

El derecho del niño a acogerse a la
dispensa del deber de declarar
Reflexiones desde el Derecho
Internacional de los Derechos
Humanos

Isabel Maravall Buckwalter

Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), Instituto de Empresa (IE Universidad)

Abstract¹

Este estudio analiza el derecho a la dispensa del deber de declarar, recogida en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, cuando el que se acoge a ella es un menor de dieciocho años. Para ello, se parte de un análisis de la norma y jurisprudencia nacional, analizando los criterios desarrollados por los órganos jurisdiccionales: la madurez del menor como criterio fundamental, el derecho que le corresponde al representante legal del menor en caso de inmadurez, la admisibilidad de las declaraciones pre-constituidas en fase de instrucción y prueba de corroboración. Dichos desarrollos serán contrastados con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destacando en primer lugar, el peligro de desarrollar categorías rígidas a través de las presunciones de madurez, en segundo lugar, los problemas derivados de la atribución de dicho derecho al representante legal, en tercer lugar, los requisitos para admitir declaraciones pre-constituidas en fase de instrucción en el derecho internacional de los derechos humanos y el desajuste existente con la jurisprudencia nacional y por último la importancia de la obtención de prueba de corroboración en la investigación de casos de violencia sexual contra menores. En conclusión, de un análisis comparado de los bloques normativos, se destacan tendencias, contradicciones y vacíos que pueden potencialmente desproteger al menor o vulnerar sus derechos fundamentales.

This study analyzes the right to testimonial privilege, in article 416 of the Spanish Criminal Procedure Code, when the one granted with such privilege is a child under eighteen years of age. For this, the study departs from an analysis of the national law and jurisprudence, considering the criteria developed by national courts: the maturity of the child as a fundamental criterion, the right that corresponds to the legal representative of the child in case of immaturity, the admissibility of pretrial statements and corroboration evidence. These developments are then contrasted with International Human Rights Law and jurisprudence, drawing special attention to, firstly, the problems associated to the development of rigid categories through presumptions of maturity. Secondly, the difficulties that derive from the attribution of this right to the legal representative when the child is regarded as immature. Thirdly, the requirements established in International Human Rights Law that regulate the admissibility of pretrial statements and the existing imbalance with national jurisprudence. Finally the importance of corroboration evidence in the investigation of cases of sexual violence against children. In conclusion, from a comparative analysis of both normative systems, trends, contradictions and gaps that can potentially protect the child or violate their fundamental rights are highlighted.

Title: The Right of the Child to Testimonial Privilege: An International Human Rights Approach

Keywords: Rights of the child, international human rights law, testimonial privilege.

Palabras clave: Derechos del niño, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Dispensa del deber de declarar.

¹ Quiero agradecer al profesor Jorge CARDONA LLORÈNS y a la profesora Ana MONTESINOS GARCÍA por sus correcciones, observaciones y comentarios en la elaboración de este artículo. Agradezco también las correcciones y sugerencias de los evaluadores anónimos.

Sumario

1. Introducción
2. Razón fundamental del privilegio testifical
3. El derecho a dispensa en el ordenamiento interno de los Estados
4. El privilegio testifical del niño en el derecho internacional de los derechos humanos: alcance y límites
5. Los criterios elaborados por la jurisprudencia cuando el que se acoge a la dispensa es el niño
 - 5.1. La madurez del menor como criterio fundamental
 - 5.2. La atribución del derecho al representante legal del menor en caso de inmadurez
 - 5.3. Las declaraciones pre-constituidas del menor en fase de instrucción y la prueba de corroboración
6. Sobre las presunciones de madurez o de capacidad
 - 6.1. Las presunciones de madurez como categorías rígidas en la valoración del testimonio infantil
 - 6.2. De categorías rígidas a un juicio ponderativo
7. El ejercicio del derecho por parte del representante legal
 - 7.1. El problema de la dispensa cuando el progenitor es una víctima de violencia de género o intrafamiliar
 - 7.2. El problema de la valoración de un conflicto de interés
 - 7.3. El “adulto adecuado” o “representante” y el problema de la ambigüedad de su alcance competencial
8. Admisibilidad de las declaraciones pre-constituidas del niño en fase de instrucción en el derecho internacional de los derechos humanos
 - 8.1. La proporcionalidad
 - 8.2. La doctrina de la “única y decisiva prueba”
 - 8.3. La obligación del Estado de investigar
9. Reflexiones añadidas al marco jurídico actual
10. Conclusiones
11. Tabla de jurisprudencia citada
12. Bibliografía

1. Introducción

La dispensa del deber de declarar contra pariente o también denominada privilegio testifical, ha sido objeto de un estudio pormenorizado en los últimos años por parte de la doctrina, especialmente debido a los esfuerzos para hacer frente a la violencia de género e intrafamiliar. Como garantía tiene su razón de ser y por ello se encuentra amparada en la mayoría de ordenamientos jurídicos, con diferente alcance. No obstante, en las últimas décadas, se ha destacado el efecto boomerang que tiene esta garantía, permitiendo una desprotección por parte del ordenamiento procesal penal de aquéllas personas que debería proteger.

La mayoría de estudios que se han hecho sobre los efectos del reconocimiento de esta garantía en el proceso penal se han centrado en la mujer adulta como víctima de violencia de género. Este trabajo analiza la dispensa cuando el que se acoge a ella es un niño², indagando sobre su articulación en el derecho, su alcance y la respuesta que se le ha dado al ejercicio de la dispensa por parte de un menor en la jurisprudencia al no existir desarrollo normativo suficiente. Dicha respuesta será considerada a su vez desde el enfoque del derecho internacional de los Derechos Humanos, dejando al descubierto algunas cuestiones donde la norma y la jurisprudencia, nacional e internacional, desarrollan tendencias, se contradicen o dejan vacíos, pudiendo dejar lagunas desprotegiendo al menor o dañando sus intereses.

Para llevar a cabo este análisis, el artículo se divide de la siguiente manera: en primer lugar, se examinará de forma breve la razón de ser del derecho a la dispensa del deber de declarar. En segundo lugar, se pasará a concretar el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a la dispensa del deber de declarar. En tercer lugar, se pasará a estudiar el marco jurisprudencial existente en la actualidad que ha desarrollado unos criterios cuando el que se acoge a la dispensa es un niño. En cuarto lugar, se profundizará individualmente sobre los extremos que se han perfilado en la jurisprudencia de los Tribunales nacionales desde el enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, considerando en primer lugar en el criterio de la madurez como requisito para que el menor pueda ejecutar su derecho a dispensa; en segundo lugar, el otorgamiento de dicho derecho a su representante legal y los problemas que pueden derivarse de dicha potestad; y en tercer lugar, la admisibilidad de las declaraciones pre-constituidas en fase de instrucción siempre que se satisfaga los requisitos de la doctrina de la “única y decisiva prueba”, haciendo hincapié en la importancia de que los Estados cumplan con su obligación positiva del deber de investigar, crucial en casos de violencia sexual. En último lugar, se realizarán unas reflexiones finales sobre el marco jurídico actual, destacando tendencias, lagunas, contradicciones y lugares en que la norma nacional e internacional puede eventualmente desproteger o vulnerar los derechos fundamentales de los niños.

² En este trabajo se utilizará el término “niño” y “menor” como sinónimos y correspondientes al término “child” en inglés, neutro y que incluye niños y niñas por debajo de los 18 años de acuerdo con la definición brindada por la Convención de los Derechos del Niño (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. “BOE” núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), artículo 1 “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

2. Razón fundamental del privilegio testifical

Una garantía añadida que permite una excepción al deber de declarar en el proceso penal de víctimas y testigos se brinda, por los ordenamientos nacionales, con diferente alcance, a aquellas personas que, en virtud de la profesión, o la relación de parentesco que tienen con el acusado, puedan eximirse de su deber de colaborar con la justicia cuando son llamadas a declarar.

Esta protección prevista por los ordenamientos nacionales tiene por fundamento el derecho a no inculpar a un ser querido y participar en su posible encarcelamiento. Esta finalidad busca proteger la conciencia de la persona, su integridad personal y la protección de la vida privada y familiar.

Cuando la víctima o testigo es un niño a menudo plantea a las autoridades fiscales y a los tribunales dificultades probatorias graves en el curso de las actuaciones³ debido a que un alto porcentaje de casos en que los niños son testigos de un delito, los acusados pueden ser personas cercanas a ellos, generalmente parientes o familiares⁴. Ello conlleva que el menor será llamado a testificar sobre un hecho ilícito cometido por una persona con la que tiene lazos afectivos. Este problema ha sido reflejado en la jurisprudencia del TEDH, que ha subrayado la problemática singular que “puede suscitar la confrontación entre un “acusado” y un testigo de su propia familia... [Dónde los privilegios testificales] pretenden proteger a este último evitándole problemas de conciencia; y, además, existen parecidos preceptos en el ordenamiento jurídico interno de varios Estados miembros del Consejo de Europa”⁵.

Obligar a una persona a declarar contra un ser querido plantea un dilema moral no sencillo: o inculpar y delatarle, o mentir. Este dilema moral se refleja en la frase pronunciada por Arthur Miller durante la era Mc Carthy, época en Estados Unidos de persecución de personas relacionadas con actividades comunistas, que al ser preguntado por determinados nombres sospechosos, se opuso declarando “*I am trying to, and I will, protect my sense of myself*”⁶ (“estoy intentando, y así lo haré, proteger lo que siento hacia mí mismo”). Declarar en contra de un ser querido puede ser tan doloroso, o incluso más que declarar contra uno mismo, puede socavar el sentimiento de integridad personal de una persona, ya que “hay algunos proyectos o compromisos que están tan estrechamente relacionados con el sentido de uno mismo que suspenderlos o comprometerlos podría ser severamente desorientador”⁷.

³ STEDH, 25.7.2000, Caso *Mattoccia contra Italia* (TEDH 2000\403, pág. 71).

⁴ Véase: FAPMI, *Campaña para la Prevención de la Violencia Sexual contra la Infancia: Uno de Cada Cinco*. Disponible en <http://www.fapmi.es/contenido1.asp?sec=51>.

⁵ STEDH, 24.11.1986, Caso *Unterpertinger contra Austria* (TEDH 1986\14, párr. 30).

⁶ BOSMAJIAN (1999), *The Freedom Not to Speak*, NYU Press, pág. 130, citado en REDMAYNE (2007), “Rethinking the privilege against self-incrimination”, *Oxford Journal of Legal Studies*, págs. 209-232, pág. 222.

⁷ “A requirement to other incriminate may undermine a person’s feeling of personal integrity, for there “are some projects or commitments that are so closely related to sense of self that to suspend or compromise them could be severely disorienting”, KUPPERMAN (1991), *Character*, Nueva York, pág. 11, citado en REDMAYNE (2007, pág. 223).

La importancia de estos intereses, amparado por la dispensa del deber de declarar, ha sido recogida tanto por la doctrina⁸ y la jurisprudencia nacional⁹. La dispensa se fundamenta en la protección de los vínculos de solidaridad que existen entre familiares, en palabras del Tribunal Supremo, reconoce “a los testigos un derecho de autogestión de las relaciones familiares y de los conflictos surgidos en su seno. El testigo pariente se encuentra en una pulsión entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad, familiaridad, lealtad y afecto hacia una persona a él ligada por vínculos familiares. La finalidad de la dispensa contenida en el artículo 416 de la LECr sería, en consecuencia, proteger las relaciones familiares, preservando la paz y la intimidad en las mismas, valores constitucionalmente protegidos en los artículos 18 y 39 CE”¹⁰.

3. El derecho a dispensa en el ordenamiento interno de los Estados

El reconocimiento de un derecho a no declarar por parte de víctimas y testigos ha sido recogido por una mayoría de sistemas procesales pero con diferente alcance. Algunos ordenamientos nacionales en Europa reconocen muy pocos privilegios a familiares y parientes y otros reconocen el privilegio a una familia y personas emparentadas de manera extensa¹¹. Así, Reino Unido y Francia reconocen pocos privilegios testificales a parientes y familiares del sospechoso o acusado. Reino Unido no reconoce directamente un privilegio testifical por pertenencia a la misma familia, el único que puede tener un privilegio testifical es el esposo/esposa del sospechoso o acusado. Sin embargo, en la *Police and Criminal Evidence Act 1984* sección 80 (3) existen excepciones en lo que se refiere a los esposos cuando se trate de un daño o agresión o amenaza contra el esposo o una persona menor de dieciséis años; delitos sexuales que se encontraban por debajo de dicha edad; intención, o ayuda en la comisión de un delito contemplado anteriormente. En Francia no se reconoce un privilegio testifical por pertenecer a la misma familia, sin embargo, se reconoce una categoría específica a través de los “*témoins reprochables*” en el artículo 335 del *Code de Procédure Penal* que ofrece una protección especial a los testigos con vínculos de parentesco.

Por otro lado, países como Alemania (artículo 52 del Código Procesal Penal), Austria (artículo 152(1) no.2 del Código Procesal Penal), Portugal (artículo 134 del Código Procesal Penal) y Suecia (capítulo 36, artículo 3 del Código Penal) reconocen un abanico mucho más amplio de privilegios testificales a los miembros de la familia y parientes¹².

⁸ MORENO CATENA (1980), *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Montecorvo; MAGRO SERVET (2005), “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?”, *Diario La Ley*, núm. 6333. ESCOBAR JIMÉNEZ (2009), “La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal”, *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, vol. 11; LÓPEZ VILLAMARÍN (2012), “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, págs. 11- 14.

⁹ Véanse *inter alia* SSTS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 164/2008, 8.4.2008 (RJ 2008\1726); núm. 17/2010, 26.1.2010 (RJ 2010\1270). Sobre la doctrina italiana y alemana que reconoce el fundamento de esta dispensa en el derecho natural como ley suprema moral véase LÓPEZ VILLAMARÍN (2012), “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, págs. 11- 14.

¹⁰ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 209/2017, 28.3.2017 (RJ\2017\1786).

¹¹ KREB (2001), “Witnesses in Proceedings Before the International Criminal Court: An Analysis in the Light of Comparative Criminal Procedure”, en FISCHER, KREB y LÜDER, *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*, Berlin Verlag, pág. 331.

¹² KREB (2001, pág. 335).

En el ordenamiento Español la LECr sanciona fuertemente la no colaboración de los individuos con la justicia e impone en el artículo 420 las siguientes consecuencias: En caso de ser llamado a declarar, “sin estar impedido, no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad”.

La dispensa del deber de declarar es una excepción a dicha obligación. Esta excepción se fundamenta en la relación de parentesco del testigo (y de la víctima) con el sospechoso o acusado. En el ordenamiento español el derecho a guardar silencio de las víctimas y de los testigos por razón de parentesco se considera un derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 C.E. Bajo el paraguas de la protección brindada por el derecho a la tutela judicial efectiva, el segundo párrafo del artículo 24 prevé que la ley regule los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Dicho derecho se regula en el artículo 416 que proclama que “[e]stán dispensados de la obligación de declarar: 1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261”. El artículo 418 de la LECr establece una excepción por la que “[n]ingún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416. Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor”. En el artículo 707 de la LECr, se amplía el alcance de la dispensa al juicio oral.

La LECr, por tanto, protege a los niños frente a la obligación de declarar contra sus padres y abuelos —al extender la dispensa a los parientes del procesado en línea directa descendente— y contra sus hermanos consanguíneos uterinos y colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil¹³. Se excluyen de la dispensa a los parientes del tercer grado de consanguinidad (tíos y primos).

¹³ El artículo 261 apartado 3º extendía la dispensa a “[l]os hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos” suprimida tras la reforma del 2015.

4. *El privilegio testifical del niño en el derecho internacional de los derechos humanos: alcance y límites*

No hay ninguna norma en DI que recoja un derecho de las víctimas y de los testigos a no declarar. En relación al derecho del niño de acogerse a la dispensa del deber de declarar, las líneas guía de Naciones Unidas sobre *Child Matters Involving Child Victims and witnesses*¹⁴ recomiendan a los Estados en el artículo 22.2 que no impongan a un menor un delito de falso testimonio, haciendo referencia a la sanción que numerosos ordenamientos imponen a los menores por declarar falsamente. No obstante, no hacen referencia al derecho de un menor a no declarar contra pariente.

Los privilegios testificales se reconocen en determinados instrumentos de derecho penal internacional. Los Tribunales Internacionales reconocen privilegios testificales a familiares. En el *East Timor Special Panel for Serious Crimes* en la sección 35.2 de las *Transitional Rules on Criminal Justice* (TRCP) se reconoce el alcance de la dispensa del deber de declarar al cónyuge o pareja, los padres, hijos o familiares del acusado en segundo grado. The spouse or partner, the parents, children or relatives of the accused within the second degree¹⁵. El Tribunal de Bosnia y Herzegovina, *War Crimes Chamber* (CtBiH) en el artículo 83 (1) del Código Procesal Penal reconoce el privilegio a los padres, hijos, cónyuge o pareja del acusado¹⁶. La Corte Penal Internacional reconoce el derecho a dispensa del cónyuge, hijos o padres del acusado en la Regla 75 de las Reglas sobre el Procedimiento y de la Prueba¹⁷.

No obstante, el derecho a dispensa, el derecho a no declarar, no se encuentra recogido directamente como un derecho de víctimas y testigos en el derecho internacional de los Derechos Humanos, ello no implica que no haya sido reconocido un derecho a no declarar de víctimas y testigos, con el mismo objetivo que para sospechosos y acusados, impedir la autoincriminación e incriminación de seres queridos. Sin embargo, bajo este supuesto, con limitaciones derivadas de los diferentes intereses que se persiguen, que justifican la intromisión del poder público, obligando en determinadas circunstancias a las víctimas y testigos a declarar.

En 1993, el TEDH, en el asunto *K v Austria*¹⁸ interpretó el derecho a guardar silencio de víctimas y testigos como una manifestación negativa del derecho a la libertad de expresión, al no encontrarse el derecho a guardar silencio de víctimas y testigos explícitamente reconocido en los tratados internacionales como un derecho de víctimas y testigos. Este caso trataba de una acusación contra K por haber comprado droga a dos individuos, M y CH W. K había sido acusado por la compra y tenencia de drogas y M y Ch W fueron acusados por venta. El acusado, en su juicio, se había declarado no culpable pero a su vez fue llamado para testificar en el caso

¹⁴ Resolución del ECOSOC 2005/20, *Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime* disponible en <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-20.pdf>

¹⁵ <http://mj.gov.tl/jornal/lawsTL/UNTAET-Law/Regulations%20English/Reg2001-25.pdf>.

¹⁶ <https://advokat-prnjavorac.com/legislation/Criminal-Procedure-Code-of-BH.pdf>.

¹⁷ <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>. Es llamativo que no se haya incluido en las REP de la CPI a las parejas extramatrimoniales.

¹⁸ Caso *K v Austria*, 47/1992/392/470 (http://www.menschenrechte.ac.at/orig/93_4/K..pdf).

contra M y CH W. Tenía por tanto dos opciones, la primera, mentir o decir que había comprado la droga de los acusados. En la segunda situación se incriminaría ya que admitiría haber cometido el delito y en ese momento en Austria la declaración era admisible en su propio juicio. El TEDH consideró que el “[e]l derecho a la libertad de expresión por implicación también garantiza un “derecho negativo” a no ser obligado a expresarse, es decir, el derecho a guardar silencio.”¹⁹. Aun así, siendo el alcance del derecho a la libertad de expresión limitable, el TEDH destacó que también lo era el derecho a no declarar, existiendo situaciones en que una persona podría ser obligada a testificar siempre que, primero, se contemplara en la ley, segundo, dicha interferencia en el derecho persiguiera un objetivo legítimo y una necesidad social apremiante para ejercitar dicha compulsión.

El Comité de los Derechos del Niño no ha hecho referencia a la manera en que los Estados tienen perfilados los privilegios testificales en sus ordenamientos internos, si deben incluir o no las relaciones paterno filiales y si el privilegio ha de amparar a los niños en sus declaraciones frente a familiares y seres queridos. En su Observación General número 12 “El Derecho del Niño a Ser Escuchado”²⁰, reconoce de forma muy tangencial que en “[t]odos los procesos en que sean escuchados y participen un niño o varios niños deben ser: [...] b) Voluntarios. Jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento”²¹.

La Directiva de la Unión Europea 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos²² no incluye ninguna referencia al derecho a no declarar de víctimas y testigos. Aun así, la Exposición de Motivos, hace una referencia a la diferente regulación del estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal de cada Estado miembro de la siguiente manera: “El estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal y si pueden participar activamente en procesos penales varían de un Estado miembro a otro en función del sistema nacional, y está determinado por uno o más de los criterios siguientes: si el sistema nacional reconoce un estatuto jurídico de parte en el proceso penal; si la víctima está sometida a la obligación legal o a la recomendación de participar activamente en el proceso penal, por ejemplo como testigo; o si la víctima tiene legalmente un derecho reconocido en virtud del Derecho nacional a participar de modo activo en el proceso penal y manifiesta su deseo de hacerlo, cuando el sistema nacional no reconozca a las víctimas un estatuto jurídico de parte en el proceso penal. Los Estados miembros deben decidir cuál de esos criterios se aplica para determinar el alcance de los derechos establecidos en la presente Directiva, en los casos en que se haga

¹⁹ “The right to freedom of expression by implication also guarantees a “negative right” not to be compelled to express oneself, i.e. right to silence”, Caso *K v Austria*, 47/1992/392/470 (párr. 45).

²⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, OBSERVACIÓN GENERAL Nº 12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado*, 51º período de sesiones Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009 (CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009).

²¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, OBSERVACIÓN GENERAL Nº 12 (2009, párr. 134).

²² Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea, 14 de Noviembre de 2012.

referencia al estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal correspondiente”²³. No obstante no precisa en ningún momento qué tipo de alcance debe tener la participación de la víctima y los límites de los Estados a la hora de obligar a la víctima a participar.

Específicamente, la jurisprudencia del TEDH ha considerado los privilegios testificales en una ocasión, en el caso *Van Der Heijden contra Países Bajos*²⁴. Este caso tuvo su origen en una demanda interpuesta por una nacional neerlandesa fundamentada en una vulneración del artículo 8 del CEDH en relación con el artículo 14, derecho a la vida privada en relación con la prohibición de discriminación. La Sra. Van der Heijden había sido obligada a declarar como testigo contra su compañero de muchos años, no obstante, al no existir vínculo matrimonial y no estar su relación afectiva registrada oficialmente, se le había negado su derecho a dispensa del deber de declarar²⁵.

