a los menores de 16 años del artículo 183.2 y 3 CP. Subtipos agravados del artículo 183.4 CP. El delito del artículo 183 BIS CP “, disponible en file:///F:/TESIS%209/Ponencia%20Fidel%20Cadena%20Serrano.pdf

CALVO-GOLLER, K. *The Trial Proceedings of the International Criminal Court*. Martinus Nijhoff, 2006.

CAPE, Ed, et al. *Suspects in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*. Intersentia, 2007.

CAPORAEL, L. R. “Ergotism: The Satan Loosed in Salem”. *Science*, 1976, vol. 192, no. 4234, pp. 21-26.

CARDONA LLORENS, J. C. “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”. *Educatio Siglo XXI*, 2012, vol. 30, no 2, pp. 47-68.

CARDONA LLORENS, J. C. “El Interés Superior del niño: balance y perspectivas del concepto en el 25º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Revista Española de desarrollo y cooperación*, Número extraordinario, Otoño de 2014, pp. 21-35.

CARDONA LLORENS, J.: “The General Comment Nº14: strengths and limitations, points of consensus and dissent emerging in its drafting”, en *The best interest of the child – A dialogue between theory and practice*, Council of Europe, 2016, pp. 11-18.

CARMONA LUQUE, M. del R. *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Librería-Editorial Dykinson, 2012.

CASTILLEJO MANZANARES, R. “La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género”. *Revista de Derecho Penal*, 2009, no 26, pp. 121-140.

CEBERIO BELAZA, M., “Cuando la maltratada retira la denuncia”. Disponible en: http://elpais.com/diario/2007/06/05/sociedad/1180994402_850215.html. Última consulta: 24 de enero de 2017.

CECI, S. J. and BRUCK, M. "Suggestibility of the Child Witness: A Historical Review and Synthesis". *Psychological Bulletin*, 1993a, vol. 113, no. 3, p. 403.

CHARLESWORTH, H.; CHINKIN, C. and WRIGHT, S. "Feminist Approaches to International Law". *The American Journal of International Law*, 1991, vol. 85, no. 4, pp. 613-645.

CHOO, A. L-T. *Evidence: Text and Materials*. Addison-Wesley Longman Limited, 1998.

CHOZAS ALONSO, J. M. "El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español", en ARMENTA DEU, M. T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *La víctima menor de edad: un estudio comparando Europa/América*. Colex, Madrid, 2010.

COLLINS, G. B. and BOND, Jr., E. C. "Youth as a Bar to Testimonial Competence". *Arkansas Law Review*, 1953, vol. 8, p. 100.

COSTIN, L. B. "Unravelling the Mary Ellen Legend: Origins of the " Cruelty" Movement". *Social Service Review*, 1991, vol. 65, no. 2, pp. 203-223.

COSTIN, L. B.; KARGER, H. J. and STOESZ, D. *The Politics of Child Abuse in America*. Oxford University Press, 1997.

CRETNEY, A. and DAVIS, G. "The Significance of Compellability in the Prosecution of Domestic Assault". *British Journal of Criminology*, 1997, vol. 37, no. 1, pp. 75-89.

CUNNINGHAM, H. *Children and Childhood in Western Society since 1500*. Pearson Education, 2005.

-D-

DALY, A. "The Right of Children to be Heard in Civil Proceedings and the Emerging Law of the European Court of Human Rights". *The International Journal of Human Rights*, 2011, vol. 15, no. 3, pp. 441-461.

DAMAŠKA, M. “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”. *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, vol. 121, no. 3, pp. 506-589.

DAVIES, G. “The Impact of Television on the Presentation and Reception of Children's Testimony”. *International Journal of Law and Psychiatry*, 1999a, vol. 22, no. 3, pp. 241-256.

DAVIES, G. and NOON, E. *Evaluation of the Live Link for Child Witnesses*, London: Home Office, 1991.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea= Guarantees and rights of the especially vulnerable victim in the legal framework of the European Union*. Tirant lo Blanch, 2013.

DELMAS-MARTY, M. *The Criminal Process and Human Rights: Toward a European Consciousness*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

DENNIS, I. “The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights”. *Criminal Law Review*, 2010, no. 4, pp. 255-274.

DENNIS, I. *The Law of Evidence*. Sweet and Maxwell, 2002.

DENT, H. R.; STEPHENSON, G. M. “Identification evidence: Experimental investigations of factors affecting the reliability of juvenile and adult witnesses”, en TRASLER, G., *et al. Psychology, law and legal processes*. Palgrave Macmillan UK, 1979. pp. 195-206.

DONNELLY, J. “The Relative Universality of Human Rights”. *Human Rights Quarterly*, 2007, vol. 29, no. 2, pp. 281-306.

DORAN, S. and JACKSON, J. D. *The Judicial Role in Criminal Proceedings*. Hart Pub Limited, 2000.

DRIZIN, S. A. and LEO, R. A. “The Problem of False Confessions in the Post-DNA World”. *North Carolina Law Review*, 2003, vol. 82, pp. 891.

DWORKIN, G. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge University Press, 1988.

DWORKIN, G. “Paternalism”. *The Monist*, Vol. 56, No. 1, 1972, pp. 64-84.

-E-

ECHEBURÚA, E.; MUÑOZ, J. M.; LOINAZ, I. “La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro”. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 2011, vol. 11, no 1.

EEKELAAR, J. “The Emergence of Children's Rights”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986, vol. 6, no. 2, pp. 161-182.

ELLIS, H. *Juvenile Delinquency and the Limits of Western Influence, 1850-2000*. Springer, 2014.

ELLISON, L. “The Mosaic Art?: Cross-examination and the Vulnerable Witness”. *Legal Studies*, 2001, vol. 21, no. 3, pp. 353-375.

ESCOBAR JIMÉNEZ, R. “La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal”. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2009, no. 7301, pp. 1.

-F-

FARRAR, S. A. “Myths and Legends: An Examination of the Historical Role of the Accused in Traditional Legal Scholarship; a Look at the 19th Century”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, pp. 331-353.

FERREIRO BAAMONDE, X. *La Víctima En El Proceso Penal*. La Ley, 2005.

FIFE-SCHAW, C. “The Influence of Witness Appearance and Demeanour on Witness Credibility: A Theoretical Framework”. *Medicine, Science and the Law*, 1995, vol. 35, no 2, pp. 107-116.

FISCHER, H.; KREß, C. *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*. Berlin Verlag, 2001

FLIN, R. H.; STEVENSON, Y. and DAVIES, G. M. “Children's Knowledge of Court Proceedings”. *British Journal of Psychology*, 1989a, vol. 80, no. 3, pp. 285-297.

FREEMAN, M. D. *The Rights and Wrongs of Children*. Pinter Pub Limited, 1983.

FREEMAN, M. D. A. "Taking Children's Rights More Seriously". *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1992, vol. 6, no. 1, pp. 52-71.

FREEMAN, M. "The morality of cultural pluralism". *International Journal of Children Rights*, 1995, vol. 3, p. 1.

FREEMAN, S. *Rawls*. Routledge, 2007.

FREEMAN, M. "Upholding the Dignity and Best Interests of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children". *Law and Contemporary Problems*, 2010, vol. 73, no. 2, pp. 211-251.

FRIDAY, P. C. and REN, Xin. *Delinquency and Juvenile Justice Systems in the Non-Western World*. Criminal Justice Press Monsey, NY, 2006.

FUENTES SORIANO, O. (coord.) *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2016.

FULERO, S. M.; EVERINGTON, C. (2004). "Mental retardation, competency to waive Miranda rights, and false confessions" en LASSITER, G. D. *Interrogations, Confessions, and Entrapment*. Springer Science & Business Media, 2006.

-G-

GAN, J., "Ozymandias on Trial: Wrongs and Rights in DNA Cases", en ROBERTS, P. and HUNTER, J. (ed.). *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions*. Bloomsbury Publishing, 2012.

GARRY, M., *et al.* "Imagination Inflation: Imagining a Childhood Event Inflates Confidence that it Occurred". *Psychonomic Bulletin & Review*, 1996, vol. 3, no. 2, pp. 208-214.

GARVEN, S.; WOOD, J. M. and MALPASS, R. S. "Allegations of Wrongdoing: The Effects of Reinforcement on Children's Mundane and Fantastic Claims". *Journal of Applied Psychology*, 2000, vol. 85, no. 1, p. 38.

GILMOUR-WALSH, B.; ALSTON P. *The Best Interests of the Child: Towards a synthesis of children's rights and cultural values*. Innocenti studi, 1996. Disponible en: <<http://www.unicef-irc.org/publications/108>>

GIMENO JUBERO, M. Á. “Menores Maltratados: Derechos De La Víctima Y Garantías Del Proceso”. *Cuadernos De Derecho Judicial*, 1998, no. 12, pp. 171-210.

GINER ALEGRÍA, C. A. “Prueba prohibida y prueba ilícita”. En *Anales de derecho*, 2008, pp. 579-590.

GOLDSTEIN, A. M. *Forensic Psychology: Emerging Topics and Expanding Roles*. John Wiley & Sons, 2006.

GOMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito: (la posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal: un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España)*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2015.

GOODMAN, G. S. “Children's Testimony in Historical Perspective”. *Journal of Social Issues*, 1984, vol. 40, no. 2, pp. 9-31.

GOODMAN, G. S., *et al.* “Children’s Testimony about a Stressful Event: Improving Children’s Reports”. *Journal of Narrative and Life History*, 1991, vol. 1, no. 1, pp. 69-99.

GOODMAN, G. S., *et al.* “Face-to-Face Confrontation: Effects of Closed-Circuit Technology on Children's Eyewitness Testimony and Jurors' Decisions”. *Law and Human Behavior*, 1998, vol. 22, no. 2, p. 165.

GORDON, L. *Heroes of their own lives: The politics and history of family violence*. New York: Viking, 1988.

GREENLEAF, B. K. *Children through the Ages: A History of Childhood*. McGraw-Hill Companies, 1978.

GREVEN, P. *Spare the Child: The Religious Roots of Punishment and the Psychological Impact of Physical Abuse*. Alfred A. Knopf, 1990.

GRISSE, T. *Juveniles' waiver of rights. Perspectives in law and psychology*. New York Plenum Press, 1981.

GRISSE, T., *et al.* "Juveniles' Competence to Stand Trial: A Comparison of Adolescents' and Adults' Capacities as Trial Defendants". *Law and Human Behavior*, 2003, vol. 27, no. 4, p. 333.

GUDJONSSON, G. H. *The Psychology of Interrogations, Confessions and Testimony*. John Wiley & Sons, 1992.

GUDJONSSON, G. H., *et al.* "Custodial Interrogation: What are the Background Factors Associated with Claims of False Confession to Police?". *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 2007, vol. 18, no. 2, pp. 266-275.

GUGGENHEIM, M. "The Right to be Represented but Not Heard: Reflections on Legal Representation for Children". *New York University Law Review*, 1984, vol. 59, p. 76.

-H-

HAFEN, B. C. and HAFEN, J. O. "Abandoning Children to their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child". *Harv. Int'L LJ*, 1996, vol. 37, p. 449.

HALE, M. and EMLYN, S. *Historia Placitorum Coronae: The History of the Pleas of the Crown*. Robert H. Small, 1847.

HARRIS-SHORT, S. "International Human Rights Law: Imperialist, Inept and Ineffective? Cultural Relativism and the UN Convention on the Rights of the Child". *Human Rights Quarterly*, 2003, vol. 25, no. 1, pp. 130-181.

HART, H. L. A. and HONOR, T. *Causation in the Law*. OUP Oxford, 1985.

HAY, B. "Sting Operations, Undercover Agents, and Entrapment". *Modern Law Review*, 2005, vol. 70, pp. 387.

HEARTZ, R. H. "Guardians Ad Litem in Child Abuse and Neglect Proceedings: Clarifying the Roles to Improve Effectiveness". *Family Law Quarterly*, 1993, pp. 327-347.

