

MENORES VICTIMIZADOS Y PROCESO PENAL:

Una propuesta de análisis del modelo español a la luz de los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *a propósito de la STEDH, caso "S. N. c. Suecia", del 2 de julio de 2002*

Javier Hernández García¹

1. Introducción

La presencia de los menores en el proceso penal comporta importantes problemas que se proyectan no sólo en la identificación de los mecanismos probatorios mediante los cuales aquélla debe hacerse efectiva, sino también en la necesidad de realizar complejas operaciones ponderativas de los intereses en conflicto, todos ellos de alta densidad constitucional. El proceso penal basado en el paradigma irrenunciable de garantías diseñadas por la Constitución y los Convenios Internacionales ratificados por España no puede desconocer el derecho del inculpado a un proceso justo y equitativo, pero tampoco puede despreocuparse de la protección efectiva de la salud física y psíquica de aquellos que intervienen como víctimas especialmente vulnerables del delito. El conflicto, agudizado por el precario marco legal del que deben extraerse las soluciones, adquiere una evidente dimensión práctica y, no cabe ocultarlo, una repercusión social y mediática. La decisión de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona por la que se ordenó la presencia de las menores víctimas de abuso sexual presuntamente cometido por su profesor de artes marciales, a los efectos de interrogarlas en presencia del acusado, en contra del criterio de los especialistas, es un buen ejemplo de lo antedicho. Conlleva el inevitable efecto de reapertura, o "actualización" de la polémica sobre la necesidad o no, de la asistencia de los menores al acto de la vista oral para prestar declaración en calidad de testigos².

La particular importancia de la sentencia del TEDH, objeto del presente comentario, no reside ni en la novedad ni en la trascendencia configurativa de la decisión. En puridad, la decisión convalidatoria nuclear –la suficiencia acreditativa del testimonio obtenido en la fase preprocesal– reúne escasas condiciones de "exportación" a nuestro proceso, como veremos en el apartado siguiente. Los intensos déficit de jurisdiccionalidad en la formación del material probatorio preconstituido que concurren en el proceso penal sueco impedirían, a buen seguro, la utilizabilidad acreditativa en el proceso penal español del testimonio del menor víctima, presunta, de los abusos sexuales que conforman la *notitia criminis*³.

2 La polémica se ha suscitado no sólo en el ámbito de la comunidad jurídica sino que ha trascendido, también, a la sociedad reflejándose en los medios de comunicación social, acentuándose tras conocerse el fallo absolutorio dictado por el Tribunal de instancia. Véase, por ejemplo, *El País* de 18-5-2005; *El Mundo* de 19-5-2005; *El Avui* de 19-5-2005; *La Vanguardia*, de 30-6-2005; *El País*, de 22 y 23 de julio de 2005.

1 Presidente de la Sección Cuarta, Penal y de Violencia contra la mujer, de la Audiencia Provincial de Tarragona, España.

Una vez más, el interés de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo se centra en la valiosa correspondencia entre *tono y sentido* de la decisión, en la admirable identificación y delimitación fáctica del conflicto de intereses que sustenta el gravamen y en la aparente sencillez del discurso argumental por el que se justifica la opción ponderativa.

El interés de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo se centra en la valiosa correspondencia entre tono y sentido de la decisión, en la admirable identificación y delimitación fáctica del conflicto de intereses que sustenta el gravamen y en la aparente sencillez del discurso argumental por el que se justifica la opción ponderativa.

La sentencia dictada en el caso "S. N." permite observar con claridad cómo el Tribunal hace uso, una vez más, de la cláusula del *proceso equitativo* como instrumento metodológico de primer orden para la toma de decisión. La cláusula del *fairness*³ se desdobra en dos reglas operativas: primera, la necesidad de observar el proceso desde su plenitud, en su total desarrollo. El presupuesto para reconocer una violación del principio en cuestión no puede ir referido a la identificación de irregularidad o menoscabo de garantías específicas en una concreta vicisitud procedimental, sino que ha de atender si el proceso, en su conjunto, responde a una idea global de corrección y equilibrio⁵. Segunda, la cláusula de equidad obliga a extender el espacio de protección y de tutela a sujetos diferentes al acusado, como una suerte de factor de corrección, equilibrador, del exceso de unilateralidad en la concepción y desarrollo de los derechos de defensa. Dicha extensión introduce una nueva idea de centralidad en las posiciones subjetivas del proceso penal y en la necesidad de salvaguarda de determinados bienes primarios de la víctima o de los testigos como la vida, la libertad, la seguridad o la vida privada y familiar (cfr. art. 8.1, CEDH). Para el TEDH, los principios del proceso equitativo imponen que, en supuestos de grave conflicto, los intereses de defensa del imputado sean *balanceados* con los intereses de la víctima o del testigo llamado a testimoniar⁶.

En este sentido, el valor paradigmático de la resolución reside, precisamente, en la fidelidad al método valorativo. El TEDH, en la búsqueda del equilibrio, no oculta la irreductible necesidad de modular el alcance de la garantía de contradicción, en particular en su manifestación de intervención directa del imputado o su defensor en la producción del testimonio de cargo. Para ello el Tribunal individualiza con absoluta claridad los términos del conflicto de intereses, "validando" la regla procesal interna por la que, ante el riesgo de una excesiva victimización del menor de edad en los procesos por delitos sexuales, puede limitarse su llamada a la causa como testigo, sustituyéndose la información por otros medios de prueba documentales, indirectos o referenciales⁷. Pero, el TEDH no se limita a una comprobación *in abstracto* de la razonabilidad de

3 El TEDH, con su decisión, sitúa el umbral de condiciones de producción probatoria en un nivel sensiblemente más bajo que el utilizado por nuestro Tribunal Constitucional para medir el grado de compatibilidad entre sentencias condenatorias basadas en material probatorio preconstituido y el canon de suficiencia derivado del derecho a la presunción de inocencia del acusado. Las condiciones de acreditación de los testimonios prestados en fase instructora por la vía del art. 730, LECrim, reclaman que las actuaciones de las que se trate sean, en principio, no reproducibles en el juicio oral; intervenidas por la autoridad judicial, con garantía de contradicción, y repetidas como prueba en el juicio oral mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditan su contenido (Vid., entre otras, SSTC 187/2003, 38/2003, 195/2002, 94/2002, 12/2002, 2/2002, 209/2001).

4 Como concepto dirigido esencialmente a postular el equilibrio y la capacidad de llegar allí donde no llega la justicia *legalística*. PRADEL, "La notion de procès équitable en droit pénal européen", *Revue générale de droit*, 1996, pág. 507, pero sin que ello implique un desplazamiento de las reglas en el nombre de imprecisos valores superiores. GUINCHARD, "Vers une démocratie procédurale", *Justices*, 1999, pág. 103.