El TEDH concluyó que Países Bajos, no obstante contemplara el deber y la obligación de declarar como una “obligación cívica”, había vulnerado el derecho a la vida familiar de la demandante al haber obligado a la Sra. Van Der Heijden a declarar. El Tribunal reconoció que la función del privilegio testifical sirve para proteger a ciertos testigos, que son exonerados de su obligación de declarar por el dilema moral que supone tener que elegir entre dar pruebas veraces y por ello, posiblemente, poner en peligro su relación con un ser querido, o dar pruebas falsas, es decir, mentir, con la consecuencia de poder ser sancionados por un delito de falso testimonio a fin de proteger esa relación²⁶. Al considerar si la interferencia por el Estado en el artículo 8 del CEDH había estado justificada, el TEDH concluyó, al valorar la necesidad de la interferencia, que, al amparo de la naturaleza subsidiaria del sistema convencional europeo y la legitimación democrática directa que tienen las autoridades nacionales en la protección de los derechos humanos²⁷, al ser un problema que planteaba “cuestiones de naturaleza moral y ética”²⁸, la falta de una base común en la regulación de los privilegios testificales, que en sí misma no era decisiva, militaba a favor de un amplio margen de apreciación en esta materia²⁹.

Los votos razonados de los jueces se encontraron muy divididos frente al fallo mayoritario en una proporción de 10:7. Los votos razonados de los jueces Costa, Hajidev y Malinverni aun no mostrándose contrarios al fallo mayoritario, se mostraron críticos en relación a la sanción considerada excesiva, en ese momento de 13 días de privación de libertad, establecida en Países Bajos para casos de que un testigo rechazara testificar. Su razonamiento se fundamentaba en el hecho de que un testigo pudiera no querer testificar por “serias razones [...] - razones que no son frívolas, como afecto por la pareja, el miedo a las represalias o las posibles reacciones de los hijos

²³ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (párr. 20).

²⁴ STEDH, Gran Sala, 3.4.2012, caso *Van Der Heijden contra Países Bajos* (JUR 2012\122387).

²⁵ STEDH, Gran Sala, 3.4.2012, caso *Van Der Heijden contra Países Bajos* (JUR 2012\122387, párr. 3).

²⁶ STEDH, Gran Sala, 3.4.2012, caso *Van Der Heijden contra Países Bajos* (JUR 2012\122387, párr. 52).

²⁷ STEDH, Gran Sala, 3.4.2012, caso *Van Der Heijden contra Países Bajos* (JUR 2012\122387, párr. 55).

²⁸ STEDH, Gran Sala, 3.4.2012, caso *Van Der Heijden contra Países Bajos* (JUR 2012\122387, párr. 61).

²⁹ STEDH, Gran Sala, 3.4.2012, caso *Van Der Heijden contra Países Bajos* (JUR 2012\122387).

de la pareja”³⁰. Por otra parte los votos razonados disidentes de los jueces Tulkens, Vajic, Spielmann, Zupancic y Laffranque adhiriéndose a la opinión de los jueces Casadevall y López Guerra cuestionaron y se opusieron a la limitación jurídica neerlandesa, considerada cruel e injusta, por la que la protección del privilegio testifical no amparaba a parejas con una relación sentimental probada, pero con falta de un mero requisito de forma, que, en su opinión, era inconsistente con el mismo concepto de vida familiar, desarrollado por el Tribunal en su jurisprudencia.³¹ Los jueces consideraron que podían “existir circunstancias especiales en las que se debe concluir que el sospechoso y su pareja no marital y no registrada tienen una sólida y continuada vida familiar y que la protección de esa vida familiar debe prevalecer sobre el deber de declarar, con independencia de las razones de porqué el sospechoso y su pareja no han contraído matrimonio o una relación registrada”³².

5. Los criterios elaborados por la jurisprudencia cuando el que se acoge a la dispensa es el niño

Existe una situación que hoy en día sigue siendo problemática a la hora de reconocer el derecho que tienen los testigos a no declarar contra un pariente. Puede suceder que el niño no sea solo testigo sino también víctima de los hechos cometidos por el/la acusado/a y que debido a la naturaleza del delito su declaración sea la única prueba de cargo. Esto sucede en delitos cometidos fuera de lo público, casos de maltrato o abuso sexual que suceden en la intimidad, a solas con el agresor, generalmente en ausencia de testigos. Debido a este motivo, es frecuente que el abusador pueda aprovecharse de la dependencia emocional del niño y ejercer presión a través de la intimidación para que retire la denuncia o para que el menor se acoja a la dispensa y, por tanto, la acusación se vea frustrada por la falta de prueba, y el proceso se verá obstaculizado y archivado. Debido a este motivo se han planteado límites, propuestas de cambios legislativos e interpretaciones jurisprudenciales que han intentado adaptar la configuración normativa de la dispensa a la necesidad de proteger a las víctimas y evitar que esta garantía sea utilizada por la defensa a su antojo.

Procesalmente la dispensa del deber de declarar puede ejercitarse en dos momentos. En la mayor parte de los casos, la víctima interpondrá una denuncia en la policía, y generalmente declarará posteriormente ante el juez de instrucción que habrá de informarle de su derecho a no declarar contra su pariente. La víctima podrá, por tanto, decidir si retira los cargos contra el agresor o seguir adelante con el caso. El segundo momento es el del juicio oral, en el que el juez está

³⁰ “[A] witness who does not wish to testify in a case such as the present may also have serious reasons for not doing so—reasons that are not frivolous, such as affection for the partner, fear of reprisal or the possible reactions of the couple’s children.” Voto razonado concurrente de los jueces Costa, Hajidev y Malinverni al caso *Van der Heijden*, párr. 10.

³¹ “[S]hould she give honest testimony with the risk of having her partner convicted; give false testimony with the risk of committing perjury; or refuse to testify and accept the deprivation of liberty?”, Opinión Disidente de los jueces Casadevall y López Guerra al caso *Van der Heijden*, párr 3.

³² “[E]xist special circumstances under which it must be concluded that the suspect and his non-marital and non-registered partner have such a solid and continuous family life that the protection of that family life has to prevail over the duty to testify, irrespective of the reasons why the suspect and his or her partner have not entered into a marriage or a registered relationship”, Opinión Disidente jueces Tulkens, Vajic, Spielmann, Zupancic and Laffranque al caso *Van der Heijden*, párr. 11.

obligado a advertir a la víctima del derecho que le asiste a no declarar. Decida o no la víctima acogerse a la dispensa, el Ministerio Fiscal en virtud del artículo 191 del Código Penal, podrá continuar con el procedimiento y mantener los cargos. El problema de fondo se encuentra en que la víctima para este tipo de casos suele ser el único testigo que puede aportar prueba de cargo a través de su testimonio y desvirtuar así la presunción de inocencia. En caso de decidir no declarar amparado por la dispensa, la ausencia de pruebas probablemente conducirá a un sobreseimiento provisional del caso, o a una absolución del acusado “dando lugar a un gran número de claras situaciones de impunidad”³³.

Debido a la falta de regulación, tanto en derecho internacional como en el derecho nacional, y el “efecto boomerang” de la dispensa, la doctrina y la jurisprudencia han ideado diferentes métodos para circunvalar este impedimento: en primer lugar, el no informar a la víctima de su derecho a guardar silencio ha sido una estrategia utilizada en algunos casos, no obstante de difícil aplicación a los niños y por tanto, se han ideado, en segundo lugar, estrategias que intentan que el menor no pueda ser perjudicado por la dispensa: las presunciones de capacidad para poder ejercitar la dispensa y en caso de no poseer la suficiente madurez, delegar la decisión de acogerse a la dispensa en el representante legal del menor, la admisibilidad de las declaraciones pre constituidas en fase de instrucción y el requisito de la corroboración.

5.1. La madurez del menor como criterio fundamental

La cuestión de la madurez de un menor y su capacidad para acogerse a la dispensa del deber de declarar ha sido objeto de un desarrollo jurisprudencial. La Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2010, de 15 de noviembre³⁴ dictaminó que, aunque el Juez de lo Penal no hubiera informado expresamente a la víctima de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurrían en el caso, indicaban una reveladora intención y voluntad de querer hacer primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado. La Sentencia consideró desacertada, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, y desproporcionada por su formalismo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical, al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el artículo 416 LECr, a la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo³⁵.

³³ VILLAMARÍN LÓPEZ (2012, pág. 20). Véase al respecto el informe que la autora cita en la nota a pie de página núm. 41 del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género en el Informe sobre la aplicación de la L.O. 1/2004, de enero de 2011.

³⁴ STC, núm. 94/2010, 15.11.2010 (RTC 2010\94).

³⁵ El Tribunal consideró que “siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el artículo 416 LECr [...] no puede [...] obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas” (FJ3º). Además, si es la víctima la que denuncia, ha considerado que prevenirla de su derecho a dispensa es superfluo y, en todo, no tiene ninguna relevancia su omisión, y que al denunciar se renuncia a este privilegio Véase *inter alia*

Al aplicar dicha línea jurisprudencial al ejercicio de la dispensa del deber de declarar por parte de un menor, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 699/2014, de 28 de octubre³⁶ se enfrentó con un problema jurídico de diferente envergadura. Si bien en la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2010 la falta de información no conllevó la nulidad del testimonio por parte de la mujer víctima de un delito de violencia de género, amparándose en la espontánea y concluyente actuación de la demandante de amparo, el caso planteado ante el Tribunal Supremo en la STS 699/2014 no concernía el ejercicio del derecho por parte de un adulto, sino por parte de un menor.

El padre del menor había sido condenado por un delito de abuso sexual a su hijo cuando éste último tenía cuatro años de edad. El demandante, el padre del menor, cuestionaba la validez de la principal prueba de cargo: las declaraciones del menor, fundamentándose en el hecho de que la declaración era invalorable puesto que el menor no había sido advertido de la dispensa que le concedía el artículo 416 de la LECr. Puesto que los testimonios de referencia recaían en dicha declaración, invalidando esta última, dichos testimonios carecían de la fuerza suficiente para desmontar por sí solos la presunción de inocencia.

La Sala del Tribunal Supremo, desestimó las alegaciones planteadas por el recurrente, ratificando la Sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz. Partiendo de la premisa de que el artículo 416 de la LECRIM es una garantía establecida para el testigo y no para el acusado³⁷, la Sentencia se ampara en el “desproporcionado formalismo” de invalidar la declaración del menor al no haber sido informado de su derecho a dispensa, al ser el menor demasiado inmaduro para acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo³⁸. Según la Sala no procedía efectuar al menor, ni durante la fase de instrucción, ni durante el juicio oral, la advertencia que contempla el 416 LECRIM, puesto que en primer lugar, el menor no tenía la madurez que se exige para decidir de forma personal y responsable cómo afrontar el conflicto y que, en segundo lugar, debido a este motivo, la decisión debía tomarla su representante legal, con la que no existía ningún conflicto de intereses. La Sentencia dictaminó que “un niño, ni con cuatro ni con siete, ni con ocho, ni con once años (acto del juicio oral), goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella. No hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador. Los artículos 162.1 del Código Civil y 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección

SSTS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 625/2007, 12.7.2007 (RJ 2007\5109, FJ Único); núm. 17/2010, 26.1.2010 (RJ 2010\1270, FJ 3º). Sin embargo, en los últimos años el Tribunal Supremo ha adoptado el criterio general de la obligatoriedad de la advertencia al testigo en todas las fases del proceso, incluso cuando el testigo haya denunciado el hecho VILLAMARÍN LÓPEZ (2012, pág. 21).

³⁶ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 699/2014, 28.10.2014 (RJ 2014\6445).

³⁷ “No se puede deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva” STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 699/2014, 28.10.2014 (RJ 2014\6445, FJ 2º).

³⁸ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 699/2014, 28.10.2014 (RJ 2014\6445, FJ 2º).

Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento. Esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas) (i); ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad (ii); y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿doce años?: algunas normas toman ese momento como referente significativo: vid, por todos, artículo 770 LEC) (iii)”³⁹. Prosigue la Sentencia 699/2014 destacando que: “Ha de rechazarse enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al “encarcelamiento” de un pariente cercano; aquí, su propio padre. Sin la certeza de que el menor reúne las *mínimas condiciones de madurez* intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades, no puede situarse de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización”⁴⁰.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 314/2015⁴¹, en respuesta a la Sentencia 699/2014, alertó de que existe un riesgo de admitir una declaración de un menor sin informarle de su derecho a dispensa puesto que también hay que rechazar “la escena de un menor que acarrea la idea de que ha sido causante de la sanción penal, incluso del encarcelamiento de su padre, y las consecuencias que ello puede provocar en el desarrollo del niño”⁴². Esta última Sentencia, avaló la estimación del Juez Penal de Primera Instancia de que el desarrollo psíquico de la menor, de nueve años de edad, era suficiente para tomar la decisión de acogerse o no a la dispensa⁴³. En este caso, la menor se había acogido a la dispensa del deber de declarar contra su padre por un delito de maltrato en el ámbito familiar.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 751/2015, de 14 de octubre de 2015⁴⁴ reconoció también la suficiente madurez de un menor de nueve años para decidir si acogerse o no a la dispensa. Este caso trataba un episodio de violencia de género, donde una de las pruebas utilizadas por la acusación consistía en la grabación de la declaración del hijo menor de una mujer que presuntamente había sido agredida por su expareja. Uno de los argumentos presentados por la defensa alegaba un defecto procesal fundamentado en la falta de información al menor de su derecho a dispensa reconocido por el artículo 416 de la LECRIM. La Sentencia dictaminó que la ley procesal no hace ninguna excepción con los menores, y que por tanto el menor tiene el mismo derecho a ser informado de su derecho a dispensa que el adulto⁴⁵. Los únicos con los que no existe dicha obligación son los menores que no tengan uso de razón, en base a lo dispuesto en el artículo 707 LECRIM. En este sentido, la Sentencia desarrolló la línea previamente abordada por la STS 699/2014, perfilando los criterios jurisprudenciales aplicables a

³⁹ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 699/2014, 28.10.2014 (RJ 2014\6445, FJ 2º).

⁴⁰ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 699/2014, 28.10.2014 (RJ 2014\6445, FJ 2º).

⁴¹ SAP Alicante, Sec. 10ª, núm. 314/2015, 21.7.2015 (JUR\2016\151712).

⁴² SAP Alicante, Sec. 10ª, núm. 314/2015, 21.7.2015 (JUR\2016\151712, FJ 2º).

⁴³ SAP Alicante, Sec. 10ª, núm. 314/2015, 21.7.2015 (JUR\2016\151712, FJ 2º).

⁴⁴ SAP Barcelona, Sec. 20ª, núm. 751/2015, 14.10.2015 (ARP 2015\1489).

⁴⁵ SAP Barcelona, Sec. 20ª, núm. 751/2015, 14.10.2015 (ARP 2015\1489, FJ 1º).

las presunciones de madurez. Según la Sentencia “la ausencia de ese uso de razón, presumible en las edades más tempranas, desaparece con el avance de los años, por la evolución ordinaria del ser humano, que comporta la adquisición paulatina de su madurez. El problema es deslindar los límites de esa madurez, o de ese uso de razón, al evolucionar las personas a diferentes ritmos”⁴⁶. La Sentencia prosigue remitiéndose al artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor que reconoce, tras la reforma efectuada en 2015, que el menor que tenga doce años cumplidos tiene suficiente madurez, y por lo tanto, está en el uso de su razón. La Sentencia sin embargo prosigue planteándose que, prefijado ese umbral, “[e]l quid de la cuestión radica, por tanto, en aquéllas situaciones que se encuentran bajo los doce años, pero en edades, desde luego, no inferiores a los seis, fijados como orientativos”⁴⁷. Dentro de dicha franja, dictamina la Sentencia, se deberá informar de la dispensa al testigo menor de edad, salvo que se acredite que el mismo está privado del uso de razón, o carece de madurez para comprender su alcance. Por tanto se deberá llevar a cabo un juicio sobre la eventual madurez del menor basado en el artículo 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor⁴⁸.

Recientemente el Tribunal Supremo ha elaborado su jurisprudencia en lo concerniente al ejercicio de la dispensa por menores de edad. La Sentencia núm. 209/2017, de 28 de marzo⁴⁹ valoró que la menor gozaba de suficiente madurez con 17 años de edad cuando el/la juez de instancia le ofreció acogerse a la dispensa en el juicio oral. La menor, acompañada de su madre había denunciado distintos tocamientos lascivos por parte de su progenitor. En la fase de instrucción, pese a haber sido advertida del derecho a no declarar en contra de su padre, la menor ratificó la denuncia en su día formulada. El día del juicio oral la menor sin embargo se acogió a la dispensa del deber de declarar contra su padre. La Sentencia argumentó que, al igual que las anteriormente consideradas, “el acceso a la dispensa del deber de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECr. no está supeditado a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tome en consideración en función de su edad y su madurez [...] no es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez [...] el déficit de capacidad derivado de la minoría de edad no goza de un tratamiento unitario en nuestro sistema legal”⁵⁰. Concluye defendiendo que la obligación de oír a los menores en

⁴⁶ SAP Barcelona, Sec. 20ª, núm. 751/2015, 14.10.2015 (ARP 2015\1489, FJ 1º).

⁴⁷ SAP Barcelona, Sec. 20ª, núm. 751/2015, 14.10.2015 (ARP 2015\1489, FJ 1º).

⁴⁸ Artículo 9.2 LPJM “Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez *cuando tenga doce años cumplidos*”.

⁴⁹ STS, 209/2017, 28.3.2017.

⁵⁰ La Sentencia recurre a otras normas en las que se establecen edades a partir de las cuáles existen presunciones de madurez: “Así, con 12 años el menor no solo ha de ser necesariamente oído en los procedimientos de separación y divorcio de sus progenitores (artículo 700 LEC), sino que también a partir de esa edad biológica el menor ha de consentir su adopción (artículo 177). Los mayores de 14 años pueden testar (artículo 663 CC), y el de 16 años puede consentir la emancipación y el emancipado, a su vez, puede contraer matrimonio (artículo 317 y 46 CC). El consentimiento previsto en el artículo 9 de la Ley reguladora de la autonomía del paciente, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, corresponde al mayor de 16 años que no tengan su capacidad modificada judicialmente y sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, salvo en caso de actuaciones de grave riesgo para su vida e integridad, supuestos estos en los que en todo caso habrá de manifestar su opinión. Por su parte, el Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015 reconoce a los mayores de 16 años

aquellos aspectos que les afecten es incuestionable y que hay que tomar en consideración su opinión “en función de su edad y madurez” en base a lo dispuesto en el artículo 9 LORJM. Oír al menor, exigirá “además de la constatación de la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de desarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego, en definitiva, para decidir de manera libre y responsable”⁵¹. En este sentido, cuando la ley no prevea de forma expresa el límite de edad será discutible “[s]i cabe fijar un esquema más o menos rígido, o analizar en cada supuesto la edad recomendable en atención a la envergadura de la decisión”⁵², donde, en cualquier caso, siempre será necesario un ejercicio de ponderación sobre el nivel de madurez del menor.

En línea con la Sentencia anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 367/2017 de 19 de mayo⁵³ absolvió al padre de una menor por abuso sexual debido a la falta de pruebas. El acusado alegó vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva fundamentándose, *inter alia*, en la falta de advertencia a la menor de su derecho a no declarar amparado por el artículo 416 por parte de los profesionales que le tomaron declaración durante la fase de instrucción. El Tribunal consideró que, de conformidad con amplias referencias jurisprudenciales⁵⁴, “las manifestaciones de carácter inculpatario vertidas de ese modo están afectadas de nulidad y no debieron ser utilizadas con fines de prueba”⁵⁵. De este modo el TS de manera taxativa impide la admisión de declaraciones formuladas sin informar al menor de su derecho a dispensa.

5.2. La atribución del derecho al representante legal del menor en caso de inmadurez

Fundamentado en dicho razonamiento, la Sentencia 699/2014 establece que dicha facultad habrá de confiarse a los representantes legales del menor, aunque no lo especifique la ley procesal penal. En caso de que exista un conflicto de intereses con uno de los progenitores, será el otro progenitor el llamado a adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor, tal y como establece el artículo 163 CC. En caso de que dicha falta formal exista, también en relación al progenitor, si este último se ha personado como acusación particular, la obligación formal deja de existir al excluirse del ámbito del 416 de la LECRIM los supuestos de los testigos que están personados como acusación en el proceso en base a la STC 94/2010 y el Acuerdo Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del TS de 24 de abril del 2013. Esta cuestión ha sido corroborada por Sentencias posteriores.

La SAP de Alicante 314/2015 consideró que la menor tenía el suficiente desarrollo psíquico con

capacidad para consentir libremente relaciones sexuales, aunque en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los relativos a la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores, el dintel cronológico de protección se eleva a la mayoría de edad” (FJ 4º).

⁵¹ STS, 209/2017, 28.3.2017.

⁵² STS, 209/2017, 28.3.2017.

⁵³ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 367/2017, 19.5.2017 (RJ\2017\2439).

⁵⁴ Véase las SSTS, 2ª, núm. 1421/2005, 30.11.2005 (RJ 2006, 322); núm. 385/2007, 10.5.2007 (RJ 2007, 3261); y núm. 209/2017, 28.3.2017, y, en particular en la STS, 2ª, núm. 1010/2012, 21.12.2012 (RJ 2012, 11336).

⁵⁵ STS, 367/2017, 19.5.2017 (FJ 1º).

nueve años de edad, aun así se planteó el supuesto de que la niña careciera de la capacidad necesaria, en cuyo caso debería haberse ofrecido el ejercicio del derecho a la madre⁵⁶. La Sentencia destacó sin embargo, que si bien en los casos de la STS 94/2010 y la STS 166/2014 se podía defender la inequívoca voluntad de prestar declaración inculpatoria contra el acusado, no sucedía lo mismo en el caso planteado, puesto que, no habiendo sido informada de su derecho a dispensa, no se podía inferir, del comportamiento de la madre de la menor, que tuviera voluntad alguna de ejercer acción penal o civil y que por dicho motivo se podía concluir que “en el caso de haber sido informada de la repetida excusa, habría decidido, como madre de la testigo menor, que ésta no prestara declaración contra su padre”⁵⁷.

La SAP de Barcelona 751/2015 considera que si se estimara que el progenitor, a quién le debiera de corresponder ejercitar la dispensa en caso de que el menor no fuese lo suficientemente maduro, tuviera un conflicto de intereses con el niño, se debería nombrar a un defensor o representante de urgencia para que junto con el menor pudiera valorar si ejercitaba o no la dispensa⁵⁸. La Sentencia, remitiéndose al artículo 9 de la LOPJM, argumenta que “[s]i se estimase que el menor no tuviese la suficiente madurez [argumenta la Sentencia] se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente”⁵⁹.