HOLLAND, E. “Hijacked Childhoods, Under the Radar: How the International Community can Help the Youth Associated with Somali Piracy-and why it must”. *UCLA J.Int'L L.Foreign Aff.*, 2013, vol. 17, p. 175.

HURTADO YELO, J. J. “¿Se Debe Suprimir El Art. 416 LECrim En Los Delitos De Violencia De Género?”. *La Ley Penal: Revista De Derecho Penal, Procesal Y Penitenciario*, 2010, no. 76, pp. 36-47.

HYMAN, I. E. and JAMES BILLINGS Jr. F. “Individual Differences and the Creation of False Childhood Memories”. *Memory*, 1998, vol. 6, no. 1, pp. 1-20.

-I-

ISHAY, M. *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*. University of California Press, 2008.

-J-

JACKSON, J.; JOHNSTONE, J. and SHAPLAND, J. “Delay, Human Rights and the Need for Statutory Time Limits in Youth Cases”. *Criminal Law Review*, 2003, pp. 510-524.

JACKSON, J. and JOHNSTONE, J. “The Reasonable Time Requirement: An Independent and Meaningful Right?”. *Criminal Law Review*, 2005, pp. 3-23.

JACKSON, J. D.; and SUMMERS, S. J. *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge University Press, 2012.

-K-

KARNIK, N. S.; SOLLER, M.; STEINER, H. *The mental health needs of young offenders: Forging paths toward reintegration and rehabilitation*. Cambridge University Press, 2007.

KASSIN, S. M., *et al.* “Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations”, *Law and Human Behavior*, 2010, vol. 34, no. 1, pp. 3-38.

KASSIN, S. M.; GOLDSTEIN, C. C. and SAVITSKY, K.. “Behavioral Confirmation in the Interrogation Room: On the Dangers of Presuming Guilt”. *Law and Human Behavior*, 2003, vol. 27, no. 2, p. 187.

KASSIN, S. M.; and KIECHEL, K. L. “The Social Psychology of False Confessions: Compliance, Internalization, and Confabulation”. *Psychological Science*, 1996, vol. 7, no. 3, pp. 125-128.

KOHM, L. M. “Tracing the foundations of the best interest of the child standard in American jurisprudence”. *Journal of Law and Family Studies*, Vol 10, No 2, 2008.

KREß, C. “Witnesses in Proceedings before the International Criminal Court: An Analysis in the Light of Comparative Criminal Procedure” en FISCHER, H.; KREß, C. *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*. Berlin Verlag, 2001.

KUPPERMAN, J. *Character*. Nueva York, 1991.

-L-

LAINZ RODRIGUEZ, J. L. “El deber de declarar en contra de pariente: comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre”. *Diario La Ley*, 2011, no 7577.

LAMB, M. E. and BROWN, D. A. “Conversational Apprentices: Helping Children Become Competent Informants about their Own Experiences”. *British Journal of Developmental Psychology*, 2006, vol. 24, no. 1, pp. 215-234.

LANGBEIN, J. H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime*. University of Chicago Press, 2012.

LANSDOWN, G., *et al.* *The evolving capacities of the child*. Innocenti studi, Unicef, 2005

LANSDOWN G., “The Realisation of Children’s Participation Rights” en PERCY-SMITH, B.; THOMAS, N. (ed.). *A handbook of children and young people's participation: Perspectives from theory and practice*. Routledge, 2010.

LARRAURI, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 12, 2003, pp. 271-307.

LASSITER, G. D. *Interrogations, Confessions, and Entrapment*. Springer Science & Business Media, 2006.

LAVALL, M. G., et al. *Justicia penal de menores y jóvenes: (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 195-210.

LEIPPE, M. R.; ROMANCZYK, A.; MANION, A. P. “Eyewitness memory for a touching experience: Accuracy differences between child and adult witnesses”. *Journal of Applied Psychology*, 1991, vol. 76, no 3, pp. 367.

LEO, R. A. “Inside the interrogation room”. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1996, vol. 86, no 2, pp. 266-303.

LEVASSEUR, G. *Mélanges offerts à Georges Levasseur: droit pénal, droit européen*, Gazette du Palais: Litec, 1992, pp. 287-296.

LEVINSON, S. “Testimonial Privileges and the Preferences of Friendship”. *Duke LJ*, 1984, pp. 631.

LOZANO EIROA, M. “El derecho al silencio del imputado en el proceso penal”. *Diario La Ley*, 2012, no 7925.

-M-

MAFFEI, S. *The European right to confrontation in criminal proceedings: Absent, anonymous and vulnerable witnesses*. ISBS, 2006.

MAGRO SERVET, V. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECRIM): ¿es necesaria una reforma legal?”. *Diario La Ley*, 2005, no 6333.

MAGRO SERVET, V. “Necesidad de la práctica de la prueba pre-constituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos contra la libertad sexual”. *Diario La Ley*, 2008, no 6972.

MAHONEY, K. *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, Springer, 1993.

MAN, N. *Children, Torture and Power. The torture of children by states and armed opposition groups*. London: Save the Children Fund, 2000.

MARTÍN LÓPEZ, M. T (coord.). *Justicia con menores, menores infractores y menores víctimas*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2000.

MARÍN LÓPEZ, M. J. “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”. *Derecho privado y Constitución*, 2005, no 19.

MARTÍN RÍOS, M. P. “La víctima en el proceso penal de menores español”. *Anuario de justicia de menores*, 2006, no 6, pp. 57-76.

MARTÍN RÍOS, M. del P. “Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia de género: análisis de la jurisprudencia española”. *Revista General de Derecho Procesal*, 2008, no 15.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MASSARO, T. M. “The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations”. *U. Fla. L. Rev.*, 1988, vol. 40, p. 863.

MATHEWS, B. and BROSS, D. C. *Mandatory Reporting Laws and the Identification of Severe Child Abuse and Neglect*. Springer, 2015.

MATOSSIAN, M. K. “Views: Ergot and the Salem Witchcraft Affair: An Outbreak of a Type of Food Poisoning Known as Convulsive Ergotism may have Led to the 1692 Accusations of Witchcraft”. *American Scientist*, 1982, vol. 70, no. 4, pp. 355-357.

McCANN, J. T. “Broadening the typology of false confessions”, *American Psychologist*, 53(3), Mar 1998, pp. 319-320.

MEISSNER, C. A. and KASSIN, S. M. "He's Guilty!": Investigator Bias in Judgments of Truth and Deception". *Law and Human Behavior*, 2002, vol. 26, no. 5, pp. 469.

MEISSNER, C. y KASSIN, S. M. "You're guilty, so just confess!" en LASSITER, G. D. *Interrogations, Confessions, and Entrapment*. Springer Science & Business Media, 2006.

MIRANDA ESTRAMPES, M. "La declaración testifical de los menores víctimas de hechos delictivos", en GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R., *Constitución, ley y proceso*, 2013, pp. 447-476.

MIRFIELD, P.; SMITH, R. (ed.). *Essays for Colin Tapper*. LexisNexis UK, 2003.

MLYNIEC, W. J. "A Judge's Ethical Dilemma: Assessing a Child's Capacity to Choose". *Fordham L. Rev.*, 1995, vol. 64, pp. 1873.

MOECKLI, D., et al. *International Human Rights Law*. Oxford University Press, 2013.

MONTESINOS GARCÍA, A. *La Videoconferencia Como Instrumento Probatorio En El Proceso Penal*. Marcial Pons, 2009.

MONTESINOS GARCÍA, A. "La Dispensa De Declarar De Las Víctimas De Violencia De Género". *Teoría Y Derecho: Revista De Pensamiento Jurídico*, 2012, no. 11, pp. 218-249.

MONTESINOS GARCÍA, A. "La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral" en FUENTES SORIANO, O., (Dir.), *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 239 – 250.

MONTOYA, J. "On Truth and Shielding in Child Abuse Trials". *Hastings LJ*, 1991, vol. 43, p. 1259.

MORENO CATENA, V. M. *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*. Montecorvo, 1980.

MOORE, N. J. "Conflicts of Interests in the Representation of Children". *Fordham L. Rev.*, 1995, vol. 64, p. 1819.

MORGAN, D. and STEPHENSON, G. M. *Suspicion and Silence: The Right to Silence in Criminal Investigations*. Blackstone Press, 1994.

MORRIS, A. and GILLER, H. *Understanding Juvenile Justice*. Croom Helm London, 1987.

MUHLHAUSER, T. L. "From Best to Better: The Interests of Children and the Role of a Guardian Ad Litem". *NDL Rev.*, 1990, vol. 66, p. 633.

MURRAY, K. *Live Television Link: An Evaluation of its use by Child Witnesses in Scottish Criminal Trials*. Scottish Office Central research Unit, 1995.

-N-

NAGEL H. (2014) "Evidence (law)" en *Encyclopædia Britannica*. *Encyclopædia Britannica Online Inc*. Disponible en:
<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/197308/evidence/28372/Witnesses>. Última consulta: 10 de marzo de 2017.

NAVARRO, VILLANUEVA C. "La protección del testimonio del menor de edad. El valor probatorio de la declaración testifical del menor-víctima realizada en la fase de instrucción". *Justicia*, 2009, no 3-4, pp. 53-86.

NEWELL, P. *Children are People Too: The Case Against Physical Punishment*. Bedford Square, 1989.

NEWMAN, T. «Stop Sending Undercover Cops Into Our Schools to Entrap Our Kids on Drug Charges», *The Huffington Post*, 12 de marzo de 2013 (actualizado el 2 de diciembre de 2014). Disponible en: <http://www.huffingtonpost.com/tony-newman/undercover-police-school-drug-arrests_b_4440912.html>. Última consulta: 12 de mayo de 2017.

NOWAK, M. *CCPR-Commentary*. Second edition. Kehl, 2005.

-O-

O'GRADY, C. *Child witnesses and jury trials: an evaluation of the use of closed circuit television and removable screens in Western Australia*. Ministry of Justice, 1996.

- PAJA BURGOA, J. A. *La Convención de los Derechos del Niño*. Madrid, Tecnos, 1998.
- PATTENDEN, R. "Should Confessions be Corroborated?" *LQ Rev.*, 1991, vol. 107, p. 339.
- PATTENDEN, R." Inferences from silence". *Criminal Law Review*, 1995, pp. 602-611.
- PEERS, S., et al. *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Bloomsbury Publishing, 2014.
- PERCY-SMITH, B.; THOMAS, N. (ed.). *A handbook of children and young people's participation: Perspectives from theory and practice*. Routledge, 2010.
- PÉREZ MORALES, M. "Sucesivas declaraciones de la víctima menor de edad: fases policial y judicial". *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, no 1, pp. 133-148.
- PETERSON, H. R. "In Search of the Best Interests of the Child: The Efficacy of the Court Appointed Special Advocate Model of Guardian Ad Litem Representation". *Geo. Mason L. Rev.*, 2006, vol. 13, pp. 1083-1341.
- PLANCHADELL, A., "La intervención de la víctima en la instrucción del proceso penal de menores" en ALTAVA LAVALL, M. G., et al. *Justicia penal de menores y jóvenes: (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 195-210.
- PEZDEK, K.; FINGER, K. and HODGE, D. "Planting False Childhood Memories: The Role of Event Plausibility". *Psychological Science*, 1997, vol. 8, no. 6, pp. 437-441.
- POOLE, D. A. and LAMB, M. E. *Investigative Interviews of Children: A Guide for Helping Professionals*. American Psychological Association, 1998.
- POOLE, D. A. and WHITE, L. T. "Two Years Later: Effect of Question Repetition and Retention Interval on the Eyewitness Testimony of Children and Adults", *Developmental Psychology*, 1993, vol. 29, no. 5, p. 844.

RAITT, F.E. “Gender Bias in the Hearsay Rule”, en ELLISON, L., CHILD, M. (Ed.). *Feminist perspectives on evidence*, Routledge, 2000, p. 65.

RAZ, J. *The Morality of Freedom*. Clarendon Press, 1986.