5 STEDH, caso "Artico c. Italia", de 13 de mayo de 1980.

6 STEDH, caso "Doorson c. Países Bajos", de 26 de marzo de 1996.

7 En contraste con la sensibilidad victimológica del TEDH, en particular en supuestos de víctimas menores de edad, estremece todavía la lectura de la STS de 16 de junio de 1998, por la que, en un ejemplo de *absolutización* formalista del método contradictorio de producción plenaria de la prueba testifical de cargo, casó por quebrantamiento de forma, la sentencia de instancia por que el tribunal provincial había permitido la separación visual de los testigos, niñas de ocho y seis años de edad, de los acusados, entre éstos el propio padre, mediante la colocación de un biombo en la sala de vistas. Los hechos justiciables venían referidos a una sucesión prolongada de supuestos actos de abuso sexual, consistentes en tocamientos en las partes externas de la vagina, penetraciones digitales y felaciones. El argumento principal utilizado por la Sala Segunda insistía en la *primacía absoluta* del interés del acusado a que la prueba se produjera en condiciones reales de contradicción que implicaban, al parecer del TS, la confrontación visual, "la declaración de la hija debió celebrarse en condiciones de verdadera contradicción, de la que fue privado al evitar que la niña fuera confrontada con su padre, situación a la que no obstaba lo que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero (RCL 1996\145), de Protección Jurídica del Menor, vigente ya al celebrarse la vista, respecto a que en los procedimientos judiciales las comparecencias del mismo se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad (artículo 9.1) ni a la vigencia del principio rector de la actuación sobre menores por parte de los poderes públicos consistente en la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal [artículo 11.2, d)]. La necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo directa existente, se realizara con real contradicción de forma que la testigo se confrontara conociendo que así lo hacía, con la persona a quien podía acusar, prima sobre cualquier otro hipotético perjuicio para el desarrollo de la menor, que no tendría que ser afectado por la confrontación con su padre, sino sólo, y siempre que efectivamente se probaran, por unas relaciones de carácter sexual inapropiadas que con él hubiera podido previamente mantener, pero no por su recuerdo y manifestación en caso de haber existido." Además de la grave tautología que encierra la parte final del argumento –el hipotético perjuicio para el desarrollo del menor sólo puede evitar la confrontación si se prueba el hecho, objeto de acusación, si bien para ello es necesaria, como condición o modo probatorio, la confrontación visual– la sentencia, al *absolutizar* sin matices un valor del proceso, renuncia a lo que constituye, precisamente, el núcleo esencial de la labor de los Tribunales en el proceso penal que no es otra cosa que la ponderación constitucionalmente razonable de los valores, intereses y derechos en conflicto. No obstante, el rechazo social y jurídico que provocó la decisión de la Sala Segunda tuvo una pronta, si bien incompleta, reacción legislativa, mediante la Ley Orgánica 14/99, que *legalizó* algunos usos victimológicos, entre otros, la posibilidad de evitar mediante medios físicos o audiovisuales la confrontación entre víctima y presunto victimario, en delitos violentos o sexuales.

la regla del derecho interno desde las exigencias que impone el CEDH sino que además, "revisa" con detalle el conjunto de las actuaciones procedimentales, incluida la propia actividad defensiva y pretensional de la parte, para determinar si, de conformidad al canon de la totalidad, el acusado ha dispuesto de una *oportunidad adecuada y suficiente*⁸ de interferir en la producción del medio de prueba y de poder influir en su valoración por parte del tribunal enjuiciador⁹. La conclusión mayoritaria del Tribunal es que el Sr. S. N. disfrutó de un proceso estructuralmente equitativo. La sentencia afirma que sin perjuicio de las concretas condiciones en las que se produjo la grabación videográfica del testimonio preprocesal del menor-víctima, que marcaban, en efecto, niveles deficitarios de intervención contradictoria, el conjunto de las actuaciones, sin embargo, permite considerar que la fuente de prueba se introdujo en el circuito del contradictorio en condiciones suficientes para la efectiva defensa del acusado. Como afirma Ubertis, "en puridad la Jurisprudencia europea no pretende que del contradictorio emerja el elemento de prueba utilizado por el juez para decidir, sino que como mínimo la contradicción aparezca diferida al espacio de producción de la fuente de prueba"¹⁰.

La doctrina S. N. sirve para confirmar, una vez más, frente a concepciones rígidas que esconden un hipertrofiado *garantismo* de corte formalista, la ductilidad de los principios y valores del proceso justo y, por ende, la dificultad ponderativa que encierra toda decisión judicial en caso de conflicto. Precisamente, el indeclinable compromiso con los presupuestos de un proceso justo reclama de todos los agentes que intervienen en el mismo, en particular de los jueces, un esfuerzo de conservación y desarrollo racional que lo inmunice contra los riesgos de *neodefensismo* y de *funcionalización* al servicio de una política-criminal de sesgos preocupantes. El *hipergarantismo* formalista encierra, sin duda, uno de los mayores riesgos para la preservación de los valores sobre los que se sustenta un modelo procesal penal compatible con las exigencias de la Constitución y del CEDH. La sentencia del TEDH objeto de comentario constituye un buen ejemplo de ponderación, no tanto por la concreta solución a la que llega sino por el método que utiliza para llegar a ella; de ahí, su alto y renovado interés.

La sentencia del TEDH objeto de comentario constituye un buen ejemplo de ponderación, no tanto por la concreta solución a la que llega sino por el método que utiliza para llegar a ella; de ahí, su alto y renovado interés.

2. Antecedentes fácticos: las circunstancias del caso

A los efectos del presente comentario, cabe destacar los siguientes hechos:

El procedimiento penal del que trae causa esta sentencia se inició para investigar la comisión de un posible delito de abuso sexual presuntamente cometido por el demandante en la persona de un menor de edad (de 10 años), identificado como M. Durante la investigación policial el menor-víctima fue interrogado en dos ocasiones por la policía. En la primera entrevista, grabada por video, los padres del menor y un representante de los Servicios Sociales permanecieron en una sala adyacente. En aquel momento, el demandante no había sido informado de las sospechas que recaían sobre él por lo que no se le había designado ningún abogado. El segundo interrogatorio del menor fue solicitado por el letrado del demandante, una vez designado, celebrándose en el domicilio de los padres de M. Esta segunda entrevista fue grabada en cinta de audio, con la presencia de los padres del menor, no así del letrado del menor ni tampoco del letrado del demandante, quien estuvo de acuerdo en que se podía llevar a cabo la entrevista sin su participación. En

8 SSTEDH, caso "Birutis", de 28 de marzo de 2002; caso "P. S.", de 20 de enero de 2001; caso "Camilleri", de 16 de marzo de 2000.