5.3. Las declaraciones pre-constituidas del menor en fase de instrucción y la prueba de corroboración

En el ordenamiento español, anteriormente a la reforma llevada a cabo por la Ley 4/2015 el Tribunal Supremo consideraba en la mayoría de ocasiones inadmisibles las declaraciones sumariales de las víctimas y testigos si decidían guardar silencio en el juicio oral. Para superar dicho impedimento, la jurisprudencia y la doctrina han propuesto que la admisibilidad de las declaraciones prejudiciales se permita tanto por la vía del artículo 730 de la LECr como por la del artículo 714 de la LECr. Estos artículos contemplan dos excepciones a la práctica de la prueba en el juicio oral que habilitan la lectura de las diligencias en el sumario sin que la víctima y el testigo tenga que declarar.

El artículo 714 de la LECr permite que “[c]uando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes”. El Tribunal Supremo, sin embargo, no ha validado esta interpretación puesto que el supuesto del artículo 714 prevé una contradicción entre declaraciones. De esta forma el Alto Tribunal ha considerado que el artículo 714 “[t]ampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial [...] que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el juicio oral. Precepto

⁵⁶ SAP Alicante, 314/2015 (FJ 2º).

⁵⁷ SAP Alicante, 314/2015 (FJ 2º).

⁵⁸ SAP Barcelona, 751/2015 (FJ 1º).

⁵⁹ SAP Barcelona, 751/2015 (FJ 1º).

justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del juicio oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a los declarado en el sumario”⁶⁰.

Por otra parte, otra de las propuestas por parte de la doctrina se ha centrado en la reforma al artículo 730 de la LECr proponiendo una excepción cuando la víctima se acoja a su dispensa de declarar en el juicio oral y permita la introducción de las declaraciones sumariales mientras hayan sido practicadas con las debidas garantías puesto que la persecución de los delitos de violencia intrafamiliar es “una cuestión de interés público y al ser perseguibles de oficio no pueden depender de la voluntad de las partes”⁶¹. No obstante, el Tribunal Supremo ha considerado que el artículo 730 “presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley. Llamar a esto “imposibilidad jurídica” para justificar la aplicación del artículo 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende”⁶².

No obstante, tras un largo reclamo que ha venido apelando una reforma legislativa que permita la posibilidad de admitir estas declaraciones⁶³, y la Directiva 2012/29/UE, la reciente reforma llevada a cabo por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, el artículo 730 LECr finalmente ha permitido leer o reproducir a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección. Hasta la mencionada reforma, gracias a la Directiva 2012/29/UE, “la jurisprudencia del Tribunal Supremo guard[aba] una cierta dosis de ambigüedad y así, si bien mant[enía] la prohibición de la lectura para los supuestos de testigos que no declaran en el juicio oral, sost[enía] su viabilidad en los casos en los que son los propios

⁶⁰ SSTS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 31/2009, 27.1.2009 (RJ 2009\1389); y núm. 121/2009, 12.2.2009 (RJ 2009\914).

⁶¹ MONTESINOS GARCÍA (2012), “La Dispensa De Declarar De Las Víctimas De Violencia De Género”, *Teoría Y Derecho: Revista De Pensamiento Jurídico*, núm. 11, págs. 218-249, pág. 234.

⁶² Véase *inter alia* STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 703/2014, 29.10.2014 (RJ 2014\5422).

⁶³ MAGRO SERVET (2008), “Necesidad de la práctica de la prueba pre-constituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos contra la libertad sexual”, *Diario La Ley*, núm. 6972; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA (2009), “Valor de la declaración de la víctima menor de edad en la fase de instrucción del proceso penal español”, *Diario La Ley*, núm. 710. MONTESINOS GARCÍA (2017), “La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral”, en FUENTES SORIANO (Dir.), *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 239 - 250.

acusados quienes guardan silencio en el juicio oral”⁶⁴.

Aun así una cuestión que ha planteado problemas ha sido el uso de declaraciones en sede prejudicial cuando en el juicio oral el menor se acoge a la dispensa. La Sentencia 314/2015 de la Audiencia Provincial de Cádiz se enfrentó a la problemática planteada por la admisibilidad de la declaración pre-constituida cuando el menor se acoge a su dispensa en el juicio oral. Según esta Sentencia, ni la menor ni su madre fueron informadas de su derecho a dispensa para la práctica de la prueba pre-constituida, criterios que, según el TS, conducen a la falta de idoneidad de la declaración prestada para fundar una sentencia penal de condena⁶⁵. Aun así, precisa la Sentencia, si en fase de instrucción la madre hubiera sido informada, incluso habiendo permitido que la menor declarara, “tal declaración no podría fundamentar la condena, puesto que la menor se acogió a la dispensa en el juicio oral”⁶⁶. La Sentencia se ampara de esta manera en la STS 129/2009, de 10 de Febrero⁶⁷ en la que el TS declaró que “la libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral, que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el artículo 707 de la LECr, en relación con el artículo 416 de la LECr, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial”⁶⁸.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 751/2015, de 14 de octubre, valoró la admisibilidad de la grabación de la declaración del hijo del acusado, acusado de un delito de lesiones contra la madre del menor. La defensa se amparó en que la declaración del menor, obtenida durante la fase de instrucción, se había obtenido sin respeto al principio de contradicción. La Sentencia se amparó en el artículo 433 de la LECr para valorar la admisibilidad de la declaración vertida en fase de instrucción, concluyendo que, si bien la declaración se había obtenido de conformidad con las normas procesales, el problema surgía desde el momento en que la exploración del niño no se propuso para su práctica en el acto del juicio. Si bien dicha exploración no se había llevado a cabo para evitar una victimización secundaria en el menor, su falta provocó la invalidez del visionado de la prestada en la fase de instrucción, puesto que provocaba indefensión al no haber dado a la defensa la posibilidad de intervenir en la exploración ni proponer preguntas para que fueran formuladas al menor, vulnerando por tanto el principio de contradicción⁶⁹.

El Tribunal Supremo en su Sentencia 209/2017 de 28 de marzo⁷⁰ absolvió al padre de un menor por un delito continuado de agresión sexual debido a la falta de pruebas por acogerse la testigo víctima de los hechos, de 17 años de edad a la fecha del juicio, al derecho a no declarar en contra del acusado. Dicha Sentencia subraya la posición ambigua por parte del TS que ha oscilado, a la

⁶⁴ LOZANO EIROA (2012), “El derecho al silencio del imputado en el proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 7925, pág. 5.

⁶⁵ SAP Alicante, 314/2015, 21.7.2015 (FJ 2º).

⁶⁶ SAP Alicante, 314/2015, 21.7.2015 (FJ 2º).

⁶⁷ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 129/2009, 10.2.2009 (RJ 2009\446).

⁶⁸ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 129/2009, 10.2.2009 (RJ 2009\446).

⁶⁹ SAP Barcelona, 751/2015, 14.10.2015 (FJ 1º).

⁷⁰ STS, 209/2017, 28.3.2017.

hora de pronunciarse sobre los efectos que se pudieran derivar de la negativa a declarar y de los que este silencio proyecta sobre ulteriores comportamientos procesales. Por una parte, precedentes jurisprudenciales se han inclinado por dar validez a las declaraciones de la víctima que haya denunciado espontáneamente los hechos para obtener protección, respecto a quien no se ha aplicado la dispensa del artículo 416 LECr⁷¹. Por otra parte, aquéllas que han negado la posibilidad de rescatar las declaraciones inculpativas que en fase de instrucción o en el atestado hubiera prestado la víctima que en el plenario se acogió a la dispensa⁷². La Sentencia, con la finalidad de fijar una doctrina clara en esta materia, para dar seguridad jurídica al sistema, recurriendo al Acuerdo del Peno no jurisdiccional de la Sala II con fecha de 24 de abril de 2013, trae a colación las dos excepciones permitidas a la dispensa "a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga al efecto. b) Supuestos en que el testigo está personado como acusación en el proceso". En el caso planteado, al momento en que se denunciaron los hechos la personación fue decidida por la madre de la menor, al tener la niña quince años. En el momento del juicio oral, sin embargo la menor, contando con diecisiete años de edad y por tanto contando según el tribunal con la suficiente madurez, expresó su voluntad inequívoca de no querer declarar contra su progenitor y de querer ejercitar acciones penales, con la consecuente decisión del Tribunal de apartar del proceso a la acusación particular que actuaba en su nombre, vetando la posibilidad de practicar la prueba propuesta a su instancia⁷³.

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 367/2017 de 19 de mayo⁷⁴ absolvió al padre de una menor por abuso sexual debido a la falta de pruebas. El acusado alegó vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva fundamentándose en, además de la nulidad de las manifestaciones de carácter inculpativo sin advertencia del derecho a dispensa del menor, en la falta de oportunidad dada a la defensa de intervenir o presenciar directa o indirectamente por un medio audiovisual el modo en que esa actuación se llevó a cabo. En este sentido las manifestaciones de la menor en fase de instrucción no fueron nunca sometidas a contradicción y por tanto la defensa careció de cualquier oportunidad de interrogar, directa o indirectamente, a la menor en todo el curso del procedimiento. El Tribunal hace referencia a la jurisprudencia del TEDH que admite declaraciones formuladas en fase de instrucción que no hayan sido sometidas a contradicción mientras hayan sido contrapesadas "si se hubieran dado medidas aptas para llevar a cabo una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración de cargo de que se trate, a partir de testimonios prestados fuera del juicio oral"⁷⁵. Aun así en dicho caso, dichas manifestaciones no podían valorarse debido a su nulidad por no haber informado al menor de su derecho a dispensa y el testimonio de referencia de los facultativos era del todo

⁷¹ Así las sentencias del STS, núm. 1225/2004, 27.10.2004 (RJ 2004, 6857); núm. 625/2007, 12.7.2007 (RJ 2007, 5109); núm. 160/2010, 5.3.2010 (RJ 2010, 4057); o núm. 288/2012, 19.4.2012 (RJ 2012, 5756).

⁷² Así las SSTs, núm. 101/2008, 20.2.2008 (RJ 2008, 1416); núm. 31/2009, 27.1.2009 (RJ 2009, 1389); núm. 629/2009, 10.2.2009; núm. 160/2010, 5.3.2010; núm. 459/2010, 14.5.2010 (RJ 2010, 5805); o núm. 1012/2012, 21.12.2012 (RJ 2013, 479).

⁷³ STS, 209/2017, 28.3.2017 (FJ 5º).

⁷⁴ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 367/2017, 19.5.2017 (RJ\2017\2439).

⁷⁵ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 367/2017, 19.5.2017 (RJ\2017\2439, FJ 1º), citando la STS, núm. 686/2016, 26.7.2016 (RJ 2016, 4209).

inadmisible como aval al no haber sido prestadas con las necesarias garantías⁷⁶.

Recientemente el Tribunal Supremo, a través del acuerdo alcanzado el 23 de enero de 2018⁷⁷ sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECRIM ha resuelto que “[e]l acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida”⁷⁸. El Alto Tribunal no precisa ninguna excepción en relación a los menores.

6. Sobre las presunciones de madurez o de capacidad

La madurez de un menor ha sido un criterio fundamental para validar el ejercicio de la dispensa por parte de los Tribunales nacionales. La jurisprudencia ha demostrado cierta incongruencia al respecto. Por una parte, en caso de considerar al menor inmaduro, la falta de información de su derecho a dispensa no ha sido considerada determinante para invalidar su declaración, al ser considerado el menor incapaz para el ejercicio del derecho. Por otra parte, la jurisprudencia ha defendido que la no información al menor invalida automáticamente la declaración, sea el menor suficientemente maduro o no.

Para justificar su postura, los Tribunales han desarrollado líneas argumentativas tomando como referente las presunciones de madurez. Este apartado pretende indagar sobre esta cuestión, ahondando, en primer lugar, sobre el origen histórico de la presunción de madurez como categoría jurídica y, en segundo lugar, la tendencia en derecho internacional a preferir juicios ponderativos sobre el establecimiento en el derecho o en la jurisprudencia de categorías rígidas fundamentadas en la edad física del menor.

6.1. Las presunciones de madurez como categorías rígidas en la valoración del testimonio infantil

Los niños llevan siglos declarando como sospechosos y acusados y como víctimas y testigos en los tribunales de justicia, pero el valor que se le ha dado a sus declaraciones ha cambiado con el paso del tiempo⁷⁹. Históricamente la posibilidad de que los niños testificasen fue rechazada por estudiosos del derecho y de la psicología forense. J. Varendock, un psicólogo belga, en 1911 exclamó “¡Cuándo vamos a renunciar, en todas las naciones civilizadas, a escuchar a los niños en

⁷⁶ STS, 2ª, Sec. 1ª, núm. 367/2017, 19.5.2017 (RJ\2017\2439, FJ 1º).

⁷⁷ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2018), *Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del tribunal Supremo de 23 de enero de 2018*, Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrim-.

⁷⁸ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2018), *Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del tribunal Supremo de 23 de enero de 2018*, Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrim-.

⁷⁹ GOODMAN (1984), “Children’s testimony in historical perspective”, *Journal of Social Issues*, vol. 40, núm. 2, pág. 9-31, pág. 9.

los tribunales de justicia!”⁸⁰.

Los primeros estudios sobre el testimonio infantil destacaban que los niños son los más peligrosos de entre todos los testigos⁸¹. Según Goodman, estereotipos de la niñez han impregnado la cultura occidental desde tiempos inmemoriales⁸², reflejándose en ella una “imagen ambivalente de los niños; se les ve inocentes y veraces, pero al mismo tiempo manipulables o incluso retorcidos. Un niño que informa de un asalto sexual puede ser visto como una víctima inocente y veraz o como una criatura de una incontrolable fantasía sexual. Un niño que es testigo de un asesinato puede ser visto como que no tiene ninguna razón para mentir, pero a su vez muy sugestionable”⁸³.

La regulación del testimonio de los menores ha variado mucho dependiendo del sistema jurídico en el que se ha desarrollado. Históricamente, a los niños, se les prohibía testificar. Ya entrados en el siglo XIII, algunas normas comenzaron a desarrollarse en relación a la facultad de ciertas personas para comparecer como testigos⁸⁴: “el derecho canónico rechazó el testimonio de todos los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce años, de los ciegos y los sordos y mudos, de los esclavos, personas infames, y los condenados por el crimen, de personas

⁸⁰ “When are we going to give up, in all civilised nations, listening to children in courts of law?”. GOODMAN (1984, pág. 9).

⁸¹ “[C]hildren are the most dangerous of all witnesses”. GOODMAN (1984, pág. 9).

⁸² Salem, un pueblo en Massachussetts, en 1692 vivió un momento aterrador de su historia. Unas niñas adolescentes acusaron a una mujer esclava de brujería y de ser responsable por los síntomas que estaban experimentando. La gente del pueblo creyó a las niñas y resultó en una histeria generalizada. Poco tiempo después, los adultos comenzaron a sentir los mismos síntomas y a acusarse los unos a los otros. Morison en 1972 describió la escena de la siguiente manera: “the afflicted children, finding themselves the object of attention, and with the exhibitionism natural to young wenches, persisted in their charges for fear of being found out, and started a chain reaction” (subrayado propio). Goodman se pregunta que, aun existiendo en Nueva Inglaterra antes y después de 1692 el miedo a la brujería, ¿qué fue lo que produjo tal nivel de histeria que llevó ese mismo año a ejecutar a veinte personas en contraposición a las únicas dos que habían sido ejecutadas antes de 1692? Goodman ofrece una interpretación alternativa a la manipulación y la naturaleza exhibicionista de los niños que retrata Morison, basándose en unos estudios llevados a cabo por Carporael y Matossian, que plantearon la hipótesis de que posiblemente los síntomas que las personas de Salem experimentaron ese año se pudo deber a un envenenamiento ocasionado por un hongo que crece típicamente en el centeno. Según estos investigadores los habitantes de Salem consumían diariamente centeno y que ese mismo año, debido a las lluvias, había sido propenso al crecimiento y propagación del hongo. Los síntomas del ergotismo, envenenamiento ocasionado por dicho hongo, coinciden con los síntomas descritos por los habitantes de Salem: hormigueo (una sensación de tener hormigas dentro de la piel, bloqueo de la orina, delirio (alucinaciones, visiones de demonios), etc. Parece además que el ergotismo se manifiesta primero en los niños y adolescentes y a más largo plazo en los adultos. Esto podría explicar las visiones y alucinaciones descritas por las niñas de Salem, que posteriormente fueron descritas por los adultos de Salem, que no se debieron a brujería ni a la supuesta naturaleza malévola de los niños, sino a un envenenamiento por la comida. CAPORAEL (1976), “Ergotism: the Satan loosed in Salem”, *Science*, vol. 192, núm. 4234, págs. 21-26; MATOSSIAN (1982), “Views: Ergot and the Salem Witchcraft Affair: An outbreak of a type of food poisoning known as convulsive ergotism may have led to the 1692 accusations of witchcraft”, *American Scientist*, vol. 70, núm. 4, págs. 355-357, citados en GOODMAN (1984, págs. 10-11).

⁸³ “The traditional interpretation of the events at Salem reflects cultural beliefs about children. Similar beliefs are evident in the special laws that still govern testimony by child witnesses. Our culture holds ambivalent views about children; they are seen as innocent and truthful, but at the same time as manipulable or even devious. A child who reports a sexual assault may be seen as an innocent, truthful victim or as a creature of uncontrolled sexual fantasy. A child who witnesses a murder may be viewed as having no reason to lie, but as being highly suggestible”. GOODMAN (1984, pág. 11).

⁸⁴ ROWLEY (1938), “The Competency of Witnesses”, *Iowa Law Review*, vol. 24, pág. 488.

excomulgadas, de las personas pobres y de las mujeres en los casos penales, de las personas relacionadas con cualquiera de las partes por consanguinidad y afinidad, o que pertenecían al servicio doméstico de cualquiera de las partes, de los enemigos de cualquiera de las partes y de los judíos, herejes y paganos”⁸⁵. Así, en el derecho canónico se excluía a todos los testigos que no hubieran llegado a la pubertad⁸⁶.

El *common law* cambió la edad establecida en el derecho canónico. Se fijaron unas franjas de edad a partir de las cuáles el niño podía testificar pero con ciertas limitaciones y prescribiendo a partir de qué momento no se debía limitar. Así se estableció en el ordenamiento inglés que por debajo de los cuatro años los niños no podrían testificar, de los cuatro a los catorce se estableció una presunción de incapacidad (*presumption of incompetency*)⁸⁷ y a partir de los catorce años una presunción de capacidad (*presumption of competency*)⁸⁸.

Entre los cuatro y los catorce años, la presunción de incapacidad podía enervarse en caso de que el niño prestara una declaración jurada (*oath*). Generalmente en los sistemas del *common law* las declaraciones juramentadas eran un requisito para poder testificar o comparecer como testigo en un juicio⁸⁹. Se trataba de un examen por parte del juez de si el niño sabía diferenciar entre el bien y el mal y las consecuencias de contar mentiras. Si un niño entendía las consecuencias de mentir como algo que podía implicar una condena de ir al infierno (lo que debía ser determinado por el juez) se le permitía testificar⁹⁰. Si el niño no parecía conocer las consecuencias del fuego infernal o

⁸⁵ “The canon law rejected the testimony of all males under fourteen and females under twelve, of the blind and the deaf and dumb, of slaves, infamous persons, and those convicted of crime, of excommunicated persons, of poor persons and women in criminal cases, of persons connected with either party by consanguinity and affinity, or belonging to the household of either party, of the enemies of either party, and of Jews, heretics and pagans” COLLINS y BOND (1953), “Youth as a bar to testimonial competence”, *Arkansas Law Review*, vol. 8, pág. 107; ROWLEY (1938, pág. 482).

⁸⁶ HOLDSWORTH (1927), *History of English Law*, 3rd ed., citado en ROWLEY (1938, pág. 488).

⁸⁷ Estas franjas son orientativas puesto que no coinciden de un país a otro y pueden variar entre sí. Así Estados Unidos prohibía que un niño testificase cuando fuese menor de los siete años de edad en vez de los cuatro. GOODMAN (1984, pág. 12).

⁸⁸ ROWLEY (1938, pág. 488).

⁸⁹ Esto fue el origen del desarrollo del delito tipificado en el *common law* como “perjury”.

⁹⁰ En un caso que data de 1684 en Reino Unido, *Rex V Braddon and Speke*, en que se determinó la capacidad del menor de 13 años de la siguiente manera. GOODMAN (1984, pág. 12); SPENCER y FLIN (1990), *The evidence of children: The law and the psychology*, Blackstone Press, págs. 48-49:

Judge: What age are you of?

Witness: I am 13, my lord.

Attorney: Do you know what an oath is?

Witness: No.

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

Witness: Yes.

Judge: Who is it?

Witness: The devil.

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

Witness: Yes.

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

de la divina venganza, se le enviaba a formación religiosa. Incluso el juicio podía retrasarse para que el menor recibiera la instrucción religiosa necesaria para declarar⁹¹.

Fue a partir del Siglo XVIII, con el desarrollo de la teoría racionalista de la prueba que el trato cambió. Los casos de abuso sexual infantil suponían frecuentemente que si el menor era presumido incompetente y no satisfacía el examen del juez, se sobreescribía o archivaba el caso debido a que la acusación se quedaba sin pruebas para imputar al demandado por el menor. Este hecho fue denunciado tanto por Bentham como por Wigmore. Bentham alertó ya en 1827 que “[e]l niño puede haber sido abusado y mutilado [pero] el malhechor queda sin ser castigado”⁹². Más adelante, Wigmore aportó una visión revolucionaria del testimonio por parte de los niños, precisando que la evidencia de cualquier niño, incluso el más pequeño, tenía algún elemento de valor⁹³ y que “[u]na visión racional de las peculiaridades de la naturaleza del niño, y del curso diario de la justicia en nuestros tribunales, debe conducir a la conclusión de que el esfuerzo de medir, *a priori*, los grados de confianza en las declaraciones de los niños, y para distinguir el punto en el que dejan de ser totalmente increíbles y adquieren de repente un cierto grado de credibilidad, es inútil e improductivo [...] Reconociendo, por un lado la disposición infantil para tejer romances y tratar la imaginación como verdad, y por el otro la ingenuidad arraigada de los niños y su tendencia a hablar directamente lo que está en su mente, se debe concluir que los más sensato es poner al niño en el estrado para dar testimonio para lo que se considere valga la pena. Con este fin debe de aprobarse legislación. Para ser genuinamente estrictos la aplicación del requisito actual es o imposible o injusto, ya que nuestras exigencias son contrarias a los hechos de la naturaleza del niño”⁹⁴.

