



TRABAJO FIN DE GRADO

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y A LA
ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

AUTOR: LUCÍA ARCE ESPEJO

TUTOR: ÁNGEL TINOCO PASTRANA

ESQUEMA METODOLOGÍA

A. RELACIÓN DE CONTENIDOS

1. Introducción
2. Novedades legislativas de la Ley Orgánica 8/2021
3. Especialización de Órganos jurisdiccionales
4. Derechos de los menores de edad en un proceso penal.
5. La prueba preconstituida.
6. Conclusiones.

B. RESUMEN

En esta redacción se va a estudiar la Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (en adelante LOPIVI) desde la perspectiva del Derecho procesal. Antes del estudio de los temas que se tratan en dicha Ley, hay que atender al marco jurídico existente tanto desde la vista internacional, como nacional. La entrada en vigor de la LOPIVI ha supuesto algunas modificaciones en cuestiones del proceso penal regulados en la Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRIM), teniendo especial relevancia la consideración de prueba preconstituida a la declaración realizada por la víctima menor de edad. También y relacionado con esto último, para garantizar la especial protección de las víctimas menores de edad, se han introducido mecanismos como la declaración a través de la Cámara Gesell o la introducción de modificaciones destinadas a la especialización de los Órganos jurisdiccionales que conocen de los casos donde es parte un menor de edad.

C. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Nuestro principal objetivo es hacer un estudio general de lo que ha conllevado la aprobación de la LOPIVI respecto a la legislación anterior, esto es, las reformas que esta ha llevado a cabo, especialmente en la LECRIM. Y, de esta manera, conocer el procedimiento a seguir en un procedimiento judicial en el que concurren como partes de él menores de edad.

También, pretendemos poner en contexto la legislación española con los Convenios Internacionales sobre derechos de los niños que se han ido desarrollando a lo largo de los años y que asientan los principios en los que se basa la legislación actual. Y, por último, presentar los nuevos métodos de actuación informáticos, médicos y asistenciales a través de los cuales se tratan las relaciones con las partes menores de edad en el proceso judicial.

Respecto a la metodología, mediante la búsqueda y estudio de fuentes bibliográficas que versen sobre el tema a tratar, vamos a extraer las ideas esenciales para desarrollar posteriormente esta redacción. Seguidamente, vamos a complementar dicha información con supuestos de hechos discutidos por la jurisprudencia con la finalidad de plasmar el marco teórico desarrollado de manera más práctica.

ÍNDICE

1. Introducción	5
2. Novedades legislativas sobre la protección de los menores de edad	6
2.1. Modificaciones provocadas por la LOPIVI	10
A. Plazo de personación de las víctimas	10
B. Limitaciones a la exención de la obligación de denuncia	11
C. Limitaciones a la dispensa de la obligación de declarar como testigos de los parientes	12
D. Orden de protección	12
3. Especialización de los órganos judiciales	13
4. Derechos de los menores de edad en un proceso penal	16
4.1. Medidas de protección para salvaguardar los intereses de los menores de edad	19
5. La prueba preconstituida	20
5.1. Declaración con Cámara Gesell	24
6. Conclusiones	27
7. Bibliografía	31

ABREVIATURAS

- ALECRIM: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Arts.: artículos
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CE: Constitución Española.
- Coord.: coordinador.
- CP: Código Penal
- Dir.: director.
- DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.
- Edit.: editor.
- EV: Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- *Ibidem*: obra citada de manera consecutiva.
- LECRIM: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LO: Ley Orgánica.
- LOPIVI: Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- Núm.: número.
- OAV: Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.
- *op. cit.*: obra citada con anterioridad.
- págs.: páginas.

1. INTRODUCCIÓN

Vamos a estudiar la LOPIVI, norma que se ha encargado de trasponer al Derecho Español la regulación europea respecto a la protección de los menores de edad involucrados en un procedimiento penal.

El preámbulo de la LOPIVI comienza tratando la necesidad de un cuerpo normativo que garantice la protección de los menores de edad en el contexto de un Estado social-democrático como España y más, enfatiza GAMAZO OLAGUÍBEL, siendo parte de un Órgano supraestatal como la Unión Europea¹.

BERROCAL LANZAROT señala que se comienza observando en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño por la Sociedad de Naciones en 1924 el reconocimiento de la existencia de derechos específicos para los niños y las niñas y, sobre todo, la responsabilidad que tienen los adultos hacia ellos. Tras esta, se han ido aprobando sucesivamente diferentes declaraciones y convenios sobre este tema, como la Declaración de los Derechos del niño o las Reglas de Beijing, las cuales son las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores propiciando el interés superior del niño durante el proceso de justicia e incluyendo servicios sociales y un tratamiento proporcional a las circunstancias².

En la Unión Europea, por su parte, vamos a ver que la protección de los menores de edad se consigue mediante el Tratado de Lisboa y mediante mecanismos como el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (2007).

Esta inclinación de las normas internacionales ha llevado a que, en el ámbito nacional, finalmente en 2021 se apruebe la LOPIVI. Esta Ley Orgánica ha supuesto algunas modificaciones en cuestiones del proceso penal regulados en la LECRIM con el fin de proteger el interés de los menores involucrados en un proceso judicial.

Según MOTIÑO VALERIO, a parte del contenido normativo y jurisprudencial, merece la pena tratar la parte humana de este asunto, esta es, las víctimas. Si recurrimos a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Crimen y de Abuso de Poder (1985), se entiende por víctima a aquella persona que ha sufrido daños físicos o mentales, emocionales o, incluso, algún tipo de

¹GAMAZO OLAGUÍBEL. C., MENÉNDEZ DE LLANO CASA, M., & RAMÍREZ SAÑUDO, C., "Cuestiones Generales de la ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia" en VIDAL HERRERO-VIOR, M.S. (coord.), *Libro Análisis jurídico, criminológico y de ámbito publicitario de las disposiciones finales de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2022, página 18.

² BERROCAL LANZAROT, A. I., "Las administraciones públicas en la protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: medidas de intervención, niveles de actuación y procedimientos" en VIDAL HERRERO-VIOR, M.S. (coord.), *Libro Análisis jurídico, criminológico y de ámbito publicitario de las disposiciones finales de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2022, páginas 27 y 28.

menoscabo de sus derechos fundamentales, a consecuencia de actos u omisiones que vayan en contra de las Leyes³.