REDLICH, A. D. and GOODMAN, G. S. “Taking Responsibility for an Act Not Committed: The Influence of Age and Suggestibility”. *Law and Human Behavior*, 2003, vol. 27, no. 2, p. 141.

REDLICH, A. D. *et al.* “The police interrogation of children and adolescents”, en LASSITER, G. D. *Interrogations, confessions, and entrapment*. Estados Unidos: Springer, 2006, p. 107.

REDLICH, A. D.; DRIZIN, S. “Police interrogation of youth”, en KESSLER C.L. y KRAUS, L. (eds.), *The mental health needs of young offenders: Forging paths toward reintegration and rehabilitation*, 2007, pp. 61-78.

REDLICH, A. D.; QUAS, J. A. and GHETTI, S. “Perceptions of Children during a Police Interrogation: Guilt, Confessions, and Interview Fairness”. *Psychology, Crime & Law*, 2008, vol. 14, no. 3, pp. 201-223.

REDLICH, A. D. “The Susceptibility of Juveniles to False Confessions and False Guilty Pleas”. *Rutgers L. Rev.*, 2009, vol. 62, p. 943.

REDMAYNE, M. “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, pp. 209-232.

REDMAYNE, M. *Confronting confrontation* (en línea), L.S.D. Working Papers, 2010. Disponible en:

https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-10_Redmayne.pdf . Última consulta: 15 de abril de 2017.

REDMAYNE, M. “Confronting confrontation” en ROBERTS, P.; HUNTER, J. (ed.). *Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions*. Bloomsbury Publishing 2012.

ROBERTS, P. "Normative evolution in evidentiary exclusion: coercion, deception and the right to a fair trial" en ROBERTS, P.; HUNTER, J. (ed.). *Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions*. Bloomsbury Publishing, 2012, pp. 181-191.

ROBIN, G. D. "Juvenile Interrogation and Confessions". *Journal of Police Science and Administration*, 1982, vol. 10, no. 2, pp. 224-228.

RODLEY, N. "Can armed opposition groups violate human rights?", en MAHONEY, K. *Human rights in the twenty-first century: a global challenge*. Springer, 1993, pp. 297-318.

RODLEY, N. and SHEERAN, S. P. *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, 2013.

ROSS, D. F., *et al.* "The Impact of Protective Shields and Videotape Testimony on Conviction Rates in a Simulated Trial of Child Sexual Abuse". *Law and Human Behavior*, 1994, vol. 18, no. 5, pp. 553.

ROUSSEAU, J. J., *Emilio o De la educación*. Madrid: Alianza, 1998.

ROWLEY, S. "The Competency of Witnesses". *Iowa L. Rev.*, 1938, vol. 24, pp. 482.

RYAN, A. *Towards a System of European Criminal Justice: The Problem of Admissibility of Evidence*. Routledge, 2014.

-S-

SAFFERLING, C. "The Role of the Victim in the Criminal process—A Paradigm Shift in National German and International Law?". *International Criminal Law Review*, 2011, vol. 11, no. 2, pp. 183-215.

SALINAS DE FRÍAS, A. "Detención, garantías esenciales y estado de derecho en la jurisprudencia del Tedh". *Revista de Derecho Político*, 2010, no 79, p. 286.

SALINAS DE FRIAS, A. "La cooperación penal internacional y la unión europea: ¿hacia un derecho penal comunitario?". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, no 25.

SALLER, R. P. *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*. Cambridge University Press, 1997.

SÁNCHEZ, G. O. "El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español: especial referencia al menor testigo", en ARMENTA DEU, M. T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. *La víctima menor de edad: un estudio comparando Europa/América*. Colex, Madrid, 2010.

SANTALUCIA, B. *Diritto e processo penale nell'antica Roma*. Athenaeum- Università di Pavia, 2000.

SANZ HERMIDA, A. M. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

SCHARF, M. P. "Tainted Provenance: When, if Ever, should Torture Evidence be Admissible". *Wash. & Lee L. Rev.*, 2008, vol. 65.

SCHOMBURG, W. and PATERSON, I. "Genuine Consent to Sexual Violence Under International Criminal Law". *Am. J. Int'L L.*, 2007, vol. 101, p. 121.

SCOTT, M. E. "Parent-Child Testimonial Privilege: Preserving and Protecting the Fundamental Right to Family Privacy". *U. Cin. L. Rev.*, 1983, vol. 52, p. 901.

SELLERS, P. V. "The Prosecution of Sexual Violence in Conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation". *Women's Human Rights and Gender Unit (WRGU)*, 2007. Disponible en:

http://www.peacewomen.org/assets/file/Resources/Academic/paperprosecution_sexualviolence.pdf. Última consulta: 5 de abril de 2017.

SERRANO MASIP, M. "Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal", *InDret: revista para el análisis del derecho*, 2013, núm. 2, pp. 1-50, 2013.

SERWINT, N. and GOLDEN, M. No Title. *Children and Childhood in Classical Athens*, 1991.

SEYMOUR P. "Child psychologist Jean Piaget". *Time*. 1999. Disponible en:

<http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,990617,00.html>. Última consulta: 11 de enero de 2017.

SHAH, A. A. “The Parent-Child Testimonial Privilege-has the Time for it Finally Arrived”. *Clev. St. L. Rev.*, 1999, vol. 47, p. 41.

SHANE, S., JOHNSTON, D. and RISEN, J., «Secret U.S. Endorsement of Severe Interrogations», *The New York Times*, 4 de octubre de 2007. Disponible en: <<http://www.nytimes.com/2007/10/04/washington/04interrogate.html?pagewanted=all>>.

Última consulta: 19 abril de 2017.

SHAPLAND, J., “Victims and the Criminal Process: a public service Ethos for Criminal Justice?” en DORAN, S; JACKSON, J. D. (ed.). *The judicial role in criminal proceedings*. Hart Pub Limited, 2000, pp. 145-157.

SHAPIRO, I. *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration. Rethinking the Western Tradition*. Yale University Press, 2003.

SHEERAN, S. and RODLEY, N. *Routledge Handbook of International Human Rights Law*. Routledge, 2014.

SHELTON, D. “Normative Hierarchy in International Law”. *The American Journal of International Law*, 2006, vol. 100, no. 2, pp. 291-323.

SHORTER, E. *The Making of the Modern Family*. Citeseer, 1975.

SMOLIN, D. M. “Overcoming Religious Objections to the Convention on the Rights of the Child”. *Emory Int’L L. Rev.*, 2006, vol. 20, p. 81.

SOLÉ RIERA, J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*. JM Bosch Editor, 1997.

SPENCER, J. R., et al., *Children’s Evidence in Legal Proceedings: An International Perspective: Papers from an International Conference: Selwyn College Cambridge: 26-28 June 1989*. Disponible en: Universidad de Cambridge, Facultad de Derecho, 1990.

SPENCER, J. R.; and FLIN, R. H. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. Blackstone Press, 1990.

SPENCER, J, "Criminal Procedure in England", en DELMAS-MARTY, M. (ed.). *The criminal process and human rights: toward a European consciousness*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 75-76.

STEINBERG, L. "Adolescent Development and Juvenile Justice". *Annual Review of Clinical Psychology*, 2009, vol. 5, pp. 459-485.

STERN, C. C. "Don'T Tell Mom the Babysitter's Dead: Arguments for a Federal Parent-Child Privilege and a Proposal to Amend Article V". *Geo.LJ*, 2010, vol. 99, p. 605.

STONE, L. *The Family, Sex and Marriage in England 1500-1800*. Citeseer, 1979.

STONE, M. "Instant Lie Detection-Demeanor and Credibility in Criminal Trials". *Criminal Law Review*, 1991, pp. 821-830.

STRAUS, M. A. "Measuring Intrafamily Conflict and Violence: The Conflict Tactics (CT) Scales". *Journal of Marriage and the Family*, 1979, pp. 75-88.

SUMMERS, S. *Fair Trials: The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Bloomsbury Publishing, 2007.

-T-

TAMARIT SUMALLA, J. M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.; SERRANO MASIP, M. *El estatuto de las víctimas de delitos: Comentarios a la Ley 4/2015*. Tirant lo Blanch, 2015.

THAMAN, S. C. (ed.). *Exclusionary rules in comparative law*. Springer Science & Business Media, 2012.

THIENEL, T. "The Admissibility of Evidence obtained by Torture Under International Law". *European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, no. 2, pp. 349-367.

TOBEY, A. E. and GOODMAN, G. S. "Children's Eyewitness Memory: Effects of Participation and Forensic Context". *Child Abuse & Neglect*, 1992, vol. 16, no. 6, pp. 779-796.

TOMASEVSKI, K. *Children in Adult Prisons: An International Perspective*. St. Martin's Press, 1986.

TRASLER, G., *et al. Psychology, law and legal processes*. Palgrave Macmillan UK, 1979.

TRECHSEL, S.; SUMMERS, S.J. *Human rights in criminal proceedings*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

-V-

VAN BUEREN, G. "Opening Pandora's Box: Protecting Children Against Torture or Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment". *Law & Policy*, 1995, vol. 17, no 4, pp. 377-396.

VAN BUEREN, G. *The International Law on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

VAN BUEREN, G. *Article 40: Child Criminal Justice*. Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

VAN DER VLIS, E. J. "Videoconferencing in criminal proceedings". *Videoconference and Remote Interpreting in Criminal Proceedings*. Guildford, University of Surrey, 2011, pp. 11-25.

VAN NIJNATTEN, C. "Behind Closed Doors: Juvenile Hearings in the Netherlands". *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1989, vol. 3, no. 2, pp. 177-184.

VELAYOS MARTÍNEZ, M. I. "El derecho del imputado al silencio". *Justicia: revista de derecho procesal*, 1995, no 1, pp. 59-94.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. "Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas". *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 16, 2005, pp. 265-299.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L. "El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal". *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 2012.

-W-

WARBRICK, C. "The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights". *European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, no. 5, pp. 989-1018.

WATTS, W. M. "The Parent-Child Privileges: Hardly a New Or Revolutionary Concept". *Wm. & Mary L.Rev.*, 1986, vol. 28, p. 583.

WEIL, P. "Towards Relative Normativity in International Law". *Am.J.Int'L L.*, 1983, vol. 77, p. 413.

WEIMANN, G. *Terror on the Internet: The New Arena, the New Challenges*. US Institute of Peace Press, 2006.

WHITCOMB, D. "When the Victim is a child: past hope, current reality and future promise of legal reform in the United States", en SPENCER, J. R., *et al.*, *Children's Evidence in Legal Proceedings: An International Perspective: Papers from an International Conference: Selwyn College Cambridge: 26-28 June 1989*. Disponible en: Universidad de Cambridge, Facultad de Derecho, 1990.

WILKINSON, A. B. *The Scottish Law of Evidence*. Butterworths, 1986.

WILSON, A. "The Infancy of the History of Childhood: An Appraisal of Philippe Aries". *History and Theory*, 1980, pp. 132-153.

-Y-

YÁRNOZ, C. «Condena a Francia por no prohibir los cachetes a los niños», *El País*, 4 de marzo de 2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/03/04/actualidad/1425468241_680448.html. Última consulta: 17 de abril de 2017.

-Z-

ZAPPALÁ, S. "The Rights of Victims V. the Rights of the Accused". *Journal of International Criminal Justice*, 2010, vol. 8, no. 1, pp. 137-164.

ZUCKERMAN, A. A. and ROBERTS, P. *The Principles of Criminal Evidence*. Clarendon Press Oxford, 1989.

DOCUMENTOS JURÍDICOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

NACIONES UNIDAS

Comité contra la Tortura

Comité contra la Tortura, *Observaciones Finales sobre el sexto informe periódico de España, 29 de mayo de 2015*. CAT/C/ESP/CO/6. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/ESP/CAT_C_ESP_CO_6_20489_S.pdf. Última consulta: 10 de marzo de 2017.

Comité Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, *Observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles* (art. 7) al artículo 7 del PIDCP, 16º período de sesiones, 1982.