La visión dominante de la época daba por sentado que la naturaleza de los niños tiende a no saber distinguir entre imaginación y realidad. Wigmore se opuso a la presunción de incapacidad inserta en el derecho de la época y a la injusticia de un sistema que prohibía el testimonio de un niño como prueba. Si ya se había aceptado la injusticia de la prohibición del testimonio de personas incapacitadas mental o moralmente, se debía proceder a reformas legislativas que permitieran el testimonio de los niños. Wigmore precisó que establecer una edad fija a partir de la cual la credibilidad de un niño pasara de ser totalmente increíble a poseer cierto grado de

Witness: I should go to hell-fire.

⁹¹ GOODMAN (1984, pág. 13).

⁹² “[T]he child may have been abused and mangled [but] the malefactor goes unpunished” BENTHAM (1827), *A Rationale for Judicial Evidence*, citado en SPENCER y FLIN (1990, pág. 56).

⁹³ Según Wigmore, si se aceptaba como prueba el que un perro reconociera un olor, parecía absurdo que, aceptándose este tipo de prueba, se siguiera sin permitir las declaraciones de los niños como prueba en un juicio. WIGMORE (1940), *Evidence*, sect. 509, citado en SPENCER y FLIN (1990, pág. 56).

⁹⁴ “A rational view of the peculiarities of child nature, and of the daily course of justice in our courts, must lead to the conclusion that the effort to measure a priori the degrees of trustworthiness in children’s statements, and to distinguish the point at which they cease to be totally incredible and acquire suddenly some degree of credibility, is futile and unprofitable...Recognizing on one hand the childish disposition to weave romances and to treat imagination for verity, and on the other the rooted ingenuousness of children and their tendency to speak straight forwardly what is in their minds, it must be concluded that the sensible way is to put the child upon the stand to give testimony for what it may seem to be worth. To this result legislation must come. To be genuinely strict in applying the existing requirement is either impossible or unjust; for our demands are contrary to the facts of child nature”. WIGMORE (1940), *Evidence*, sect. 509.

credibilidad era fútil y poco satisfactorio. Así, según este autor, el examen de la capacidad para ser testigo por parte del juez no tenía sentido, el niño tenía el mismo derecho a declarar y ya luego el jurado decidiría sobre su credibilidad.

El requisito de la capacidad para ser testigo está fundamentado en una creencia arcaica de que los niños por debajo de cierta edad y nivel de comprensión son, o demasiado insensibles, o amorales, como para que se les pueda escuchar. Eventualmente estos límites de edad comenzaron a eliminarse en numerosos ordenamientos jurídicos. Finalmente, en 1779, en Reino Unido, en el caso *Rex v Braiser*, se tuvo que decidir sobre si admitir el testimonio de una niña de cinco años como prueba en un caso de abuso sexual al no existir más pruebas aparte de su testimonio. Los jueces decidieron finalmente que no debía existir en derecho una regla que fijase de manera estricta a partir de qué edad los infantes debían de ser excluidos de dar testimonio, fijándola el juez de manera discrecional⁹⁵.

Ya, a principios del siglo XX varias reformas en la legislación dentro del *common law* permitieron ciertos avances en la eliminación de la discriminación del testimonio de los niños. En Reino Unido, la *Sección 38 del Children and Young Persons Act* de 1933 permitía a un niño que, aun no entendiendo la naturaleza de un juramento, prestara declaración no juramentada “si, en opinión de la Corte, está dotado de suficiente inteligencia para justificar la recepción de las pruebas, y comprende el deber de decir la verdad”⁹⁶. En Estados Unidos no obstante existen en la actualidad leyes, en algunos estados, que mantienen vigente la presunción de incapacidad antes de que el menor cumpla una edad, generalmente los diez años de edad, por debajo de la cual los menores serán presumidos incapaces de testificar a no ser que se pueda demostrar lo contrario⁹⁷, aunque la tendencia general es la eliminación de cualquier barrera que presuma la incapacidad⁹⁸.

En el derecho continental hubo mayor influencia del derecho canónico que en el *common law*, fijando el límite de la edad, para que los menores pudieran testificar, en los doce años las niñas y catorce años los niños, la edad de la pubertad⁹⁹. Las reglas estrictas y rígidas que prevalecieron durante la Edad Media, convertían al juez en un simple aplicador de la ley, lo que fue la antesala de que posteriormente, autores como Beccaria o Voltaire propusieran un cambio que condujo hacia un sistema basado en la valoración libre de la prueba, en el que al juez se le otorgaban amplias capacidades para decidir según el principio de la *preuve morale*. Esto posteriormente evolucionaría para convertirse eventualmente en el principio de la “íntima convicción” (*intime conviction*)¹⁰⁰.

La evolución de estos principios y su integración en los sistemas penales continentales,

⁹⁵ GOODMAN (1984, pág. 12).

⁹⁶ “If, in the opinion of the court, he is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth”, SPENCER y FLIN (1990, págs. 401-403).

⁹⁷ GOODMAN (1984, pág. 12).

⁹⁸ GOODMAN (1984, pág. 12).

⁹⁹ HOLDSWORTH (1927), *History of English Law*, 3rd ed., citado en ROWLEY (1938, pág. 488).

¹⁰⁰ LANGBEIN (2012), *Torture and the law of proof: Europe and England in the Ancien Régime*, University of Chicago Press.

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

El testimonio de los menores, por tanto, no se sometía a reglas de exclusión estrictas basadas en presunciones de incapacidad, sino a la credibilidad del menor y la convicción moral del juez de su testimonio. Por ese motivo los países de jurisdicción continental, debido a la herencia de la libre valoración de la prueba y la convicción íntima, no desarrollaron reglas de exclusión del testimonio de los menores, de igual manera que los anglosajones, incluso más bien se opusieron a ellas, como herencia del derecho romano tan criticado por la ilustración. Cabe precisar de todos modos, que los dos sistemas tampoco diferían mucho en su manera de tratar el testimonio infantil. Si bien en el sistema continental la discrecionalidad del juez era absoluta (en cuyo caso, la posibilidad del menor de ser oído dependía de que se encontrara con un juez más o menos dispuesto a considerarle, ya que los prejuicios por parte del juez hacia el valor del testimonio aportado por un infante eran muy difíciles de controlar), en el sistema anglosajón, la presunción de incapacidad para testificar (y el prejuicio que llevaba aparejada) se infiltraba en el derecho, en cuyo caso la discrecionalidad del juez se encontraba más limitada y las cargas sobre la acusación eran fuertes al tener que demostrar la capacidad del menor para poder imputar al sospechoso.

Resumiendo, el derecho comparado evolucionó hacia la eliminación de las barreras al testimonio de los menores, estableciendo criterios orientadores en la valoración de la prueba conforme a la edad y madurez del menor abandonando la limitación estricta marcada por una edad a partir de la cual se podía escuchar al niño en el proceso y dar peso o credibilidad a su testimonio¹⁰¹. Hoy en día el valor que se le ha ido atribuyendo al testimonio aportado por los niños ha evolucionado, de no ser considerado en absoluto a ser considerado como prueba fiable. Sin embargo continúan existiendo límites. Como indica la Observación General N° 5 del Comité de los Derechos Niño sobre *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*¹⁰², el acceso a la justicia sigue siendo un reto enorme para los niños. Eso se debe fundamentalmente a los siguientes motivos: la complejidad del sistema de justicia; el carácter intimidatorio del sistema para los niños; falta de accesibilidad para ellos puesto que dependen del apoyo de los adultos y carecen de recursos para afrontar las tasas judiciales; además de las barreras culturales y de asignación de recursos que pueden afectar a niños con problemas añadidos, como los niños con discapacidad, niñas provenientes de culturas en que la denuncia de los hechos cometidos en la vida privada está mal vista, niños migrantes y refugiados y problemas derivados de situaciones irregulares, entre otros¹⁰³.

¹⁰¹ SPENCER y FLIN (1990, págs. 401-403).

¹⁰² COMITÉ DE LOS DERECHOS NIÑO, OBSERVACIÓN GENERAL NO. 5 (2003) *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

¹⁰³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe: *Access to justice for children*, 16 Diciembre 2013, A/HRC/25/35, págs. 6-7, disponible en www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/.../A-HRC-25-35_en.doc.

6.2. De categorías rígidas a un juicio ponderativo

La paulatina eliminación de las barreras que han impedido el acceso del testimonio infantil en el proceso penal se ampara en el hecho de que la introducción de dichas barreras generalmente se ha debido a una discriminación clara hacia los niños como testigos poco fiables o creíbles, con una naturaleza tendente a la mentira. En este sentido, el derecho internacional de los Derechos Humanos ha hecho eco de dicha evolución, incorporando en la Convención de los Derechos Humanos tres principios fundamentales que, analizados en conjunto, reflejan la posición, ahora generalmente aceptada, que rechaza la introducción de categorías fijas basadas en la edad física de los menores.

El derecho internacional de los derechos del niño obliga a que los Estados garanticen los siguientes principios: el principio de que en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (artículo 3.1 CDN), el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante (artículo 12.1 CDN) y el principio de la evolución de las capacidades (artículo 5 CDN).

En la Observación general N° 14 (2013) sobre *el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*¹⁰⁴, el Comité de los Derechos del Niño ha definido este principio como “el principio guía de la Convención” enfatizando que el concepto de “interés superior del niño” contiene tres elementos. El primero, que el interés superior es el fundamento de un derecho sustantivo, segundo, que es una regla de procedimiento y tercero, que es un principio fundamental de interpretación. Lo más relevante de esta Observación es el marcado carácter que este principio adquiere como regla de procedimiento. En este sentido, el artículo 3.1 requiere la inclusión de este paso en el proceso de determinación, pero no impone una solución a priori. En palabras del Comité, la evaluación y determinación del interés superior del niño requieren de garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos¹⁰⁵.

En su Observación General N° 12, sobre *El derecho del niño a ser escuchado*¹⁰⁶, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que la evaluación del interés superior del niño deba respetar el derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta

¹⁰⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), Observación General No. 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), U.N. Doc. CRC/C/GC/14.

¹⁰⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013, párr. 6).

¹⁰⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009), Observación General No. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, U.N. Doc. CRC/C/GC/11.

en todos los asuntos que le afectan. El Comité ha reconocido la existencia en los ordenamientos jurídicos nacionales de las presunciones de capacidad, al establecerse en la ley una edad a partir de la cual el niño se presumirá capaz de testificar. El problema se plantea, no obstante, para el niño que se encuentre por debajo de dicha edad, ya que, aunque no se le impida declarar, el juez habrá de indagar si tiene el suficiente discernimiento, quedando de manifiesto la enorme discrecionalidad que se otorga al juez en esta decisión. El Comité clarifica que “debe hacerse todo lo posible para que se consulte a los niños víctimas y/o testigos de delitos sobre los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial”¹⁰⁷. Más adelante considera que “[l]as opiniones deberán tenerse debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta”¹⁰⁸.

El Comité precisa que los términos en el artículo 12 “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad. En este sentido, el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y el Comité desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica, límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan¹⁰⁹.

No significa que este derecho a ser escuchado sea una obligación para el niño. El niño puede decidir no querer declarar o el juez puede considerar que es en su interés superior no declarar o que no tiene el suficiente discernimiento para hacerlo. En este sentido, el artículo 12 y la interpretación aportada por el Comité no indican que se deba obligar a un niño a expresar su opinión, sino que, si se decide que no lo haga, se justifiquen los motivos. De esta manera se garantiza que la exclusión no se deba a la visión de que los niños son menos fiables como testigos que los adultos, que sus recuerdos son menos precisos y, por lo tanto, más propensos a la sugestión incluso cuando intentan ser veraces; O, también, a un paternalismo oculto tras una apariencia de protección.

Los Estados deberán usar medios alternativos para que los niños puedan expresarse. En la misma observación general se aconseja que a la hora de oír las opiniones del niño, se tengan en cuenta formas de expresión alternativas para niños de muy corta edad, como los dibujos y las

¹⁰⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009, párr. 63).

¹⁰⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009, párr. 15).

¹⁰⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009, párrs. 19-21).

expresiones no verbales¹¹⁰.

El Comité ha precisado que, en la determinación del interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, se habrá de tener en cuenta la evolución de las facultades del niño establecido en el artículo 5 de la Convención¹¹¹. El *principio del desarrollo de las capacidades* establece que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres [...] de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Por "evolución de sus facultades" la Convención indica de forma explícita que la niñez no es una experiencia única, fija y universal. Hay diferentes estadios en la niñez de una persona en que necesita diferentes grados de protección, provisión y participación¹¹². En términos sencillos, a medida que el niño va madurando, la guía que sus responsables habrán de brindarle disminuirá al ir desarrollando sus facultades¹¹³.

Escuchar al niño para determinar su interés superior implicará tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. En relación a la edad el Comité ha destacado que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión¹¹⁴.

El principio de evolución de las capacidades confiere al niño una gradual autonomía en atención a su madurez, limitando la influencia de los padres sobre las decisiones de sus hijos. Esta es una cuestión importante que al tomar declaración de un niño será fundamental, puesto que la influencia de los padres sobre sus hijos es determinante, pudiendo incluso coaccionar, inhibir o manipular la declaración de un menor sospechoso y acusado y el testimonio de un menor víctima y testigo. Sin embargo nos encontramos con un problema al que se han enfrentado los psicólogos y juristas en las últimas décadas, ¿Cuáles son las etapas del desarrollo de un niño que nos dan la posibilidad a nivel legal de brindarle de más o menos capacidad? ¿De qué momento a qué momento las capacidades de un niño varían atendiendo a la edad cronológica y los niveles del desarrollo socioemocional cognitivo del niño? ¿En qué sentido esto repercute en un contexto

¹¹⁰ Aunque el uso de los dibujos como prueba es una cuestión controvertida. Véase LAMB y BROWN (2006), "Conversational apprentices: Helping children become competent informants about their own experiences", *British Journal of Developmental Psychology*, vol. 24, núm. 1, págs. 215-234; BROWN *et al.* (2007), "Supportive or suggestive: Do human figure drawings help 5-to 7-year-old children to report touch?", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, vol. 75, núm. 1, pág. 33; POOLE y LAMB (1998), *Investigative interviews of children: A guide for helping professionals*, American Psychological Association.

¹¹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), Observación General No 14, párr. 44.

¹¹² VAN BUEREN (1998), *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, pág. 50.

¹¹³ De igual manera que el principio del interés superior del niño, con importantes implicaciones culturales, principalmente, porque el reconocimiento de madurez o la institución y el alcance del *parens patriae* no es la misma de una cultura a otra. Un análisis de las percepciones culturales del desarrollo de las capacidades en los niños véase LANSDOWN *et al.* (2005), *The evolving capacities of the child*, Innocenti studio, Unicef, pág. 12.

¹¹⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009), Observación General No 12, párr. 29.

judicial? Una de las preocupaciones de la psicología del desarrollo se ha centrado en la identificación de hitos que indican las capacidades que tienen los niños a lo largo de diferentes estadios de su desarrollo correspondiente a distintas edades. Numerosos trabajos se han realizado en torno a esta cuestión, sin embargo no existe acuerdo sobre cómo valorar las capacidades de los niños de manera precisa en entornos judiciales¹¹⁵. La dificultad estriba en que para entender el comportamiento de un niño resulta esencial estudiar el entorno jurídico en el que se desenvuelve, el contexto y los factores socioemocionales externos que le afectan¹¹⁶.

¹¹⁵ CHANDLER y CHAPMAN (1991), *Criteria for competence: Controversies in the conceptualization and assessment of children's abilities*, Hillsdale, NJ.

¹¹⁶ WOOLARD, REPPUCCI, y REDDING (1996), "Theoretical and methodological issues in studying children's capacities in legal contexts", *Law and Human Behavior*, vol. 20, núm. 3, pág. 222.

7. El ejercicio del derecho por parte del representante legal

La Sentencia 699/2014 de manera muy acertada rechaza “enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al “encarcelamiento” de un pariente cercano [...] Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades, no puede situársele de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización”¹¹⁷.

Debido a estos motivos considerados por la jurisprudencia a la hora de aplicar la dispensa del deber de declarar a niños muy pequeños, delega el ejercicio de dicha dispensa en los representantes legales del menor. En caso de apreciarse un conflicto de intereses con uno de los progenitores, como puede ser evidente, en un caso de abuso o maltrato en que el agresor es uno de los progenitores, corresponderá al otro progenitor adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor.

No obstante, en relación a esta cuestión se plantean determinados problemas: Primero, el problema de que sea el progenitor al que se le concede el ejercicio de la dispensa también víctima, los límites reales derivados de la determinación de un conflicto de interés y la ambigüedad de las competencias atribuidas al representante legal.

7.1. El problema de la dispensa cuando el progenitor es una víctima de violencia de género o intrafamiliar

Si bien el progenitor es generalmente la persona más capaz de valorar el interés superior de sus hijos, esto no siempre es así y ello puede suceder cuando el progenitor, al que se le atribuye la competencia, también es víctima de violencia. En este sentido voces críticas a la posibilidad de que las víctimas de violencia doméstica o de género puedan acogerse a la dispensa han propuesto reformar el ámbito subjetivo del artículo 416. Las propuestas han ido encauzadas a excluir a este grupo de víctimas de la posibilidad de acogerse a dicha dispensa puesto que, el fin real de la dispensa no sirve para proteger las relaciones familiares e íntimas que podrían provocar un conflicto moral o de conciencia en la víctima llamada a testificar en contra de un ser querido, sino que, analizado en mayor profundidad, los motivos detrás de la decisión de no querer declarar pueden fundamentarse en el miedo a las represalias, dependencia económica del cónyuge, dependencia emocional de los hijos hacia sus padres, por chantajes, intimidación, promesas de cambio y arrepentimiento por parte del agresor¹¹⁸. Estos autores defienden que en estos casos, la

¹¹⁷ STS, núm. 699/2014, 28.10 (RJ 2014/6445, FJ 2º).

¹¹⁸ Sobre esta cuestión ver a favor de la modificación del 416 de la LECrim: LÓPEZ VILLAMARÍN (2012, pág. 21); LARRAURI (2003), “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 12, págs. 271-307. MONTESINOS GARCÍA (2012, págs. 218-249, págs. 219-221). MAGRO SERVET (2005), “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim.): ¿es necesaria una reforma legal?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, págs. 1697-1708. Voces contrarias a la modificación del artículo 416 LECrim

dispensa escuda al agresor y se convierte en un instrumento que ampara a estos últimos y que, por este motivo, la finalidad de la norma no se adapta a este tipo de situaciones.

Países como Italia y Reino Unido han llevado a cabo una exclusión en su ordenamiento de las víctimas de violencia intrafamiliar impidiendo que puedan acogerse a la dispensa¹¹⁹. Aun así, como han indicado los estudios sobre esta problemática, obligar a la víctima a declarar, en caso de que no quiera y amenazarle con una sanción, no parece que sea la opción más adecuada. En Reino Unido, de hecho, el no querer colaborar con la justicia se denomina *contempt of court* y lleva aparejada una sanción de mil quinientas libras o un mes de prisión. No obstante, los fiscales para evitar colocar a la víctima en una posición incómoda generalmente suelen retirar su acusación cuando saben que la víctima optará por guardar silencio en el juicio oral¹²⁰.

En este sentido, el sistema penal más que criminalizar a la víctima con un delito de falso testimonio, debería ofrecerle una protección que le permita declarar sin miedo y en la práctica, valorar el riesgo real existente cuando decide no declarar en el proceso penal. Como indica Larrauri, las víctimas no retiran las denuncias por falta de racionalidad¹²¹, y es más probable que se obtengan más enjuiciamientos por este tipo de agresiones a través de un apoyo a la víctima que a través de la compulsión¹²². Esta cuestión resulta problemática si se atribuye al representante legal el derecho a dispensa y determinar la existencia de un conflicto de intereses en la práctica no siempre es tarea fácil.

7.2. El problema de la valoración de un conflicto de interés

Varios estudios indican que la valoración de un conflicto de intereses en las relaciones intrafamiliares no siempre es una tarea fácil¹²³. Si bien los padres u otros representantes legales también deberán estar presentes en el proceso porque pueden prestar asistencia psicológica y emocional general al niño¹²⁴, esta garantía, no obstante, no se debe presumir. Puede ocurrir, y de hecho no es de extrañar, que la presencia de los padres pueda ser incluso contraproducente a lo largo del interrogatorio de un niño. Puede ser que el menor se sienta más cómodo declarando sin sus padres a su lado o que la presencia de sus padres le ocasione estrés. Así lo ha destacado el

que excluya a las víctimas, pero buscando reforzar las medidas destinadas a su protección véase CASTILLEJO MANZANARES (2009), "La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género". *Revista de Derecho Penal*, núm. 26, págs. 121-140; HURTADO YELO (2010), "¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 76, págs. 36-47; MARTÍN RÍOS (2008), "Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia de género: análisis de la jurisprudencia española", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 15, pág. 3 que defiende que se debe limitar el alcance de la dispensa cuando la declaración de la víctima sea la única prueba.

¹¹⁹ LÓPEZ VILLAMARÍN (2012, pág. 25).

¹²⁰ LÓPEZ VILLAMARÍN (2012, pág. 25).

¹²¹ LARRAURI (2003).

¹²² CRETNEY y DAVIS (1997), "The significance of compellability in the prosecution of domestic assault", *British Journal of Criminology*, vol. 37, núm. 1, págs. 75-89.

¹²³ STRAUS (1979), "Measuring intrafamily conflict and violence: The conflict tactics (CT) scales", *Journal of Marriage and the Family*, págs. 75-88.

¹²⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2007), Observación General N° 10, párr. 53.

Comité de los Derechos del Niño al declarar que “[l]a presencia de los padres no significa que éstos puedan actuar en defensa del niño o participar en el proceso de adopción de decisiones. Sin embargo, el juez o la autoridad competente puede resolver, a petición del niño o de su representante legal u otra representación apropiada, porque sea contrario al interés superior del niño (artículo 3 de la Convención), limitar, restringir o excluir la presencia de los padres en el procedimiento”¹²⁵.