Aquí se encuentra el fundamento central de la Ley que vamos a estudiar, las víctimas menores de edad y su protección integral debido al carácter vulnerable que presentan. Además, hay que enfatizar en la gran importancia de esta cuestión en el contexto de la sociedad y su desarrollo.

2. NOVEDADES LEGISLATIVAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD

GAMAZO OLAGUÍBEL comienza afirmando que la LOPIVI supone la materialización de los principios y declaraciones internacionales en el territorio español y, además, implica una protección constitucional reforzada ya que la regulación de tales derechos se debe hacer por Ley Orgánica⁴.

En este sentido podemos destacar que la base jurídica de la protección de los derechos del niño es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. Esta Convención constituye el primer instrumento universal que aborda el asunto de los derechos de los niños, siendo, además, jurídicamente vinculante. Es en su preámbulo donde recalca la importancia del contexto en el que debe crecer un niño para así garantizar el pleno desarrollo de la personalidad. Aunque, teniendo en consideración las tradiciones y los valores culturales de cada lugar de aplicación.

En la misma línea, en el artículo tres del Tratado de la Unión Europea se puede ver como uno de sus objetivos, la protección de los derechos del niño de manera conjunta a numerosos Convenios relacionados con la protección de los niños en diferentes ámbitos susceptibles de regulación internacional.

BERROCAL LANZAROT habla del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, comúnmente conocido como Convenio de Lanzarote, como el texto donde se encuentran las primeras ideas sobre la protección superior del menor en Europa⁵. De los artículos 30 a 36 podemos extraer las ideas respecto a la investigación, enjuiciamiento y Derecho procesal, haciendo hincapié en el interés superior del niño y del respeto a sus derechos. Además, es aquí donde se

³ MOTIÑO VALERIO, K.A. "La declaración rendida a través de Cámara Gesell como remedio para evitar la victimización secundaria de víctimas vulnerables" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, 2015, página 651.

⁴ GAMAZO OLAGUÍBEL. C., MENÉNDEZ DE LLANO CASA, M., & RAMÍREZ SAÑUDO, C., "Cuestiones Generales de la ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia" en VIDAL HERRERO-VIOR, M.S. (coord.), *Libro Análisis jurídico, criminológico y de ámbito publicitario de las disposiciones finales de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, página 20.

⁵ BERROCAL LANZAROT, A.I., "Las Administraciones Públicas en la Protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: medidas de intervención, niveles de actuación y procedimientos" en VIDAL HERRERO-VIOR, MS (coord.), *Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, página 28.

habla sobre la metodología a seguir para llevar a cabo las entrevistas a los menores de edad que conforman el proceso judicial, cuestión que más adelante trataremos.

En nuestro derecho interno, LLORIA GARCÍA entiende como una obligación constitucional atender a la protección integral de los niños ⁶. En este sentido, en el Ordenamiento Jurídico español, es en la Constitución Española (en adelante CE), concretamente en su artículo 39, donde se proclama la protección a la familia y a la infancia. Continúa esta pronunciándose sobre las obligaciones de los poderes públicos respecto a la protección de la familia, seguida por la mención expresa sobre la protección de los hijos menores de edad. Es más, señala BERROCAL LANZAROT, refuerza dicha protección haciendo referencia a los acuerdos internacionales que versan sobre los derechos de los niños⁷.

A continuación, para contextualizar la reforma legislativa que provoca la entrada en vigor de la LOPIVI en la LECRIM, hay que atender al Anteproyecto de Ley de 2020 de dicha LECRIM (en adelante ALECRIM) ya que es donde se encuentran las medidas que se pretendían incluir en ella.

De este modo, en primer lugar, cabe mencionar la propuesta de la ALECRIM respecto a la limitación de archivo por oportunidad cuando concurre violencia e intimidación o cuando son delitos cometidos contra víctimas menores de trece años. Seguidamente, se prevén medidas orientadas a la protección de los bienes patrimoniales de las víctimas menores de edad, como la orden de protección o la suspensión de eficacia de instituciones de guarda y custodia sobre ellos.

También, en las declaraciones testificales de menores, y en general como medida de protección a las víctimas, como destaca ARNÁIZ SERRANO, la norma intenta asegurar la adaptación de dicha declaración a las condiciones y circunstancias concurrentes mediante la intervención de expertos.

Como modificación, se retira la exención del deber de denunciar por razón de vínculo familiar en los supuestos de delitos cometidos contra bienes personales de menores de edad. En este caso, se ha dado más valor al deber de protección y garantía de la indemnidad del menor que al propio vínculo familiar ⁸.

Por último, en el supuesto de las declaraciones de personas vulnerables, como son los menores de edad, se pretende que accedan directamente al juicio oral sin depender del riesgo de pérdida de la fuente de prueba que supone dicha declaración, es decir,

⁶ LLORIA GARCÍA, P., “La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código Penal. Algunas consideraciones.”, en “IgualdadES”, núm. 6, 2022, páginas 271-298.

⁷ BERROCAL LANZAROT, A.I., “Las Administraciones Públicas en la Protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: medidas de intervención, niveles de actuación y procedimientos” en VIDAL HERRERO-VIOR, MS (coord.), *Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, página 27.

⁸ ARNÁIZ SERRANO, A., “Aspectos Generales del Anteproyecto de LECRIM de 2020” en JIMENEZ CONDE, F. y FUENTES SORIANO, O. (coords.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, página 55.

que, aunque no haya un riesgo inminente de que se pueda perder la prueba, esa testificación o declaración del menor de edad se lleve directamente al juicio oral. De la misma manera que, en las declaraciones de menores a través de expertos, se intenta evitar la práctica de un examen contradictorio en el acto del juicio oral.

Es en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima (en adelante EV), donde se ofrece una solución a las víctimas de una infracción penal, no solo por el daño que les ha causado el acto que ha provocado el procedimiento penal, sino por las consecuencias que puedan emanar del propio proceso judicial⁹.

Consecuentemente, el EV destina una relación de artículos a adecuar el tratamiento procesal a los supuestos con víctimas con necesidades especiales. Así, del artículo 23 se puede extraer cómo se deben valorar las circunstancias particulares de la víctima para determinar los casos que requieren medidas de protección. Si continuamos leyendo, se atribuye la competencia para determinar las medidas de protección, en la fase de investigación al Juez de instrucción o al de Violencia sobre la mujer; y, al Juez que conoce de la causa, en la fase de enjuiciamiento.

Entrando ya al estudio de la LOPIVI, GAMAZO CARRASCO sintetiza sus objetivos en tres ideas diferenciadas¹⁰.

