



Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados

Ignacio José Subijana^a y Enrique Echeburúa^b

^aAudiencia Provincial de Gipuzkoa, San Sebastián, España; ^bUniversidad del País Vasco, San Sebastián, España

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 13 de marzo de 2017
Aceptado el 18 de octubre de 2017

Palabras clave:

Abuso sexual infantil
Victimización secundaria
Protección del menor
Fiabilidad del testimonio
Presunción de inocencia

Keywords:

Child sexual abuse
Reliability of testimony
Secondary victimization
Child protection
Presumption of innocence

R E S U M E N

El abuso sexual en la infancia es un fenómeno relativamente frecuente y tiene graves consecuencias para el desarrollo del menor. La víctima suele demorar la revelación del abuso sexual por temor a una reacción negativa de su entorno o por amenazas del abusador. El abuso sexual infantil se lleva a cabo habitualmente en la intimidad, por lo que no hay testigos ni pruebas externas de lo ocurrido. Por ello, cuando estos casos se denuncian en los tribunales, a menudo el testimonio del menor es la prueba de cargo única o más significativa. En este artículo se proponen diversas recomendaciones para, cuando sea factible su presencia en el juicio, mejorar la calidad del testimonio aportado por los menores en el sistema judicial, protegiéndoles también de la victimización secundaria, al mismo tiempo que se garantiza la presunción de inocencia de los acusados. Se plantean, al respecto, algunas sugerencias para armonizar los derechos de los acusados y de las víctimas.

Child sexual abuse in the criminal justice system: Preventing secondary victimization in children and providing legal protection for accused persons

A B S T R A C T

Child sexual abuse happens quite frequently and has serious consequences for child development. Disclosure of sexual abuse is often delayed; children often avoid telling because they are either afraid of a negative reaction from their relatives or of being harmed by the abuser. Child sexual abuse is often committed in private so there are rarely eyewitnesses and there is no external corroborating evidence. Therefore, in every case of child sexual abuse that goes to trial, it is often the child's testimony that is the only one or the most crucial part of the prosecution's case. In this paper several recommendations are proposed to deal with sexual abuse cases in order to improve the quality of children's testimony, when minors are able to testify in court, and to protect vulnerable children from secondary victimization. At the same time protecting children in the Criminal Justice System must be compatible with the presumption of innocence of the accused. Some suggestions are raised to balance the rights of the accused and of the victim.

Muchos de los casos de abuso sexual infantil no llegan al sistema judicial porque las víctimas están avergonzadas, temen no ser creídas, les preocupa ser estigmatizadas o les asusta hacer frente a un proceso largo y victimizante en sí mismo. Por ello, las víctimas de delitos sexuales suelen sentirse menos satisfechas con el proceso judicial que otro tipo de víctimas (Felson y Pare, 2008).

Cuando no se cuenta con indicios físicos u objetivos (tales como lesiones, elementos biológicos) o no existen testigos, el juzgador cuenta con dos tipos de fuentes de conocimiento para valorar la ocurrencia de los hechos denunciados: el testimonio del menor (*huella mnésica*) y el posible daño psíquico asociado (*huella psicopatológica*) (Muñoz et al., 2016). Los efectos psicológicos más graves se vinculan a un mayor nivel de contacto físico, a una mayor frecuencia y dura-

ción del abuso, al carácter significativo del agresor para el menor y a la reacción del entorno ante la revelación del abuso (Echeburúa y Guerricaechevarría, 2011). Sin embargo, el problema respecto al daño es que, como ocurre también en el caso de las víctimas de violencia contra la pareja (Picó-Alfonso, Echeburúa y Martínez, 2008; Sarasua, Zubizarreta, Echeburúa y Corral, 2007), no existe un perfil psicopatológico único vinculado al abuso sexual infantil, por lo que resulta arriesgado acreditar una supuesta experiencia de victimización sexual solo a partir de indicadores clínicos (Scott, Manzanero, Muñoz y Köhnken, 2014). Por ello, la huella mnésica de la víctima adquiere un especial protagonismo en este tipo de delito, pero este testimonio es fácil de contaminar en víctimas vulnerables por razón de su edad, capacidad intelectual o equilibrio emocional.

Para citar este artículo: Subijana, I. J. y Echeburúa, E. (2018). Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados. *Anuario de Psicología Jurídica*, 28, 22-27. <https://doi.org/10.5093/apj2018a1>

Correspondencia: subijana.i@AJU.ej-gv.es (I. J. Subijana).