9 Sobre la interesante distinción entre principio de contradicción en la formación de la prueba y contradicción en la crítica valorativa de la prueba, FERRUA, P, "Processo penale e verità", en *La Bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforma*, Milano, 2001, pág. 218; ILLUMINATI, G, "La nuova disciplina in materia di formazione e di valutazione della prova", en *Compendio de Procedure Penale*, CONSO-GREVI, *Appendice di aggiornamento*, Padova, 2001, pág. 126.

10 UBERTIS, G, "Doppio binario, contraddittorio sulla fonte di prova e incompatibilità del giudice", en *Argomenti di Procedura Penale*, Milano, 2002, pág. 182.

ambas ocasiones el mismo funcionario de policía realizó el interrogatorio, ya que desde hacía unos seis años se dedicaba exclusivamente a investigaciones referentes a malos tratos y abusos sexuales de menores. Con carácter previo al segundo interrogatorio, el inspector detective y el abogado del demandante mantuvieron una entrevista al objeto de concretar qué aspectos del caso debían abordar durante el interrogatorio del menor. Después, el abogado del demandante escuchó la cinta de audio del interrogatorio, y se le entregó una transcripción, y, entendiéndolo que los puntos planteados en su solicitud habían sido cubiertos, no solicitó la celebración de un nuevo interrogatorio.

El TEDH inicia su argumentación reconociendo, según una doctrina consolidada, que las garantías del art. 6.3.d), CEDH no son más que aspectos específicos o concretos del más amplio derecho a un proceso equitativo (*fair trial*) establecido en el art. 6.1, por lo que el Tribunal debe examinar las reclamaciones formuladas bajo la óptica de ambas disposiciones tomadas en su conjunto (apdo. 43).

En el acto del juicio oral el demandante negó los cargos. Acto seguido, se procedió a mostrar el video del primer interrogatorio de M., y a pasar la cinta de audio del segundo. También se interrogó, como testigos, a la madre del menor y a su profesor, quien al tener sospechas de que M. pudiera haber sido objeto de abusos sexuales había puesto los hechos en conocimiento de los Servicios Sociales. Ninguna de las partes solicitó que el menor M. fuera interrogado en persona. El Tribunal de instancia condenó al demandante a 8 meses de prisión, basándose fundamentalmente en las declaraciones del menor M., que aseguró que, en un gran número de ocasiones, el acusado le había tocado el pene o lo había masturbado y, a su vez, lo había inducido a tocarle el pene y a masturbarlo.

En segunda instancia se volvió a oír al demandante, así como a la madre de M. y a su profesor y se pasó de nuevo el video del primer interrogatorio y la cinta del segundo. Tampoco en esta ocasión el demandante solicitó que M. declarara durante la vista. El Tribunal de apelación confirmó la sentencia condenatoria, aunque redujo la pena a tres meses de prisión. Argumentó en la sentencia que la información facilitada por el menor era, en algunas partes, vaga e incierta y que algunas de las preguntas que se le habían formulado sugerían la respuesta deseada, a pesar de lo cual, a juicio del Tribunal, dichas declaraciones no debían menospreciarse¹¹.

El demandante acudió ante el Tribunal Supremo denunciando que su letrado en ningún momento había podido interrogar al menor, criticando, además, la manera en que M. había sido interrogado y el hecho de que sus afirmaciones eran vagas y contradictorias. El TS denegó al demandante su derecho a recurrir.

3. Exposición de la doctrina del TEDH

Como hemos señalado, en su demanda el Sr. S. N se quejaba de que no había tenido un juicio justo porque no había tenido la oportunidad de interrogar al menor M., basando su pretensión en la vulneración de los arts. 6.1 y 6.3.d), CEDH¹².

El TEDH inicia su argumentación reconociendo, según una doctrina consolidada, que las garantías del art. 6.3.d), CEDH no son más que aspectos específicos o concretos del más amplio derecho a un proceso equitativo (*fair trial*)¹³ establecido en el art. 6.1, por lo que el Tribunal debe examinar las reclamaciones formuladas bajo la óptica de ambas disposiciones tomadas en su conjunto (apdo. 43)¹⁴.

11 Véase el apartado 18 de la sentencia, en donde se recoge con detalle la argumentación del Tribunal de apelación.

12 Véase, más ampliamente, apartados 39-42 de la sentencia comentada.

13 Sobre la noción de proceso equitativo en el marco del proceso penal según la jurisprudencia del TEDH pueden consultarse, entre otros: TRECHSEL, Stefan, "La exigencia de equidad en el proceso penal. Jurisprudencia europea", en *Jornadas: Jurisprudencia Europea en materia de Derechos Humanos*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991, pág. 125 y ss.; LÓPEZ ORTEGA, J. J., "Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal (panorama de la jurisprudencia del TEDH)", en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V-2000, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, pág. 303 y ss.

14 Véase, entre otras muchas, SSTDH caso "Doornson c. Países Bajos", de 26 marzo de 1996, apdo. 66; caso "Van Mechelen y otros c. Países Bajos", de 23 abril de 1997, apdo. 49; "Lucà c. Italia", de 27 febrero de 2001, apdo. 37.

Aunque, como regla general, las pruebas deben ser practicadas en presencia del acusado en una audiencia pública (*public hearing*) para poder tener un debate basado en el principio de contradicción (*adversarial argument*)¹⁵, reconoce que la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase sumarial (investigación policial y/o judicial) no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d del art. 6, CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa¹⁶. Tales derechos exigen, como norma, que el acusado tenga una oportunidad adecuada y correcta de impugnar e interrogar a un testigo que declare en su contra, bien en el momento de prestar declaración, bien en una fase posterior del procedimiento (apdo. 44)¹⁷. El TEDH también llama la atención sobre el hecho de que el art. 6º, CEDH no concede al acusado un derecho ilimitado a que se le garantice la presencia de testigos ante el Tribunal, correspondiendo a los Tribunales nacionales decidir si es necesario o conveniente escuchar a un testigo (apdo. 44)¹⁸.

Dado que, como constata el TEDH, las declaraciones del menor M. fueron la prueba decisiva sobre la que los Tribunales nacionales suecos fundamentaron la declaración de culpabilidad del demandante, debe procederse a examinar si tuvo la oportunidad adecuada de ejercer sus derechos de defensa en los términos exigidos por el art. 6º CEDH (apdo. 46). En este punto, el TEDH advierte de las especiales características que presentan los procedimientos penales relativos a delitos sexuales, porque éstos se conciben a menudo como una experiencia difícil y terrible para las víctimas, especialmente cuando se trata de menores de edad. Para valorar si en dichos procedimientos el acusado ha tenido o no un juicio justo, se debe tener en cuenta, también, el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la víctima¹⁹. Desde esta óptica, el TEDH admite que en este tipo de procedimientos penales puedan adoptarse determinadas medidas para proteger a las víctimas, siempre que sean compatibles con un adecuado ejercicio de los derechos de la defensa²⁰. Para ello es fundamental que las autoridades judiciales adopten medidas tendentes a contrarrestar las dificultades con que se encontró la defensa²¹.