En primer lugar, esta Ley tiene la pretensión de garantizar los Derechos Fundamentales de las personas menores de edad, a las que se refiere como niños, niñas y adolescentes. Dentro del proceso penal, a esos Derechos Fundamentales se les puede añadir la integridad física, psíquica, psicológica y moral.

En segundo lugar, es de gran importancia asegurar el libre desarrollo de la personalidad de los niños y niñas, lo que se entiende de manera que puedan tomar sus propias decisiones, sin perjuicio del apoyo que requieran, respecto a aquellas situaciones que afectan directamente a su persona.

Por último, concluye GAMAZO CARRASCO, se recoge de la redacción de la Ley Orgánica, la necesidad de establecer medidas de protección integral hacia el menor de edad y sus familiares cuando se encuentran en la compleja situación de permanecer inmersos en un procedimiento judicial.

En definitiva, entendemos que la LOPIVI materializa en nuestro Ordenamiento Jurídico las ideas, concepciones y regulaciones ya realizadas en normativas internacionales. De esta forma, el legislador español coge de referencia las percepciones usadas en el ámbito de Naciones Unidas y las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño, además de las normativas europeas.

Además de la intención, de la que habla RODRÍGUEZ PASCUAL, de crear un marco legal que elimine la violencia, la LOPIVI pretende asentar el principio del buen trato

⁹ Ley 4/025, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, Boletín Oficial del Estado, núm. 101, del 28 de abril de 2015.

¹⁰ GAMAZO CARRASCO, M.B., “Análisis de las principales novedades en la LECRIM introducidas por LO 8/21 de 4 de junio” en “Diario la ley”, 2021, página 1 y 2.

hacia los niños, niñas y adolescentes de manera que prevalezca su desarrollo y su interés superior ¹¹.

Aunque, FERNANDEZ PANTOJA reúne otros principios sobre los que se sostiene dicha Ley Orgánica¹². De esta manera, comienza hablando de la sensibilización en el sentido de lograr alcanzar a todos los ámbitos de la sociedad, mencionando de manera expresa instrumentos como las redes sociales. Sigue considerando que se pretende conseguir una detección precoz de la violencia, a través de la formación de aquellos órganos profesionales que tratan con los menores y, de la información a la potenciales víctimas para que tengan las herramientas para reconocer y reaccionar ante una situación de abuso.

FERNANDEZ PANTOJA continúa hablando de los derechos que introduce la LOPIVI respecto de las víctimas menores de edad como medida de protección especial hacia ellas. Como posteriormente veremos, se puede destacar la prueba preconstituida y el derecho de los menores a ser escuchados en el procedimiento judicial. Por último, y como principio general, esta Ley tiene una finalidad protectora hacia las víctimas, para así evitar en mayor medida las consecuencias negativas que puede ocasionar un procedimiento de esta índole en una víctima menor de edad.

Además, en lo respecto a la prevalencia del interés superior del menor, la LOPIVI no solo proclama dicho principio, sino que amplía su ámbito conceptual ¹³. La LOPIVI da un paso más en la protección del menor ya que, no solo hace referencia a aquellas situaciones en las que él es la víctima del delito, sino que también declara la necesidad de asegurar su interés en aquellos supuestos en los que constituye una parte del procedimiento, sin necesidad de ser la víctima directa.

Como consecuencia, a parte de en la LECRIM, introduce novedades en otras normas del cuerpo legal español como el Código Penal (en adelante CP) y el Código Civil. Es más, GAMAZO CARRASCO destaca la gran importancia que ostentan las modificaciones que afectan a la LOPJ en materia de selección y formación de Jueces y del cuerpo de médicos forenses ¹⁴. Es aquí donde se puede apreciar la técnica elegida para regular esta Ley Orgánica, la de ley integral, que como dice LLORIA GARCÍA, concibe un punto de vista con el que abarca todos los ámbitos que afectan el objeto de protección de la Ley¹⁵.

¹¹ RODRÍGUEZ PASCUAL, I., “La violencia desde la mirada de las niñas, niños y adolescentes”, en RAVETLLAT BALLESTÉ, I. y CABEDO MALLOL, V. (eds.), *Estudios sobre la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2023, páginas 1-26.

¹² FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia” en “Cuadernos de Política Criminal”, núm. 134, 2021, páginas 21 y 22.

¹³ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *ibídem*, página 23.

¹⁴ GAMAZO CARRASCO, M.B., *op. cit.*, página 3.

¹⁵ LLORIA GARCÍA, P., *op. cit.*, página 274.

2.1. Modificaciones provocadas por la LOPIVI

Con la finalidad de asentar en nuestro ordenamiento jurídico una normativa más acorde con las indicaciones europeas y, más concretamente, destaca VIDAL HERRERO, con la intención de compaginar el respeto y protección de los derechos individuales con el interés público¹⁶, se aprueba la LOPIVI que lleva consigo una amplia modificación de la LECRIM.

A continuación, vamos a hacer referencia a estos instrumentos jurídicos usados en los procedimientos penales en los que la LOPIVI ha introducido reformas con la intención de favorecer la protección del menor.

A. Plazo de personación de las víctimas

Ante todo, es preciso aclarar que el concepto de víctima que recoge el EV no es el mismo que el que concibe la LECRIM. Como aclara CHOZAS ALONSO, el ofendido es aquella persona que sufre la ofensa que supone el delito; en cambio, la víctima es la que sufre en su patrimonio o persona las consecuencias del hecho delictivo¹⁷. Como diferencia conceptual, si desea personarse como acusación particular, toda víctima tiene la condición de ofendido, pero hay ofendidos que, sin ser víctimas, también puede ejercer la acción penal.

Ahora bien, la víctima del delito no está obligada a iniciar una acción penal, de modo que el proceso lo continuaría el Ministerio Fiscal si fuese un delito público o las demás víctimas si concurrieran más de una, por lo que puede haber tantas acusaciones como personas afectadas haya por ese hecho delictivo. De igual forma que, hasta que no renuncien a su derecho, las personas perjudicadas podrán mostrarse parte en el procedimiento, señala GAMAZO CARRASCO¹⁸.

VIDAL HERRERO considera que la LOPIVI lo que introduce es una ampliación del momento en el que la víctima u ofendido puede adherirse a la causa. Es el caso en el que el ofendido no inició la acción penal desde el primero momento, sino que se mantuvo apartado, pero sin llegar a renunciar su condición de parte del proceso¹⁹.