Observación General núm. 13, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, Artículo 14 - Administración de justicia, 21º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154, 1984.

Observación General núm. 20, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, Artículo 7 - Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes-, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173, 1992.

Observación general N° 29, *Estados de emergencia* (artículo 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 31 de agosto de 2001

Comité de los Derechos Humanos, Observación General No. 32, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, Aprobada en la 2187ª sesión, el 29 de marzo de 2004 90º período de sesiones, 2007.

Comité de los Derechos del Niño

Observación General No. 1, Comité de los Derechos Niño, *Propósitos de la educación*, 26º período de sesiones (2001), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 332.

Observación General No. 8, Comité de los Derechos Niño, *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), 42º período de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/8 (2006).

Observación General No. 10, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, U.N. Doc. CRC/C/GC/10 (2007).

Observación General No. 12, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, U.N. Doc. CRC/C/GC/11 (2009).

Observación General No. 13, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, U.N. Doc. CRC/C/GC/11 (2011).

Observación General No. 14, Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), U.N. Doc. CRC/C/GC/14 (2013).

Comité Discriminación contra la Mujer

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N°19, *La violencia contra la mujer*, 11º período de sesiones, 1992.

Otros documentos de Naciones Unidas

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe: Access to justice for children*, 16 Diciembre 2013, A/HRC/25/35, pp. 6-7. Disponible en: www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/.../A-HRC-25-35_en.doc. Última consulta: 4 de febrero de 2017.

Comisión de Derechos Humanos. Consejo Económico y Social. *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, Yakin Ertrk, “Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género: Violencia contra la Mujer. La Norma de la Debida Diligencia como Instrumento para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, 62 periodo de sesiones E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/103/53/PDF/G0610353.pdf?OpenElement>.
Última consulta: 24 de marzo de 2017.

Consejo de Derechos Humanos. *General comment on children and enforced disappearances adopted by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances at its ninety-eighth session* (31 October – 9 November 2012) A/HRC/WGEID/98/. Disponible en: https://srsg.violenceagainstchildren.org/document/a-hrc-wgeid-98-1_884. Última consulta: 13 de mayo de 2017.

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Manfred Nowak, "Informe del Relator Especial contra la tortura “Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales”, Incluido el Derecho al Desarrollo”, Séptimo período de sesiones A/HRC/7/3 de 15 de enero de 2008.

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, Resolución de la Asamblea General, 85ª sesión plenaria, 20 de diciembre de 1993.

Líneas guía sobre el papel de los Fiscales, Adoptadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Trato a los Ofensores, La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Mr. M. Nowak, UN doc. A/61/259 (14 Aug. 2006).

UN General Assembly, *Interim report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Manfred Nowak, A/64/215, (3 de Agosto de 2009). Disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/64/215. Última consulta: 15 de abril de 2017.

UN *Informe Relator de las Naciones Unidas para la Comisión de Derechos Humanos de 3 de Julio de 2001 a la Asamblea General*, "Question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment", Fifty-sixth session, UN Doc. A/56/156. Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a56156.pdf>. Última consulta: 10 de mayo de 2017.

UN. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/8, UN Doc: E/CN.4/1996/53. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/105/09/PDF/G9610509.pdf?OpenElement>. Última consulta: 20 de abril de 2017.

UN *Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*, adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/113, 14 de Diciembre de 1990. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/JuvenilesDeprivedOfLiberty.aspx>. Última consulta: 25 de abril de 2017.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNDOC), *Líneas Guía de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*, (2009), "Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime". Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_UNICEF_Model_Law_on_Children.pdf. Última consulta: 12 de febrero de 2017.

United Nations, *Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* (Beijing Rules), adopted by the General Assembly in Resolution 40/33 of 29 November 1985.

Resolución del ECOSOC 2005/20, *Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime*. Disponible en: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-20.pdf>. Última consulta: 21 de marzo de 2017.

CONSEJO DE EUROPA

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), 9th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1998. Disponible en: < <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-09.htm>>

Comité de Ministros del Consejo de Europa, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, Adoptadas el 17 November 2010. Disponible en: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Del/Dec\(2010\)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true). Última consulta: 30 de marzo de 2017.

Consejo de Europa. *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice, 2011*, Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045f5a9>. Última consulta: 30 de marzo de 2017.

Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación Rec (2002) 5, *Protección de las mujeres contra la violencia*, adoptada el 30 de abril de 2002 y *Memorandum explicativo*. Disponible en: http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/docs/Rec_2002_5_Spanish.pdf, Última consulta: 25 de abril de 2017.

UNIÓN EUROPEA

Comisión Europea (2013), *DG Justice Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA*. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/victims/guidance_victims_rights_directive_en.pdf. Última consulta: 25 de febrero de 2017.

Comisión Europea (2013). *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings*. Disponible en: <http://eur->

lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0480&from=EN. Última consulta: 4 de marzo de 2017.

Comisión Europea (2013), *Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, de 27 de Noviembre de 2013*.

Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0822&from=ES>.

Última consulta: 15 de marzo de 2017

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *An EU Agenda for the Rights of the Child, EUR-lex, COM/2011/0060 final*. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52011DC0060> Última consulta: 27 de marzo de 2017.

Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (2013), *por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales*, COM/2013/0821 final - 2013/0407 (COD). Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0821&from=Es>.

Última consulta: 22 de abril de 2017.

SOCIEDAD DE LAS NACIONES

League of Nations, *Geneva Declaration of the Rights of the Child*, 26 September 1924.

Disponible en: <www.undocuments.net/gdrc1924.htm>. Última consulta: 28 de febrero de 2017.

DOCUMENTOS E INFORMES DE ORGANIZACIONES

NO GUBERNAMENTALES

Campaña para la Prevención de la Violencia Sexual contra la Infancia: Uno de Cada Cinco. Disponible en: <http://www.fapmi.es/contenido1.asp?sec=51>. Última consulta: 13 de mayo de 2017

European Center for Constitutional and Human Rights and the Redress Trust, Caso *El-Haski contra Bélgica*, ECHR, Application no. 649/08. Disponible en: <file:///C:/Users/isabe/Downloads/El%20Haski,%20Amicus%20Curiae%20Brief,%20ECCHR-Redress,%202009-06-18.pdf>. Última consulta: 21 de mayo de 2017

Informe Universidad Autónoma de Madrid y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, “Bases para la Elaboración de una Estrategia para la Infancia y la Adolescencia en Riesgo y Dificultad Social”, 2003.

Save the Children Fund, archive reference SC/SF/17, UNICEF, *The State of the World's Children 2000: A vision for the 21st century*, New York, 1999

PÁGINAS WEB

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1997/816.html>. Última consulta: 18 de abril de 2017.

<http://criminal.findlaw.com/criminal-charges/crimes-against-children.html>. Última consulta: 26 de marzo de 2017.

<https://www.endcorporalpunishment.org>. Última consulta: 14 de febrero de 2017.

<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-preocupacion-ausencia-abogados-centros-menores-20150609124702.html>. Última consulta: 10 de abril de 2017.

<http://fpachon-cinto.blogspot.com.es/2012/11/el-derecho-de-correccion-del-articulo.html>. Última consulta: 10 de marzo de 2017.

http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Origins_and_history/lang-en/index.htm. Última consulta: 18 de febrero de 2017.

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C006>. Última consulta: 10 de marzo de 2017.

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C010>. Última consulta: 10 de marzo de 2017.

<https://www.interpol.int/Crime-areas/Crimes-against-children/Crimes-against-children>.

Última consulta: 7 de febrero de 2017.

http://www.lawyerpress.com/news/2014_06/0606_14_013.html. Última consulta: 3 de marzo de 2017.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-9&chapter=4&lang=en. Última consulta: 10 de marzo de 2017.

http://www.ub.edu/dpenal/recursos/doc_legislacio/LECr_anteproyecto_y_otras_2014.pdf

Última consulta: 10 de marzo de 2017.

<https://www.poetryfoundation.org/poems-and-poets/poems/detail/44628>

Última consulta: 29 de mayo de 2017

<http://www.poemas-del-alma.com/jose-de-espronceda-el-reo-de-muerte.htm>

Última consulta: 29 de mayo de 2017

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA CITADA

NORMATIVA

INTERNACIONAL

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril 1977. RCL 1977\893

Convención sobre los Derechos del Niño, Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre 1990. RCL 1990\2712.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998,

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984

Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, IT/32/Rev. 44, 2009

International Criminal Tribunal for Rwanda, Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc. ITR/3/REV.1, 1995

Derecho de los Tratados. Convención de 23 de mayo 1969, a la que se adhirió España por Instrumento de 2 de mayo 1972. RCL 1980\1295

Convenio de Ginebra de 12 de agosto 1949, Para mejorar la suerte de heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, ratificado por Instrumento de 4 de julio 1952. RCL 1952\1193

Convenio de Ginebra de 12 de agosto 1949, Para protección de personas civiles en tiempo de guerra, ratificado por Instrumento de 4 de julio 1952. RCL 1952\1244

Convenio de Ginebra de 12 de agosto 1949, Trato de prisioneros de guerra, ratificado por Instrumento de 4 de julio 1952. RCL 1952\1251

Protocolo de 8 de junio 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, ratificados por Instrumento de 11 de abril 1989. RCL 1989\1646

REGIONAL

Interamericana

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General disponible en:

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>

Africana

Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 11 de julio de 1990.

Consejo de Europa

Convenio de 4 de noviembre 1950 de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre 1979. RCL 1979\2421

Convenio Europeo de 26 de noviembre 1987, sobre Prevención de Tortura y Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, ratificado por Instrumento de 28 de abril 1989. RCL 1989\1496

Convención del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación sexual y los abusos sexuales, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, «BOE» núm. 274, de 12 de noviembre de 2010

Convención sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014

Segundo Protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001

Unión Europea

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Acuerdo de 7 de diciembre 2000. LCEur 2007\2329

Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros LCEur 2002\1985

Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. LCEur 2013\1616

Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales LCEur 2012\720

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI. LCEur 2012\1798

Directiva 2016/800/UE, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, de 11 de mayo. LCEur 2016\700.

Directiva 2016/343/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo. Refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. LCEur 2016\288

NACIONAL

Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «BOE» núm. 260, de 17/09/1882

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, «BOE» núm. 101, de 28 de abril del 2015, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4606

Código Deontológico de la Abogacía Española Adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, disponible en <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/CODIGO-DEONTOLOGICO.pdf>

Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. BOE de 13 de Enero de 1982

LO 8/2015 de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, (con entrada en vigor el 13 de agosto de 2015)

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, «BOE» núm. 11, de 13/01/2000

Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre «BOE» núm. 281, de 24/11/1995)

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. «BOE» -A-2006-21236

JURISPRUDENCIA CITADA

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Comité Derechos Humanos, Caso *Miguel Ángel Estrella v. Uruguay*, Comunicación No. 74/1980, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/38/40)

Comité Derechos Humanos, Caso *José Vicente and Amado Villafañe Chaparro, Luís Napoleón Torres Crespo, Angel María Torres Arroyo and Antonio Hugues Chaparro Torres contra Colombia*, Comunicación No. 612/1995, 14 de Junio de 1994, CCPR/C/60/D/612/1995

Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, *Caso Prosecutor versus Kunarac, Kovač and Vuković*, Sentencia de 22 de Febrero de 2001, no. IT-96-23

JURISPRUDENCIA REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Comisión Europea de Derechos Humanos

Comisión Europea de Derechos Humanos, *Paton contra Reino Unido*. Application No. 8416/78, 13 de mayo de 1980. <http://swarb.co.uk/paton-v-united-kingdom-echr-1980/>

Caso *X the Federal Republic of Germany*, Application 8819/79, 19 de marzo de 1981. <http://swarb.co.uk/x-v-germany-echr-19-mar-1981>

Caso *Dinamarca contra Grecia (Greek Case)*, 1969, 12 Yearbook of the European Convention on Human Rights, disponible en <file:///C:/Users/isabe/Downloads/001-73020.pdf>

Caso *Kremers contra Países Bajos*, Decisión no. 25208/94 de 19 de octubre de 1995

Caso *Slobodan contra Países Bajos*, Decisión no. 29838/96 de 15 de enero de 1997

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso *Tyrer contra Reino Unido*. Sentencia de 25 abril 1978. TEDH 1978\3

Caso *Irlanda contra Reino Unido*. Sentencia de 18 enero 1978. TEDH 1978\2

Caso *X e Y contra Países Bajos*. Sentencia de 26 marzo 1985. TEDH 1985\4

Caso *Unterpertinger contra Austria*. Sentencia de 24 noviembre de 1986. TEDH 1986/14

Caso *Schenk contra Suiza*. Sentencia de 12 de julio de 1988. TEDH 1988/4.