El TEDH admite que en este tipo de procedimientos penales puedan adoptarse determinadas medidas para proteger a las víctimas, siempre que sean compatibles con un adecuado ejercicio de los derechos de la defensa²⁰. Para ello es fundamental que las autoridades judiciales adopten medidas tendentes a contrarrestar las dificultades con que se encontró la defensa.

15 Este principio ya se había proclamado, con anterioridad, en la STEDH caso "Barberá, Messegué y Jabardo c. España", de 6 diciembre de 1988, en cuyo apartado 78 se declaraba que "del objeto y finalidad del artículo 6 y de la redacción de algunos párrafos del apartado 3º, se derivan, por lo demás, la facultad del acusado de tomar parte en el juicio y su derecho a que su causa se vea por un Tribunal que se reúna estando él presente. De ello deduce el Tribunal que, en principio, la prueba debe practicarse ante el acusado en audiencia pública, para que exista un debate contradictorio". En la misma línea se pronuncian, entre otras, SSTEDH caso "Kostovski c. Países Bajos", de 20 noviembre de 1989, apdo. 41; caso "Asch c. Austria", de 26 abril de 1991, apdo. 27.

16 SSTEDH caso "Isgró c. Italia", de 19 febrero de 1991, apdo. 34; caso "Lüdi c. Suiza", de 15 junio de 1992, apdo. 47.

17 Véase, también, SSTEDH caso "Delta c. Francia", de 19 de diciembre de 1990, apdo. 37; caso "Säidi c. Francia", de 20 de septiembre de 1993, apdo. 43; caso "Ferrantelli y Santangelo c. Italia", de 7 agosto de 1996, apdo. 51, caso "A. M. c. Italia" de 14 de diciembre de 1999, apdo. 25, al que nos referiremos más adelante con mayor detenimiento.

18 Véase STEDH caso "Bricmont c. Bélgica", de 7 de julio de 1989, apdo. 89.

19 No hay que olvidar que el art. 8.1, CEDH proclama que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...".

20 En este punto resulta relevante el dictamen (*report*) emitido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) en el caso "Baegen c. Países Bajos", de 20 de octubre de 1994, que en un procedimiento penal por un delito de violación cometido contra una víctima mayor de edad, admitió la posibilidad de adoptar tales medidas de protección (*vid.* apdo. 77). En este caso, la víctima había manifestado ante la policía su voluntad de permanecer en el anonimato por miedo a represalias. Durante la investigación judicial el juez estimó que la solicitud de la testigo de permanecer en el anonimato estaba bien fundamentada. Durante dicho interrogatorio no estuvo presente el letrado del demandante, pero después de su finalización se le envió una copia de la declaración de la víctima invitándole a formularle por escrito preguntas adicionales, sin que el letrado formulara nuevas preguntas. Tampoco solicitó durante la tramitación del procedimiento que se citara a la víctima como testigo para ser oída en el juicio en su presencia, solicitándolo únicamente durante la audiencia ante el Tribunal de apelación (véase apdo. 78). Por otro lado, la Comisión destaca que las declaraciones de la víctima no habían sido las únicas pruebas de cargo utilizadas para fundamentar la declaración de culpabilidad, existiendo otras declaraciones de testigos, sin que, tampoco, el letrado del demandante hubiera solicitado interrogarlos (apdo. 79). A juicio de la ComEDH, no parece que durante el procedimiento el demandante no hubiera tenido la oportunidad de cuestionar la versión de los hechos ofrecida por la víctima o de cuestionar su veracidad (apdo. 80). En estas circunstancias no puede considerarse que el procedimiento seguido contra el demandante pueda ser considerado, en su conjunto, como injusto (no equitativo: *unfair*), descartándose la existencia de violación del art. 6.1 y 3.d), CEDH. El TEDH no llegó, sin embargo, a pronunciarse sobre el fondo del asunto (*vid.* STEDH de 27 de octubre de 1995).

21 La sentencia que analizamos menciona dos precedentes anteriores, el caso "Doorson c. Países Bajos" de 26 de marzo de 1996, y el caso "P. S. c. Alemania" de 20 de diciembre de 2001. En el primer caso, el TEDH admitió, en un procedimiento por tráfico de drogas, la validez de las declaraciones de unos testigos anónimos cuya identidad era conocida por el juez instructor y que habían sido interrogados en presencia del abogado del demandante quien, aunque desconocía su identidad, pudo formularles las preguntas que consideró de interés excepto aquellas que hubieran podido desvelar la identidad de los testigos. Además, para el TEDH también fue relevante en el presente caso que la declaración de culpabilidad no se basara exclusivamente o de forma decisiva en las declaraciones de los testigos anónimos. Por todo ello descartó la existencia de vulneración del art. 6.1 y 3.d), CEDH. Por su parte, la STEDH, caso "P. S. c. Alemania" analizó un procedimiento penal por delito contra la libertad sexual cometido contra una menor de edad (8 años), identificado como S., sin que el letrado del demandante tuviera oportunidad durante el procedimiento de interrogar al referido menor. El TEDH admite que puedan adoptarse medidas que restrinjan los derechos de la defensa pero sólo si son estrictamente necesarias. Además, en orden a asegurar el respeto del derecho a un proceso justo las dificultades causadas a la defensa por la limitación de sus derechos deben ser suficientemente contrarrestadas (*counterbalance*) por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales (apdo. 23). Como analizaremos más adelante, en el presente caso el TEDH apreció la existencia de una violación de las garantías del art. 6.1 y 3.d), CEDH.

El art. 6.3.d), CEDH no puede ser interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante repreguntas u otro medios (apdo. 52), afirmación de enorme repercusión práctica.

En el caso analizado, el TEDH constata que el menor M. nunca compareció ante los Tribunales, y que si bien el letrado del demandante nunca solicitó que testificara en persona, esta actitud obedeció a la existencia de una práctica forense seguida por los Tribunales nacionales suecos que se niegan a permitir testificar personalmente a los menores de 15 años de edad, por lo que el demandante, en estas circunstancias, no podría haber obtenido la comparecencia del menor en persona ante los Tribunales. Para constatar la eficacia del procedimiento seguido por las autoridades judiciales para contrarrestar adecuadamente las limitaciones impuestas al derecho de defensa y derivadas de dicha práctica jurisprudencial, el TEDH destaca los siguientes datos relevantes:

- a) el segundo interrogatorio policial del menor fue realizado a solicitud del propio abogado del demandante al estimar que era necesario obtener más información;
- b) ante la ausencia del letrado del menor, que al parecer no fue citado adecuadamente, el letrado del demandante estuvo de acuerdo en no estar presente durante el interrogatorio, aceptando también la manera en que se llevó a cabo dicho interrogatorio (grabación únicamente en cinta de audio, a diferencia del primer interrogatorio policial que fue grabado en video);
- c) el letrado del demandante pudo, además, indicar al funcionario de policía las preguntas que quería que se realizaran durante la entrevista con el menor;
- d) después de haber escuchado la cinta de audio y leído la transcripción del interrogatorio, el letrado del demandante no solicitó una ampliación, quedando aparentemente satisfecho de que las preguntas que había indicado al funcionario de policía le habían sido realmente planteadas al menor;
- e) la cinta de video del primer interrogatorio policial fue mostrada durante las audiencias del juicio y en apelación. Lo recogido en el segundo interrogatorio fue leído ante el Tribunal de primera instancia y la cinta de audio fue escuchada ante el Tribunal de apelación.