Entonces, antes de la modificación, la LECRIM establecía que aquellas personas ofendidas por un hecho delictivo podían adherirse a la parte acusadora en el procedimiento hasta el momento de calificación del delito, lo que sucede tras el auto de

¹⁶ VIDAL HERRERO, A., "El Derecho Procesal al servicio de las víctimas, los menores y las personas necesitadas de especial protección. Modificaciones procesales en la LECRIM por la Ley 8/2021" en VIDAL HERRERO-VIOR, MS (coord.), *Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, página 216.

¹⁷ CHOZAS ALONSO, J.M., *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015, página 219.

¹⁸ GAMAZO CARRASCO, M.B., *op. cit.*, páginas 3 y 4.

¹⁹ VIDAL HERRERO, A., "El Derecho Procesal al servicio de las víctimas, los menores y las personas necesitadas de especial protección. Modificaciones procesales en la LECRIM por la Ley 8/2021" en VIDAL HERRERO-VIOR, MS (coord.), *Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, página 228.

conclusión del sumario, esto es, cuando el Juez instructor del caso considera realizadas todas las diligencias necesarias.

En cambio, continúa MARTÍNEZ UCEDA, tras la introducción de las modificaciones de la LOPIVI en los artículos 109 y 110 de la LECRIM, la personación puede hacerse hasta el inicio del juicio oral. El ofendido que desea adherirse a la acción, lo hace a la acusación del Ministerio Fiscal u otras acusaciones, por lo que no puede realizar una acusación propia ²⁰.

B. Limitaciones a la exención de la obligación de denuncia

En la LECRIM se establece la obligación de todos aquellos que conozcan de la comisión de un delito o lo presenciaren de denunciarlo a una Autoridad Judicial. ASECIO MELLADO aclara en primer lugar que se entiende por denuncia el acto que lleva a cabo una persona para informar de la existencia de unos hechos con el objetivo de que sean perseguidos penalmente ²¹.

Aunque, la LECRIM también recoge las exenciones de dicha obligación de denunciar. De este modo, del artículo 261 se puede extraer la dispensa a denunciar del cónyuge no separado, teniendo en cuenta que se entiende dentro análogamente a las personas que mantienen una relación de afectividad, de las persona que presuntamente ha cometido el hecho delictivo. Tampoco, tiene obligación de denunciar los ascendientes y descendientes de tal persona y los parientes colaterales hasta el segundo grado. Estas disposiciones, resalta ASECIO MELLADO, se complementan a eximir a los menores de edad y a las personas con discapacidad del deber de denunciar la comisión de un delito ²².

Sobre este asunto, la LOPIVI en su disposición final primera introduce la excepción de la exención del artículo 261 de la LECRIM, es decir, aunque el denunciante sea una de las personas citadas en dicho artículo, estas tendrían la obligación de denunciar un hecho delictivo. Por lo que, esos sujetos deben poner en conocimiento del delito cometido a la Autoridad Judicial correspondiente cuando se trate de un delito contra la vida, delito de homicidio, de lesiones, de maltrato, delito contra la libertad o contra la libertad de indemnidad sexual o de trata de seres humanos; y la víctima de tales delitos sea una persona menor de edad o con discapacidad ²³.

²⁰ MARTÍNEZ UCEDA, S., "Las excepciones a la dispensa de la obligación de denunciar y a la de declarar tras LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Objetivo: proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección" en LÓPEZ-FRAGASO ÁLVAREZ, T., GONZÁLEZ NAVARRO, A. (dirs.), y MARRERO GUANCHEZ, D. (coord.), *La Humanización del Proceso: Homenaje al Profesor Manuel Morón Palomino*, Dykinson, Madrid, 2022, página 392.

²¹ ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, página 99.

²² ASECIO MELLADO, J.M., *ibidem*, página 100.

²³ Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, Boletín Oficial del Estado, núm. 134, de 5 de junio de 2021, página 44.

Finalmente, MARTÍNEZ UCEDA relaciona esa obligación de denunciar con el Título II de la LOPIVI, el cual abarca el deber general de comunicación de las personas y el deber cualificado de aquellas personas por motivo de su cargo o profesión cuando conozcan de un supuesto de violencia sobre niños y adolescentes ²⁴.

C. Limitaciones a la dispensa de la obligación de declarar como testigos de los parientes

MARTÍNEZ UCEDA expone que en base al artículo 410 de la LECRIM existe la obligación general de concurrir al llamamiento judicial para declarar de todas las personas que dispongan de su residencia habitual en España, con independencia de su edad o nacionalidad, a no ser que sea incapaz física o psíquicamente ²⁵.

A pesar de eso, el artículo 418 de la LECRIM protege a los parientes de la persona investigada ya que esta no puede ser obligada a declarar si tal declaración puede perjudicar a alguno de sus parientes. Asimismo, continúa ASECIO MELLADO, establece un listado de las personas dispensadas de declarar por presentar un vínculo parental con el procesado.

Ahora bien, tal dispensa desaparece tras la entrada en vigor de la LOPIVI, aunque únicamente en dos supuestos. El primero de estos es cuando el testigo sea el representante legal de la víctima menor de edad, es decir, los representantes legales no pueden aludir al vínculo parental para no declarar. Y, el segundo, en aquellos casos en los que se ha cometido un delito grave contra un menor de edad.

MARTÍNEZ UCEDA continúa diciendo que esta reforma de la dispensa de declarar en los casos relacionados con menores de edad o personas de especial protección ha supuesto un avance significativo en su amparo y protección ya que les permite ser escuchados sin impedimentos cuando los investigados son parientes directos de ellos ²⁶.

Así se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia 927/2022 de 30 de noviembre²⁷ señalando que está excluido el derecho de dispensa a no declarar a los testigos-parientes que hayan estado personados en el procedimiento como acusación particular, aun cuando ya no ejerciten tal acción penal en el momento de la declaración.

D. Orden de protección

Por circunstancias de carácter especial en el curso de un procedimiento penal, en ocasiones es necesario por parte de la Autoridad Judicial adoptar medidas cautelares.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 218/1994, de 18 de julio, define las medidas cautelares como las decisiones en forma de resolución que se toman con el fin

²⁴ MARTÍNEZ UCEDA, S., *op. cit.*, página 394.

²⁵ ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, página 180.

²⁶ MARTÍNEZ UCEDA, S. *op. cit.*, páginas 396 y 397.