Caso *Soering contra Reino Unido*. Sentencia 7 de julio de 1989. TEDH 1989/13

Caso *Kostovski contra Países Bajos*. Sentencia de 20 noviembre de 1989. TEDH 1989/21

Caso *Asch contra Austria*. Sentencia de 26 de abril de 1991. TEDH 1991/29

Caso *Costello-Roberts contra Reino Unido*. Sentencia de 25 de marzo de 1993. TEDH 1993/17

Caso *Barberá, Messegué y Jabardo contra España*. Sentencia de 13 de junio de 1994. TEDH 1994/22

Caso *Loizidou contra Turquía*. Sentencia de 23 de marzo de 1995. TEDH 1995/3

Caso *Aksoy contra Turquía*. Sentencia de 18 de diciembre de 1996. TEDH 1996/72

Caso *Saunders contra Reino Unido*. Sentencia de 17 de diciembre de 1996. TEDH 1996/67

Caso *John Murray contra Reino Unido*. Sentencia de 8 de febrero de 1996. TEDH 1996/7

Caso *Aydin contra Turquía*. Sentencia de 25 de septiembre de 1997. TEDH 1997/77

Caso *Kurt contra Turquía*. Sentencia de 25 de mayo de 1998. TEDH 1998/76

Caso *A contra Reino Unido*. Sentencia de 23 de septiembre de 1998. TEDH 1998/55

Caso *Teixeira de Castro contra Portugal*. Sentencia de 9 de junio de 1998. TEDH 1998/26

Caso *Selmouni contra Francia*. Sentencia de 28 de julio de 1999. TEDH 1999/30

Caso *T contra Reino Unido*. Sentencia de 16 de diciembre de 1999. TEDH 1999/76

Caso *V contra Reino Unido*. Sentencia de 16 de diciembre de 1999. TEDH 1999/71

Caso *A. M. contra Italia*. Sentencia 14 de diciembre de 1999. TEDH 1999/66

Caso *Heaney y McGuinness contra Irlanda*. Sentencia de 21 de diciembre de 2000. TEDH 2000/685

Caso *Khan contra Reino Unido*. Sentencia de 12 de mayo de 2000. TEDH 2000/132

Caso *Mattoccia contra Italia*. Sentencia de 25 julio 2000. TEDH 2000\403

Caso *Göçmen y otros contra Turquía*. Sentencia de 30 de enero de 2001. TEDH 2001/62

Caso *P.G. y J.H. contra Reino Unido*. Sentencia de 25 de septiembre de 2001. TEDH 2001/552

Caso *P.S. contra Alemania*. Sentencia de 20 de diciembre de 2001. TEDH 2001/881

Caso *Iwanczuk contra Polonia*. Sentencia de 15 de noviembre de 2001. TEDH 2001/756

Caso *Visser contra Holanda*. Sentencia de 14 de febrero de 2002. JUR 2002/61050

Caso *S.N. contra Suecia*. Sentencia de 2 de julio de 2002. TEDH 2002/43. 2002.

Caso *Hénaf contra Francia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. TEDH 2003/79

Caso *M. C. contra Bulgaria*. Sentencia de 4 diciembre 2003. JUR 2003\253041

Caso *S. C. contra Reino Unido*. Sentencia de 15 junio 2004. TEDH 2004/41

Caso *Issa y otros contra Turquía*. Sentencia de 16 de noviembre de 2004. JUR 2004/28468

Caso *Accardi y otro contra Italia*. Sentencia de 20 de enero de 2005. TEDH 30598/02

Caso *Bocos Cuesta contra Países Bajos*. Sentencia de 10 de noviembre de 2005. TEDH 2005/123

Caso *Örsy otros contra Turquía*. Sentencia de 20 de junio de 2006. JUR 2006/176969

Caso *Jalloh contra Alemania*. Sentencia de 11 de julio de 2006. JUR 2006/204643

Caso *Marcello Viola contra Italia*. Sentencia de 5 de octubre de 2006. TEDH 2006/55

Caso *Heglas contra República Checa*. Sentencia de 1 marzo 2007. JUR 2007\66031

Caso *O'Halloran et Francis contra Reino Unido*. Sentencia de 29 de junio de 2007. JUR 2007/169921

Caso *Salduz contra Turquía*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. JUR 2008/365080.

Caso *Panovits contra Cyprus*. Sentencia de 11 de diciembre de 2008. JUR 2008/ 379731

Caso *Ramanauskas contra Lituania*. Sentencia de 5 de febrero de 2008. TEDH 2008/7

Caso *Pishchalnikov contra Rusia*. Sentencia de 24 septiembre 2009. JUR 2009\397648.

Caso *Al-Kawaja y Tahery contra Reino Unido*. Sentencia de 20 de enero de 2009. JUR 2009/12574

Caso *A. y otros contra Reino Unido*. Sentencia de 19 febrero 2009. TEDH 2009\86

Caso *Bykov contra Rusia*. Sentencia de 10 marzo 2009. JUR 2009\100317

Caso *D. contra Finlandia*. Sentencia de 7 julio 2009. JUR 2009\338381

Caso *Ashot Harutyunyan contra Armenia*. Sentencia de 15 de junio de 2010. JUR 2010/192881

Caso *Gäfgen contra Alemania*. Sentencia de 1 de junio de 2010. JUR. 2010/173628

Caso *A.S. contra Finlandia*. Sentencia de 28 de diciembre de 2010. JUR 2010/332112

Caso *Bankovic, Stojadinovic, Stoimenovski, Joksimovic, Sukovic contra Bélgica y otros*. Decisión de 12 diciembre 2001. JUR 2011/348347

Caso *Al-Kawaja y Tahery contra Reino Unido*. Sentencia de 15 de diciembre de 2011. JUR 2011/425397

Caso *Othman (Abu Qatada) contra Reino Unido*. Sentencia de 17 de enero de 2012/14936

Caso *Van Der Heijden contra Países Bajos*. Sentencia de 3 de abril 2012. JUR 2012/1223

Caso *Bouyid contra Bélgica*. Sentencia 21 de noviembre de 2013. JUR 2013/ 349642

Caso *Kuznetsov y otros contra Rusia*. Decisión no. 33389/07 de 14 de enero de 2014

Caso *Ibrahim y otros contra Reino Unido*. Sentencia de 16 de diciembre de 2014. JUR 2015/6993

Caso *M.G.C. contra Rumania*. Sentencia de 15 marzo 2016. JUR 2016\61918

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997

Caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997

Caso *Villagrán Morales y otros ("Niños de la Calle") contra Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999

Caso *Maritza Urrutia contra Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003

Caso del *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006

Caso *González y Otras ("Campo Algodonero") contra Méjico*, Sentencia de 16 de Noviembre de 2009.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Caso *Proceso penal contra María Pupino*. Sentencia de 16 junio 2005. TJCE 2005\184

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Tribunal Constitucional

Sentencia núm. 217/1989 de 21 de diciembre. RTC 1989/217

Sentencia núm. 79/1994 de 14 de marzo. RTC 1994/79

Sentencia núm. 35/1995 de 6 de febrero. RTC 1995/35

Sentencia núm. 97/1999 de 31 de mayo. RTC 1999/97

Sentencia núm. 209/2001 de 22 de octubre. RTC 2001/209

Sentencia núm. 155/2002 de 22 de julio. RTC 2002/155

Sentencia núm. 219/2002 de 25 de noviembre. RTC 2002/219

Sentencia núm. 68/2002 de 21 de marzo. RTC 2002/68 68/2002

Sentencia núm. 155/2002 de 22 de julio. RTC 2002/155

Sentencia núm. 219/2002 de 25 de noviembre. RTC 2002/219

Sentencia núm. 146/2003 de 14 de julio. RTC 2003/146

Sentencia núm.152/2005 de 6 de junio de 2005. RTC 2005/152

Sentencia núm. 94/2010, 15 noviembre de 2010. RTC 2010/94

Tribunal Supremo

Sentencia núm.1546/2002 de 23 de septiembre. RJ 2002/8996

Sentencia núm. 1583/2002 de 3 de octubre. RJ 2002/9356

Sentencia núm. 485/2007 de 28 mayo. RJ 2007\5621

Sentencia núm. 164/2008 de 8 abril. RJ 2008\1726

Sentencia núm. 148/2008 de 17 noviembre. RTC 2008\148

Sentencia núm. 31/2009 de 27 de enero de 2009. RJ 2009/1389

Sentencia núm. 121/2009 de 12 de febrero de 2009. RJ 2009/914

Sentencia núm. 240/2009 de 12 marzo. RJ 2009\2358

Sentencia núm. 1251/2009 de 10 diciembre. RJ 2010\304

Sentencia núm. 17/2010 de 26 enero. RJ 2010\1270.

Sentencia núm. 1030/2010 de 2 diciembre. RJ 2011\271

Sentencia núm. 238/2011 de 21 de marzo. RJ 2011/2895

Sentencia núm. 632/2014 de 14 de octubre. RJ 2014/4889

Sentencia núm. 699/2014, 28 octubre de 2010. RJ 2014/6445

Sentencia núm. 703/2014 de 29 de octubre de 2010. RJ 2014/5422

Sentencia núm. 179/2014 de 6 de marzo. RJ 2014/1893

Sentencia núm. 517/2016 de 14 de junio. RJ 2016/2795

Sentencia núm. 17/2017 de 20 de enero. RJ 2017/331

Sentencia núm. 1251/2009 de 10 de diciembre. RJ 2010/304

Sentencia núm. 1367/2011 de 20 de diciembre. RJ 2012/1910

Audiencias Provinciales

Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 751/2015, 14 octubre de 2015. ARP2015/1489

Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia núm. 751/2015 de 14 octubre de 2015. ARP2015/1489

Audiencia Provincial de Girona, Sentencia núm. 352/2013 de 10 mayo. JUR 2013\272400

JURISPRUDENCIA ALEMANA

Alto Tribunal Hanseático Regional, Hamburgo, Caso *Mounir El-Motassadeq*. Sentencia de 14 de junio de 2005

Alto Tribunal Hanseático Regional, Hamburgo, Caso *Mounir El-Motassadeq*. Sentencia de 19 de agosto de 2005

JURISPRUDENCIA BRITÁNICA

A and Others contra Secretary of State for the Home Department [2003] UKSIAC 1/2002.
Disponible en:

<https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>

[última fecha de consulta 28-05-2017]

R v Friend, EWCA Crim 816, 26 Mar 1997

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1997/816.html> [última fecha de consulta 28-05-2017]

JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

Caso *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988)

ANEXO

The Implementation of the International and European Human Rights Law Framework to the Statements of Children as Evidence in Criminal Proceedings⁶⁹⁰

I. Introduction

The 1989 Convention on the Rights of the Child was a milestone in the history of the normative framework of the United Nations. Since then the international law of the rights of the child has undergone intense development in different spheres of law. However, it is a normative text that does not reach all the areas that impact on children and at present there are areas that remain without study.

The purpose of this dissertation is to analyze a very specific one: The normative framework applicable to the statements of children when they are suspects or accused, victim or witness in the criminal process. It is a matter of current importance because, unfortunately, minors participate in the commission of crimes and are victims and witnesses of them, not only within the borders of States but also transcending them.