Grisso, en un estudio publicado en 1981, analizó la influencia que tenían los padres sobre sus hijos a la hora de renunciar a su derecho a guardar silencio. Las conclusiones a las que llegó se mostraron desconfiadas acerca del pretendido rol de apoyo de los padres hacia sus hijos destacando que, en muchos casos, esta presunción dista mucho de la realidad. Este autor indicó dos posibles problemáticas relacionadas con la asistencia de los padres hacia sus hijos. En primer lugar, que el sistema procesal no podía basarse en la figura de los padres para proveer a los niños de explicaciones de sus derechos y de su significado puesto que desconocían el derecho y las implicaciones aparejadas a la toma de decisiones¹²⁶. En segundo lugar, que se había reflejado en el estudio la existencia de una predisposición por parte de los padres a obligar a los niños a dar información a la policía y a presionarles para mostrar una actitud colaboradora, en la que no adoptaban una actitud de defensa y de apoyo a los intereses de su hijo. El estudio concluyó que no se podía equiparar la presencia física de los padres con una representación significativa y que los jueces no debían ser influenciados en sus decisiones por el mero hecho de que los padres estuvieran presentes. En este sentido, a la hora de tomar decisiones y valorar la presencia de los padres, se debía tener en cuenta “consideraciones sobre la comprensión por parte de los padres de los derechos y su potencial importancia, sus actitudes hacia estos derechos en los casos de menores, y los estados emocionales y motivacionales y la naturaleza de la relación entre los padres y sus hijos”¹²⁷.

La presencia de los padres durante el interrogatorio aun así puede ser un elemento que permita al fiscal o al juez formarse una opinión de la relación paterno-filial. Este es un factor importante dentro de todos aquellos indicios cognitivos, emocionales y motivacionales que permiten a un juez tomar una decisión en interés superior del menor. Aunque habrá de tener en cuenta en qué medida puede afectar al menor en el ejercicio de sus derechos. La eliminación de los factores que pueden causar estrés sobre el niño es fundamental para proteger el derecho del menor a la tutela judicial efectiva¹²⁸. Más que presumir el beneficio de la presencia de los titulares de la responsabilidad paterna el juez deberá decidir cuál es en interés superior del niño. Dicha valoración puede fundamentarse en un conflicto de intereses directo, derivado de los hechos objetivos (como, por ejemplo, si los titulares de la responsabilidad parental han participado en el mismo delito o si el niño ha sido víctima o testigo del delito cometido por sus padres), o de la

¹²⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2007), Observación General N° 10, párr. 53.

¹²⁶ GRISSE (1981), *Juveniles' waiver of rights. Perspectives in law and psychology*, New York Plenum Press, pág. 199.

¹²⁷ “Considerations of parents probable understanding of the rights and their potential significance, their attitudes toward these rights in juvenile cases, the parents' emotional and motivational states during the waiver proceedings, and the nature of the relationship between the parents and their child”, GRISSE (1981, págs. 199-200).

¹²⁸ Agradezco a la jueza Suzanne Mueller del Tribunal Penal de Primera Instancia de Friburgo por haberme orientado sobre esta cuestión.

valoración de las circunstancias. En relación a esta segunda situación, el conflicto de intereses puede no ser evidente, y las decisiones de los niños pueden encontrarse sometidas a una invisible coerción derivada de la naturaleza de las relaciones paterno-filiales. La participación de los padres puede provocar que el menor no se sienta cómodo con su presencia (por ejemplo, en cuestiones relativas a su vida privada, su vida sexual, etc.) o simplemente por el hecho de que la presencia del titular de la responsabilidad parental puede cumplir una función de autoridad, imponiendo cierto respeto y miedo sobre el niño donde, debido a su dependencia emocional, el reconocimiento por parte de sus padres, a quienes generalmente estima y admira, el niño adaptará su decisión a lo que considerará será de su aprobación. Por lo que, con la intención de evitar tener que decepcionarles, podría impedir que el menor declarara con naturalidad y sinceridad. Puede suceder que sean los mismos menores los que expresen su voluntad de no querer que sus padres estén presentes o tomen decisiones por ellos. El niño, sin embargo, puede no atreverse a manifestar esta voluntad y, por tanto, será la entidad responsable, en atención a las circunstancias del caso, la que deberá apreciar, preguntando al niño, de forma confidencial y amigable, si es su voluntad que sus padres estén presentes, que deberá valorar si dicha presencia pueda ser beneficiosa o no para el resultado del proceso con objeto de salvaguardar el derecho a la integridad y la privacidad del niño.

7.3. El “adulto adecuado” o “representante” y el problema de la ambigüedad de su alcance competencial

En caso de que exista un conflicto de intereses, el titular de la responsabilidad parental habrá de ser sustituido por otra persona, un “adulto adecuado” que represente los intereses del menor. La Directiva 2012/29/UE¹²⁹ por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, prevé expresamente la designación de un representante del menor cuando exista un conflicto de intereses con los progenitores. El artículo 24.1 (b) establece que las autoridades competentes deben “en las investigaciones y en los procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal pertinente, [...designar] a un representante para la víctima menor de edad, en caso de que, de conformidad con el derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para representar a la víctima menor de edad de resultados de un conflicto de intereses entre ellos y la víctima menor de edad”.

La presencia del “adulto adecuado” o del “representante” puede plantear problemas a los niños a lo largo del proceso debido a la falta de delimitación competencial en la normativa internacional. La Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales¹³⁰, indicaba en su exposición de motivos que por “adulto adecuado” se entiende “un familiar o una persona (distinta al titular de la responsabilidad

¹²⁹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

¹³⁰ *Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, de 27 de Noviembre de 2013. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0822&from=ES>.

parental) relacionada socialmente con el menor que pueda interactuar con las autoridades y permitir al menor ejercer sus derechos procesales”¹³¹. En este sentido, la Propuesta de Directiva indicaba que el papel del adulto adecuado ha de permitir al menor ejercitar sus derechos procesales. No obstante, esta definición puede provocar confusión con la figura del letrado. Si el adulto adecuado ha de sustituir a los padres cuando exista conflicto de intereses, sus funciones se deberían asimilar a aquéllas de los padres, es decir, la de apoyar emocionalmente al niño, defender sus intereses, etc. La falta de una clara línea divisoria de las funciones entre el adulto adecuado y el abogado podría eventualmente desproteger al menor o dañar su defensa debido a que, al solaparse ambas funciones, puede tener un efecto contraproducente, no reforzando la protección del menor sino debilitándola, debido a que el abogado puede presumir que aspectos relativos a su trabajo los cubre el adulto adecuado y viceversa. También puede discriminar entre los menores que no tienen asignado adulto adecuado y son acompañados únicamente de sus progenitores, puesto que los progenitores no tienen asignada la competencia de ejercitar los derechos procesales del menor y además pueden no estar preparados para ello. En último lugar, sabiendo que éstas pueden ser consecuencias derivadas de una falta de distinción clara entre ambas competencias funcionales, preocupa de la Directiva 2016/800/UE¹³², relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, que haya eliminado la definición de adulto adecuado de su texto, manteniendo su presencia, pero sin definir sus funciones en el proceso, que, quedarán delegadas al ordenamiento nacional.

Puede suceder lo mismo con la Directiva 2012/29/UE¹³³ en relación a las funciones del representante cuando exista un conflicto de intereses con los progenitores. La Directiva no establece en el artículo 24.1. b) de forma clara qué funciones habrá de tener el representante, si habrá de ejercitar, *inter alia*, los derechos procesales del menor, si habrá de asegurar el interés superior del menor en las tomas de decisión o si habrá de brindar al menor de apoyo emocional.

En el entramado jurídico español se contempla en varias disposiciones la posibilidad de designar a un tercero cuando exista un conflicto de intereses entre un menor y sus representantes legales, tanto si el menor ocupa la posición de sospechoso o acusado o víctima o testigo. La Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito incorpora en su artículo 26.2 la necesidad de que el Fiscal designe un defensor judicial de la víctima, para que le represente en la investigación y en el proceso penal, cuando la víctima sea menor de edad o sea una persona con discapacidad, cuando los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses. No obstante no queda claro qué funciones competenciales le corresponde a dicho representante legal.

Una cuestión añadida, el artículo 433 de la LECr, tras la modificación de 2015 en su nueva redacción señala que “[e]n el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad

¹³¹ Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, Exposición de Motivos, párr. 25.

¹³² Directiva 2016/800/UE, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, de 11 de mayo. LCEur 2016\700.

¹³³ Directiva 2012/29/UE.

judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible”.

De esta manera se ha suprimido la obligatoria presencia del Ministerio Fiscal que se exigía en la anterior versión confiriéndosele un carácter potestativo. Quedará bajo el arbitrio del Juez decidir cuándo sea necesaria la presencia atendiendo únicamente al factor de la falta de madurez del menor. En este sentido, el artículo podría haber sido más “exhaustivo y exigente a la hora de determinar tales parámetros, debido a que, en la redacción expuesta podría, por ejemplo, no ser necesaria la presencia del fiscal en el caso de un menor con madurez suficiente y que hubiera sido víctima de abusos por parte de sus progenitores”¹³⁴.

8. Admisibilidad de las declaraciones pre-constituidas del niño en fase de instrucción en el derecho internacional de los derechos humanos

Casi todos los ordenamientos procesales en Europa permiten excepciones a la obligación de testificar en el juicio oral¹³⁵. El TEDH ha considerado en varias ocasiones que las excepciones a la confrontación en el juicio oral se han justificado con base en la vulnerabilidad de la víctima o del testigo, especialmente en casos de abuso sexual de menores¹³⁶.

Se han planteado varios casos ante el TEDH en los que las declaraciones de los niños han sido grabadas en video o tomadas a través de otro medio y admitidas en el juicio oral como prueba. La admisibilidad de estas declaraciones vertidas en la fase de instrucción no ha estado exenta de controversia y los organismos de derecho internacional de los derechos humanos y en particular el TEDH, han desarrollado una línea jurisprudencial al respecto puesto que es comprensible que los Estados Miembros de Europa hayan ido permitiendo restricciones a la posibilidad del acusado de examinar a la víctima o testigo en el juicio oral, especialmente si es vulnerable.

El marco normativo internacional y su alcance plantean diferentes cuestiones. En primer lugar, la línea seguida por el Tribunal es clara, en primer lugar, porque el Tribunal aplica su test de proporcionalidad para valorar si las medidas restrictivas de los derechos de la defensa han

¹³⁴ DÍAZ TORREJÓN, “La protección de la víctima menor de edad en el proceso penal. Incidencia de la entrada en vigor de la ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito”, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/P.%20D%C3%ADaz%20Torrej%C3%B3n.pdf?idFile=82133c66-0856-4d89-b863-e15c29746fd5, pág. 4.

¹³⁵ JACKSON y SUMMERS (2012), *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, pág. 335.

¹³⁶ MAFFEI (2006), *The European right to confrontation in criminal proceedings: Absent, anonymous and vulnerable witnesses*, ISBS, pág. 91.

respondido a criterios de necesidad y proporcionalidad y en segundo lugar, el Tribunal aplica su regla de la única y decisiva prueba, que inadmitirá cualquier declaración obtenida sin las preceptivas garantías y que haya sido única y decisiva en la condena del acusado si no se satisface el requisito de la corroboración. En segundo lugar, la obligación del Estado de investigar prueba de corroboración, cuestión especialmente importante en casos de abuso y agresión sexual de menores.

8.1. La proporcionalidad

El Tribunal al aplicar su test de proporcionalidad valorará si las medidas adoptadas han sido “estrictamente necesarias” y han justificado la intromisión en el derecho afectado. Para el Tribunal “cualquier dificultad causada a la defensa por la limitación de sus derechos “debe ser” suficientemente contrarrestada por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales”¹³⁷, ello significa que las medidas adoptadas habrán de ser razonables y valorar si las autoridades pudieron haber alcanzado el mismo objetivo, es decir, proteger a las víctimas, sin adoptar medidas tan restrictivas del derecho a la confrontación de la defensa. En el caso *Visser contra Países Bajos*¹³⁸, el TEDH consideró que las restricciones al derecho a la confrontación no se podían justificar de manera razonable puesto que el juez no entró a valorar en profundidad las razones que ocasionaban miedo a la víctima y por tanto no se justificó debidamente las razones que fundamentaban su anonimato.

El artículo 24 a) de la Directiva 2012/29/UE, indica a los Estados a que “todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales”. De esta forma este artículo contempla, no una imposición, sino la posibilidad (“puedan ser grabadas”; “puedan utilizarse”), siempre que la interferencia con el derecho a confrontar de la defensa no sea desproporcionado. En este sentido, nótese que el uso de la palabra *puedan* no obliga sino posibilita. Esta falta de obligación se ha visto reflejada en el ordenamiento español en la redacción del nuevo artículo 730 LECr que integra la palabra “podrán” leerse o reproducirse.

Si bien la ley permite la posibilidad de que la declaración pre-constituida del menor pueda ser leída en el plenario, lo más prudente, “de modo que la declaración del menor pueda someterse a debate por las partes ante el juez, será que se grabe la misma y posteriormente se reproduzca en el juicio oral, y no se limite a proceder a su mera lectura”¹³⁹. Todo ello implica que “tendrá que ser el juez quien determine una opción u otra sobre la base de las peticiones de las partes. Para ello, será conveniente que, siempre en aras de la mayor efectividad de los derechos de defensa del acusado, tal decisión venga avalada por un dictamen pericial que desaconseje la declaración

¹³⁷ “[A]ny difficulties caused to the defence by a limitation on its rights” are “sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities”, STEDH, 20.12.2001, caso *P. S. contra Alemania* (TEDH 2001\881, párr. 23).

¹³⁸ STEDH, 14.2.2002, caso *Visser contra Holanda* (JUR 2002\61050).

¹³⁹ MONTESINOS GARCÍA (2017), “La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral”, en FUENTES SORIANO (Dir.), *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 239 - 250, pág. 246.

del menor en el juicio oral por ser susceptible de causarle graves perjuicios”¹⁴⁰.

8.2. La doctrina de la “única y decisiva prueba”

Al considerar la validez del uso de declaraciones pre-constituidas como prueba en la fase de investigación del proceso penal para testigos y víctimas vulnerables menores, la doctrina que ha seguido el Tribunal ante estos casos es la misma: la admisibilidad de la declaración será posible y podrá constituir la única y decisiva prueba, siempre que el sospechoso o acusado haya tenido la posibilidad de examinar en la fase prejudicial del proceso al menor.

En el caso *D. contra Finlandia*¹⁴¹, el demandante había sido acusado en el proceso nacional de la violación de dos hermanos, un niño de trece y una niña de diez años de edad. Debido al deterioro de su salud mental durante el proceso, uno de los hermanos fue internado en un hospital psiquiátrico imposibilitando su comparecencia en el juicio oral. En consecuencia, su declaración fue tomada antes del juicio oral y fue grabada y admitida en el juicio oral como prueba. La ausencia del niño se consideró justificada por parte de la antigua Comisión valorando que se habían dado los requisitos para que el acusado hubiera podido someter al niño a examen.

En *Kremers contra Países Bajos*¹⁴² tres niñas fueron víctimas de abuso sexual por sus parientes. Examinadas por un juez en la fase de instrucción del proceso en presencia del abogado de la defensa, pudo el abogado de la defensa plantear preguntas por escrito mientras que la defensa y la acusación seguían el interrogatorio desde un cuarto separado a través de una televisión. Ninguna de las niñas fue llamada a testificar en el juicio oral. Tras la condena, la decisión fue recurrida y se decidió volver a practicar la prueba, esta vez se permitió al abogado de la defensa examinar directamente a una de las niñas y plantearle preguntas de manera directa. La defensa pudo seguir desde otra sala el examen a través de un video-link que fue dramático puesto que la niña entró en pánico y no logró contestar a las preguntas más gravosas.

Con base en esta falta de respuesta, los acusados recurrieron a la Comisión argumentando que se había vulnerado el artículo 6.3 puesto que las víctimas no habían contestado a algunas de las preguntas formuladas a lo largo del examen. La Comisión consideró sin embargo que los derechos garantizados por el artículo 6 (1) y 6 (3) de la Convención son del acusado y la defensa en general. Con el fin de determinar si estos derechos habían sido respetados, no era suficiente considerar la situación en la que el propio acusado se encontraba, sino la situación en la que se colocaba la defensa en su conjunto. En circunstancias excepcionales, podía haber razones para la deposición de un testigo en ausencia del acusado con la condición de que su abogado estuviera presente, o para permitir que un testigo no contestara ciertas preguntas¹⁴³. La Comisión falló en

¹⁴⁰ MONTESINOS GARCÍA (2017, pág. 247).

¹⁴¹ STEDH, 7.7.2009, caso *D. contra Finlandia* (JUR 2009\338381).

¹⁴² Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso *Kremers contra Países Bajos*, Decisión no. 25208/94 de 19 de octubre de 1995.

¹⁴³ “[T]he rights secured by Art 6(1) and 6(3) of the Convention are those of the accused and the defence in general. In order to determine whether these rights were respected, it is not sufficient to consider the situation in which the accused himself is placed. Consideration must rather be given to the situation in which the defence as a

estos dos casos a favor del Estado, considerando que el proceso había sido justo y que se había respetado el derecho a la confrontación de la defensa¹⁴⁴.

La Comisión llegó a las mismas conclusiones en el caso *Slobodan contra Países Bajos*¹⁴⁵, donde se acusaba al demandante de abusar sexualmente a varias personas, entre las cuales se encontraba su hija. En la fase de investigación el juez escuchó a la menor en presencia del abogado de la defensa, que decidió no plantear ninguna pregunta. La Comisión dio por válida la condena dando por admisible la declaración llevada a cabo en la fase prejudicial¹⁴⁶.

En el caso *Accardi contra Italia*¹⁴⁷, varios demandantes alegaron la injusticia del juicio fundamentándose en el uso de las declaraciones prejudiciales de los menores que alegaron haber sido víctimas de abuso sexual. Los menores fueron interrogados antes del juicio oral, sin estar presentes los demandados, no obstante, los demandados tuvieron la oportunidad de formular preguntas a los menores. El video del interrogatorio se presentó en el juicio y el Tribunal consideró que no se había dado una vulneración del artículo 6 del Convenio¹⁴⁸.

El caso *SN contra Suecia*¹⁴⁹ versó también sobre el abuso sexual de un niño de diez años por parte de un maestro de su colegio. Las declaraciones del niño se tomaron durante la fase de instrucción, una en policía y otra en el domicilio del menor. Ambas fueron grabadas. En ambas tomas, el abogado del demandante estuvo ausente, aun habiéndosele informado sobre la posibilidad de presenciar y formular preguntas al menor. El TEDH concluyó en favor del gobierno sueco, alegando que si bien las declaraciones del niño habían sido la única y decisiva prueba, se le había dado a la defensa la oportunidad suficiente y adecuada de confrontar dicha declaración (oportunidad que el abogado defensor no había aprovechado)¹⁵⁰. Por dicho motivo, el Tribunal concluyó reiterando que el artículo 6.3.d) del CEDH no debe interpretarse “como que requiere en todos los casos que las preguntas se pongan directamente por el acusado o su abogado defensor, a través del interrogatorio cruzado o por otros medios”¹⁵¹.

El TJUE también ha considerado la cuestión de la pre-constitución de la prueba testifical en la fase prejudicial del proceso penal a través de audiencias protegidas (llamado *incidente probatorio*)

whole is placed. In exceptional circumstances there may be reasons for hearing a witness in the absence of the accused on condition that his lawyer is present, or to allow a witness not to answer certain questions” MAFFEI (2006, pág. 93).

¹⁴⁴ MAFFEI (2006, págs. 92-93).

¹⁴⁵ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso *Slobodan contra Países Bajos*, Decisión no. 29838/96 de 15 de enero de 1997.

¹⁴⁶ MAFFEI (2006, pág. 93).

¹⁴⁷ STEDH, 20.1.2005, caso *Accardi y otro contra Italia* (TEDH 30598/02).

¹⁴⁸ REDMAYNE (2012), “Confronting confrontation”, en ROBERTS y HUNTER (Ed.). *Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions*, Bloomsbury Publishing.

¹⁴⁹ STEDH, 2.7.2002, caso *S.N. contra Suecia* (TEDH 2002\43).

¹⁵⁰ STEDH, 2.7.2002, caso *S.N. contra Suecia* (TEDH 2002\43, parr. 44).

¹⁵¹ “[A]s requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his or her defence counsel, through cross-examination or by other means”, STEDH, 2.7.2002, caso *S.N. contra Suecia* (TEDH 2002\43, parr. 52).

en el asunto *Pupino*¹⁵². EL TJUE ha adoptado la misma postura que el TEDH y ha avalado la idea de que no se necesita corroboración de una declaración pre-constituida de un menor en la fase prejudicial del proceso penal, siempre que se haya brindado la posibilidad al sospechoso o acusado de examinar al menor, adaptándose el proceso a las necesidades del niño¹⁵³.

Existen varios motivos que explican por qué testigos relevantes y víctimas no pueden testificar en persona, tales como la muerte, la enfermedad, residencia en el extranjero, la detención en una prisión extranjera, el miedo, las amenazas y la presión ejercida por el acusado¹⁵⁴. Debido a estas limitaciones, el TEDH ha permitido la admisibilidad de una declaración emitida en fase de instrucción por un menor que no haya sido sometida a la debida confrontación mientras esta última no sea única (*sole evidence*), es decir, vaya acompañada de prueba que la corrobore y no fundamente de forma decisiva (*decisive evidence*) la condena. A través de esta doctrina el TEDH asegura que los acusados no sean condenados injustamente y así evitar condenas erróneas, a la vez que permite buscar un equilibrio entre los derechos de la defensa y los derechos de las víctimas y de los testigos.

Si la declaración vertida en la fase de instrucción es por parte del menor sospechoso y acusado, el TEDH valorará el peso que se le otorgó por parte del ordenamiento nacional, de manera que, si su decisión final se fundamentó de manera única y decisiva en esta última, al haber sido obtenida sin las debidas garantías, declarará el juicio injusto. En el caso *Panovits* el Tribunal precisó que “ningún problema de justicia surge necesariamente si la prueba se obtuvo sin el apoyo de otro material [...] cuando se evidencie de manera contundente y no haya riesgo de que sea poco fiable, la necesidad de prueba de apoyo es menos exigente”¹⁵⁵. En este sentido, el Tribunal deja entrever que no está estableciendo ningún requisito por el que las declaraciones sumariales deban de estar corroboradas permitiendo que, si la declaración es fiable, y se ha obtenido con las garantías inherentes a un juicio justo, el requisito de corroboración será menos estricto.