ISSN: 1133-0740/© 2018 Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

El principal factor de victimización secundaria para un menor es la sobreexposición a distintas evaluaciones-entrevistas que le suponen una reexperimentación continuada de emociones negativas y una sensación de descrédito (desconfianza), si se pone en cuestión su testimonio, que afecta a su autoestima y puede crearle sentimientos de culpa (González, Muñoz, Sotoca y Manzanero, 2013).

Desde el punto de vista jurídico, la justicia procedimental estima que una decisión es justa cuando el proceso que se ha seguido para llegar a ella también lo es. La satisfacción de esta perspectiva –que pone el acento en cómo se juzga– exige una justicia específica para los menores, tanto cuando son víctimas necesitadas de especial protección en el orden penal, como cuando se ven involucrados en los procesos civiles, preferentemente familiares. En ambos casos, se trata de hacer factibles dos puntos clave: a) el derecho del menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las actuaciones judiciales y b) la necesidad de que en los procedimientos judiciales sus comparecencias y audiencias se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si es necesario, de profesionales cualificados o expertos, preservando su intimidad y utilizando un lenguaje que le sea comprensible.

Así lo exigen las previsiones contenidas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito (en adelante LEVD) y la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, tras la redacción conferida por las leyes 8/2015 y 26/2015 de sistemas de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante LOPJM).

Los objetivos específicos de este artículo, desde la perspectiva de que el interés del menor sea efectivamente respetado en el ámbito judicial (Díges y Pérez-Mata, 2017), son: proponer recomendaciones para proteger a los menores de la victimización secundaria, sugerir vías de actuación para mejorar la calidad del testimonio aportado por los menores y exponer los instrumentos jurídicos existentes para armonizar los derechos de las víctimas menores de edad y de los acusados. No en vano la *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) (2015)* ha señalado que si los sistemas judiciales estuvieran mejor adaptados a la infancia los niños estarían más protegidos, podrían participar de manera más efectiva y se mejoraría, a la vez, el funcionamiento de la Justicia. En este sentido se van a analizar aspectos como la participación del menor en el proceso judicial, la construcción de la prueba anticipada como medio idóneo para garantizar la calidad del testimonio del menor y minimizar el riesgo de victimización secundaria sin indefensión para el acusado y el conocimiento de los criterios que posibilitan la valoración judicial del testimonio de las víctimas menores de forma compatible con el derecho a la presunción de inocencia de los acusados. Queda excluida de esta propuesta el análisis de la valoración de la prueba pericial (Muñoz et al., 2016), que, precisamente por su interés, requiere de un tratamiento específico que desborda los límites de este trabajo.

Participación del Menor en el Proceso Judicial

El derecho del menor a participar en el proceso en función de su edad, madurez o evolución personal precisa para la determinación efectiva de su interés superior (artículo 2.2 b LOPJM) resolver cuatro cuestiones: a) determinar si procede que participen, b) decidir en qué momento procede que participen, c) delimitar cuántas veces procede que participen y d) especificar de qué manera procede que participen (Tabla 1).

El sistema de justicia tiene que solventar estas cuestiones a sabiendas de que en el caso de conflicto entre el interés superior del menor y los intereses concurrentes, que pueden ser defendidos por los padres, los familiares o terceros, debe, conforme al principio de proporcionalidad, priorizar las medidas que satisfagan todos los

intereses y si ello no es posible conferir primacía al interés superior del menor (artículo 2.4 LOPJM). En cualquier caso, la decisión que se adopte tiene que respetar las debidas garantías del proceso (artículo 2.5 LOPJM).