The thesis of this dissertation is based on the fact that criminal procedural law is mainly articulated on adults and that children are only an additional consideration. Through the comparative study of international law there are many gaps and contradictions between rules that belong to different jurisdictions that can cause children to fall into these gaps, provoking a lack of protection, an unjustified discrimination against them.

The objective of this study has been focused on analyzing the places in which norms intersect, highlighting possible failures or limitations and proposing initiatives or changes that can lead to the ordering, in this area of human rights, to be more Guarantor and equitable.

For the study two types of sources have been used: one of them has been mainly of a doctrinal character and the other a practical one.

In relation to the former, as primary sources the rules and international jurisprudence of different institutions, international, European and national, have been used. As secondary

⁶⁹⁰ This is a translation into English of the Introduction and Conclusion of the dissertation as part of the requirement to obtain the recognition of international doctorate.

sources, has been based on an extensive bibliography, mainly obtained from monographs, academic articles and documents published by International Organizations. The bibliographical resources of the University of Valencia have been used to obtain them, but also those provided during the six-month research stay in Grenoble, France, at the Pierre Mendes University Library (UPMF) at the *Centre d'études sur la Sécurité Internationale et les Coopérations Européenne* (CESICE) and during the four-month research stay at the library of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg, Germany. Also, thanks to the program in International Human Rights Law, the databases of the Bodleian Library of the University of Oxford have also been accessed for two years.

In relation to the practical source, two field works have been carried out that have been of utmost importance for this study: The first one in UNHCR-Malaysia during a four-month stay and the second in the Valencian Community re-educational centers for juveniles.

The fieldwork carried out during while my stay in Malaysia, in the Best Interests of the Child Unit, and the Refugee Status Determination Unit, was fundamental in learning different methods for interviewing adults and children and in order to know the best practices for obtaining evidence that would serve to justify the assessment and adoption decisions in the best interest of children. The comments of the employees, the refugees and especially the children, in UNHCR allowed reflecting on the differences in the guarantees that should govern the processes with children as opposed to adults.

The field work undertaken for six months in the juvenile re-educational centers in the Valencian Community during the academic year 2011-2012 was also essential. Sixty-seven minors, of different ages and criminal profiles, were interviewed in this study, in five different centers, serving different measure of deprivation of liberty, with different length and regimes. This work allowed approaching the study to the problems that the children communicated of their experience in their passage through the criminal process. As part of this work I also interviewed psychologists, social workers and the directors of the centers. In addition, a month was also dedicated to witnessing juvenile trials and interviews conducted in the Children's Prosecutor's Office in the City of Justice of Valencia, as well as speaking with lawyers dedicated to juveniles and the prosecutors. This experience allowed me to be able to observe and analyze the criminal process up close. Although the results of this field work have not integrated this doctoral thesis and have not yet been published, the observations, comments and criticisms of both the minors and the professionals who were referred to me have been included throughout this thesis.

In order to approach the study of the international human rights normative framework applicable to criminal proceedings with minors, both as suspects or accused and as victims or witnesses, a comparative analysis of the current rules on the subject at different jurisdictional levels has been carried out, by comparing the international and European norms that underlie the legal framework that is the subject of the study and whose doctrine and jurisprudence complement it.

After establishing the normative and jurisprudential framework, the study has been systematized by ordering it into coherent systems following a logical order. In international law the object of this work does not possess a systematic order of legal norms, there being fragmented norms in different texts and belonging to different legal systems and jurisdictional orders. This paper tries to offer an order to how the norm and the jurisprudence have established criteria to obtain statements from children in the framework of the criminal process. To this end, we propose as a starting point a historical analysis to put the reader in context and offer a chronological development on the subject of this work. Following this analysis, the study is divided into four chapters covering four thematic areas: first, and as a fundamental issue on which international human rights law has invested considerable efforts, the elimination of all forms of *coercion* in criminal proceedings. Since coercion is difficult to control, especially if it is carried out during the criminal investigation phase, international human rights courts, in order to ascertain the absence of coercion in criminal proceedings, have emphasized certain guarantees that ensure that the process is free of coercion and that children can *participate* on equal terms as adults, both as suspects or accused as in their status as victims or witnesses. Among the specific guarantees to be implemented in cases involving children, international jurisprudence has granted exceptions to the right of the defense *to confrontation*. In this sense departures have been allowed to direct confrontation that allow the implementation of certain measures to protect minors along the criminal process to permit them participated free from fear and intimidation. However, where confrontation is not possible for different reasons, jurisprudence requires proof of *corroboration*. Offering this structure proposes an order to a series of knowledge on this area of law and highlights their clear relationship and reciprocal dependencies.

Based on this order, for each one of the themes, a deductive method has been followed through a hierarchy based on classification criteria: the first classification criterion is ordered by reference to the source of the rules and jurisprudence analyzed, that is to say, the study is ordered starting with the international framework and the law of the European Union and the

jurisprudence of the regional organizations to protect human rights. In some specific sections, reference has been made not only to the jurisprudence of international human rights law, but also to the jurisprudence of international criminal tribunals. Other regional protection systems (i.e. Latin American) have also been used; however, the focus of the thesis has been framed mainly within the European system. Secondly, the study has focused on the Spanish legal system, in order to analyze the extent to which Spanish law is implementing the rights of the child in this area of the law. This analysis also offers the possibility of considering, through the specific study of a national legal system, the effectiveness of international human rights law.

The second classification criterion, which has allowed us to make a transversal analysis of the protection of the child in a holistic way by the international criminal procedure, has been based on the study of the regulations from two procedural positions: suspects and accused on the one hand and victims and witnesses on the other. This is useful work in order to determine different protections and allows highlighting gaps that may possibly leave children unprotected in criminal proceedings.

This deductive study has allowed us to reach conclusions that have permitted us to identify legal *lacunae*, specific contradictions in the norm for each issue analyzed, highlighting the specific failures and problems that can be raised about children when they are suspected and accused and victims and witnesses. The deductive method has been supplemented by the inductive one, since from the conclusions derived from the analysis of each issue that may affect the child, observations can be inferred that allow us to offer a general critical analysis of the international human rights law framework of rights.

At the beginning of this study, the first specific work on criminal procedure and evidence in relation to international human rights law had very recently been published. The first systematic work on this issue was published by Stefan Trechsel and Sarah J. Summers in 2005 in their work entitled *Human Rights in Criminal Proceedings*. This study mainly focuses on the guarantees for a fair trial and its scope in international human rights law. However, the first specific monograph on criminal evidence and human rights was published in 2012 by John D. Jackson, Sarah J. Summers under the title *The internationalization of criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions*. This title already indicates the fact that the question of criminal evidence is not only an area reduced to national law and that, because of the development of international human rights law, it is inevitable that international jurisprudence will indirectly regulate matters concerning its practice. The

thesis of Jackson and Summers is based on the development of a specific international human rights law normative framework on criminal evidence that transcends the common law and continental traditions. Both these studies offer a systematic but general analysis, without considering specifically the study of the norm and its implementation on children.

In relation to this question, but more specifically, a relevant study was carried out by Stefano Maffei in 2006 entitled *The European right to confrontation in criminal proceedings: Absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Maffei analyses international jurisprudence on the variations allowed to the right to direct confrontation that have gradually been developed by European human rights jurisprudence to satisfy and balance the interests and rights of victims and witnesses in the criminal process. Maffei in contrast to the two more general works cited above, considers some specific questions applicable to minors as vulnerable witnesses, but concentrates mainly on analyzing the European jurisprudence applicable to absent witnesses, and therefore the observations concerning children remain tangential. A fourth study published in 2012 on this issue was edited by Paul Roberts and Jill Hunter under the title *Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions*. This book includes contributions from renowned professors in criminal law and criminology on certain issues related to the practice of criminal evidence developed by international human rights law that may have an impact on the rules of common law systems. Throughout this study, observations are given that are of importance to children, but there is no systematic analysis of this specific issue when implemented on children.

Secondly, there are many studies on the international law of the rights of the child, specifically applied to the criminal process, we must highlight the work of Geraldine Van Bueren, among which *The international law on the rights of the child* published in 1998, one of the most acclaimed and accomplished, thorough and analytical studies on international child rights law. However, Van Bueren devotes only one chapter to juvenile justice and does not carry out a study on children victims and witnesses, referring only to them when analyzing the right to private and family life. The work of Ursula Kilkelly, published in 1999, *The Child and the European Convention on Human Rights*, should also be mentioned, although it is also general on the rights of the child.

There are no systematic studies on the implementation of international standards relating to the criminal trial applied to minors. We do find contributions on this issue focused on other groups, such as the work of feminist literature, edited by Mary Childs and Louise Ellison, *Feminist perspectives on the Law of Evidence* and published in 2000, which also collects

relevant contributions on how gender bias infiltrates evidence law. Observations from this perspective are useful since they are of analogical application to children.

Secondly, in relation to specific studies on evidence and children at a national level, generally do not consider International Human Rights Law and have mainly centered on the child victim and witness. An innovative and important referential study published in 1990 by two professors of the University of Cambridge, John R. Spencer and Rhona H. Flin *The evidence of children: The law and the psychology* undertakes a comparative and systematic study on this question, but applied to the law of the United Kingdom. However, it contains a chapter where a comparative analysis is made in relation to other legal systems. In relation to Spanish law, a systematic study on the victim has been carried out by several authors, specifically two renowned: Ferreiro Baamonde entitled *The Victim in criminal proceedings* published in 2005. One of the most recent publications is that of Juan Luis Gómez Colomer entitled *Legal status of the victim of crime: the legal position of the victim of crime before the criminal justice system: an analysis based on comparative law and the great Spanish reforms that lie ahead*, published in 2015. Both studies consider the victim's position in the criminal process in a general way, although observations are made regarding minors, they are not specific about children and do not focus on this issue from the perspective of international law. There is a comparative law study applied to victims edited by Teresa Armenta Deu and Susana Oromí Val-Llovera under the title *The underage victim: a comparative study of Europe / America* published in 2010, where questions related to statements of child victims and witnesses under Spanish and Latin American law are compared, but no reference is made to international human rights law.

It should be noted that there aren't many studies that focus on the statements of children suspects and accused in criminal proceedings. Neither is there a study that analyzes the evidence in the criminal process applied to minors contemplating both procedural positions and comparing their protection and guarantees to highlight differences in the law and gaps. There is a tendency to consider only one position and generally doctrine has tended to focus its attention on the minor victim in the criminal process. There is, however, a wide range of references in the field of criminology to suspects and accused minors and to the factors that may influence the obtaining of statements. In this sense, a reference study is that of Thomas Grisso, *Juveniles' waiver of rights. Perspectives in law and psychology* published in 1981. In relation to studies from the field of psychology and criminology related to victims and witnesses is an area that has been highly developed, fundamental references in this field are

the numerous works of Stephen J. Ceci, Maggie Bruck and Gail Goodman cited along the text of this dissertation.

Regarding the structure, this dissertation begins the journey departing from a historical analysis of the changes in the way child's statements have been assessed in the criminal process and guiding principles that should guide practitioners in obtaining statements from children. To this end, we first analyze the development of a feeling towards children that crystallized in the Convention on the Rights of the Child in 1989 by changing the international paradigm. Secondly, we proceed to analyze how the change of concept of child affected the specific evolution of its consideration by the criminal process, developing the first systems of juvenile justice that adapted the process to the nature and characteristics of children and converted the testimony of children in reliable and credible. Thirdly, the chapter analyses the fundamental principles of the Convention on the Rights of the Child that are of great importance in the implementation of international standards for the declaration of children in the criminal process.

The second chapter of this paper focuses on the international framework of human rights that prohibits coercion in the criminal procedure on children. To this end, statements made through torture and inhuman or degrading treatment are analyzed first, and secondly, statements obtained through other types of coercion such as the use of deception and the entrapment.

The third chapter examines the guarantees that accompany children's statements in criminal proceedings that allow not only children to participate free from coercion, but also on an equal basis as an adult. The guarantees contained in international human rights law, their scope and limitations are hence analyzed in detail.