No obstante, cuando el menor es víctima o testigo de los hechos objeto de enjuiciamiento, hay muchos casos en los que no se puede llevar a cabo una confrontación con todas las garantías, puesto que el menor puede haber fallecido, puede tener miedo, puede no querer colaborar con la justicia o puede haber sucedido que el oficial al servicio de la administración de justicia no asegurase las debidas garantías por actuar con negligencia. En estos casos, para garantizar que el derecho no desproteja al menor y el agresor quede impune, el TEDH ha permitido que las declaraciones defectuosas se admitan, pero si van acompañadas de la debida prueba de corroboración. Aun así, este requisito plantea inevitablemente algunos interrogantes: ¿cuál es el alcance de este requisito de corroboración establecido por el Tribunal? ¿Qué pruebas pueden corroborar la declaración? ¿Se trata de un requisito cuantitativo o cualitativo?

¹⁵² STJUE, 16.6.2005, caso *Proceso penal contra María Pupino* (TJCE 2005\184).

¹⁵³ MAFFEI (2006, pág. 93).

¹⁵⁴ MAFFEI (2006, pág. 335).

¹⁵⁵ “No problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material...where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker”, STEDH, Sec. 1ª, 11.12.2008, caso *Panovits contra Chipre*, párr. 82.

El TEDH ha considerado, atendiendo al caso concreto, las pruebas que corroboran las declaraciones vertidas en la fase de instrucción que no han sido sometidas a la preceptiva contradicción. En el caso *AM contra Italia*¹⁵⁶, los padres de un menor denunciaron al Departamento de seguridad pública de Seattle (Estados Unidos) que durante sus vacaciones en Italia su hijo menor había sido objeto de abusos deshonestos por parte del demandante, conserje de la residencia en la que estuvo alojado, el Sr. A.M. Este último recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo alegando la irregularidad de las actas redactadas por la comisión rogatoria así como las declaraciones en fase de instrucción de los testigos, la psicoterapeuta y los padres del menor respectivamente, fueron los únicos elementos de prueba sobre los que se basaron los Tribunales italianos para justificar su condena. El hecho de que estas últimas fuesen leídas, a lo largo de la vista ante el Tribunal, le había privado de cualquier oportunidad de interrogar a quienes le habían acusado.

En la Sentencia, el TEDH argumentó que el artículo 512 bis del CPP italiano, permite al juez ordenar la lectura de las declaraciones realizadas por un ciudadano extranjero si éstas no constituyen la única prueba de cargo del acusado. Los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio aunque se permiten excepciones que pueden ser aceptadas únicamente con la salvaguarda de los derechos de la defensa. El Tribunal señaló que en este caso los tribunales nacionales se habían fundamentado exclusivamente en las declaraciones efectuadas en Estados Unidos con anterioridad al proceso, y que el demandante no había tenido, en ningún momento del proceso, la posibilidad de rebatir a quienes le acusaban y que por tanto, se había vulnerado su derecho a la defensa, en concreto el artículo 6(3) del CEDH¹⁵⁷.

El caso *PS contra Alemania*¹⁵⁸, muy similar al caso *A.M. contra Italia*, se basó en una demanda interpuesta por P.S. por una condena por un delito sexual contra una niña de ocho años. Los padres de la niña denunciaron que el demandante había abusado de la niña durante una clase de piano. En la comisaría la niña fue interrogada junto a su madre por un policía. La madre además declaró haber observado que la niña había mostrado un comportamiento perturbado después de la clase de música y que más tarde le había confesado lo sucedido.

En la fundamentación de la condena en la primera instancia, el Tribunal se basó en las declaraciones hechas por la madre de lo relatado por su hija y su observación sobre su cambio de carácter a partir de la clase de piano. También se tuvo en cuenta la declaración del oficial de policía que había interrogado a la niña. Sin embargo, se rechazó la solicitud por parte de P.S. de una opinión de un experto en psicología y que la niña fuese llamada a declarar. Recurrída la Sentencia, sin embargo, el Tribunal decidió consultar la opinión de un experto que tuvo la oportunidad de examinar a la menor.

El TEDH, usando la misma línea argumentativa que en *A.M.*, destacó que, si bien los derechos de

¹⁵⁶ STEDH, 14.12.1999, caso *A.M. contra Italia* (TEDH 1999\66).

¹⁵⁷ STEDH, 14.12.1999, caso *A.M. contra Italia* (TEDH 1999\66, párr. 25-26).

¹⁵⁸ STEDH, Sec. 3ª, 20.12.2001, caso *P. S. contra Alemania* (TEDH 2001\881).

defensa podían limitarse, dicha limitación debía ser estrictamente necesaria y contrapesada por el proceso seguido¹⁵⁹. Si “la condena se fundamenta única y decisivamente en las deposiciones formuladas por una persona que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar, sea durante la fase de investigación o durante el juicio, los derechos de la defensa serán restringidos de modo incompatible con las garantías provistas por el artículo 6”¹⁶⁰. Considerando que la denegación del interrogatorio a la víctima y de la opinión experta se fundamentaba en razones vagas y especulativas y que el informe del experto psicólogo en apelación se había emitido transcurrido un año y medio del suceso, el TEDH llegó a la conclusión de que “la información dada por la niña era la única evidencia directa de la infracción y que los tribunales nacionales habían basado sus conclusiones sobre la culpabilidad del solicitante de manera decisiva en las declaraciones de S [la menor]”¹⁶¹ y que por lo tanto el juicio había vulnerado sus derechos de defensa.

El caso *Bocos-Cuesta contra Países Bajos*¹⁶² se originó por una demanda planteada por un ciudadano español contra el Reino de Holanda presentada ante el TEDH. El demandante había alegado que la condena se había fundamentado de manera decisiva en las declaraciones de cuatro menores. Las declaraciones sumariales de los niños fueron leídas dichas declaraciones en el juicio oral. El demandante alegaba la injusticia del procedimiento penal entablado contra él, habiéndose vulnerado los artículos 6.1 y 6.3.d) del CEDH.

Las circunstancias del caso se plantearon a raíz de que cuatro madres interpusieran cuatro denuncias en nombre de sus hijos, menores (de 10, 6, 9, 11 años de edad) que alegaban haber sido agredidos sexualmente por un desconocido en un parque el mismo día. Los niños prestaron declaración en comisaría y reconocieron al individuo que acusaban a través de un cristal mono reflectante, además de su mochila y pantalón. No obstante, en ningún momento de la etapa de instrucción, el acusado pudo confrontar a los menores.

Además de las declaraciones ante la policía de los menores, el caso contaba con las declaraciones de las madres de los niños, las de dos mujeres, la señora E, tía materna de uno de los niños, que no habiendo presenciado directamente los hechos, los había oído a través de su hijo, primo de uno de los menores, y la señora F vecina del barrio y las declaraciones de los policías que habían interrogado a los menores. Tras la citación del demandante para comparecer en el juicio, su abogado solicitó la citación de los niños para su comparecencia y a las señoras E. y F. La fiscalía rechazó dicha petición debido a que los niños eran de muy corta edad.

Tras ser condenado por agresión sexual y de actos impúdicos con personas menores de dieciséis

¹⁵⁹ STEDH, Sec. 3ª, 20.12.2001, caso *P. S. contra Alemania* (TEDH 2001\881, párr. 23).

¹⁶⁰ “[A] conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6”, STEDH, Sec. 3ª, 20.12.2001, caso *P. S. contra Alemania* (TEDH 2001\881, párr. 24).

¹⁶¹ “[T]he information given by the girl was the only direct evidence of the offence in question and the domestic courts based their finding on the applicant’s guilt to a decisive extent on S’s statements” STEDH, Sec. 3ª, 20.12.2001, caso *P. S. contra Alemania* (TEDH 2001\881, párr. 30).

¹⁶² STEDH, Sec. 3ª, 10.11.2005, caso *Bocos-Cuesta contra Países Bajos* (TEDH 2005\123).

años, el demandante recurrió al TEDH, alegando que en el procedimiento penal entablado contra él se le había privado de un juicio justo debido a que las declaraciones que prestaron los cuatro niños a la policía se usaron como prueba sin que la defensa tuviese en ningún momento la oportunidad de interrogarles.

Centrando sus argumentos en las pruebas que sirvieron para valorar las circunstancias y condenar al demandante, el TEDH estimó que las declaraciones prestadas por los niños ante la policía habían sido la única prueba directa de los hechos que se imputaban al demandante y que habían tenido una importancia decisiva a la hora de declararle culpable, ya que ni en la fase de la instrucción ni en el juicio se le había concedido la oportunidad de interrogar o hacer interrogar a estas víctimas. Concluyó que el demandante no había dispuesto de una oportunidad de seguir el modo en que los niños habían prestado declaración ante la policía. Destacó la posibilidad de usar medios técnicos como asistir a la declaración desde otra sala a través de un mecanismo técnico. Asimismo, los testimonios de los niños no fueron grabados, ni el demandante ni el tribunal sentenciador pudieron observar su comportamiento al ser interrogados para poder formarse una opinión en cuanto a su fiabilidad.

El Tribunal concluyó, por tanto, que “si bien el tribunal sentenciador llevó a cabo un examen cuidadoso de las declaraciones prestadas por los niños y concedió al demandante la oportunidad de responder a las mismas, [...] ello no sustituye adecuadamente la observación personal de un testigo cuando presta declaración oral”¹⁶³. Del examen del sumario no había ningún motivo, además, que se basase en ninguna prueba concreta como, por ejemplo, un dictamen pericial que justificase la imposibilidad de que los niños fuesen confrontados a través de la implementación de medidas especiales. El Tribunal apreció que organizar un procedimiento penal de forma que se protejan los intereses de testigos muy jóvenes, concretamente en un juicio relativo a delitos sexuales, es un factor importante a tener en cuenta a los efectos del artículo 6. Sin embargo, concluyó que el motivo expuesto por el tribunal sentenciador para denegar la petición del demandante de interrogar a las cuatro víctimas “no podía considerarse sino insuficientemente fundamentado y, por ello, hasta cierto punto, especulativo”¹⁶⁴.

El caso *AS contra Finlandia*¹⁶⁵, se basó en una denuncia interpuesta en la policía por la madre de un menor alegando que sospechaba que su hijo, un niño que contaba con cinco años, había sido abusado sexualmente por un amigo de la familia. La declaración del menor fue grabada a lo largo de la fase sumarial del proceso. Sin embargo, no fue sometida a la preceptiva confrontación y al ser la única y decisiva prueba que fundamentó la condena del demandante, el juicio fue declarado injusto. El fallo por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se fundamentó en que, aun reproduciendo en juicio la grabación con el consentimiento del demandante, no se permitió que este último pudiera hacerle ninguna pregunta. Debido a este motivo, el demandante se vio afectado por la imposibilidad de rebatir las declaraciones en las que se basaba su condena sin existir una renuncia expresa a plantear preguntas al menor.

¹⁶³ STEDH, Sec. 3ª, 10.11.2005, caso *Bocos-Cuesta contra Países Bajos* (TEDH 2005\123, párr. 71).

¹⁶⁴ STEDH, Sec. 3ª, 10.11.2005, caso *Bocos-Cuesta contra Países Bajos* (TEDH 2005\123, párr. 72).

¹⁶⁵ STEDH, Sec. 4ª, 28.9.2010, caso *A.S. contra Finlandia* (JUR 2010\332112).

El TEDH entró a valorar en el fallo, en primer lugar, si se había respetado el derecho del demandante a examinar testigos, previsto en el artículo 6.3 del Convenio, al admitir y usar como prueba en el juicio la grabación de la entrevista del menor en el hospital, aun no habiéndose permitido al demandante confrontar dicha entrevista. El demandante alegaba que la declaración del niño había sido la única prueba directa en su contra¹⁶⁶ y que las declaraciones de la psiquiatra acerca de la evaluación psicológica de la credibilidad del menor y la declaración de la madre constituían únicamente prueba indirecta contra él. El TEDH falló en favor del demandante añadiendo que, al fundamentarse la condena de manera única y decisiva en la declaración del menor, al no habersele ofrecido la oportunidad al demandante de plantear preguntas al menor, se había visto vulnerado en su derecho a una defensa justa.

En el caso *Unterpertinger contra Austria*¹⁶⁷ el demandante fue declarado culpable por las autoridades austriacas de causar un daño corporal a su hijastra y de causar daños corporales graves a su esposa. La condena se fundamentó principalmente en las declaraciones policiales de estas últimas puesto que ambas se habían negado a prestar declaración en el juicio oral, puesto que tenían derecho a dispensa del deber de declarar en virtud del artículo 152 del Código de Procedimiento Penal austriaco. El demandante alegó ante el Tribunal de Estrasburgo que no había tenido la oportunidad de examinar o hacer examinar a las testigos en ninguna de las fases procesales. El Tribunal sentenció que el demandante había sido condenado sustancialmente por testimonio respecto del cual sus derechos de defensa habían sido sensiblemente restringidos y que debido a ello no había sido objeto de un juicio imparcial.

Otra de las propuestas que se ha planteado o sugerido en el caso de que la víctima se acoja a la dispensa por los motivos que estime y ello no provoque el bloqueo del posible enjuiciamiento del agresor se fundamenta en la obligación de seguir investigando a pesar de que la víctima retire la denuncia o no quiera declarar. En el caso *Asch contra Austria*¹⁶⁸, el demandante fue declarado culpable de haber infligido lesiones corporales a la mujer con la que vivía. La declaración de esta última se había practicado durante la fase prejudicial y fue leída en el juicio oral a pesar de que ella hubiera retirado su queja y se hubiera negado a declarar ante el tribunal. El demandante alegó que su incapacidad para interrogar a la testigo en cualquier fase del procedimiento había vulnerado su derecho a un juicio justo. El TEDH falló en su contra, considerando que se habían presentado pruebas de corroboración que compensaban la ausencia de confrontación directa por parte de la defensa y que la condena del demandante no se basaba únicamente en la declaración de la víctima, sino en otras pruebas de corroboración. Considerando que el artículo 6 del CEDH, derecho a un juicio justo del demandante, no se había visto vulnerado, la Corte sostuvo que el caso se distinguía de *Unterpertinger* debido a que, en este último, la condena se había fundamentado de manera única y decisiva en la declaración prejudicial de las víctimas y que, a su vez, en ausencia de pruebas de corroboración, tampoco se había satisfecho el requisito de la confrontación.

¹⁶⁶ STEDH, Sec. 4^a, 28.9.2010, caso *A.S. contra Finlandia* (JUR 2010\332112, párr. 58).

¹⁶⁷ STEDH, 24.11.1986, caso *Unterpertinger contra Austria* (TEDH 1986\14).

¹⁶⁸ STEDH, 26.4.1991, caso *Asch contra Austria* (TEDH 1991\29).

En este sentido, valorar las circunstancias que rodean el caso, por ejemplo, en casos de violencia de género el grado de peligrosidad del agresor¹⁶⁹, la valoración del estado de la relación entre víctima y agresor¹⁷⁰, los antecedentes, podrían no solo activar medidas de protección que permitiesen que la víctima pudiera prescindir de la dispensa y declarar sintiéndose segura, sino, si se diera el caso en el que la víctima siguiera sin querer declarar, aportar prueba de corroboración que apoyara la declaración prejudicial defectuosa y no obstaculizara el enjuiciamiento de este tipo de violencia.

8.3. La obligación del Estado de investigar

Tras haber analizado estos casos, podemos deducir que la doctrina de la única y decisiva prueba básicamente obliga a que, en caso de que una confrontación no pueda llevarse a cabo conforme las garantías establecidas en el artículo 6 del CEDH, se podrá admitir la declaración vertida en la fase de instrucción no confrontada, si va acompañada de prueba de corroboración. Esta prueba de corroboración habrá de ser independiente y no podrá recaer directamente en la declaración prejudicial defectuosa del menor, puesto que, si recae de forma directa en la declaración del menor, esta última será considerada prueba decisiva.

Esta doctrina elaborada por el Tribunal, sin embargo, plantea problemas. En primer lugar, específicamente para casos en que el menor ha sido víctima de un abuso sexual o de una agresión, debido a diferentes factores inherentes a la naturaleza de este tipo de delitos, la mayoría de las pruebas de corroboración que pueden obtenerse recaerán indirectamente en la declaración prejudicial del menor. Si bien la doctrina de la única y decisiva prueba busca un equilibrio entre los derechos de la defensa y los derechos de las víctimas y testigos, es insuficiente para resolver los problemas que surgen de la tensión entre el testimonio de las menores víctimas de abuso sexual y la inadmisibilidad de algunos tipos de prueba o el uso de determinadas defensas por parte de los acusados que suponen un nudo gordiano para cualquier sistema que aspire a proteger los derechos del niño. En segundo lugar, el problema fundamental de la corroboración se centra en que pocos instrumentos jurídicos internacionales y nacionales precisan su alcance, sobre qué elementos debe recaer, o qué elementos no se deben tener en cuenta. En este sentido, el requisito de corroboración, como tal, no es ni bueno ni malo: todo depende de qué tipo de prueba necesita corroboración, qué tipo de evidencia es aceptable al proporcionarla, y precisamente cuáles son las consecuencias legales si la corroboración no es evidente¹⁷¹.

El derecho internacional de los derechos humanos ha considerado principalmente esta cuestión en relación a situaciones en las que los menores son víctimas de violencia, en repetidos casos sexual. Esto se debe a que estos casos frecuentemente plantean un problema de ausencia de

¹⁶⁹ CEBERIO BELAZA, "Cuando la maltratada retira la denuncia". Disponible en:

http://elpais.com/diario/2007/06/05/sociedad/1180994402_850215.html.

¹⁷⁰ CRETNEY y DAVIS (1997), "The significance of compellability in the prosecution of domestic assault", *British Journal of Criminology*, vol. 37, núm. 1, págs. 75-89, pág. 87.

¹⁷¹ SPENCER y FLIN (1990, pág. 28).

prueba material independiente que permita corroborar la denuncia por abuso. Los rastros de ADN, fibras, heridas, hematomas son generalmente las pruebas a las que se recurre para corroborar este tipo de declaraciones. El problema que plantea este tipo de pruebas se basa en que los abusos sexuales y el maltrato contra los niños suele suceder dentro de la vida privada y familiar, fuera de lo público, en soledad o en presencia de otros niños¹⁷². Por este motivo, este tipo de prueba no cuenta con testigos, además, los niños suelen tardar tiempo en contar a una persona de confianza lo ocurrido, y para entonces la prueba física es probable que haya desaparecido¹⁷³. Los delitos contra la libertad sexual no solo pueden no tener pruebas materiales por el paso del tiempo, sino que también pueden llevarse a cabo sin violencia física por parte del agresor. Puede suceder que el agresor utilice en este sentido la violencia psicológica para coaccionar a la víctima o que la víctima, por sus circunstancias en el momento de los hechos, no muestre resistencia alguna a la agresión o incluso adopte una actitud activa.

La jurisprudencia internacional penal y de derechos humanos ha realizado un trabajo fundamental para intentar proteger a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual¹⁷⁴. Concretamente, en 2003 el TEDH en un importante caso, el caso *M.C. contra Bulgaria*¹⁷⁵, valoró la situación de desprotección de una nacional búlgara que alegaba haber sido violada por dos hombres cuando tenía apenas catorce años. La demandante fundamentó su denuncia en el hecho de que la legislación búlgara no ofrecía una protección eficaz contra la violación y los abusos sexuales, ya que cuando la víctima llegaba o superaba la edad de consentimiento sexual establecido por ley, la violación sólo se podía probar si la víctima resistía activamente. La defensa de los demandados, dos hombres de veinte y veintiún años, declararon que la menor había consentido libremente a la relación sexual. La menor, sin embargo, alegaba que, debido a su corta edad, no había sido capaz de reaccionar ante el abuso y que se había quedado en estado de shock. Durante la investigación se consultó a dos peritos que testificaron que, debido a la inexperiencia de la menor, esta última podría no haber sido consciente de que estaba siendo abusada sexualmente. No obstante, la fiscalía decidió cerrar el caso al considerar que no existían suficientes pruebas que corroboraban la declaración de la menor, concretamente ningún tipo de prueba que demostrase el uso de la fuerza o las amenazas, en particular la resistencia por parte de la víctima o intentos por parte de esta última de buscar ayuda, elementos que se exigían por la ley nacional para el delito de violación¹⁷⁶.

El TEDH en su sentencia defendió que la resistencia y la fuerza física ya no forman parte de la

¹⁷²<http://criminal.findlaw.com/criminal-charges/crimes-against-children.html>; <https://www.interpol.int/Crime-areas/Crimes-against-children/Crimes-against-children>

¹⁷³ SPENCER y FLIN (1990, págs. 142-143).

¹⁷⁴ Los párrafos siguientes se centran principalmente en la protección a las víctimas menores pero la casuística de los tribunales penales internacionales y de derechos humanos es mucho más amplia. Véase SCHOMBURG y PATERSON (2007), "Genuine consent to sexual violence under international criminal law", *American Journal International Law*, vol. 101, pág. 121 y SELLERS (2007), "The Prosecution of Sexual Violence in Conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation", *Women's Human Rights and Gender Unit (WRGU)*. Disponible en:

http://www.peacewomen.org/assets/file/Resources/Academic/paperprosecution_sexualviolence.pdf

¹⁷⁵ STEDH, Sec. 1ª, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041).

¹⁷⁶ STEDH, Sec. 1ª, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 44-65).

definición de violación¹⁷⁷. Es la falta de consentimiento el elemento determinante para caracterizar un delito de abuso sexual o agresión¹⁷⁸. En relación a los niños, el TEDH destacó que “la evolución de la comprensión de la manera en que la víctima experimenta la violación, ha demostrado que las víctimas de abusos sexuales -en particular las niñas menores de edad- no ofrecen a menudo resistencia física debido a diversos factores físicos o por miedo a sufrir violencia por parte del perpetrador”¹⁷⁹. El TEDH concluyó que las autoridades fallaron en investigar suficientemente y que no valoraron la vulnerabilidad de los niños y los especiales factores psicológicos presentes en los casos de violación de menores¹⁸⁰.

El Tribunal, debido a la evidente falta de protección sufrida por la demandante, no solo por parte de las autoridades, sino también por parte de la propia legislación búlgara, defendió que “[m]ientras que en la práctica a veces puede resultar difícil demostrar la falta de consentimiento en ausencia de pruebas “directas” de violación, como las huellas de violencia o los testigos directos, las autoridades deben, sin embargo, explorar todos los hechos y decidir sobre la base de una evaluación de todas las circunstancias circundantes”¹⁸¹. Debido a que Bulgaria no llevó a cabo una investigación que tuviera en cuenta dichos factores, no había asegurado la protección de la vida privada de la niña, derecho protegido por el artículo 8 del CEDH.