Tabla 1. Variantes en la presencia del menor en el juicio oral

Modalidades	Supuestos requeridos	Fundamentos normativos y jurisprudenciales
No comparecencia en el juicio oral	Incapacidad del menor para declarar	Arts. 2.4 y 2.5 LOPJM 417.3 y 707 de la LECrim. SSTC 74/2011 y 57/2013.
	Causación de daños psíquicos relevantes si se lleva a cabo la declaración	SSTS 965/2016 de 21 de diciembre y 26/2017 de 25 de enero
Comparecencia antes del juicio oral: prueba anticipada	Práctica de la prueba en el momento psicológico oportuno	Arts. 21.1 a) y b) y 26 LEVD Arts. 433, 448, 730, 777.2 y 792.2 de la LECrim. SSTS 1/2016 de 19 de enero y 675/2016 de 22 de julio.
Comparecencia en el juicio oral	Cuando no hay contraindicaciones psicológicas y no se ha practicado como prueba anticipada	Art. 707 de la LECrim

Nota. LEVD: Ley del Estatuto de la Víctima del Delito; LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Ausencia del Menor como Fuente de Prueba en el Proceso

En los supuestos en los que el menor no esté capacitado para narrar –en los que por tanto no es posible su testimonio– o, teniendo aptitud para el relato, su acceso al proceso, en cualquiera de las modalidades posibles, incluida la prueba anticipada, provoca un riesgo relevante de severa victimización adicional, puede afirmarse que el interés superior del menor justifica que no acceda al proceso penal como fuente de prueba de un delito del que se afirma es víctima. Se plantea, en estos casos, si es posible acudir al testimonio de referencia –ofrecido por otras personas, profesionales o no, que relatan lo que el menor les ha trasladado que ocurrió– para fundar una declaración de culpabilidad sin vulnerar, con ello, el derecho a la presunción de inocencia del acusado.

A este respecto, según una jurisprudencia ya consolidada (por todas STS 1/2017 de 12 de enero), únicamente es posible acudir a la prueba de referencia para justificar una condena cuando es imposible acudir a la prueba directa. Por lo tanto, la prueba referencial es subsidiaria de la directa y no sustitutiva de la misma. Entendemos que la testificación del menor no es posible y que el testimonio de referencia estaría justificado cuando hay una ausencia de capacidad para el recuerdo de hechos vividos en menores de muy corta edad o cuando hay un grave riesgo de victimización secundaria – por peligro fundado de severos riesgos de daños adicionales por el contacto directo con el sistema de justicia. El testimonio de referencia en estos casos sería equiparable a los casos tradicionales de imposibilidad de prueba directa, circunscritos hasta fechas recientes a la extinción de la fuente de prueba (fallecimiento), a la imposibilidad de la fuente de prueba (enfermedad grave que afecta a la rememoración) o a la desaparición de la fuente de prueba (desconocimiento del lugar actual de residencia, una vez agotados los medios de investigación para su localización).

Construcción de la Prueba Anticipada

En aquellos casos en los que el menor esté capacitado para narrar –en los que, por lo tanto, sea factible su testimonio– y en los que además sea posible su acceso al proceso sin riesgo de graves victimizaciones adicionales, el escrupuloso cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21.1 a) y b) de la LEVD impone que, en la medida de lo posible, la declaración se produzca en una única ocasión y sin dilaciones injustificadas (Villacampa, 2015). Por ello, desde la perspectiva de la necesidad del testimonio de los menores, es preciso diferenciar dos momentos jurídicos: la denuncia y el testimonio.

La denuncia, como acto de puesta en conocimiento de la comisión de un delito, debe formalizarla, en los casos de abusos sexuales de menores, o el representante legal o el Ministerio Fiscal, tal y como estipula el artículo 191.1 del Código Penal. Su formulación debe ir acompañada de las fuentes de prueba que estén disponibles (artículo 5.1 b) LEVD), sin que sea necesario en ese momento que el menor preste declaración en dependencias policiales.

Será posteriormente cuando, examinada por el juez la verosimilitud de lo narrado en la denuncia, a la luz, en su caso, de los elementos informativos adicionales que existan, procederá oír el testimonio del menor. En la mayor parte de los casos esta declaración del menor se producirá en la fase inicial del proceso, y ello por razones victimológicas, vinculadas a la protección del menor, y también cognitivas, ceñidas a la calidad del conocimiento, dado el riesgo de empobrecimiento del contenido del testimonio por el transcurso del tiempo y su potencial contaminación por la interacción con terceros (STS 26/2017 de 25 de enero). Es en esta fase donde, acudiendo a lo dispuesto en los artículos 433, 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) (Tabla 2), es preciso diseñar un espacio probatorio que responda a las siguientes garantías:

- Acogida, mediante la creación de escenarios no invasivos y respetuosos con la intimidad del menor.
- Confianza, con la compañía de las personas que fomenten círculos de seguridad afectiva.
- Comunicación, utilizando a los psicólogos forenses como instrumentos de comunicación de las preguntas de las partes y del juez. El papel del psicólogo forense es sumamente relevante en la construcción de un espacio de comunicación entre los sujetos procesales, el juez y el menor. A estos efectos su imparcialidad funcional y el rigor técnico en su proceder son elementos estructurales en su función. Así, por ejemplo, en la STS 181/2015, de 1 de abril, se denuncia la deficiente técnica y ausencia de imparcialidad de la psicóloga que interrogó a la niña, de ocho años de edad en el momento de la declaración.
- Contradicción, con intervención potencial de las partes.