The fourth chapter devotes its attention to the analysis of the limitations imposed by international jurisprudence on the right to direct confrontation of the defense when the victim or witness is a child in the criminal process and develops the different measures that have been implemented by national legal systems and which have been endorsed by international jurisprudence, emphasizing their limitations. As a last and important consideration, it examines testimonial privileges as a right of victims and witnesses by virtue of kinship and the effects that this right may have on children when they are witnesses and when they are victims.

The fifth chapter is devoted to corroboration as a requirement by international human rights law when the defense cannot confront the pretrial statement of a child. This chapter analyzes, first, the scope of this requirement and its limitations in international jurisprudence. Secondly, three different types of evidence are examined that may be useful to corroborate cases in which confrontation of the child's statements could not be carried out: hearsay evidence, circumstantial evidence, and expert witnesses.

II. Conclusions

The evolution of the way in which children's statements have been assessed by the criminal process has been a reflection of the changes that the concept of a child has undergone throughout history. The criminal process gradually became aware that the nature of the child was different from that of the adult and, over time, on the one hand, developed the principles that would govern juvenile justice systems and, on the other hand, a sensitivity to child testimony, making the child a reliable and credible witness. This development was echoed in international human rights law, which has developed a normative framework to give the child a dignified and equitable treatment when he or she is a suspect or accused or a victim and witness in criminal proceedings. However, there are gaps, contradictions and flaws that arise from a comparative analysis of different legal systems.

Coercion in criminal proceedings is the cause of false statements and a violation of the autonomy of the will of the individual. Therefore, the international human rights law framework has devoted considerable efforts to the prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading treatment.

The first problem that arises in relation to this type of coercion when exercised on children derives from the same contours of the concept embedded in international law:

First, the lack of specificity of the threshold of what constitutes "severity" makes the system insensitive to the fact that the thresholds of harm or suffering experienced by a child are different from those of adults. Some legal systems do not establish differences in the application of specific measures to children (*inter alia*, capital punishment, incommunicado detention), measures that should be prohibited in their application to children.

Second, in some cultures, corporal punishment, institutionalized or in the family, is considered a beneficial practice. Recently, however, international human rights jurisprudence

has included, under its definition of "degrading" treatment, "mild" forms of violence against children, putting pressure on national systems to develop norms that prohibit such practices.

Third, the international normative definition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment does not include a reference to unintentional practices and, therefore, omissions or neglect by the administration of justice, of which children may be victims are not readily available under the definition offered by international human rights law. This issue is relevant since minors need specific care and attention.

Fourthly, the definition of torture and cruel or inhuman or degrading treatment requires officialdom, although it has not been strictly enforced by human rights bodies, which have considered practices carried out by non-governmental actors and also in the private and family life sphere, areas which have traditionally been disregarded by the law. The lack of inclusion of these practices within the definition of torture and inhuman or degrading treatment has revealed institutionalized discrimination towards those groups that suffer most from this type of violence occurring within private and family life.

The second problem in relation to children and the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment derives from the prohibition of the admissibility in criminal proceedings of evidence that has been obtained through such coercion. The international legal framework is contradictory in relation to obtaining statements in third countries where these practices are used and it is of concern that this prohibition in relation to terrorism is relativized in European human rights jurisprudence, which has supported obtaining and subsequent admitting of statements obtained under coercive methods that appeal to cruel, inhuman or degrading treatment based on the "public interest".

While the use of torture and cruel, inhuman or degrading treatment has been banned by most democratic national systems, and their prohibition has been enshrined in international human rights law, coercion encompasses many techniques that recur to strategies that make use of coercive formulas that use less obvious methods of coercion such as blackmail, cheating deception and entrapment during an interrogation in order to obtain information for an investigation. Children tend more than adults to falsely confess under these circumstances, so it is important to prohibit recourse to such practices in law, not only because they may possibly introduce a false statement in the process, but because they also threaten the autonomy of the will of the child and his right not to plead guilty and the very essence of human rights. The use of covert research tactics raises significant legal problems regarding

the limits required for police action and the importance of considering other rights that may be violated in the process, such as the right to private and family life of children. Failure to do so may undermine public confidence and pose a threat to the principle of integrity of the criminal process.

Assessing whether a statement has been obtained through coercion is not an easy task. Nonetheless, international human rights jurisprudence has emphasized certain assurances considered essential to obtain declarations free of coercion and in turn allow effective participation by the child. Among these guarantees, firstly, the personalized assessment that allows assessing the mental state and specific measures of protection that the child needs. However, it is clear from an analysis of the law that there is uncertainty about the procedural moment from which an obligation arises for States to carry out such an assessment. This indetermination can provoke a lack of protection for children suspects and accused who agree to a plea bargain without trial or are diverted to informal procedures. Neither is it contemplated in the law the possibility of appealing individual assessments, an issue that remains under the discretion of each State.

The second essential safeguard for the child is his or her right to information. However, the international legal framework is inconsistent with the procedural moment from which children, both suspected and accused as victims or witnesses should be informed. It does not clearly establish in any normative instrument or in jurisprudence the most suitable means of information, although international jurisprudence does not recommend the use of forms. Neither is the competent authority that should provide the child with such information clearly designated or the obligation of providing the child with continuous and updated information throughout the process.

Although the minor has the right to be informed in detail of his or her right, this obligation is undetermined. In the general system of European Union law, which is not specific to minors, it only requires that the right to be informed of the accusation be given in necessary detail; On the other hand, the specific regime applicable to minors obliges the authorities to inform the minor in detail of other additional rights considered essential for them.

One particularly worrying aspect is the lack of obligation to report in detail the right to remain silent, especially since some national systems allow for inferences of pretrial suspicious silence and there are no limitations in allowing silence to be used as an element of corroboration if the suspect or accused is a minor. However, Directive 2016/343/EU prohibits

silence from being used against the suspect or accused person or as evidence of having committed a criminal offense. This directive is recent and remains to be transposed by the national legal systems.

With regard to the right of children to legal assistance during criminal proceedings, a comparative analysis of international legal instruments raises a number of issues that may pose problems for children.

If the juvenile occupies the position of suspect and accused, European Union law excludes from the right to legal assistance minor offenses whose penalties may be imposed by an authority other than a court competent in criminal matters and for which a measure depriving of freedom cannot be applied. This limit poses the following difficulties:

First, it is contrary to European human rights jurisprudence, since the European Court of Human Rights does not limit this right to the seriousness of the offense.

Secondly, this issue raises problems about children because it does not take into account that juvenile delinquency has characteristics different from adult delinquency: Juvenile delinquency is mild, continuous and usually committed in group. The limitation laid down in European Union legislation would mean that a wide range of crime, mostly caused by minors, would not be covered by European Union legislation. This leads to an indirect discrimination towards this group, giving it less guarantees and, therefore, a lack of protection by the criminal procedural system.

Third, the threshold between minor and non-minor offenses is defined by national law, since European Union law only provides examples of what may be considered a minor offense, such as traffic offenses, but not a *numerus clausus*. The situation is complicated since the Community legislation includes within this threshold, which exempts from the right to legal assistance, minor infringements of "public order". This expression, which is so recurrent in the human rights discourse, is left to the discretion of States and of particular concern is posed by the lack of an obligation to provide legal assistance to minors in the face of national regulations that seek to sanction "antisocial behavior" of minors.

Fourth, there is uncertainty in international law as to whether a minor who is the subject of an interim measure would be entitled to legal assistance. It is not clear from the text of the Directive whether the minor would be entitled to legal aid in such situations, since it only affords protection to minor conduct which is followed by a penalty that supposes deprivation of liberty.

There is inconsistency about the procedural moment from which the minor needs to be granted legal assistance. The jurisprudence of international human rights law only recognizes this right from the first questioning by the police, leaving the child unprotected from his arrest until such interrogation takes place. The European Union's apparently more protective legislation proves to be sensitive to this gap and includes, under its protective threshold, the time when the authorities inform the suspect of being the subject of a criminal investigation. Nonetheless, the margin of appreciation re-emerges and States are allowed to set in their national legislation the procedural moment from which it is mandatory to notify or inform the child that is being investigated. Nevertheless, the Community legislation achieves a timid progress by establishing certain requirements that specify the procedural moments from which the delay will have to be justified by the national authorities because it is considered undue.

Another controversial issue arises in relation to the role of the lawyer throughout the criminal process. The presence of the lawyer during the interrogation is essential to make effective and real the rights inherent in an effective defense. However, there may be some problems for minors. European human rights jurisprudence obliges the lawyer to be present during the interrogation of the child, although has not mentioned the type of participation that the lawyer must assume in defense of the interests of the child. Presence throughout the process is not the same as assistance and there is no agreement among States about the attitude that a lawyer should have during a police interrogation. European Union legislation reinforces this guarantee, requiring that the suspect or accused have their lawyer present and that the latter intervene effectively during the interrogation. Nevertheless it delegates the type of participation to the national order, without being clear if effective participation implies active participation. Active participation during interrogation by the lawyer is especially important for minors, as it will provide protection from comments and pressure from the authorities or from their parents. Nor is it alluded in the norm the interests that the lawyer is obliged to defend. Some legal systems have created the legal category of *guardian ad litem*, which independently of the lawyer will defend the interests of the child in criminal proceedings. However, this figure has raised some problems due to the lack of clarity in the rule in relation to the delimitation of competence with the defense lawyer, which can lead to confusion between both legal figures and eventually cause a lack of protection of the child due to the overlapping of powers. In any case, a good use of this figure can be very useful in defending the interests and rights of children in criminal proceedings.

International law allows the possibility that minors waive essential rights. There are different factors that may have an impact on children who might cause children to waive their rights more easily than an adult and in relation to waivers to legal assistance the following problems need to be highlighted. International jurisprudence endorses the renunciation of legal assistance by minors if these renunciations have been carried out voluntarily, consciously and intelligently, which will be valued through the doctrine of the totality of the circumstances, taking into account numerous factors, *inter alia*, the age of the child, experience in criminal proceedings, education, background, intelligence and the ability to understand information. This doctrine may not be adequate to assess waivers carried out by children with intellectual disabilities. The proposal for a directive establishing procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings included the impossibility for children to waive their right to legal aid, but this additional guarantee was abandoned when the final text was adopted.

International law also allows for exceptions to legal aid, where the suspect is a minor, during the investigation phase, if there are "compelling reasons", and when there are exceptional circumstances based on an urgent need to avoid serious adverse consequences for the life, liberty or physical integrity of a person and to avoid seriously jeopardizing the criminal process. It is of concern that the existing legal framework does not mention the fact of childhood as a factor to take into account when adopting such temporary derogations and that when deciding to repeal legal aid for a minor, other rights must be guaranteed that allow protect the child from an abusive intrusion by public authorities: *inter alia*, the right to remain silent, the importance of judicial review or the possibility of appealing against such decisions. There is also a lack of reference to the maximum times that can last the temporary derogations of this right or the deadlines to resolve the appeals. If the minor occupies the position of victim or witness, the legal representation has not enjoyed the same development by international human rights law as a procedural guarantee.

From the current normative framework in relation to victims and minor witnesses, the following problems arise: Firstly, European Union law considers the legal representation of the victim to be optional, by delegating recognition to national law.

Secondly, it does not indicate a threshold from which the crime committed against the victim obliges to provide him or her with compulsory legal assistance. The international legal framework only recognizes the right to legal assistance of victims and witnesses when there is a conflict of interests between the children and their parents. This raises two fundamental

issues: presumption by the law that parents should assist the child in defending their rights and interests is risky, since parents do not have to know the rights of their children or the consequences derived from their exercise. In addition, when contemplating that minor victims or witnesses will only be entitled to legal assistance if there is a conflict of interests with their parents, it is possible that the minor who does not have a conflict of interests with his or her parents may be discriminated against, since the rules provide them with less protection by not granting them with additional support.