Recientemente en el año 2016 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado otro caso de abuso sexual de una menor en *M.G.C v. Rumanía*¹⁸². En este caso una niña de once años fue violada varias veces durante un período de siete meses por unos parientes de los niños de la casa donde jugaba por las tardes, entre ellos un hombre de cincuenta y dos años de edad y otros cuatro menores. La niña declaró en policía que no había acusado a nadie después de la primera violación porque se sentía avergonzada y porque uno de los menores había amenazado con golpearla si se lo contaba a alguien.

Los cinco sospechosos testificaron que la niña siempre había iniciado la relación sexual y que se les había provocado al ir escasamente vestida. La policía señaló, que la edad de la niña excluía la existencia de un consentimiento válido, y un informe psiquiátrico forense concluyó que mostraba signos de estrés postraumático, tenía dificultades para prever las consecuencias de sus acciones y que no tenía suficiente discernimiento debido a su juventud.

En la sentencia de los Tribunales de instancia se condenó al adulto culpable por tener relaciones

¹⁷⁷ STEDH, Sec. 1ª, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 158).

¹⁷⁸ STEDH, Sec. 1ª, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 29).

¹⁷⁹ “[T]he evolving understanding of the manner in which rape is experienced by the victim has shown that victims of sexual abuse – in particular, girls below the age of majority – often provide no physical resistance because of a variety of physiological factors or because they fear violence on the part of the perpetrator”. STEDH, Sec. 1ª, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 164).

¹⁸⁰ STEDH, Sec. 1ª, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 183).

¹⁸¹ “[W]hile in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of “direct” proof of rape, such as traces of violence or direct witnesses, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances”, STEDH, Sec. 1ª, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 181).

¹⁸² STEDH, Sec. 4ª, 15.3.2016, caso *M.G.C. contra Rumania* (JUR 2016\61918).

sexuales con una menor. Sin embargo, no fue declarado culpable de violación ya que, según los tribunales nacionales, ningún signo de violencia en el cuerpo de la niña se había detectado y que la menor había consentido a tener la relación puesto que según las declaraciones de los menores y el adulto agresor, actuó provocativamente.

La representación de la menor impugnó esta sentencia y argumentó que la existencia de leyes que dejaban abierta la posibilidad de que un niño de once años pudiera válidamente consentir un acto sexual con un hombre de cincuenta y dos años equivalía a un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de tomar medidas para proteger la integridad y la vida privada de sus ciudadanos.

En este caso el TEDH, dando un paso más que en el caso M.C. anteriormente considerado, indicó de manera más precisa los factores a los que podrían haber hecho referencia los tribunales nacionales rumanos para valorar la ausencia de consentimiento por parte de la menor. En primer lugar, destaca la importancia de los informes de los expertos a la hora de valorar estas situaciones que declaraban que la menor “tuvo dificultades para prever las consecuencias de sus actos y, debido a su juventud, tuvo un insuficiente discernimiento”¹⁸³. En segundo lugar, las autoridades no llamaron a declarar otros testigos que también habían ejercido amenazas sobre la menor y que la menor había denunciado por haberla amenazado. En tercer lugar “los tribunales no tuvieron en cuenta la diferencia de edad entre la demandante y el acusado, ni la diferencia física obvia entre ellos”¹⁸⁴. En cuarto lugar, “el tribunal no examinó si existían razones para que la demandante acusara falsamente al acusado de violación”¹⁸⁵. En quinto lugar, “los tribunales no demostraron un enfoque sensible al niño, al analizar los hechos del caso y sostuvieron contra la demandante hechos que eran en realidad compatibles con la posible reacción de un niño a un evento estresante, como no decírselo a sus padres. Este criterio se vio agravado por el hecho de que los tribunales internos no ordenaron jamás una evaluación psicológica, para obtener un análisis especializado de las reacciones de la demandante desde el punto de vista de su edad y determinar las posibles consecuencias psicológicas del posible abuso contra ella”¹⁸⁶. Debido a que estos factores no se tuvieron en cuenta en la valoración de las circunstancias circundantes, las autoridades habían atribuido poco o ningún peso en absoluto a la vulnerabilidad particular de los niños jóvenes y los factores psicológicos especiales involucrados en los casos relativos a la violación de menores¹⁸⁷. Por dichos motivos la Corte concluyó que Rumanía había vulnerado los

¹⁸³ “[H]ad difficulties in foreseeing the consequences of her acts and, due to her young age, had insufficient discernment”, STEDH, Sec. 1^a, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 16).

¹⁸⁴ “[N]o consideration was considered by the courts to the difference of age between the applicant and JV or the obvious physical difference between them”, STEDH, Sec. 1^a, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 51).

¹⁸⁵ “[T]he court failed to examine whether any reasons existed for the applicant to falsely accuse JV of rape”, STEDH, Sec. 1^a, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 69).

¹⁸⁶ “[T]he courts failed to demonstrate a child sensitive approach, in analyzing the facts of the case and held against the applicant facts that were in reality consistent with a child’s possible reaction to a stressful event, such as not telling her parents. This approach was aggravated by the fact that no psychological evaluation was ever ordered by the domestic courts for the purposes of obtaining a specialist analysis of the applicant’s reactions from the point of view of her age and to determine the existence of possible psychological consequences of the possible abuse against her”, STEDH, Sec. 1^a, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 67-71).

¹⁸⁷ STEDH, Sec. 1^a, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041, párr. 74).

artículos 3 y 8 del CEDH.

9. Reflexiones añadidas al marco jurídico actual

Este estudio permite concluir con unas reflexiones en torno al marco jurídico actual. En primer lugar, en este análisis se puede divisar un marco internacional aplicable a los privilegios testificales a víctimas y testigos. Si bien es cierto que dichos privilegios no se encuentran reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, sí que han sido reconocidos por la jurisprudencia internacional, como garantías cuyo objeto es la protección del derecho a la libertad de expresión y la vida familiar. Se permite a los Estados introducir dichos privilegios en sus ordenamientos internos, cuyos extremos no se encuentran predefinidos, donde los Estados podrán decidir si amparar determinadas relaciones y no otras. En este sentido, el margen de apreciación parece ser la doctrina aplicable en relación a esta cuestión por parte del Derecho Internacional.

El margen tan amplio dado a los Estados por parte del Tribunal de Estrasburgo respecto de los privilegios testificales puede plantear problemas. En el caso *Van der Heijden*, la demandante era una mujer adulta que podía entender las consecuencias derivadas de su elección, es decir, en caso de decidir declarar, traicionar la relación de afectividad con su pareja. Sin embargo, si se tratase de un niño, a veces no hace falta obligar para que un niño declare, simplemente no informándole de que tiene un derecho a no declarar y sin presencia de un adulto de confianza que le aconseje es probable que declare: por ingenuidad o desconocimiento de las implicaciones que ello pueda tener. No se necesita de coerción o de obligatoriedad para que un niño declare de manera espontánea y genuina sin saber las consecuencias de sus actos. Si en cuestiones que conciernen a niños, su interés superior ha de considerarse primordial (artículo 3 CDN), las autoridades judiciales en la persecución del crimen a la hora de plantearse si tomar declaración de un niño, deberían oír la voluntad del niño y valorar si es en su interés superior que sea llamado como testigo. La inexistencia de un impedimento en la ley amparado por el privilegio testifical que imposibilite a las autoridades llamar a los menores a prestar declaración puede suponer un fácil recurso para obtener prueba acusatoria¹⁸⁸.

Si aplicamos el caso *Van der Heijden* a los niños, cuando el niño sea llamado a declarar contra sus padres tendrá varias opciones: En primer lugar, podrá elegir decir la verdad y en caso de que el padre o madre sea culpable, participar como testigo en el enjuiciamiento y el posible encarcelamiento de su progenitor (con la consiguiente entrada del menor en un centro de protección bajo la tutela de la administración, puesto que un alto porcentaje de niños que está en los centros de protección provienen de familias monoparentales¹⁸⁹) además del dilema moral

¹⁸⁸ Llevado a su extremo, ha sido un recurso muy frecuente en regímenes totalitarios. Un caso claro de invasión de la vida privada y familiar por parte del Estado fue lo sucedido en la URSS durante el régimen de Stalin, en que se concedían premios a niños por parte del Estado si delataban a sus padres en actividades en contra del régimen. Hechos reflejados en la famosa película "El prado de Bezhin", dirigida por Serguéi Eisenstein. También dentro de los horrores que se llevaron a cabo durante la Alemania nazi fue el uso de los niños para delatar las actividades contrarias al régimen, véase BURKE (1981), "Ordered to Testify Against Mother", *Nat'l L.J.*, Mar. 9, at 3, col. 2. "We know that one of the horrors of Nazi Germany was children snitching on their parents. It seems to me common decency that you don't put a child before a grand jury on her mother's conduct", citado en WATTS (1986), "The Parent-Child Privileges: Hardly a New Or Revolutionary Concept". *Wm. & Mary L.Rev.*, vol. 28, pág. 583.

¹⁸⁹ El informe realizado por la Universidad Autónoma de Madrid y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales titulado "Bases para la Elaboración de una Estrategia para la Infancia y la Adolescencia en Riesgo y Dificultad

entre declarar y decir la verdad y dañar su relación afectiva o inducir en él/ella un sentimiento de culpa. En segundo lugar, puede decidir decir una mentira y por tanto posiblemente, causar un error judicial o una condena falsa en caso de que sea el progenitor el culpable y en caso de ser descubierto en su mentira ser objeto de un delito de falso testimonio en los países en los que se permite aplicar este tipo penal a niños¹⁹⁰. En tercer lugar, permitir que se acoja a su derecho a no declarar, en caso de existir esta posibilidad en el ordenamiento nacional.¹⁹¹ Esta última opción permite proteger la integridad moral del menor en sus relaciones afectivas con sus seres queridos, que es el objetivo de la dispensa.

No obstante, este amplio margen dado a los Estados en *Van der Heijden* tiene sus límites puesto que, tanto el derecho a la libertad de expresión, como el derecho a la vida privada y familiar son derechos no absolutos y que permiten límites por parte del Estado, para proteger el orden público, la seguridad y salud pública¹⁹². Además es reconocida la jurisprudencia internacional que limita el derecho a la vida privada y familiar, porque como ha precisado el Comité de los Derechos de la Mujer (CEDAW), la vida privada no es ni sacrosanta ni absoluta¹⁹³. El Comité de la CEDAW se ha pronunciado sobre esta cuestión, específicamente en relación a la violencia de

Social” indica que el Comité de los Derechos del Niño en sus recomendaciones formuladas a España en 2002 observa con preocupación sobre el hecho de “que no existe todavía una redistribución equilibrada de recursos en los niveles central, regional y local y que no todas las Comunidades Autónomas proporcionan el mismo nivel de políticas y servicios sociales para los grupos más marginados de la población, en particular familias pobres, *familias monoparentales*, así como para niños gitanos y niños de familias inmigrantes” e identifica los niños de familias monoparentales como grupos de riesgo, 2003. Disponible en http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/Estrategias_Infancia.pdf, págs. 7 y ss.

¹⁹⁰ El artículo 433 de la LECrim blindo a los menores de 14 años frente a la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio. Este precepto indica que “Los testigos *mayores de edad penal* prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal”. El artículo 458.1 del Código Penal sanciona al “testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, [que] será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses”. Sin embargo, parece haber una contradicción entre la LECr. y el Código Penal en el que se excluye a los menores del ámbito subjetivo del delito de falso testimonio y obstrucción a la justicia. El artículo 19 indica que “[l]os menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”. En este sentido, la LORPM no recoge ningún artículo que haga referencia a este tipo penal y sorprende que la reforma de la LECr. de 2015 no haya modificado el segundo párrafo al artículo 433 LECr., en que se permite que los niños que están por encima de la edad de responsabilidad penal puedan ser responsables de un delito de falso testimonio.

¹⁹¹ La doctrina de diferentes ordenamientos ha reflejado en sus trabajos la complicada situación a la que puede enfrentarse una víctima o testigo a la hora de ser llamado a declarar ver: DENNIS (2002), *The Law of Evidence*, Sweet and Maxwell, 2002, págs. 447-448; BACCARI (2003), *La testimonianza del prossimo congiunto dell'imputato*, CEDAM, pág. 33; LAINZ (2011), “El deber de declarar en contra de pariente: comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre”, *Diario La Ley*, núm. 7577. Un sector de la doctrina estadounidense ha defendido la necesidad de extender los privilegios testificales a las relaciones paterno-filiales que no se encuentran amparadas en el actual ordenamiento. Véanse entre otros STERN (2010), “Don't Tell Mom the Babysitter's Dead: Arguments for a Federal Parent-Child Privilege and a Proposal to Amend Article V”, *Georgetown Law Journal*, vol. 99, pág. 605. SHAH (1999), “The Parent-Child Testimonial Privilege-Has the Time for It Finally Arrived”, *Clev. St. L. Rev.*, vol. 47, pág. 41; WATTS (1986, pág. 583); LEVINSON (1984), “Testimonial Privileges and the Preferences of Friendship”, *Duke Law Journal*, pág. 631. SCOTT (1983), “Parent-Child Testimonial Privilege: Preserving and Protecting the Fundamental Right to Family Privacy”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 52, pág. 901; BAUER (1979), “Recognition of a Parent-Child Testimonial Privilege”, *Louis University Law Journal*, vol. 23, pág. 676.

¹⁹² MOECKLI *et al.* (2014), *International human rights law*, Oxford University Press, págs. 113-114.

¹⁹³ CHINKIN (2012), “Violence against Women”, en FREEMAN, RUDOLF, y CHINKIN, *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford University Press.

género e intrafamiliar. Este organismo internacional ha considerado la violencia intrafamiliar como una forma de discriminación, una de las formas más insidiosas de violencia contra las mujeres que prevalece en todas las sociedades¹⁹⁴. El Comité identifica las actitudes patriarcales y los estereotipos en relación a los roles de género y las responsabilidades en la familia como causas de la violencia contra las mujeres¹⁹⁵. En este sentido, la seguridad física y la autonomía de la mujer debe estar por encima del “santidad y permanencia de la familia y de los derechos de propiedad y privacidad”¹⁹⁶. La Observación General núm. 19 exige a los Estados “tomar todas las medidas apropiadas y efectivas para superar todas las formas de violencia de género, ya sea a través de un acto público o privado”¹⁹⁷. En este sentido los Estados tienen una obligación de “debida diligencia” en combatir la violencia y serán responsables por el incumplimiento de la obligación, aunque haya sido llevada a cabo por actores privados, como por ejemplo los miembros de la familia¹⁹⁸. También ha hecho hincapié en esta obligación el Comité de los Derechos del Niño, pero no de igual forma y con la misma intensidad y fuerza que el CEDAW, en su Comentario General 13¹⁹⁹ sobre el *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, de manera muy similar, defiende el deber de debida diligencia que tienen los Estados en prevenir la violencia hacia los niños²⁰⁰.

En segundo lugar, en relación a la madurez como criterio que el menor pueda acogerse a la dispensa del deber de declarar, la STS 699/2014 dictaminó que un niño, ni con cuatro ni con siete, ni con once años, goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto, que dicha madurez puede presumirse indubitadamente a partir de una edad (16 años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas, confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad y negarse rotundamente por debajo de otra, proponiendo los 12 años como referente significativo²⁰¹. No obstante la SAPA 314/2015 y la SAPB 751/2015 reconocieron la suficiente madurez de dos menores de 9 años. La segunda de estas Sentencias parte de la LPJM, debido a la reforma del 2015, estableciendo los 12 años como edad a partir de la cual se presume que el menor cuenta con suficiente madurez. Por debajo de dicha edad habrá que hacer un juicio de ponderación, pero no por debajo de los 6 años, donde la Sentencia da a entender que se debe presumir la inmadurez del menor. La STS 209/2017 precisa que no es fácil fijar una edad a partir de la cual puede entenderse que existe una presunción de madurez ya que el déficit de capacidad

¹⁹⁴ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW, 1992), Recomendación General N°19, *La violencia contra la mujer*, 11º período de sesiones, párr. 23.

¹⁹⁵ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW, 1992), Recomendación General N°19, *La violencia contra la mujer*, 11º período de sesiones, párr. 11.

¹⁹⁶ CHINKIN (2012, pág. 454).

¹⁹⁷ CEDAW, Recomendación General N°19, párr. 24 a. También Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer 20 December 1993 A/RES/48/104; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”, artículo 1; Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África, artículo 1 (j).

¹⁹⁸ Communication No.: 2/2003, *Ms. A. T. v. Hungary*, 26 January 2005, CEDAW/C/32/D/2/2003, párr. 9.2; Communication No. 5/2005, *Sahide Goekce v Austria*, 6 August 2007, CEDAW/C/39/D/5/2005 y Communication No. 6/2005, UN Doc. *Fatma Yildirim v Austria*, 1 October 2007 CEDAW/C/39/D/6/2005, párr. 12.1.1.

¹⁹⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2011), Comentario General No. 13, *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, U.N. Doc. CRC/C/GC/11.

²⁰⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2011, párr. 5).

²⁰¹ STS, 699/2014 (FJ 2º).

derivado de la minoría de edad no goza de un tratamiento unitario en nuestro sistema legal.

Las presunciones de capacidad han sido un mecanismo a lo largo de la historia para excluir a determinados testigos por considerarse de naturaleza poco fiable o creíble. Hoy en día, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haciendo eco del movimiento que se opuso a dicha lógica, más que categorías rígidas, recomienda que se adopte un juicio ponderativo, teniendo en cuenta el interés superior del niño, el derecho del niño a ser oído y que su opinión se tenga en consideración y la evolución de las capacidades. En este sentido, si bien la jurisprudencia nacional de forma paulatina recomienda un juicio ponderativo, es frecuente la introducción, a través de la sugerencia, de categorías rígidas, estableciendo los 12 años de edad, la edad a partir de la cual se presume que el menor es lo suficientemente maduro. Entre los 6 y los 12 años se habrá e hacer un juicio ponderativo y por debajo de los 6 presumir al menor inmaduro. Cuando la ley no prevea de forma expresa el límite de edad será discutible “[s]i cabe fijar un esquema más o menos rígido, o analizar en cada supuesto la edad recomendable en atención a la envergadura de la decisión”²⁰², donde, en cualquier caso, siempre será necesario un ejercicio de ponderación sobre el nivel de madurez del menor. Cabe hacer, una consideración en torno a esta cuestión puesto que la jurisprudencia es ambigua y pisa sobre suelo poco firme. La introducción de categorías rígidas no es nada recomendable puesto que potencialmente puede tener un efecto discriminatorio hacia los niños, dejándoles al margen de la toma de decisión, negándoles su subjetividad y en última instancia negándoles el derecho a la tutela judicial efectiva.

Conviene hacer una ulterior consideración en relación a la madurez del menor como criterio y el recurso a la aplicación analógica de las edades establecidas en el ordenamiento civil al penal. Al no existir guía en la LECr es frecuente el recurso como guía a las edades prefijadas en otros ordenamientos para decidir sobre la madurez de los menores. Así las Sentencias nacionales se amparan en los artículos 162.1. CC y 2 y 9 de la LO 1/1996 de la LOPJM, y en el 770 de la LEC, que establecen referentes significativos. No obstante, es importante tener cuidado con la aplicación analógica del ordenamiento civil al penal, en el que diferentes franjas de edad han sido establecidas en los ordenamientos con un propósito y tras la ponderación de intereses que pueden ser distintos. La exclusión de un menor del deber de declarar en un proceso, por ejemplo, de custodia, no persigue el mismo interés que un proceso por abuso sexual en el que uno de los progenitores puede ser el agresor.

En tercer lugar, cuando el menor no tenga la suficiente madurez, coincide la jurisprudencia nacional, la facultad de ejercitar la dispensa le corresponderá al representante legal, siempre que no tenga un conflicto de intereses. En este sentido, esta solución es problemática en primer lugar, si el otro progenitor es víctima de violencia doméstica o de género. En segundo lugar, puesto que valorar un conflicto de intereses no es tarea fácil. Para solucionar dicho problema el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de la Unión Europea proponen, que en caso de existir un conflicto de intereses se nombre un representante de los intereses del menor. Sin embargo, la normativa internacional y europea es ambigua en torno a qué funciones habrá de

²⁰² STS, 209/2017, 28.3.2017 (FJ 4º).

cumplir el representante del menor. Además con la reforma llevada a cabo en 2015 se le ha conferido un carácter potestativo a la presencia del Ministerio Fiscal cuando el menor es lo suficientemente maduro. Estas dos cuestiones pueden producir una diferencia de trato de los menores que obtienen una protección reforzada a través del defensor judicial y aquéllos menores a los que no se les asigna defensor y que a su vez no tienen garantizada la presencia del Ministerio Fiscal, que suelen ser los niños por encima de los 12 años, aquéllos que se estima lo suficientemente maduros. En este sentido es importante que, el reconocimiento de la suficiente madurez de un menor, no produzca una desprotección por parte del sistema judicial y un trato discriminatorio hacia los menores que se ubican en esta franja de edad.

En cuarto lugar, la jurisprudencia nacional ha oscilado demostrando ambigüedad sobre los efectos derivados de la negativa a declarar. La más reciente Sentencia del Tribunal Supremo que aplica esta cuestión a un menor admite las declaraciones formuladas en fase de instrucción mientras hayan sido contrapesadas por prueba fiable. No obstante, en dicho caso el menor no fue informado de su derecho a dispensa antes de declarar en fase de instrucción y no compareció en el juicio oral. Si el menor manifestase su voluntad de acogerse a la dispensa en el juicio oral, los recientes Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del tribunal Supremo de 23 de enero de 2018²⁰³ impiden rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubieran efectuado con el carácter de prueba pre-constituida. Esta doctrina resulta incompatible con el artículo 730 que permite leer o reproducir a instancia de cualquiera de las partes [...] las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad. Tampoco con la jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos, que ha permitido admitir declaraciones pre-constituidas en fase de instrucción cuando la víctima se acoge a su derecho a no declarar, incluso defectuosas, es decir, no sometidas a contradicción, pero acompañadas de pruebas fiables que avalen la declaración. En este sentido, resulta importante destacar que la postura defendida por los organismos de derechos humanos busca encontrar un equilibrio entre los derechos de la defensa y los derechos de las víctimas. El desarrollo de dicha doctrina permite que el enjuiciamiento de delitos como la violencia de género e intrafamiliar no quede bajo el arbitrio y el abuso del maltratador. En este sentido, los recientes acuerdos del Tribunal Supremo se posicionan a favor del carácter absoluto de la dispensa y ello es cuestionable, puesto que, conociendo los motivos que muchas veces subyacen el ejercicio de este derecho por parte de los familiares en el juicio oral, impiden valorar declaraciones cercanas a los hechos, incluso sometidas a contradicción y otras pruebas fiables que permiten intervenir en patrones de abuso y de violencia que se perpetran en la vida privada, donde las víctimas, en su mayoría, son mujeres y niños. La defensa en términos absolutos de la dispensa no es el camino más recomendable a seguir si se busca que el Estado garantice la tutela judicial efectiva. Los derechos humanos no han de depender del estatus que ocupa una persona en la sociedad a la que pertenece.