²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 927/2022 de 30 noviembre. ECLI:ES:TS:2022:4469.

de conseguir el aseguramiento de un proceso ²⁸. NAVARRO MOZO hace hincapié que, como medida excepcional que es, debe ser la última opción mediante la que se puede asegurar que el procedimiento culmine efectivamente y pueda ejecutarse la condena impuesta.

Estas medidas se caracterizan porque no son definitivas y, deben ser proporcionadas al fin que se pretende conseguir en el proceso penal.

En la LECRIM, el artículo 544 bis versa sobre aquellos casos en los que se pueden adoptar esas medidas cautelares y en qué pueden consistir tales medidas. Entre otras, como orden de protección, se habla de la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia, etcétera.

Seguidamente, se habla de la prisión provisional fundamentada en el incumplimiento de alguna orden, los motivos, la gravedad y circunstancias del supuesto concreto.

La LOPIVI reforma los apartados 6 y 7 del artículo 544 ter de la LECRIM, el cual trata sobre las órdenes de protección en los casos especiales para las víctimas de violencia doméstica, ya que se entiende que hay un mayor riesgo de perjudicar a los menores de edad que convivan en un ambiente en el que ocurre esta violencia doméstica.

Por este motivo, la LOPIVI no solo introduce mejoras en tal artículo de la LECRIM, sino que para asegurar la efectiva protección de los menores de edad, tal y como dice FALCÓN CARO, opera la modificación legislativa del artículo 1.2 de la Ley 1/2004, por la que se comienza a considerar víctima directa al menor de edad de la violencia que sufre su progenitor²⁹, es decir, el menor de edad también es víctima de la violencia de género, aunque tal no se ejerza sobre él.

Como consecuencia a esta relación entre las diferentes violencias que pueden ejercerse dentro del ámbito intrafamiliar, cuando la violencia sí es ejercida contra el menor de edad, es decir, cuando es la víctima directa, las órdenes de protección deben adoptarse atendiendo, además de a él, a *“las personas responsables de su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”*, como dice el artículo 544.6 ter de la LECRIM³⁰.

3. ESPECIALIZACIÓN DE LOS ÓRGANO JUDICIALES

Según SOSPEDRA NAVAS, la apuesta más ambiciosa de la LOPIVI es la de crear órganos especializados. Así, se establece un mandato para elaborar diferentes leyes que permitan la creación de órganos especializados en materia de delitos cometidos contra

²⁸ NAVARRO MOZO, M^a Nieves. “Procedimiento Penal: Medidas Cautelares y su aplicación práctica” en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2022, páginas 124-126.

²⁹ FALCÓN CARO M., “Maltrato al menor y violencia vicaria. Análisis jurídico-penal de la incidencia de las principales reformas legislativas operadas en este marco normativo” en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *La protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, página 107.

³⁰ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Boletín Oficial del Estado, núm. 260, del 17 de septiembre de 1882.

la infancia y la adolescencia. Del mismo modo que, se pone de manifiesto la necesidad de formación en derechos de la infancia y la adolescencia en la carrera judicial y fiscal³¹.

En derecho comparado, respecto a la adaptación de organismos judiciales y de apoyo para aquellos supuestos en los que haya que tratar con personas menores de edad incurso en procedimientos judiciales, destaca La Casa Di Nilla, en Italia.

La Casa Di Nilla es un centro especializado en la atención de niños y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad sexual o en situaciones de abuso. Se trata de un proyecto, tal y como se definen ellos, “único en su tipo en el sur de Italia”, que tiene su objeto en ofrecer de manera conjunta unos servicios a nivel cínico, social, educativo y jurídico a aquellas personas afectadas por los abusos y los malos tratos, específicamente a menores de edad³².

Este centro se encuentra plenamente preparado para llevar a cabo en él todo el proceso de acompañamiento de estos niños y adolescentes, desde el apoyo psicológico y educaciones, como las medidas judiciales pertinentes. Tanto es así, que disponen de los espacios y equipamientos necesarios para llevar a cabo la declaración protegida de menores en vista del futuro juicio.

BELTRÁN MONTOLIU expone que dicha clase de casas a las que nos estamos refiriendo, tienen su origen en Estados Unidos con los *Children’s Advocacy Centers* en los años 80. Todas tienen como finalidad evitar aquellas situaciones traumáticas que pueden derivar de las declaraciones que deben hacer los menores y, en general, de la obtención de medios de prueba en el proceso judicial. De este modo, con la existencia de estos centros, los menores no se ven en la situación de tener que declarar repetidamente ante diferentes figuras, como médicos, policías, jueces, etcétera, sino que se hace de tal forma que el testigo o víctima menor de edad realiza la declaración dentro de estos centros una única vez y garantizando el apoyo psicológico correspondiente a la madurez del menor de edad³³.

Más adelante veremos que, posteriormente, esa declaración como medio de prueba se reproducirá en la fase del juicio oral a través de medios electrónicos, evitando así la victimización secundaria de los menores y su encuentro con la persona procesada.

En España, la LOPIVI, además de introducir modificaciones y novedades en la LECRIM sobre aquellos aspectos de la investigación y enjuiciamiento criminal relacionados con menores de edad o personas necesitadas de especial protección, ha

³¹ SOSPEDRA NAVAS, F.J., “Comentario a las reformas procesales y sustantivas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia” en “Aranzadi Digital”, núm. 1, 2021, página 3.

³² “Buone prassi per l’audizione protetta dei minorenni” en “I quaderni di casa di nilla”, núm. 17, 2018. <https://www.lacasadinilla.it/wp-content/uploads/2015/03/Manuale-Buone-prassi.pdf>

³³ BELTRÁN MONTOLIU, A., “Víctimas Vulnerables: Especial referencia al estatuto del menor a la luz de la LO 8/2021 de Protección Integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia” en “Revista de la Asociación de Profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas”, núm. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, páginas 138 y 139.

traído consigo un “hito en el Derecho de Familia”, según lo han denominado autores jurídicos como GARCÍA GARCÍA.

Mucho tiene que ver esto con lo que declara NOGALES NAHARRO, sobre la situación de desprotección que sufre el menor de edad, lo que ocasiona un perjuicio a su desarrollo personal y social. Por esto, continúa, la Administración pública tiene el deber de intervenir a través de medidas que garanticen el interés superior del menor³⁴.

Como consecuencia, los profesionales jurídicos y relacionados con este ámbito aclamaban una ley donde se proceda a regular la especialización de los órganos judiciales, de la fiscalía y de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los Juzgados y Tribunales.