En función de todos estos datos, el TEDH consideró que dichas medidas debían considerarse suficientes para permitir al demandante impugnar, en el curso del procedimiento criminal, las declaraciones del menor así como su credibilidad²². El art. 6.3.d), CEDH *no puede ser interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante repreguntas u otro medios (apdo. 52), afirmación de enorme repercusión práctica como analizaremos más adelante*. Por todo ello, el TEDH concluye que no existió violación de los arts. 6.1 y 6.3.d), CEDH.

22 El caso analizado presenta notables diferencias con anteriores precedentes del mismo TEDH. Así, en la mencionada STEDH, caso "P. S. c. Alemania" de 20 de diciembre de 2001, examina un supuesto donde también el menor de edad víctima de un delito de agresión sexual nunca había sido interrogado por un juez y nunca se le había concedido al demandante la posibilidad de interrogarle directamente, por haberlo decidido así el Tribunal nacional con la finalidad de proteger el desarrollo personal del menor. Sin embargo, en este supuesto, el letrado del demandante había solicitado, en los momentos iniciales, la práctica de una prueba pericial psicológica para determinar el grado de credibilidad de las declaraciones de la menor, petición que fue desestimada por el Tribunal de instancia sin que existiera, a juicio del TEDH, una razón sólida que fundamentara dicha desestimación. Si bien el Tribunal de apelación acordó la práctica de la prueba pericial psicológica, que confirmó la credibilidad de las declaraciones de la menor, sin embargo, el TEDH estimó que el hecho de haber transcurrido 18 meses entre la ocurrencia de los hechos y la decisión de práctica de dicha prueba pericial no permitió a la defensa cuestionar las manifestaciones de la menor, que habían sido incorporadas al procedimiento mediante la declaración de terceras personas (su madre y el agente de la policía que le tomó declaración en el momento de formular denuncia). Partiendo de este dato y del hecho de que las declaraciones de la menor constituían la única prueba directa del delito, siendo decisivas en la declaración de culpabilidad acordada por los Tribunales nacionales alemanes, el TEDH concluyó que la utilización de dicha prueba implicó una limitación de los derechos de la defensa contraria a las exigencias del proceso equitativo (apdos. 30-31). El otro precedente era la STEDH, caso "A. M. c. Italia", de 14 de diciembre de 1999, relativa, también, a un posible delito de abuso sexual contra un menor de edad (identificado como G.). El procedimiento se había iniciado con ocasión de la denuncia presentada por el menor ante el Departamento de Seguridad Pública de Seattle (Estados Unidos) en donde narraba que durante sus vacaciones en Italia había sido objeto de abusos sexuales por parte del demandante (A. M.), conserje de la residencia en donde estuvo alojado. La Fiscalía de Florencia remitió al Tribunal Penal de Seattle una comisión rogatoria internacional solicitando que se interrogara al menor G., así como a su padre, Sr. D., y a la médica, Sra. F., a quien el menor le había narrado lo sucedido. *En dicha comisión rogatoria se indicaba expresamente que ningún abogado estaba autorizado a asistir al interrogatorio de los testigos*. La policía interrogó al padre del menor, sin la presencia de ningún abogado, quien confirmó que su hijo había declarado haber sido objeto de abusos sexuales por parte del demandante; igualmente las autoridades norteamericanas remitieron las declaraciones por escrito de la madre del menor, que confirmó la versión de su marido, así como de la psicoterapeuta infantil que se ocupaba de los trastornos que presentaba el menor. En el acto del juicio oral no compareció ninguno de estos testigos acordándose, con la oposición del demandante, la lectura de las declaraciones documentadas remitidas por las autoridades norteamericanas. El Tribunal de instancia condenó al demandante a la pena de 2 años de prisión, basando su declaración de culpabilidad en la denuncia presentada por el menor G., y en las declaraciones realizadas por sus padres y por la psicoterapeuta infantil ante la policía norteamericana. Para el TEDH eran datos relevantes, en el presente caso, el hecho de que la condena del demandante se había basado exclusivamente en las declaraciones efectuadas en los Estados Unidos ante la policía norteamericana con anterioridad al proceso, que el demandante no tuvo en ningún momento la oportunidad de rebatir a quienes le acusaban y que, además, en la comisión rogatoria se había prohibido la asistencia de abogado en los interrogatorios policiales (apdos. 26-27), por todo ello concluye que el demandante no tuvo una ocasión suficiente y adecuada para rebatir los testimonios en los que se basó su condena, por lo que se había producido una violación del art. 6.1 y 6.3.d), CEDH.

Dicho pronunciamiento fue objeto de una *opinión concordante* formulada por la juez señora W. Tomasen, a la que se le une el juez señor J. Casadevall, así como de una *opinión disidente* formulada por los jueces señores R. Türmen y R. Maruste.

En la *opinión concordante* se insiste en la idea de que en casos de abusos sexuales el testimonio de una víctima a menudo es una prueba decisiva para la condena. Cuando en estos casos la defensa no puede, incluso por muy poderosas razones, interrogar a la víctima, la defensa está limitada de tal manera que se deben tomar medidas suficientes en los procedimientos para contrarrestar esa limitación. Aunque el procedimiento utilizado revelaba una cierta debilidad y podía considerarse defectuoso, especialmente por el hecho de que ambos interrogatorios fueron llevados a cabo por la policía, *por lo que en ningún momento durante el procedimiento el menor fue oído por alguien independiente de la acusación*. Sin embargo, concluye afirmando que no existió violación del derecho a un proceso justo o equitativo por las razones siguientes: el abogado del demandante optó voluntariamente por no hacer uso de la posibilidad de asistir al segundo interrogatorio del menor, y tampoco solicitó que se grabara en video este segundo interrogatorio para poder observar cómo se llevaba a cabo y la manera en que el menor contestaba a las preguntas. Por tanto, no hizo uso de la oportunidad de impugnar, sobre la base de observaciones directas de la defensa, la credibilidad de las afirmaciones del niño.