Another essential guarantee in the criminal process that ensures that statements are obtained free of coercion and that allows the participation of the child in the criminal process is the presence of the parents. The right of children to have their parents or guardians informed of their detention is not reflected in the Convention on the Rights of the Child it will only be the obligation of the States to inform on request and will only have the obligation to be informed of the charges against the child. Immediate notification is a protection against forced disappearances and mistreatment of children in police stations. European Union legislation offers greater protection since it gives the suspect the right to inform at least one person he or she designates of the deprivation of liberty and if the suspect is a child, it obliges to inform the person on whom the parental responsibility falls as soon as possible and of the reasons for such a situation, unless this is contrary to the interests of the child, in which case another appropriate adult shall be informed. In this sense, European Union legislation introduces the obligation that delays in guaranteeing this right must be justified and this implies an increase in protection against the lacuna in international human rights law. Community law stipulates that the obligation to inform parents of deprivation of liberty may be limited where there is an urgent need to avoid serious adverse consequences to the life, liberty or physical integrity of a person or to seriously jeopardize the process penal. When a temporary derogation is agreed, the Directive ensures that an authority responsible for the protection or welfare of children will be informed.

The right to communicate with a third person or family member during detention is also an essential and especially important right for the child as it ensures the child's emotional support throughout the detention. However, this right is regulated more generally than the right to inform parents and may also be limited, as long as it is based on imperative or practical reasons. However, European Union law does not provide an explanation of what is meant by "overriding or practical reasons". In the case of a child, Community legislation indicates that Member States should refrain from limiting or deferring the exercise of the

right of communication with a third party to suspected or accused minors who are deprived of their liberty, except in extremely exceptional circumstances and that in no case may a minor be held incommunicado and that he or she should always be allowed to communicate with at least one institution or person responsible for the protection or welfare of children.

There is no obligation in international human rights law to ensure the presence of parents during interrogation if there is no conflict of interest for suspected or accused minors or for minor victims and witnesses. Community legislation includes the right of the minor to be accompanied by the holder of parental authority and recognizes this right only at the hearing. In case of being a victim or witness, it delegates in the national process the question of allowing or not the presence of the holders of parental responsibility throughout the process. It follows, therefore, from the comparative analysis of the rule that there is no obligation for parents to be present during a preliminary questioning in case their children are suspected and if they are victims, it will depend on the extent to which the right is contemplated in national law. However, it is important to note that although the benefit of parental and maternal presence for the minor is important, it should not be presumed, since before proceeding to take the child's statement, the convenience of this presence should be assessed by asking the minor and by an assessment of the circumstances surrounding the case. In case of a conflict of interest between the minor and his parents, European Union law allows for the designation of an appropriate adult or representative, where the presence of the parents is contrary to the best interests of the child or is not possible because, after reasonable efforts have been made, no holder of parental authority can be located or his or her identity unknown, or given objective and factual circumstances, could seriously jeopardize the criminal process. In this sense, in the absence of a definition in the international order of the roles of these procedural figures, in order to avoid overlapping of functions, confusion or even an eventual lack of protection of the minor, it is important that the national regulations define more precisely the functions of the adequate adult, the *guardian ad litem* and the demarcation of the duties of the defense lawyer.

As the last guarantee that allows the effective participation of a child in the criminal process, specialization in childhood is fundamental. There is ample evidence indicating that the reliability of minors depends on how they are questioned and a fundamental guarantee in the obtaining of a child's statement in the criminal process is the participation of specialized professionals. In European Union law, however, the obligation for police personnel and detention centers dealing with juvenile matters to receive specific training is limited by the

use of indeterminate expressions (through the use of the wording "adequate training") for both suspected and accused minors as well as victims and witnesses. European Union law that protects victims does not require that this specialization be in children.

The jurisprudence of international human rights law, in addition to developing the specific guarantees that accompany minors throughout the process has guaranteed limitations on the right to confrontation in order to protect victims and juvenile witnesses.

It should be taken into account that the perception of time is not the same for children as for adults and in this sense, it is important to prioritize processes that are related to minors and finalize them in the shortest possible time. Undue delays can affect child testimony and, therefore, impair the quality of the evidence and subject the child to added stress. However, international human rights law around this issue is indeterminate through the use of legal formulas and vague expressions. Undue delays in obtaining statements from a child can cause problems: they can have an effect on children because the passage of time will lead to a loss of memory and therefore the possibility of children dissociating or not relating to the events in question. This may affect the quality of the evidence and the process itself, as well as public confidence in the criminal justice system.

Changes in the provision of spaces that limit direct confrontation have been allowed by international human rights law: separate waiting rooms, the use of screens and clearing the room of the public. Such measures have been diagnosed as a rudimentary, ineffective and deficient protection mechanism to protect the child, and there is a legal vacuum in regard to minors who may occupy a dual procedural position, as suspects and accused persons and as victims and witnesses, especially in cases of domestic violence.

Likewise, techniques have been endorsed that make it possible to isolate the child from the trial, allowing him to declare through videoconference, and even, in certain circumstances, to admit pretrial evidence. The use of videoconferencing has been developed to protect the interests of child victims and witnesses. The European Union regulations allow a wide margin of appreciation and it will be the responsibility of the jurisdictional bodies to control the impossibility and the urgent necessity that prevents to implement this measure when it is essential. In relation to suspects and accused minors, the possibility of its use is not contemplated in European Union legislation. This measure could be useful if the child is suspected and accused, especially of organized crime, such as participation in gangs, terrorism, drug trafficking, among others.

The admissibility of pretrial statements of children has been allowed by the ECtHR provided that certain requirements are met: that their adoption is justified on the basis of criteria of necessity and proportionality and they can be the sole and decisive evidence to base a conviction without the need for corroboration if the accused has been granted the opportunity to examine the child at the preliminary stage of the proceedings. Jurisprudence has emphasized that such examination must be adapted to the needs of the child and has shown no preference for the means of reproduction of the statement at the oral trial, provided that confrontation is guaranteed. However, video recording is preferable, since it will always prove to be a more solid test that reduces the chances that the defense claim infringement of his or her right to fair trial.

A controversial issue that can pose problems for children is the recognition of testimonial privilege in the law that grants them an exemption from testifying. European human rights jurisprudence has acknowledged a wide margin of appreciation for the possibility of national legal systems to granting testimonial privileges, and has not ruled on the possible effects on children who may be granted this right. This wide margin leaves the door open to the States to force a child to testify against a close relative, not giving him or her legal protection by means of an exemption and to sanction not cooperating with a sanction of obstruction of justice or perjury. Pressuring a child into giving a statement against a loved one must be strictly proportionate since it can jeopardize the child's right to private and family life.

If the minor is, as well as a witness, also a victim of the acts committed by the accused, the testimonial privilege may end up having a boomerang effect, which is, harming those same ones it tries to protect. For this reason, strategies have been devised by doctrine and international jurisprudence that prevent this safeguard from having this effect. Among others, it has been suggested not to inform the victim of his or her of the right to not testify, although this strategy has not been recently endorsed by the courts. Presumptions of capacity have also been established, which have proposed margins based on the age so that children can exercise this right with full autonomy. However, it is not advisable to create strict compartments based on age. From the analysis of the jurisprudence it has also been verified that this tendency comes from an analogous application of civil law and this analogy is not considered adequate since civil law differs from criminal law in the interests it seeks to preserve. In addition, the creation of strict compartments based on age that exclude children from the exercise of essential rights poses a possible discrimination contrary to the international law of the rights of the child. Finally, if the minor is considered not capable, it is allowed to delegate on the

legal representative of the child the exercise of the privilege. This solution does not solve the dynamics present in cases of domestic violence and gender. The answer therefore does not seem to find itself in compelling the minor to coerce him or her to declare, but rather to focus the study on the motives behind the unwillingness to want to testify against the aggressor and, if founded on fear or coercion, to develop a system that provides sufficient support to victims so they can participate free from fear and coercion.

If the victim does not want or cannot participate in the process, international human rights law has developed the doctrine of sole and decisive evidence that, in the absence of a proper confrontation on the part of the accused of the child's pretrial statement, the admissibility of this statement will be considered valid if it is supported by other evidence. However, these tests must meet a requirement: they cannot fall directly on the child's. This raises problems specifically for children who are victims of abuse or sexual assault where independent evidence is difficult to obtain, since these are crimes that occur outside the public, in privacy and in respect of which children respond differently than adults. International human rights law and jurisprudence have endorsed the admissibility of certain types of evidence subject, nevertheless, to constraints, constraints that pose a Gordian knot in any system that aspires to protect the rights of the child without damaging the rights of the defense to a fair trial with all guarantees.

The doctrine of the sole and decisive test may be rigid in relation to hearsay evidence as evidence that corroborates the defective statement of a child in these cases, since its use will be considered as decisive evidence. Nevertheless, European human rights jurisprudence has recently relaxed this requirement, allowing its use in cases of impossibility, because the victim is absent, for having disappeared or died. However, it has not accepted in the same way the admissibility of hearsay evidence in situations in which the victim is not willing to testify for fear. This approach may lead, on the one hand, to the fact that the perpetrators may resort to intimidation of the victim to avoid their showing up and, on the other hand, risks not addressing the question of the overall fairness of the procedure, in order to weigh the interests between the defense, victim and witnesses, as well as the public interest in an effective administration of justice.

Second, international human rights jurisprudence has done an important job in resorting to circumstantial evidence to prove the child's lack of consent to sexual abuse or assault. International criminal law has incorporated specific rules that preclude the possibility to infer the victim's consent from certain behavior and the case-law has also analyzed factors that

have not been duly taken into account by the national authorities in assessing the absence of genuine consent. In this sense, raising the age of sexual consent, prohibiting underneath it any sexual act with a child, consented or not consented, allowing sexual relations between individuals of similar ages, but punishing relations between adults and minors less than eighteen years establishing a maximum age difference may be some of the options to be discussed on the table. It is important to introduce into national legislation the principles and factors that will guide the authorities in investigating cases of sexual abuse or rape when the victim is a child and prohibiting inferences derived from certain behavior in the law. The work of international human rights jurisprudence in these cases is limited, since they are not criminal institutions, they can only impose on the State reparations to the victims for the damages that they have suffered. Efforts should be made by national law to create an effective system of deterrence which would specifically punish such serious and heinous acts which often are precisely perpetrated against children.

Third, another type of fundamental test is the use of expert evidence to assess issues inherent in the reactions and behavior of children to certain crimes. However, the role of expert witnesses and the duty of legal practitioners to give prominence to their reports when making decisions concerning juveniles are undetermined. Taking into account and giving weight and greater relevance to the reports of experts in this area can be of great help, especially to assess the lack of consent and reactions of children to a violent situation and avoid the introduction of prejudice in the final assessment of the evidence.

Lastly, although an international effort has been made in recent years to elaborate standards that seek to protect children in the context of the criminal process, and at the national level to incorporate them, both for suspects and accused minors as well as for minor victims and witnesses, there is still much work to be done.

Firstly, the vagueness and indeterminacy of the human rights discourse, the recurrent use of terminology such as "adequate," "possible," "necessary," allows States to play with the scope of the rights of children at their whim. In the absence of a clear definition in the norm, controls and violations of human rights can only be made *a posteriori* and the scope of reparations in this jurisdiction is limited.

Secondly, the margin of appreciation is an important instrument since it allows States to apply the law taking into account the particularities of their society and their culture. However, this margin also allows the evasion of obligations and lowering the threshold of

protection granted to children. In addition, the specific European Union law on children in many areas does not improve or develop fundamental issues related to minors in comparison with the European human rights system, but merely reiterates the general rules previously adopted and even lowers the threshold recognized by the European Court of Human Rights. In this sense, the tension between sovereignty and the growing presence and scope of international organizations is evident.

Thirdly, human rights bodies should work into having a higher degree of rapport and cooperate in pursuing common goals. The contradictions between European and international law and jurisprudence may have the effect of undermining public confidence in international law and its integrity and future.

Therefore, if we want to fulfil the rights of children in the criminal process, these efforts will not be sufficient if we do not offer mechanisms accessible to children that allow them to become, from simple declarations of intentions and ethical commitments on paper, to real justiciable rights.