Y, así lo hace la LOPIVI en su disposición final vigésima. Tal disposición establece que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, esto es, el 1 de enero de 2022, se va a remitir a las Cortes Generales dos proyectos de ley.

El primero de esos proyectos, como comenta BELTRÁN MONTOLIU, supondrá la modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial a través del que se pretenden especializar los órganos judiciales para la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales en los que los autores sean personas menores de edad. El otro proyecto de ley del que habla la disposición final vigésima es para la modificación de la ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, con la que se busca la especialización de los fiscales en materia de violencia sobre la infancia y la adolescencia. También, se establece la regulación de los Equipos Técnicos que prestan asistencia especializada en los órganos judiciales especializados en infancia y adolescencia³⁵.

La prueba práctica de estas nuevas medidas se encuentra en Las Palmas de Gran Canaria con el juzgado piloto de violencia contra la infancia y la adolescencia. Como consecuencia de las numerosas medidas que hay que adoptar en un procedimiento judicial con menores involucrados para evitar causarles un perjuicio mayor, el Decanato del partido judicial de las Palmas de Gran Canaria ha impulsado acciones para instaurar un modelo “buenas prácticas con la infancia”.

Con la creación de este juzgado se pretende limitar las materias de las que conoce el órgano hasta el punto en el que únicamente conocerá con carácter exclusivo de aquellas referidas a la infancia y adolescencia. Es más, introducen de manera eficaz e inmediata todas las medidas novedosas vistas en la LOPIVI.

De esta manera, de la Guía de actuación de este juzgado piloto podemos extraer sus objetivos³⁶. En primer lugar, se busca una mejor coordinación institucional en las

³⁴ NOGALES NAHARRO, M.A., *El Interés Superior Del Menor de Edad como Principio Rector de la Actuación de los Poderes Públicos en Situación de Riesgo. Marco Jurídico.*, Dykinson, Madrid, 2022, página 61.

³⁵ BELTRÁN MONTOLIU. A., *op. cit.*, página 120.

³⁶ Corte General del Poder Judicial, Tribunal Superior de Justicia de Canarias, *Guía de la actuación del juzgado piloto de violencia contra la infancia y la adolescencia del Partido Judicial de Las Palmas de*

intervenciones para atender al menor; en segundo lugar, se incentiva a reducir las declaraciones del menor para evitar la victimización secundaria; y, por último, pero relacionado con los dos objetivos anteriores, se persigue la adopción de medidas de protección oportunas, y procurando la intervención inmediata y la omisión de dilaciones innecesarias.

La creación de esta clase de organismos, aunque por ahora solo estén presentes en algunos tipos delictivos, propicia la protección de las víctimas menores de edad, de tal modo que se procura su correcto desarrollo y progresión a pesar de las complicadas circunstancias que afectan inevitablemente a su vida.

Por último y en lo concerniente a organismos focalizados en los niños, niñas y adolescentes, el Consejo de Ministros en 1999 creó el Observatorio de la Infancia, el cual se encuentra dentro del Ministerio de Derechos sociales. Este se encarga de recopilar información y, posteriormente, ponerla de manifiesto, sobre las medidas que adoptan los entes públicos en relación a las personas menores de edad. De esta manera funcionan como un ente de control del bienestar y de la calidad de vida de estos niños y niñas³⁷.

4. DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD EN UN PROCESO PENAL

En el desarrollo de un juicio justo se deben respetar una serie de mecanismos y de garantías, las cuales permiten la igualdad entre las partes enfrentadas en el procedimiento penal.

Así, el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones, como la Sentencia 128/1996 de 9 julio, decreta que el derecho de defensa se garantiza mediante un procedimiento contradictorio³⁸, esto es, un procedimiento en el que todas las partes involucradas en él dispongan de la oportunidad de defenderse y de ser escuchadas en todas las fases de dicho proceso.

Esta idea se encuentra reforzada por el artículo 24 de la Constitución Española, en el que podemos encontrar los derechos de defensa y contradicción. De este modo, este derecho fundamental consiste en una exigencia imprescindible en un proceso penal con todas las garantías, y así lo afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia 12/2006, de 16 de enero al decir *“la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las ‘reglas esenciales del desarrollo del proceso’.”*³⁹.

Ahora bien, este contexto se debe matizar en los casos en los que se ven involucrados menores de edad en el proceso penal. Se exige que se tengan en

Gran Canaria, 2022, Página 6 a 12.
https://www.icalpa.es/sites/default/files/DOCUMENTOS/NOTICIAS/Noticias/2022/guia_y_anexo .pdf

³⁷ Observatorio de Infancia en Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

³⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, LEG 2009\7696, página 2.

³⁹ Sentencia Tribunal Constitucional (Sala primera) 12/2006, de 16 de enero de 2006 (BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2006).

consideración los derechos y necesidades de los menores, tanto si concurren como víctimas del delito o como testigos en el juicio.

La circular 3/2009 realizada por la fiscalía declara que exámenes psicológicos ponen de manifiesto que la participación de niños y niñas menores de edad en procesos judiciales supone un gran perjuicio para su salud psíquica y emocional. Estos niños y niñas pueden sufrir ansiedad durante el proceso, e incluso alargarse en el tiempo, además de exponerles a una situación estresante igualmente perjudicial⁴⁰.

Además, comenta REVILLA GONZÁLEZ, si atendemos a normativa internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que en todas las fases, decisiones y medidas que se adopten durante el procedimiento penal, se debe tener en cuenta y priorizar el interés superior del menor⁴¹.

Aquí entran las reformas introducidas por la LOPIVI, en la cual se compilan una serie de derechos reconocidos a los menores de edad y, regula de qué manera se deben llevar a cabo los mismos.

Con todo ello, PARRILLA VERGARA señala que, La LOPIVI ha introducido no solo el culmen de protección hacia las víctimas menores de edad y, en general, hacia la infancia y la adolescencia, sino también su reconocimiento como sujeto de derecho⁴², sujeto que debe ser escuchado como defensa de sus intereses en los procesos judiciales en los que se ve involucrado.

De esta forma, la LOPIVI conforme del artículo 9 establece una obligación a la administración pública con la finalidad de “*garantizar el ejercicio efectivo de los derechos previstos*”. De esta forma, asegura la garantía de que se van a cumplir los derechos establecidos para los niños, niñas y adolescentes víctimas, añadiendo la ayuda de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas (en adelante OAV), encargadas de coordinar los servicios de protección de estas personas.