²⁰³ TRIBUNAL SUPREMO, Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del tribunal Supremo de 23 de enero de 2018, Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrim-.

En quinto lugar, la jurisprudencia nacional de forma acertada destaca que no se puede usar al menor como fuente de prueba, y el problema recurrente de la falta de pruebas y de investigaciones deficientes. En este sentido, se demuestra de un estudio de los casos que frecuentemente se fundamentan condenas en declaraciones prejudiciales no sometidas al debido principio de contradicción o en testimonios de referencia defectuosos por no haber sido prestados con las debidas garantías. La obtención de pruebas fiables y de una investigación efectiva forma parte de la obligación positiva de los Estados donde el DIDH ha hecho especial hincapié en los casos de violencia sexual de menores, donde las circunstancias y los especiales factores psicológicos son determinantes.

10. Conclusiones

La dispensa del deber de declarar sirve para proteger la conciencia de aquéllas personas que se sienten unidas al acusado por vínculos afectivos de solidaridad, lealtad, preservando la paz y la intimidad familiar como valores constitucionalmente protegidos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no ha interferido de forma directa en cómo los Estados han decidido regular el privilegio testifical por parte de sus ordenamientos nacionales, concediendo a los Estados un amplio margen de apreciación, incidiendo no obstante de forma indirecta en la voluntariedad del derecho del niño a ser escuchado y en el derecho de las víctimas y testigos a guardar silencio como una manifestación del derecho a la libertad de expresión.

La jurisprudencia nacional ha elaborado una línea jurisprudencial que ha establecido unos criterios que permiten el ejercicio de la dispensa por un menor y asegurar la protección de sus derechos. En primer lugar, la madurez del menor ha sido un criterio fundamental para intentar proteger al menor frente a la toma de decisiones que pueden afectar sus intereses y agravar su victimización. En segundo lugar, en caso de que el menor no sea lo suficiente maduro, dicha decisión la habrá de tomar su representante legal, que no habrá de tener conflicto de interés. En tercer lugar, la admisibilidad de declaraciones pre-constituídas en fase de instrucción por menores ha sido una cuestión peliaguda cuando el menor decide acogerse a la dispensa en el juicio oral. Si bien la jurisprudencia, tras la reforma de la LECRIM en 2015 admite dichas declaraciones, mientras hayan sido sometidas a contradicción o sean contrapesadas por otras pruebas fiables. No obstante, algunas Sentencias han reconocido el carácter absoluto de la dispensa si el menor dispone de la suficiente madurez en el juicio oral para desvirtuar las demás pruebas de cargo, postura que recientemente ha ratificado el Tribunal Supremo en sus recientes Acuerdos.

En relación a estos criterios históricamente las presunciones de capacidad se introdujeron en el derecho debido a la percepción de que determinados testigos por naturaleza eran poco fiables o creíbles. Con el paso del tiempo este prejuicio ha ido desmontándose progresivamente. Este desarrollo se ha reflejado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, a través de los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, los organismos internacionales han recomendado y sugerido a los Estados no establecer barreras en

sus leyes nacionales, basadas en edades físicas del menor, sino en un juicio ponderativo en atención a las circunstancias del caso, sin excluir en ningún momento al menor negándole su derecho a ser oído.

El reconocimiento de que sea el representante legal al que se le atribuya el ejercicio del derecho a dispensa cuando el menor sea considerado inmaduro plantea determinados problemas si el representante legal también es víctima de violencia de género o intrafamiliar. La valoración de un conflicto de intereses puede ser difícil y en este caso el DIDH recomienda el nombramiento de un “adulto adecuado” o “representante” de los intereses del menor.

La admisibilidad de declaraciones pre-constituidas en fase de instrucción han sido avaladas por los organismos de DIDH mientras cumplan con los requisitos recogidos por la doctrina de la única y decisiva prueba: contradicción o en caso de no poder someter la declaración a contradicción que vaya acompañada de suficiente prueba de corroboración. No obstante, dicha doctrina no resuelve fácilmente los casos en que los menores son víctimas de violencia sexual, donde las organizaciones internacionales han condenado a los Estados por incumplir su obligación de investigar prueba independiente que pueda corroborar la declaración prejudicial del menor.

De un análisis de la normativa internacional y nacional se desprenden algunas reflexiones finales. En primer lugar, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene una postura flexible ante los privilegios testificales permitiendo un margen de apreciación a los Estados, no hay que olvidar que el derecho a la vida privada y familiar no es un derecho absoluto y que puede y debe limitarse. Los Estados tienen la obligación de proteger a aquéllos individuos en situación de vulnerabilidad frente a toda forma de violencia. En segundo lugar, el Derecho Internacional sugiere una preferencia por los juicios ponderativos en atención a la madurez del menor y las circunstancias del caso a la hora de permitir que el menor pueda o no ejercitar su derecho a dispensa. No obstante, se insertan en algunos lugares de la jurisprudencia nacional categorías sugeridas donde se establecen presunciones de incapacidad o de capacidad, en algunos casos a través de una aplicación analógica de otros ordenamientos jurídicos como por ejemplo el civil. En este sentido es importante destacar que la inclusión de categorías físicas en base a la edad del menor puede resultar en una práctica discriminatoria hacia los niños y que hay que ser cauteloso a la hora de aplicar criterios con base en franjas de edad establecidas en otros ordenamientos jurídicos donde los intereses son distintos. En tercer lugar, si el menor es considerado inmaduro, se le asignará un representante, no obstante, el alcance y competencias de esta figura jurídica son poco claras y resulta confusa y, por tanto, para evitar una desprotección de determinados menores, habrá que definir dicha figura con mayor claridad para que no exista un desajuste entre las competencias de figuras y ello no conlleve un trato desigual y una desprotección hacia aquéllos menores que son considerados suficientemente maduros. En cuarto lugar, el derecho internacional permite la admisibilidad de las declaraciones pre-constituidas en fase de instrucción por parte de menores siempre que, o hayan sido sometidas a contradicción y en caso de no haber sido sometidas a contradicción, que no sean la única y decisiva prueba, puesto que, en caso de serlo, el juicio será declarado injusto. No obstante, si el niño guarda

silencio en el juicio oral, la reciente interpretación por parte de los Tribunales nacionales indica que dichas declaraciones no serán admisibles. En este sentido, dicha posición puede resultar incoherente con el derecho internacional de los derechos humanos y puede tener el efecto de sacrificar los derechos individuales del niño a favor del derecho a la vida privada y familiar. En último lugar, es constante la falta de investigación y los errores en la obtención de las pruebas que corroboran las declaraciones pre-constituidas en fase de instrucción. En este sentido, si se quiere que los derechos del niño sean reales y efectivos, el Estado debe garantizar investigaciones eficaces.

11. Tabla de jurisprudencia citada

Comité Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW Committee)

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Communication No.: 2/2003, <i>Ms. A. T. v. Hungary</i>	26.1.2005	CEDAW/C/32/D/2/2003
Communication No. 5/2005, <i>Sahide Goekce v Austria</i>	6.8.2007	CEDAW/C/39/D/5/2005
Communication No. 6/2005, UN Doc. <i>Fatma Yildirim v Austria</i>	1.10.2007	CEDAW/C/39/D/6/2005

Comisión Europea de Derechos Humanos

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
<i>Caso Kremers contra Países Bajos</i>	19.10.1995	Decisión no. 25208/94
<i>Caso Slobodan contra Países Bajos</i>	15.1.1997	Decisión no. 29838/96

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
<i>Caso Unterpertinger contra Austria</i>	24.11.1986	TEDH 1986\14
<i>Caso Asch contra Austria</i>	26.4.1991	TEDH 1991\29
<i>Caso K v Austria</i>	1992	(http://www.menschenrechte.ac.at/orig/93_4/K..pdf)
<i>Caso A.M. contra Italia</i>	14.12.1999	TEDH 1999\66
<i>Caso Mattoccia contra Italia</i>	25.7.2000	TEDH 2000\403
<i>Caso P. S. contra Alemania</i>	20.12.2001	TEDH 2001\881
<i>Caso Visser contra Holanda</i>	14.2.2002	JUR 2002\61050
<i>Caso S.N. contra Suecia</i>	2.7.2002	TEDH 2002\43
<i>Caso M. C. contra Bulgaria</i>	4.12.2003	JUR 2003\253041
<i>Caso Accardi y otro contra Italia</i>	20.1.2005	TEDH 30598/02
<i>Caso Bocos-Cuesta contra Países Bajos</i>	10.11.2005	TEDH 2005\123
<i>Caso Panovits contra Chipre</i>	11.12.2008	JUR 2008\379731
<i>Caso D. contra Finlandia</i>	7.7.2009	JUR 2009\338381

Caso <i>A.S. contra Finlandia</i>	28.9.2010	JUR 2010\332112
Caso <i>Van Der Heijden contra Países Bajos</i>	3.4.2012	JUR 2012\122387
Caso <i>M.G.C. contra Rumania</i>	15.3.2016	JUR 2016\61918

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Caso <i>Proceso penal contra María Pupino</i>	16.6.2005	TJCE 2005\184

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2ª, núm. 1225/2004, 27.10.2004	RJ 2004\6857	Excmo. Sr. Joaquín Giménez García
STS, 2ª, núm. 1421/2005, 30.11.2005	RJ 2006\322	Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 2ª, núm. 385/2007, 10.5.2007	RJ 2007\3261	Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar
STS, 2ª, núm. 625/2007, 12.7.2007	RJ 2007\5109	Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 2ª, núm. 101/2008, 20.2.2008	RJ 2008\1416	Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, núm. 164/2008, 8.4.2008	RJ 2008\1726	Excmo. Sr. Siro Francisco García Pérez
STS, 2ª, núm. 31/2009, 27.1.2009	RJ 2009\1389	Excmo. Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
STS, 2ª, núm. 129/2009, 10.2.2009	RJ 2009\446	Excmo. Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
STS, 2ª, núm. 121/2009, 12.2.2009	RJ 2009\914	Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 2ª, núm. 17/2010, 26.1.2010	RJ 2010\1270	Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 2ª, núm. 160/2010, 5.3.2010	RJ 2010\4057	Excmo. Sr. Juan Berdugo y Gómez de la Torre
STS, 2ª, núm. 459/2010, 14.5.2010	RJ 2010\5805	Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín
STS, 2ª, núm. 288/2012, 19.4.2012	RJ 2012\5756	Excmo. Sr. Diego Ramos Gancedo
STS, 2ª, núm. 1010/2012, 21.12.2012	RJ 2012\11336	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
STS, 2ª, núm. 699/2014, 28.10.2014	RJ 2014\6445	Excmo. Sr. Antonio del Moral García
STS, 2ª, núm. 703/2014, 29.10.2014	RJ 2014\5422	Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco
STS, 2ª, núm. 686/2016, 26.7.2016	RJ 2016\4209	Excmo. Sr. Antonio del Moral García
STS, 2ª, núm. 209/2017, 28.3.2017	RJ 2017\1786	Excma. Sra. Ana María Ferrer García

STS, 2ª, núm. 367/2017, 19.5.2017	RJ\2017\2439	Excmo. Sr. Perfecto Agustín Andrés Ibañez
--------------------------------------	--------------	--

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, núm. 94/2010, 15.11.2010	RTC 2010\94	Excmo. Sr. Joaquín Giménez García

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Alicante, Sec. 10ª, núm. 314/2015, 21.7.2015	JUR\2016\151712	Ilmo. Sr. José María Merlos Fernández
SAP Barcelona, Sec. 20ª, núm. 751/2015, 14.10.2015	ARP 2015\1489	Ilma. Sra. Concepción Sotorra Campodarve

12. Bibliografía

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe: Access to justice for children, 16 Diciembre 2013, A/HRC/25/35, págs. 6-7, disponible en www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/.../A-HRC-25-35_en.doc

Gian M. BACCARI (2003), *La Testimonianza Del Prossimo Congiunto Dell'Imputato*, CEDAM.

Larry Michael BAUER (1979), "Recognition of a Parent-Child Testimonial Privilege", *Louis University Law Journal*, vol. 23

Jeremy BENTHAM (1978), *Rationale of Judicial Evidence*. Garland Pub.

Haig BOSMAJIAN (1999), *The Freedom Not to Speak*. NYU Press.

Deirdre A. Brown, *et al.* (2007), "Supportive Or Suggestive: Do Human Figure Drawings Help 5- to 7-Year-Old Children to Report Touch?", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, vol. 75, núm. 1, pág. 33.

Juan BURGOS LADRÓN DE GUEVARA (2009), "Valor De La Declaración De La Víctima Menor De Edad En La Fase De Instrucción Del Proceso Penal Español", *Diario La Ley*, núm. 7106, pág. 1.

BURKE, N. G. (1981), "Ordered to Testify Against Mother", *Nat'l L.J.*, Mar. 9, at 3, col. 2.

Linnda R. CAPORAEL (1976), "Ergotism: The Satan Loosed in Salem?", *Science*, vol. 192, núm. 4234, págs. 21-26.

Raquel CASTILLEJO MANZANARES (2009), "La Dispensa Del Deber De Declarar Del Artículo 416 De La Ley De Enjuiciamiento Criminal Respecto De La Mujer Que Sufre Violencia De Género", *Revista De Derecho Penal*, núm. 26, págs. 121-140.

Mónica CEBERIO BELAZA (2007), "Cuando la maltratada retira la denuncia". Disponible en: http://elpais.com/diario/2007/06/05/sociedad/1180994402_850215.html.

Michael CHANDLER y Michael CHAPMAN (2013), *Criteria for Competence: Controversies in the Conceptualization and Assessment of Children's Abilities*, Psychology Press.

George B. COLLINS y E. Clifton BOND Jr. (1953), "Youth as a Bar to Testimonial Competence", *Arkansas Law Review*, vol. 8, pág. 100.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2001), Observación General No. 1, *Propósitos de la educación*, 26º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 332.

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

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2007), Observación General No. 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, U.N. Doc. CRC/C/GC/10.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009), Observación General No. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, U.N. Doc. CRC/C/GC/11.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2011), Observación General No. 13, *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, U.N. Doc. CRC/C/GC/11.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), Observación General No. 14, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), U.N. Doc. CRC/C/GC/14.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (1992), Recomendación General Nº19, *La violencia contra la mujer*, 11º período de sesiones.

Antonia CRETNEY y Gwynn DAVIS (1997), "The Significance of Compellability in the Prosecution of Domestic Assault", *The British Journal of Criminology*, vol. 37, núm. 1, págs. 75-89.

Ian DENNIS (2007), *The Law of Evidence*, Sweet & Maxwell, London.

Pedro DÍAZ TORREJÓN, "La protección de la víctima menor de edad en el proceso penal. Incidencia de la entrada en vigor de la ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito" disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/P.%20D%C3%ADaz%20Torrej%C3%B3n.pdf?idFile=82133c66-0856-4d89-b863-e15c29746fd5, pág. 4.

ECOSOC. Resolución del ECOSOC 2005/20, *Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime* disponible en <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-20.pdf>

FAPMI. Campaña para la Prevención de la Violencia Sexual contra la Infancia: Uno de Cada Cinco. Disponible en <http://www.fapmi.es/contenido1.asp?sec=51>.

Rafael ESCOBAR JIMÉNEZ (2009), "La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal (Art. 416.1.º LECrim.)", *Diario La Ley*, núm. 7301, pág. 1.

Horst FISCHER, Claus KRESS y Sacha Rolf LÜDER (2001), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law: Current Developments*, Berlin Verlag.

Marsha A. FREEMAN, Beate RUDOLF y Christine CHINKIN (2012), *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*. Oxford University Press.

Gail S. GOODMAN (1984), "Children's Testimony in Historical Perspective", *Journal of Social Issues*, vol. 40, núm. 2, págs. 9-31.

Thomas GRISSO (1997), "The Competence of Adolescents as Trial Defendants", *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 3, núm. 1, pág. 3.

William Searle HOLDSWORTH (1924), *A History of English Law*. Little, Brown.

Juan José HURTADO YELO (2010), "¿Se Debe Suprimir El Art. 416 LECrim En Los Delitos De Violencia De Género?", *La Ley Penal: Revista De Derecho Penal, Procesal Y Penitenciario*, núm. 76, pág. 4.

John D. JACKSON y Sarah J. SUMMERS (2012), *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press.

Joel KUPPERMAN (1991), *Character*, Nueva York.

Michael E. LAMB y Deirdre BROWN (2006), "Conversational Apprentices: Helping Children Become Competent Informants about their Own Experiences", *British Journal of Developmental Psychology*, vol. 24, núm. 1, págs. 215-234.

John H. LANGBEIN (2012), *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. University of Chicago Press.

Gerison LANSDOWN (2005), *The Evolving Capacities of the Child*, Innocenti Studio, Unicef.

Elena LARRAURI (2003), “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm 12.

Sanford LEVINSON (1984), “Testimonial Privileges and the Preferences of Friendship”, *Duke Law Journal*, pág. 631.

Marta LOZANO EIROA (2012), “El Derecho Al Silencio Del Imputado En El Proceso Penal”, *Diario La Ley*, núm. 7925, pág. 2.

MAFFEI, S. *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*. ISBS, 2006.

Vicente MAGRO SERVET (2005), “La Imposibilidad De Conceder a Las Víctimas De La Violencia De Género La Dispensa De Declarar Contra Sus Agresores (Artículo 416 LECrim.):¿ Es Necesaria Una Reforma Legal?”, *La Ley: Revista Jurídica Española De Doctrina, Jurisprudencia Y Bibliografía*, núm. 4, págs. 1697-1708.

Vicente MAGRO SERVET (2008), “Necesidad De La Práctica De La Prueba Pre-constituida Con Menores De Edad En El Juzgado De Instrucción En Los Delitos Contra La Libertad Sexual”, *Diario La Ley*, núm. 6972, pág. 1.

María del Pilar MARTÍN RÍOS (2008), “Reflexiones Acerca De La Negativa a Declarar En Juicio De La Mujer Víctima De Violencia De Género: Análisis De La Jurisprudencia Española”, *Revista General De Derecho Procesal*, núm. 15, pág. 3.

Mary K. MATOSSIAN (1982), “Views: Ergot and the Salem Witchcraft Affair: An Outbreak of a Type of Food Poisoning Known as Convulsive Ergotism may have Led to the 1692 Accusations of Witchcraft”, *American Scientist*, vol. 70, núm. 4, pág. 355-357.

Daniel MOECKLI *et al.* (2014), *International human rights law*. Oxford University Press.

Ana MONTESINOS GARCÍA (2012), “La Dispensa De Declarar De Las Víctimas De Violencia De Género”, *Teoría Y Derecho: Revista De Pensamiento Jurídico*, núm. 11, págs. 218-249.

Ana MONTESINOS GARCÍA (2017), “La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral”, en Olga FUENTES SORIANO (Dir.), *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 239-250.

Víctor M. MORENO CATENA (1980), *El Secreto En La Prueba De Testigos Del Proceso Penal*, Montecorvo.

Rosemary PATTENDEN (1991), "Should Confessions be Corroborated?" *Law Quarterly Review*, vol. 107, pág. 317.

Debra A. POOLE y Michael E. LAMB (1998), *Investigative Interviews of Children: A Guide for Helping Professionals*, American Psychological Association.

Mike REDMAYNE (2006), "Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, núm. 2, págs. 209-232.

Paul ROBERTS y Jill HUNTER (2012), *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Bloomsbury Publishing.

José Luís RODRÍGUEZ LAINZ (2011), "El Deber De Declarar En Contra De Pariente: Comentario a La STC 94/2010, De 15 De Noviembre", *Diario La Ley*, 2011, núm. 7577, pág. 1.

Steven ROWLEY (1938), "The Competency of Witnesses", *Iowa Law Review*, vol. 24, pág. 482.

Wolfgang SCHOMBURG y Ines PETERSON (2007), "Genuine Consent to Sexual Violence Under International Criminal Law", *American Journal of International Law*, vol. 101, núm. 1, págs. 121-140.

Marianne E. SCOTT (1983), "Parent-Child Testimonial Privilege: Preserving and Protecting the Fundamental Right to Family Privacy", *U.Cin.L.Rev.* vol. 52, pág. 901.

Amee A. SHAH (1999), "The Parent-Child Testimonial Privilege-has the Time for it Finally Arrived", *Clev.St.L.Rev.*, vol. 47, pág. 41.

John R. SPENCER y Rhona H. FLIN (1990), *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*, Blackstone Press.

Catherine C. STERN (2010), "Don't Tell Mom the Babysitter's Dead: Arguments for a Federal Parent-Child Privilege and a Proposal to Amend Article V", *Geo.LJ*, vol. 99, pág. 605.

Murray A. STRAUS (2017), "Physical violence in American families", *Measuring Intrafamily Conflict and Violence: The Conflict Tactics (CT) Scales*, Routledge, págs. 29-48.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2018), Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del tribunal Supremo de 23 de enero de 2018, Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrim-

UAM, "Bases para la Elaboración de una Estrategia para la Infancia y la Adolescencia en Riesgo y Dificultad Social"

http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/Estrategias_Infancia.pdf

Geraldine VAN BUEREN (1998), *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers.

María Luisa VILLAMARÍN LÓPEZ (2012), "El Derecho De Los Testigos Parientes a no Declarar En El Proceso Penal", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4.

Patricia VISEUR SELLERS (2007), *The Prosecution of Sexual Violence in Conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation*, Women's Human Rights and Gender Unit (WRGU).

Wendy Meredith WATTS (1986), "The Parent-Child Privileges: Hardly a New Or Revolutionary Concept", *Wm.& Mary L.Rev.*, vol. 28, pág. 583.

John Herny WIGMORE (1940), "Evidence (Vol. 8)", *Boston: Little, Brown*.

Jennifer L. WOOLARD, N. Dickon REPPUCCI y Richard E. REDDING (1996), "Theoretical and Methodological Issues in Studying Children's Capacities in Legal Contexts", *Law and Human Behavior*, vol. 20, núm. 3, págs. 219-228.