El cumplimiento de estas garantías permite la construcción de una prueba anticipada en un momento previo al juicio oral y en un entorno que reduzca de forma significativa el riesgo de victimización secundaria del menor. La prueba anticipada tiene dos objetivos fundamentales: preservar la huella mnésica para evitar la contaminación del recuerdo, que se resiente cuando se reproduce sucesivamente en diversos contextos (el recuerdo tiende a perder precisión y se reelabora modulado por las reacciones emocionales de los demás), así como evitar la victimización secundaria del menor víctima de abusos sexuales (Echeburúa y Subijana, 2008; González et al., 2103). Desde la perspectiva psicológica, la construcción de la prueba anticipada supone la aplicación de la cadena de custodia a las huellas mnésicas (recuerdos), de modo que no se contaminen a lo largo del proceso judicial. Los recuerdos se deterioran transcurrido un plazo de tiempo y, además, se reconstruyen cada vez que la víctima narra los hechos. Estos recuerdos pueden estar contaminados por la información del entorno, la forma de formulación de las preguntas y las reacciones emocionales de los entrevistadores (Diges y Pérez-Mata, 2017; Manzanero y Barón, 2014). La contaminación es tanto mayor cuanto ma-

yor es el tiempo transcurrido, cuanto mayor es el número de veces que se ha reproducido el testimonio, cuanto mayor eco mediático ha tenido el suceso y cuanto más vulnerable o sugestionable sea la víctima en función de la edad o de su fragilidad emocional (Echeburúa y Guerricaechevarría, 2000; González et al., 2013). El valor de la entrevista en la prueba anticipada se potencia cuando el menor está en edad escolar y cuenta con un cierto desarrollo cognitivo, así como cuando el tipo de entrevista es breve y se adecua al desarrollo evolutivo del menor, sin caer en una infantilización del lenguaje (Pérez-Mata y Diges, 2017). Desde una perspectiva de los medios técnicos, la calidad del sonido y de la imagen en la grabación debe ser especialmente cuidada para captar los matices verbales y extraverbales de la declaración y dotar de valor probatorio a la misma. Una forma de hacerlo es recurrir a dos salas contiguas conectadas por un sistema de circuito cerrado de TV (Echeburúa y Subijana, 2008; González et al., 2013).

Tabla 2. Ley de Enjuiciamiento Criminal y declaración de los testigos menores o con discapacidad

Artículos	Contenido
433	En 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 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 las víctimas, siempre que ello resulte posible. El juez ordenará la grabación por medios audiovisuales
448	La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba
707	La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación

La cuestión a dilucidar en el orden jurídico es si tal modalidad de prueba es compatible con un derecho a un proceso con todas las garantías, es decir, con un juicio equitativo (Serrano, 2013). Al respecto es sumamente interesante la doctrina emitida sobre este punto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este órgano judicial supranacional, máximo intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, ha señalado que el artículo 6.3. d) del Convenio Europeo consagra el principio según el cual para que un acusado pueda ser declarado culpable es preciso que todos los elementos probatorios de cargo se practiquen delante de él en audiencia pública en el seno de un debate contradictorio. A estos efectos es necesario reconocer al acusado el derecho a escuchar los testimonios de cargo y tener la posibilidad real de interrogar a los testigos de cargo en el momento de su declaración o en un momento posterior.

En todo caso, según este Convenio, en el curso de procesos penales por delitos sexuales con víctimas menores se pueden adoptar determinadas medidas con la finalidad de proteger a las víctimas (Cubillo, 2010). Entre ellas se encuentra la posible valoración de la declaración sumarial, sin presencia del menor en el juicio, siempre que en las

citadas declaraciones se haya respetado el derecho de defensa. En estos casos, para estimar que el juicio ha sido equitativo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, STEH caso Przydzial contra Polonia, de 24 de mayo de 2016) exige una ponderación global de los siguientes elementos:

- Si la defensa ha tenido la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al menor víctima.
- Si sus declaraciones han sido la prueba única o determinante de la culpabilidad del acusado.
- Si existen elementos compensatorios de los inconvenientes de tal tipo de prueba.