Seguidamente, del artículo 10 se puede extraer el derecho de información del menor de edad respecto a todas aquellas medidas que se adopten y que, consecuentemente, le sean de aplicación. MERCHÁN GONZÁLEZ considera que también se entiende englobado dentro de este derecho, el deber de las Administraciones Públicas a instruir a las víctimas menores de edad y sus representantes legales sobre los mecanismos que tienen a su disposición durante el procedimiento y los canales de denuncia existentes⁴³ para que, así teniendo toda la información, la víctima adopte la

⁴⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. LEG 2009\7696, página 5.

⁴¹ REVILLA GONZÁLEZ, J.A., “20 años de la Ley Pina. Un gran paso adelante en la justicia juvenil..., pero nos queda mucho por andar” en “Revista Auctoritas Prudentium”, núm. 23, 2023, página 18.

⁴² PARRILLA VERGARA, J. (coord.), “La declaración del menor víctima del delito: preconstitución, contradicción y valoración” en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *La protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, página 228.

⁴³ MERCHÁN GONZÁLEZ, A., “El derecho de los menores de edad a ser escuchados en el proceso penal y su práctica tras la LO 8/2021 de 4 de junio” en “Diario la ley”, núm. 10088, 2022.

decisión que considere adecuada, sin que pueda alegar que no poseía los conocimientos necesarios.

Según expone REVILLA GONZÁLEZ, se entiende que el menor está informado cuando la información se transmite de forma oral o escrita, de manera sencilla y acorde con la madurez del menor, con un lenguaje que él pueda comprender inmediatamente. Hay que tener en cuenta que un procedimiento penal no es un acto puntual⁴⁴, ósea que es dinámico y que, al constar de diferentes fases, el derecho del menor a ser informado no puede quedar limitado a un único acto, sino que esta comunicación debe ser continua durante el tiempo que dure el proceso.

Junto al derecho de información, sigue MERCHÁN GONZÁLEZ, se aborda el derecho de asesoramiento. En base a este, el Letrado de la Administración de Justicia debe derivar al menor víctima de violencia a la OAV, la cual hemos nombrado anteriormente, cuando lo considere apropiado según las circunstancias concretas del caso⁴⁵.

La OAV se convierte en un instrumento necesario tras la aprobación del EV. Dicho organismo encuentra entre sus objetivos el realizar una tarea de asesoramiento a la víctima y a su representante legal, del mismo modo en el que realizan un acompañamiento que favorezca el ambiente en el que se recomienda que se encuentre el menor para garantizar su interés superior. Asimismo, la OAV se encarga de emitir un informe de especial vulnerabilidad, mediante el cual se puede poner de manifiesta la necesidad de establecer las declaraciones del menor durante el proceso como prueba preconstituida⁴⁶.

MERCHÁN GONZÁLEZ continúa hablando del artículo 11 donde se encuentra recogido el derecho de las víctimas a ser escuchadas independientemente de la edad o el grado de madurez que se considere que tiene el menor de edad en el momento del transcurso del procedimiento. Además, como refuerzo a este derecho de ser escuchadas y de participar en el procedimiento, se contempla que los menores de edad puedan intervenir a través de la persona que ellos elijan como representante⁴⁷.

Por último, es importante mencionar las medias que recoge la EV en su artículo 21, las cuales se centran en la toma de declaración de las víctimas y la práctica de las diligencias de investigación. Entre estas, TINOCO PASTRANA destaca como medida de protección de la víctima, que la declaración del menor deberá llevarse a cabo en el menor tiempo posible, es decir, evitando dilaciones indebidas⁴⁸.

Jurisprudencialmente, así lo ha aplicado la Audiencia Provincial de Badajoz en el auto núm. 9/2022, en el cual se estimó el recurso por haber acordado el sobreseimiento

⁴⁴ REVILLA GONZÁLEZ, J.A., *op. cit.*, página 25.

⁴⁵ MERCHÁN GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, 2022.

⁴⁶ Ministerio de la presidencia, justicia y relaciones con las cortes (2024).

⁴⁷ SOSPEDRA NAVAS, F.J., “Comentario a las reformas procesales y sustantivas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia” en “Aranzadi Digital”, núm. 1, 2021, página 4.

⁴⁸ TINOCO PASTRANA, A., “El Estatuto de la Víctima del delito y el derecho a la protección” en “Processo penale e giustizia”, núm. 6, 2015, página 8.

de una causa sin haber dado la oportunidad al menor de edad de hablar durante el proceso. Se permitiría únicamente la limitación de este derecho cuando se considerase, y de manera motivada, que el hecho de que el menor sea escuchado, es contrario a su interés superior. La Audiencia expone que, si no hay causa por la que no se deba permitir la declaración del menor, correspondería al Juez de Instrucción valorar dicha declaración, tanto su contenido como relevancia en el caso concreto ⁴⁹.

4.1. *Medidas de protección para salvaguardar los intereses de los menores de edad.*

Podemos englobar como otro derecho el ánimo de protección integral que se dirige hacia los menores de menores durante el transcurso del procedimiento penal. Entendiendo la aplicación de esta protección en sentido amplio puesto que, hay situaciones en las que a priori la víctima de una infracción penal no es un menor de edad, pero esto no significa que ese niño, niña o adolescente no se esté viendo perjudicado por la comisión de ese acto.

FALCÓN CARO establece que esto es lo que ocurre en los supuestos de violencia de género cuando la pareja tiene hijos o menores a su cargo. Tanta es la relación que posee, que la LOPIVI ha reformado varios preceptos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁵⁰.

De este modo, la LO 1/2004 obliga al juez a pronunciarse de oficio sobre los menores que convivan con la víctima. Para garantizar la protección del menor que se ve indirectamente afectado se pueden tomar algunas medidas⁵¹ que expondremos a continuación.

Si acudimos al artículo 65 de dicha LO 1/2004, apreciamos como primera medida de protección la suspensión del ejercicio de la patria potestad, guardia y custodia del acusado por violencia de género. Luego, sobre la base del contenido del artículo 66, se recoge la suspensión del régimen de visitas del acusado por violencia de género.

Y, por último, en la disposición final 1.9 podemos encontrar el régimen de adopción de medidas cautelares por la necesidad de protección integral de la víctima y de las personas que se encuentran bajo su patria potestad.