Por su parte, la *opinión disidente* discrepa en cuanto a la conclusión de que no existió vulneración del derecho a un proceso justo. En su razonamiento admite que los procedimientos penales relativos a abusos sexuales de menores son muy delicados y que se deben tomar medidas muy claras para proteger a la víctima y evitar causarle más daño. Por lo tanto, la decisión de la policía y de los Tribunales de no permitir repreguntar en esas circunstancias es comprensible. Más adelante añade que, en estos casos, el *principio de repreguntas* debe ser dejado de lado. No obstante, a juicio de los jueces discrepantes, el procedimiento seguido resultaba insuficiente para contrarrestar las limitaciones sufridas por el derecho de defensa. Una medida adecuada hubiera sido la intervención de peritos psicólogos forenses, que no sólo protegerían al niño contra daños deliberados o involuntarios causados por el procedimiento sino que además ayudarían a la policía y a los Tribunales a valorar el comportamiento y el testimonio de las víctimas. Concluyen afirmando que *creemos que la participación de expertos forenses serviría como procedimiento para contrarrestar y compensar de manera suficiente las limitaciones con las que trabaja la defensa*, medida que, sin embargo, no se cumplió en el presente caso.

La opinión de los *jueces disidentes* resulta, en nuestra opinión, razonable. El procedimiento hubiera obtenido una mayor calidad en orden a contrarrestar (*counterbalance*) las limitaciones impuestas a los derechos de la defensa si el segundo interrogatorio del menor hubiera sido realizado no por agentes policiales, quienes habían iniciado la investigación de los hechos, sino por peritos psicólogos infantiles, como así se había solicitado por el acusado en el caso "P. S. c. Alemania" (STEDH de 20 de diciembre de 2001), analizado con anterioridad. Estimamos que no se trata de una cuestión de valoración de la suficiencia del material probatorio, sino de rodear la obtención de la información de unas condiciones más adecuadas en orden a garantizar la objetividad de la diligencia. Lo anterior no neutraliza, sin embargo, la importancia y validez de la doctrina asumida por el TEDH en el caso analizado, y las repercusiones que ésta tiene en el proceso penal español, con las necesarias modulaciones.

Quando en estos casos la defensa no puede, incluso por muy poderosas razones, interrogar a la víctima, la defensa está limitada de tal manera que se deben tomar medidas suficientes en los procedimientos para contrarrestar esa limitación.

No se trata de una cuestión de valoración de la suficiencia del material probatorio, sino de rodear la obtención de la información de unas condiciones más adecuadas en orden a garantizar la objetividad de la diligencia.



La proyección de la doctrina "S. N." en el proceso penal español: hacia la no preceptividad de la presencia de los testigos menores en el acto del juicio oral

Los estándares incorporados a la sentencia "S. N." adquieren una indiscutible relevancia integrativa del deficitario marco procesal español. Precisamente, la intolerable continencia legislativa en la búsqueda de soluciones ponderativas normativizadas ha estimulado un activismo judicial interpretativo no uniforme, para cuya superación, la sentencia "S. N." puede constituir un instrumento fundamental.

Los estándares incorporados a la sentencia "S. N." adquieren una indiscutible relevancia integrativa del deficitario marco procesal español. Precisamente, la intolerable continencia legislativa en la búsqueda de soluciones ponderativas normativizadas ha estimulado un activismo judicial interpretativo no uniforme, para cuya superación, la sentencia "S. N." puede constituir un instrumento fundamental. Cuadro de pautas al que, recientemente, se ha incorporado otra decisión de gran trascendencia como la contenida en la sentencia de 16 de junio de 2005, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso "Pupino", por la cual el Tribunal de Luxemburgo, al hilo de una cuestión prejudicial planteada por un juez italiano, establece la necesidad de interpretación de las legislaciones internas, en caso de menores víctimas de delitos violentos, conforme con las disposiciones de la Decisión Marco del 15 de marzo de 2001, sobre *Estatuto de la víctima en el proceso penal* y, por tanto, la obligación de promover incidentes de adquisición probatoria previos al debate oral, respetuosos con las garantías de defensa, que eviten la mayor victimización secundaria de los menores²³.

El marco procesal español, al margen de la regla de tratamiento plenario contenida en el art. 707, LECrim, se limita al régimen de preconstitución probatoria previsto en los arts. 448 y 777, LECrim, así como al mecanismo de producción en el acto del juicio oral de prueba sumarial personal no practicable, previsto en el art. 730, LECrim.

Su potencial *victimológico*, tendente a la evitación de la presencia de los menores en el acto del juicio oral, ha estado sometido a una fuerte tensión jurisprudencial, con evidentes marcadores de inestabilidad sincrónica en las soluciones alcanzadas.

En un buen número de pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se ha descartado con contundencia la aplicación del art. 730, LECrim, reclamando la presencia del menor víctima de abusos o agresiones sexuales en el plenario, aun en supuestos de víctimas de muy corta edad²⁴, como condición necesaria de la suficiencia probatoria, exigiendo, incluso, determinados niveles de confrontación visual con el acusado, como condiciones irrenunciables del método contradictorio y del principio de inmediación²⁵. Soluciones que, obviamente, deben entenderse superadas a raíz de la reforma operada en la LECrim por la Ley Orgánica 14/1999, del 9 de junio, que modificó los arts. 448, 455 y 707, LECrim.

Algunas de estas resoluciones, no obstante, partían de supuestos en los que se había prescindido de toda intervención judicial, directa o indirecta, en la obtención de la información procedente del menor-víctima. Tal era el caso de la STS de 28 de febrero de 2000 (ponente Conde-Pumpido) en la que se califica de insuficiente el cuadro probatorio utilizado por el tribunal de instancia para fundar la condena, pues se había atendido exclusivamente a la prueba indirecta de los dictámenes periciales y, en particular, a los datos obtenidos en éstos, en los que se alude a referencias efectuadas por los propios menores, obtenidas al margen del control judicial y sin intervención contradictoria de la defensa.

23 Dicha sentencia establece, a la luz de lo dispuesto en los arts. 2º, apartado 2º, y 8º, apartado 4º, de la referida Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea que un órgano jurisdiccional nacional debe tener la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, entre las que cabe mencionar a los niños/as de corta edad, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública.

24 SSTS, 30 de enero de 2000, 22 de abril de 1999.

25 SSTS, 16 de junio de 1998; 5 de octubre de 1995. La decisión de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona parece inspirarse en esta línea jurisprudencial.

Frente a esta línea jurisprudencial que se pronunciaba, en estos casos, en contra de la aplicación del art. 730, LECrim, se ha consolidado otra posición jurisprudencial más dúctil en cuanto a las exigencias de presencia de los menores en el plenario, que tiene su origen en el voto particular de los magistrados Sres. Prego y García Calvo a la STS de 26-7-2001, y que se ha ratificado en las SSTs de 8-3-2002, 1-7-2002, 12-4-2005, 2-6-2006 y 22-6-2006²⁶, 28-2-2007, 28-10-2008.