Por su parte, la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas SSTC 174/2011 de 7 de noviembre y 57/2013 de 11 de marzo) señala que son tres las garantías que deben cumplirse para que la declaración de un menor en una fase previa al juicio pueda ser valorada como prueba:

- Que la defensa conozca la existencia de la exploración del menor.
- Que la defensa acceda a su contenido, documentado o grabado.
- Que la defensa tenga la posibilidad de cuestionar el testimonio, durante su realización o en un momento posterior (ya sea en fase de investigación o en el juicio oral), indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que considera deben ser interrogados.

Finalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, las SSTS 1/2016, de 19 de enero, y 675/2016, de 22 de julio) no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción, ni del derecho de defensa, por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan el tema probatorio. Pero esta afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también converjan en el acto de enjuiciamiento y que cuenten con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. De esta manera, distintas sentencias de esa Sala, como las citadas, han admitido la preconstitución de la prueba en fase de instrucción, incluso a través de la exploración del menor por expertos que puedan actuar como conductores de su interrogatorio, como substitutiva de su declaración en el acto del juicio oral. Esta actuación es posible siempre que la declaración haya tenido lugar en presencia judicial, con intervención contradictoria de las partes, cuando sea previsible que la comparecencia del menor en el juicio oral pueda causarle perjuicios psicológicos. En cualquier caso, la declaración del menor debe ser introducida en el juicio oral.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, el artículo 26 LEVD ordena, por un lado, que las declaraciones recibidas durante la fase de investigación judicial sean grabadas por medios audiovisuales y, por otro, posibilita que puedan ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y el artículo 730 LECrim permite la lectura o reproducción a instancia de cualquiera de las partes de las diligencias practicadas en el sumario en dos casos: a) cuando por causas independientes de la voluntad de las partes no puedan ser reproducidas en el juicio oral y b) cuando se trate de declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección. El primer supuesto había sido originariamente utilizado por el Tribunal Supremo para permitir la utilización como prueba de los casos de testigo fallecido, gravemente enfermo o de paradero desconocido (por todas STS 158/2016, de 29 de febrero), casos todos ellos en los que la fuente de prueba no estaba disponible. El segundo supuesto acoge también los casos de fuente de prueba disponible, pero con un riesgo relevante de revictimización que de una forma progresiva iba encontrando acomodo también en la doctrina del Tribunal Supremo, amparándose en lo dispuesto en los artículos 777.2 y 797.2 LECrim (por todas STS 965/2016, de 21 de diciembre).

Ambos preceptos indican que cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo se tema razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral,

o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial (actual Letrado de la Administración de Justicia), con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia en los términos del artículo 730.

El Alcance Jurídico de la Presunción de Inocencia

La presunción de inocencia, como regla de juicio (artículo 24.2 de la Constitución española, en adelante CE), justifica que la sentencia sea absolutoria cuando, en el terreno de los hechos concretos, concurre alguna de las siguientes variables:

- La hipótesis acusatoria no está corroborada por el rendimiento lógico del cuadro probatorio, es decir, no hay prueba que valide la propuesta de hechos ofrecida por la acusación. Es un caso de vacío probatorio.
- La hipótesis acusatoria está refutada por el rendimiento lógico del cuadro probatorio, es decir, existe prueba que contradice la propuesta de hechos ofrecida por la acusación. Es un caso de rendimiento probatorio contrario a las tesis de la acusación.
- La hipótesis acusatoria está corroborada por el rendimiento lógico de una parte del cuadro probatorio, pero existe otra parte del cuadro probatorio que, mediante un rendimiento lógico, ratifica una hipótesis exculpativa y parece tan verosímil como la primera. Es un caso de prueba de cargo insuficiente, campo propio de la duda fundada o asentada en razones.

En todos estos casos procede absolver, sin que desde la perspectiva del tratamiento como inocente del absuelto pueda diferenciarse los supuestos de ausencia de prueba de los casos de insuficiencia de prueba (Andrés-Ibáñez, 2015). En todos los casos el acusado tiene todo el derecho a toda la presunción de inocencia (STS 277/2015, de 3 de junio).