Esta doctrina pivota sobre una idea esencial que responde a la necesidad de compaginar las exigencias defensivas con las necesidades de protección victimológica de personas particularmente vulnerables, como es el caso de los menores de edad, en especial cuando se enfrentan a hechos altamente comprometedores de su equilibrio personal, como los relacionados con situaciones de agresión o abuso sexual. Estas sentencias realizan una interpretación finalística del mencionado art. 730, LECrim, con invocación expresa de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor²⁷, llegando a la conclusión de que en supuestos en los que se constate un alto riesgo de victimización secundaria las exigencias defensivas pueden satisfacerse mediante el acceso por vía documental al contenido de las exploraciones de los menores practicadas durante el procedimiento preliminar, siempre que pueda identificarse un marco razonable de posibilidades de contradicción. Doctrina esta que ha recibido el espaldarazo del Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 41/2003, en la que, aunque de forma periférica, se apunta uno de los problemas nucleares del tratamiento del menor de corta edad en el proceso, y es su propia consideración como testigo hábil, su capacidad, en fin, para someterse, como sujeto, a las exigencias del contradictorio plenario²⁸.

Es precisamente esta cuestión la que parece eludirse, de forma nuclear y directa, en los pronunciamientos del Tribunal Supremo cuando sin duda constituye el punto de partida, esto es, la hoja de ruta de todas las soluciones ponderativas aplicables. No puede soslayarse que los menores, sobre todo los de corta edad hasta la etapa preadolescente²⁹, presentan notables dificultades descriptivas que, en algunos casos, podrían calificarse de potencial incapacidad, por falta de discernimiento, para asumir la condición de testigo en los términos exigidos por la propia LECrim (art.417.3)³⁰. Estudios empíricos de particular solvencia demuestran que el transcurso del tiempo entre el hecho y el testimonio del menor, en especial en sucesos relacionados con la agresión o abuso sexual, no sólo favorece el olvido y la imprecisión sino que, además, estimula la activación de mecanismos de defensa reactiva a cualquier reproducción verbalizada de los hechos, generando un insostenible nivel de estrés emocional en el menor que puede llegar a alterar profundamente su equilibrio emocional³¹.

Frente a esta línea jurisprudencial que se pronunciaba, en estos casos, en contra de la aplicación del art. 730, LECrim, se ha consolidado otra posición jurisprudencial más dúctil en cuanto a las exigencias de presencia de los menores en el plenario.

26 Esta última sentencia aborda un supuesto interesante. La víctima presunta de los hechos justiciables, una menor de nueve años de edad, fue convocada como testigo a juicio. Durante el desarrollo del interrogatorio plenario sufrió una situación de grave bloqueo emocional. El tribunal de instancia acordó reproducir en su presencia la exploración sumarial que fue grabada. La menor fue cuestionada en el plenario sobre sus afirmaciones ofrecidas en la fase sumarial, confirmando toda la información en ese momento suministrada. El Tribunal Provincial, primero, y el Tribunal Supremo, después, validaron dicho mecanismo de acceso a la información, descartando la existencia de lesión del derecho de defensa contradictoria.

27 *Vid.*, especialmente, arts. 9º y 11.2.d).

28 En la sentencia se confirma la condena basada en testimonios referenciales (madre y abuela de la menor a quienes verbalizó y escenificó los tocamientos a que venía siendo sometida por su padre) y en un peritaje psicológico en un caso de abusos sexuales de una niña de 2 años y medio.

29 Como sería el caso de los preescolares.

30 *Vid.* la mencionada STC 41/2003, fj. 3.

31 Véase el estudio de GOODMAN y otros, *Testifying in Criminal Courts: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims*, Monographs of the Society for Research in Child Development, 1992, realizado sobre 286 niños víctimas de abusos sexuales, en procedimientos seguidos en el Estado norteamericano de Colorado. La cita puede verse en GHETTI, S., "Opinión sul sistema giudiziario di vittime di *child sexual abuse* coinvolte in procedimenti penali negli Stati Uniti", en *Chiedere, rispondere e riciclare*, Roma, 2003, págs. 105-107. *Vid.*, también, el trabajo de DIGES JUNCO, M., y ALONSO-QUECUTY, M. L., "El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores", Revista del Poder Judicial, núm. 35, pág. 43 y ss.

Debemos preguntarnos ¿realmente, puede mantenerse que la presencia de un menor de cuatro, cinco, seis años (...) en el plenario, en un escenario procesal carente de toda condición victimológica ambiental e incluso física, puede servir para actualizar, en condiciones defensivas y cognitivas adecuadas, la información relevante que el niño, presuntamente victimizado por hechos graves, puede recordar? ¿Puede potencialmente considerarse a un niño de corta edad "testimonio directo" del hecho sufrido, con frecuencia, años antes, cuando contaba, por ejemplo, tres años de edad? ¿Es posible afirmar, con un mínimo rigor, desde las máximas técnicas que ofrece la psicología evolutiva, que un niño de corta edad puede asumir emocionalmente las exigencias propias del debate contradictorio? ¿Puede ser indiferente el paso del tiempo en el desarrollo madurativo de un niño, hasta el punto de reclamarle reconstruir experiencias dramáticas ocurridas, desde su perspectiva vital, en momentos ya muy lejanos?

¿Puede potencialmente considerarse a un niño de corta edad "testimonio directo" del hecho sufrido, con frecuencia, años antes? ¿Es posible afirmar, con un mínimo rigor, desde las máximas técnicas que ofrece la psicología evolutiva, que un niño de corta edad puede asumir emocionalmente las exigencias propias del debate contradictorio?

Consideramos que las respuestas a estas preguntas ofrecen razones suficientes para avalar el recurso a la vía del art. 730, LECrim, para el aprovechamiento de la información probatoria suministrada por el menor en las fases previas del proceso, por la vía de los arts. 448 y 777, LECrim y, en lógica correspondencia, de la prueba testifical de referencia sobre dicha información³².

Lo anterior no supone, ni puede suponer, una renuncia o limitación de los derechos de defensa del inculpado, pero sí la necesidad de su modalización en términos tales que resulten compatibles con no menos irrenunciables necesidades de protección del derecho fundamental a la salud y a la indemnidad moral de personas tan vulnerables como los menores, lo que constituye, también, un fin constitucional de primer orden³³.

La sentencia "S. N." ofrece estándares de compatibilidad que deben explorarse. El acceso a la información que posee el menor, presunta víctima, en las fases previas del proceso, en un marco razonable de contradicción procesal, es posible. La utilización, a tal fin, de la prueba pericial técnica, practicada por peritos expertos e imparciales (psicólogos forenses experimentales)³⁴, durante el desarrollo del procedimiento preliminar bajo control judicial, con la necesaria intervención de las partes en su preparación³⁵, y en condiciones documentales, mediante grabaciones digitalizadas o videográficas³⁶ que permitan acceder, de forma sensorial, al tribunal juzgador a dicha información, ofrece un espacio adecuado que permite tener por cumplida con la garantía de la contradicción, sin merma alguna de las exigencias dimanantes del proceso justo o equitativo³⁷.