Según la Directiva 2016/343, de 16 de marzo (cuya trasposición a la legislación nacional tiene que producirse antes del 1 de abril de 2018), los Estados tienen que garantizar que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 3). De ahí que, por una parte, obligue a que las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable y, por otra, imponga también a los medios de comunicación social un especial deber de tratamiento de las noticias que trasladan un juicio de imputación de un hecho delictivo a una o varias personas (SSTS Civil 53/2017, de 27 de enero y 62/2017, de 2 de febrero).

El ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia no se limita a los procedimientos penales que estén pendientes, sino que se amplía a los procedimientos judiciales resultantes de la absolución definitiva del acusado. De ahí que cuando una absolución es firme –aunque se trate de una absolución con el beneficio del in dubio– la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia. De manera que unas decisiones judiciales posteriores (STC 8/2017, de 19 de enero), unas declaraciones que emanen de autoridades públicas o un tratamiento informativo pueden plantear un problema desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia si equivalen a una declaración de culpabilidad que ignora deliberadamente la absolución previa del acusado. Por lo tanto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia de pruebas

inculporatorias –hipótesis de vacío probatorio– y una absolución basada en la insuficiencia de las pruebas de cargo existentes –hipótesis de prueba insuficiente– (Subijana, 2015).

La Valoración Judicial del Testimonio de las Víctimas

Como ha quedado referido, el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio impone a quien acusa la carga de la prueba de los hechos que conforman la imputación. Por ello se impone la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable. Y, precisamente, se ha calificado jurisprudencialmente como situación límite de riesgo para el derecho constitucional a la presunción de inocencia la pergeñada en torno a un cuadro probatorio en el que la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. Incluso se ha definido este riesgo de extremo si la supuesta víctima ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador y, por ello, basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Desde la perspectiva ofrecida por este trabajo, es preciso deslindar los criterios axiológicos que el Tribunal Supremo ha ido elaborando para concluir que el testimonio de la víctima es prueba hábil para desvirtuar de forma legítima el derecho a la presunción de inocencia. La primera afirmación que procede realizar es que el Tribunal Supremo no ha diferenciado en la valoración del testimonio de las víctimas entre menores y mayores de edad. En ambos casos, los criterios generales de ponderación son los mismos, sin que exista una disciplina autónoma para los menores víctimas. Por lo tanto, cabe que el testimonio del menor víctima acceda al proceso de una forma específica por su especial vulnerabilidad –a través de la prueba anticipada o, en su caso, mediante la prueba referencial–, pero ello no conlleva que sea objeto de una valoración menos rigurosa en atención a la referida vulnerabilidad. La presencia del menor en el proceso penal no permite, por lo tanto, un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria (STS 454/2017, de 21 de junio).

Lo que sí ha hecho el Tribunal Supremo es diferenciar entre el plano general o abstracto y el plano específico o concreto a la hora de analizar la idoneidad de la declaración de las víctimas como un medio probatorio hábil para corroborar la hipótesis acusatoria. Así, en abstracto, ha señalado que el testimonio de la víctima es idóneo para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia (por todas, SSTs 61/2014, de 3 de febrero y 264/2015, de 7 de mayo). Consecuentemente, el testimonio de la víctima puede a priori ser suficiente para condenar (STS 714/2015, de 3 de noviembre).

Ahora bien, lo que se precisa para que, en concreto, se justifique la condena es que se fundamente racionalmente el discurso de la sentencia impidiendo que la condena se base en la mera creencia en la palabra de quien afirma ser víctima de un abuso sexual. En otros términos: no basta “creérselo”, es necesario explicar por qué es racionalmente creíble lo que se dice (STS 29/2017, de 25 de enero). Por ello se precisa extremar el rigor en la comprobación de los criterios que fundan argumentalmente la credibilidad de la fuente de prueba y la fiabilidad de lo narrado por la fuente de prueba. En concreto:

- La credibilidad se asociará a la ausencia de móviles de resentimiento o interés que priven a la fuente de la aptitud subjetiva necesaria para generar certidumbre, así como a la existencia de una persistencia en la incriminación que, dada la ausencia de contradicciones injustificadas o ambigüedades extremas, refleje un discurso que responde a patrones externos de veracidad.
- La fiabilidad precisará una especificidad en los datos ofrecidos y una validación externa de los mismos a través de otras fuentes de prueba, de forma que la narración trasladada sea confirmada o corroborada por algún elemento exógeno debidamente probado.

A partir de las anteriores premisas, la ponderación judicial del testimonio de las víctimas puede, en el caso concreto, carecer de la energía probatoria precisa para desvirtuar la presunción de inocencia, bien porque recoja un relato inverosímil (vacío probatorio), bien porque refiera un relato verosímil no demostrado o acreditado (insuficiencia probatoria). Para fijar el peso probatorio de lo declarado por las víctimas hay que insertar lo declarado en un contexto específico –el conformado por el cuadro probatorio– que permita contrastar la calidad de lo narrado a la luz de la información procedente del resto de las fuentes de prueba. Por lo tanto, lo importante no es que el testimonio de la víctima cumpla formalmente los criterios diseñados en sede jurisdiccional (credibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y corroboración periférica) para valorar su testimonio. Lo determinante es que materialmente se valore la calidad informativa de lo que traslada la víctima, analizando sus aportaciones y confrontándolas, si cabe, con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos suministrados (así, STS 3/2015, de 20 de enero).

Conclusiones

El interés de este artículo es marcar unas directrices para deslindar los siguientes puntos: a) cuándo procede que un menor quede exonerado de participar en un proceso judicial como fuente de prueba, b) de qué manera, en aquellos casos en los que puede testificar, su testimonio puede acceder al proceso judicial con el menor riesgo de revictimización y con la mayor calidad del testimonio, dentro del pleno respeto a los derechos del acusado y c) finalmente, qué criterios se tienen en cuenta en la jurisprudencia de los Tribunales para valorar la suficiencia del testimonio que justifique una declaración de culpabilidad del acusado.

Así, tras dejar constancia de que en determinados supuestos está justificada la ausencia del menor en el juicio como fuente de prueba (incapacidad para narrar y riesgo de graves daños adicionales si testifica), se ha prestado especial atención al diseño de unas pautas para preservar la huella mnésica de la víctima, de modo que se pueda mejorar la calidad del testimonio aportado por el menor, evitando reevaluaciones o evaluaciones inadecuadas que puedan contaminar el recuerdo y protegiendo al menor de la victimización secundaria (Muñoz et al., 2016), sin que con ello se lesione el derecho a la presunción de inocencia de la persona acusada.

En este sentido se ha concedido una especial importancia a la participación del menor en el proceso judicial; en concreto a la construcción de la prueba anticipada (Echeburúa y Subijana, 2008; González et al., 2013). Lo que justifica la prueba anticipada es el daño psicológico que se le puede ocasionar al menor en el acto del juicio oral o que el menor sea muy pequeño, en cuyo caso el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha del juicio oral puede afectar a la calidad de su relato (Manzanero y Barón, 2014). Al mismo tiempo hay un interés creciente por realizar la entrevista de investigación forense de una forma rigurosa, con el objetivo de conseguir del menor la mejor y más extensa información original, libre de influencias sugestivas y coactivas. En este sentido han surgido recientemente guías de buenas prácticas (Díges y Pérez-Mata, 2017; Echeburúa y Subijana, 2008; Pérez-Mata y Díges, 2017).

En principio, la entrevista debe ser lo más próxima posible en el tiempo al suceso victimizante, pero hay excepciones a este principio (enfermedad, agotamiento, situación de shock, etcétera). A veces no puede completarse la prueba y hay que suspenderla por las reacciones de la víctima (ansiedad de separación, bloqueo emocional, llanto continuo, etc.). Los tiempos judiciales no siempre corresponden con los tiempos psicológicos (Muñoz et al., 2016). Por ello es importante una conexión del espacio terapéutico, cuando exista, con el judicial, para, en la medida de lo posible, poder elegir el mejor momento para la declaración del menor (Echeburúa y Subijana, 2008). En este punto

la implantación de protocolos de actuación que coordinen las aportaciones de los diferentes agentes puede ser una línea de actuación que permita una justicia adaptada a la infancia.

La prueba anticipada no supone propiamente una actividad pericial (es solo una variante de la exploración judicial de la víctima). Por ello, no es equiparable a la evaluación forense del caso, que puede o no requerirse posteriormente al psicólogo forense por el juez (Muñoz et al., 2016).