5. La tímida reforma operada por la LO 8/2006, de 4-12-2006, de los arts. 448 y 707, LECrim

La densidad constitucional del problema apuntado exige, en efecto, una decidida, sistemática y precisa intervención legislativa. La ausencia de regulación específica del conflicto es una muestra más de la situación de *ordenamiento jurídico oculto* a la que se ve sometido el pro-

32 *Vid.*, entre las más recientes, SSTC 146/2003; 41/2003, 219/2002; 155/2002, 68/2002. 22.6.2006.

33 *Vid.*, arts. 9º, 10, 18, 20 y 39, CE.

34 Como advierte FÁBREGA RUIZ, C. F., "Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales", La Ley, núm. 6289, 6-7-2005, documento electrónico, pág. 4, no debería utilizarse nunca al profesional que ha sido o es terapeuta de la víctima debido a las relaciones que se generan entre terapeuta y paciente que son de naturaleza distinta a las que unen al perito forense y a la persona objeto de la pericia.

35 Se propone que con carácter previo a la entrevista el juez convoque a las partes y al perito para fijar el objeto del interrogatorio y la información que se pretende obtener.

36 Las entrevistas deberían necesariamente grabarse para poder ser reproducidas en el acto de la vista oral.

37 Resulta de particular importancia la STS, Sala de lo Penal, de 27-5-2008, ponente, Sr. Andrés Ibáñez, en la que se exige que los informes periciales psicológicos incorporen junto al informe conclusivo, las pruebas de campo realizadas y todos los antecedentes informativos que utilizaron para su elaboración. Y ello para permitir controlar la racionalidad de las conclusiones y, en especial, su adecuación al método científico y al principio de imparcialidad que debe regir la actividad de los peritos.

ceso penal en España. Las graves e injustificadas anomías regulativas que caracterizan el modelo de intervención procesal penal no sólo patentizan su *inadecuación tecnológica* para dar respuestas a los graves y novedosos problemas que surgen, como consecuencia del desarrollo del Estado Constitucional, sino que estimulan, también, un evidente activismo jurisdiccional, en la búsqueda y creación de soluciones marcadas, muchas veces, por la inestabilidad, la disparidad y la coyunturalidad del caso concreto. Ello comporta graves costes en términos de seguridad jurídica y, en numerosas ocasiones, en garantías.

El grave problema de la presencia de los menores en el proceso reclama una opción ponderativa del legislador democrático, como, en efecto, se ha producido en la mayor parte de los países de nuestro entorno (Francia, Italia, Bélgica, Holanda)³⁸.

De forma muy deficiente, de nuevo el legislador, al igual que en 1999, ha dado una respuesta fraccionaria al conflicto al hilo de casos judiciales que ponían, precisamente, de relieve la precariedad legislativa del modelo de adquisición probatoria cuando la información esencial del proceso puede ofrecerla un menor de edad.

El legislador, de espaldas tanto a la doctrina del TEDH como del TJCE, incluso de la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se ha limitado a establecer condiciones victimológicas básicas, de alcance escenográfico, en la práctica de la testifical de los menores, tanto en la fase sumarial como plenaria. Así, se previene la obligación por parte del tribunal de disponer de medios técnicos que impidan la confrontación visual entre la presunta víctima menor y el presunto victimario, pero de forma incomprensible ha renunciado a establecer con claridad las condiciones regulativas que pueden justificar un incidente de anticipo probatorio que haga innecesaria la llamada del menor como testigo al acto del juicio. Nada se establece sobre la intervención de expertos en el acceso a la información, sobre los modos en los que debe desarrollarse la intervención contradictoria de las partes y, sobre todo, sobre la necesidad de regular un verdadero estatuto de protección del menor de corta edad en el proceso penal. El legislador sigue anclado en la idea del aprovechamiento de la información suministrada por el menor victimizado en el proceso mediante los mecanismos testificales clásicos y, por tanto, sin dotar a las partes y al tribunal de un específico mecanismo subrogado de prueba que permita, sin renunciar a los principios estructurales del proceso justo y equitativo, tratar la información facilitada por un menor presuntamente victimizado como una fuente de prueba que requiere de medios probatorios novedosos de introducción en el cuadro de prueba plenario, que respondan a una adecuada ponderación de los principios en conflicto.

Pero mientras dicha regulación sistemática no llegue, creo que deben desterrarse de la práctica de nuestros tribunales soluciones puramente formalistas en el acceso a la información de los menores victimizados que hipertrofian, sin rentabilidad garantizadora alguna, exigencias de contradicción aparente. Ya que, con la coartada de un mal entendido y aplicado principio de inmediatez³⁹, pueden provocar consecuencias gravísimas sobre personas tan vulnerables como los niños de corta edad, víctimas de agresiones o abusos sexuales y que, además, nada aportan, desde el punto de vista epistemológico, para la toma de decisiones, en la mayoría de los casos, particularmente difíciles y complejas.

El grave problema de la presencia de los menores en el proceso reclama una opción ponderativa del legislador democrático, como, en efecto, se ha producido en la mayor parte de los países de nuestro entorno (Francia, Italia, Bélgica, Holanda).

38 En tales países se establece la obligación de grabación videográfica de las exploraciones de los menores en los momentos previos del proceso, con intervención de especialistas y en condiciones contradictorias adecuadas, evitando su ulterior declaración en la fase de juicio oral, mediante su reproducción delante del Tribunal y de las partes.

39 Sobre el verdadero significado y alcance del principio de inmediatez véase ANDRÉS IBAÑEZ, P., "Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)", *Jueces para la democracia, información y debate*, n° 46, marzo 2003, pág. 57 y ss. IGARTUA SALAVERRÍA, J., "El nombre de la 'inmediatez' en vano", *La Ley*, núm. 5768, 25-4-2003.

La doctrina contenida en la sentencia del TEDH caso "S. N." y en la del TJCE, caso "Pupino", sirve de argumento relevante para defender la no presencia de los menores en el acto del juicio oral, siempre que en la activación de los mecanismos legales de acceso a la información en fase sumarial, por la vía de los arts. 448 y 777, LECrim, se haya garantizado la posibilidad de contradicción para la defensa del inculpado.

La doctrina contenida en la sentencia del TEDH caso "S. N." y en la del TJCE, caso "Pupino", sirve de argumento relevante para defender la no presencia de los menores en el acto del juicio oral, siempre que en la activación de los mecanismos legales de acceso a la información en fase sumarial, por la vía de los arts. 448 y 777, LECrim, se haya garantizado la posibilidad de contradicción para la defensa del inculpado.