En último término, hacer compatible la protección de los menores víctimas con el respeto a las garantías jurídicas de los acusados plantea diversos retos que requieren de una estrecha colaboración entre la Justicia y la psicología forense. Así, en el plano de la protección de los menores, es preciso que su testimonio se efectúe en un espacio que posibilite su acogida, con una compañía que le genere confianza y de una manera que facilite su declaración. De forma complementaria, en el campo de las garantías jurídicas de los acusados, es básico preservar que la defensa tenga la posibilidad de cuestionar su testimonio, durante su realización o en un momento posterior, y resulta necesario someter la ponderación judicial de su contenido a unas reglas de credibilidad y fiabilidad que respeten el derecho a la presunción de inocencia cuando se detecten un vacío probatorio, una prueba de cargo insuficiente o un rendimiento probatorio contrario a las tesis de la acusación.

Conflicto de Intereses

Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.

Referencias

- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) (2015). *Informe sobre la Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los profesionales*. Recuperado de http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-child-friendly-justice-professionals-summary_es.pdf
- Andrés-Ibáñez, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*. Madrid, España: Trotta.
- Cubillo, I. J. (2010). La protección procesal del testigo menor de edad, en especial evitando su declaración en el juicio oral. En T. Armenta y S. Oromí (Eds.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (pp. 175-185). Madrid, España: Cóllex.
- Diges, M. y Pérez-Mata, M. N. (2017). La entrevista forense de investigación a niños supuestas víctimas de delitos sexuales: guía de buenas prácticas (I). *Diario La Ley*, 8919.
- Echeburúa, E. y Guerricaechevarría, C. (2000). *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores*. Barcelona: Ariel.
- Echeburúa, E. y Guerricaechevarría, C. (2011). Tratamiento psicológico de las víctimas de abuso sexual infantil intrafamiliar: un enfoque integrador. *Behavioral Psychology/Psicología Conductual*, 19, 469-486.
- Echeburúa, E. y Subijana, I. J. (2008). Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 8, 733-749.
- Felson, R. B. y Pare, P. P. (2008). Gender and the victim's experience with the criminal justice system. *Social Science Research*, 37, 202-219. <https://doi.org/10.1016/j.ssresearch.2007.06.014>
- González, J. L., Muñoz, J. M., Sotoca, A. y Manzanero, A. L. (2013). Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables. *Papeles del Psicólogo*, 34, 227-237.
- Manzanero, A. L. y Barón, S. (2014). Características de las memorias en niños preescolares: obtención y evaluación de sus recuerdos. En M. Meriño (Ed.), *Los delitos sexuales desde una perspectiva interdisciplinaria* (pp. 51-83). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Muñoz, J. M., González-Guerrero, L., Sotoca, A., Terol, O., González, J. L. y Manzanero, A. L. (2016). La entrevista forense: obtención del indicio cognitivo en menores presuntas víctimas de abuso sexual infantil. *Papeles del Psicólogo*, 37, 205-216.
- Pérez-Mata, M. N. y Diges, M. (2017). La entrevista forense de investigación a niños supuestas víctimas de delitos sexuales: guía de buenas prácticas (II). *Diario La Ley*, 8920.
- Picó-Alfonso, M. A., Echeburúa, E. y Martínez, M. (2008). Personality disorder symptoms in women as a result of chronic intimate male partner violence. *Journal of Family Violence*, 23, 577-588. <https://doi.org/10.1023/A:1023564404773>
- Sarasua, B., Zubizarreta, I., Echeburúa, E. y Corral, P. (2007). Perfil psicopatológico diferencial de las víctimas de violencia de pareja en función de la edad: un estudio exploratorio. *Psicothema*, 19, 459-466.
- Scott, M. T., Manzanero, A. L., Muñoz, J. M. y Köhnken, G. (2014). Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil. *Anuario de Psicología Jurídica*, 24, 57-63. <https://doi.org/10.5093/aj2013a10>
- Serrano, M. (2013). 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*, 2, 1-50.
- Subijana, I. J. (2015). La devaluación de la presunción de inocencia como regla de tratamiento y como regla de enjuiciamiento. *Boletín de la Comisión de Derecho Penal, Jueces para la Democracia*, 8, 5-12.
- Villacampa, C. (2015). La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID. En J. M. Tamarit (Ed.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015* (pp. 241-303). Valencia: Tirant lo Blanch.