Por otro lado, añade FALCÓN CARO, la LOPIVI también se pronuncia sobre los delitos de abandono de familia y el impago de pensiones derivadas de relaciones familiares. En este sentido, adopta medidas de protección ya que considera víctima al menor al causar su desvalimiento por parte del progenitor. Así, obliga al juez condecor

⁴⁹Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) Auto núm. 9/2022 de 14 de enero. ECLI:ES:APBA:2022:7ª

⁵⁰ FALCÓN CARO, M., "Maltrato al menor y violencia vicaria. Análisis jurídico-penal de la incidencia de las principales reformas legislativas operadas en este marco normativo" en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *La protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, página 108.

⁵¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado, núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

del asunto a establecer una prohibición de comunicación y aproximación entre las víctimas y el infractor penal⁵².

Desde este punto de vista, cabe mencionar la modificación que ha traído consigo la LOPIVI respecto a los plazos de prescripción del delito con el objetivo de proteger la posibilidad de defensa de la víctima menor de edad.

Por tanto, se introduce lo que TORRES ROSELL denomina un sistema de doble vía⁵³, de manera que dependiendo del tipo delictivo frente al que nos encontremos, el comienzo del cómputo del plazo de prescripción varía.

Se puede deducir que, la regulación especial que se le ha otorgado a los supuestos en los que las víctimas son personas menores de edad se ve relacionada con que el legislador considera estos actos más graves que otros, por los que se ve obligado a modificar los plazos de prescripción genéricos en estos asuntos.

Entonces, los motivos de la reforma que lleva a cabo la LOPIVI son, en primer lugar, el foco mediático que se origina de aquellos casos en los que por circunstancias de la edad de la víctima esta no denuncia el delito hasta pasado un tiempo y cuando pone en conocimiento de las autoridades el hecho delictivo, ya es tarde; y, en segundo lugar y en relación con lo anterior, los delitos a los que son más vulnerables los menores de edad ocurren en entornos privados⁵⁴, de difícil acceso para los tribunales, como señala RAGUÉS VALLÈS⁵⁵.

Concluyendo, estas modificaciones en el tratamiento de supuestos concretos en los que se puede apreciar un perjuicio para las víctimas, ya sean los menores de edad directamente o sus familiares más cercanos, supone una garantía más hacia ellos, quienes por su circunstancia de minoría de edad y, por ende, falta de madurez o conciencia de lo que les está sucediendo, no tienen la oportunidad de tomar las medidas necesarias para su defensa o para ejercer las acciones penales pertinentes.

5. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

En el proceso penal hay que empezar distinguiendo lo que significa “probar” e “investigar”. En este sentido, VIDAL HERRERO explica que las partes utilizan la prueba para fundamentar su posición en el proceso; en cambio, la investigación es lo que se lleva a cabo para reconstruir lo sucedido⁵⁶ y, así conocer el hecho delictivo.

⁵² FALCÓN CARO, M., *op. cit.*, página 112.

⁵³ TORRES ROSELL, N., “Menores víctimas y prescripción del delito: análisis jurídico y político-criminal de la reforma legal en España (LO 8/2021, de 4 de junio)” en “Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales”, núm. 34, 2022, página 539.

⁵⁴ TORRES ROSELL, N., *ibídem*, página 545.

⁵⁵ RAGUÉS VALLÈS, R., “La prescripción de los abusos sexuales infantiles ¿ni olvido ni perdón?” en “Cuadernos de Política Criminal”, núm. 132, 2020, páginas 67-90.

⁵⁶ VIDAL HERRERO, A., “El Derecho Procesal al servicio de las víctimas, los menores y las personas necesitadas de especial protección. Modificaciones procesales en la LECRIM por la Ley 8/2021” en VIDAL

Lo que supone la actividad de investigación se lleva a cabo en la fase de instrucción por el Juez instructor, interviniendo el Fiscal, y tiene un carácter preparatorio, como señala GÓMEZ COLOMER, para apreciar si hay indicios suficientes para abrir la fase del juicio oral⁵⁷. Por esto mismo, las diligencias de investigación no constituyen en sí mismas una prueba, sino que luego habrá que practicarlas en el juicio oral frente al Juez que conozca del asunto.

Ese es el procedimiento general y normal, ahora bien, para las situaciones en las que por circunstancias ajenas a las partes sea imposible practicar en el juicio oral una prueba recogida durante el sumario, la LECRIM permite que se puedan reproducir las diligencias de investigación de la fase de instrucción. En principio, señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, tales diligencias no dejan de ser meros registros documentales, lo que ocurre con esta excepción es que varía el valor que se le otorga a tal documento en el proceso, pudiendo este relevar a los demás tipos de prueba, periciales, testificales, etcétera⁵⁸.

Esto es, de manera excepcional ya que puede poner en riesgo el cumplimiento del artículo 24 de la Constitución Española sobre la tutela judicial efectiva, las pruebas obtenidas antes de la apertura del juicio oral, se practicarían no con todas las prerrogativas y garantías de defensa que recoge la ley, sino mediante la lectura o reproducción audiovisual de tal prueba, pero solo en aquellos casos en los que no puedan realizarse de otra manera por causas no imputables a las partes del proceso.

Así, como concluye la STS 158/2014, de 12 de marzo, cabe diferenciar la prueba anticipada, que es la anteriormente explicada, y la prueba preconstituida, que, a diferencia de la anticipada, se investiga y se practica en la fase de sumario por la naturaleza de la propia prueba⁵⁹.

Sobre esta cuestión, la LOPIVI introduce los artículos 449 bis y 449 ter de la LECRIM, los cuales se pronuncian sobre el funcionamiento de la prueba preconstituida cuando hay un menor de edad como parte del proceso penal.

Se pretende que, aunque no concurra ninguna causa que imposibilite la práctica de la prueba en el juicio oral, se constituya una prueba anticipada respecto a la declaración del menor de edad o persona necesitada de especial protección. VIDAL HERRERO fundamenta esta novedad en evitar dentro de lo posible los perjuicios que le puede provocar a la víctima o parte menor de edad el reiterar su declaración en el juicio oral.

Ahora bien, para poder considerar esa prueba como válida, debe practicarse con las diligencias y exigencias necesarias para también evitar la indefensión de la otra parte

HERRERO-VIOR, MS (coord.), *Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, página 217.

⁵⁷ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), "Los principios del Proceso Penal" en *Introducción al derecho procesal. Derecho Procesal I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, página 285.

⁵⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Concepto y Objeto de la prueba" en GONZÁLEZ CANO, M.I. (dir.) y ROMERO PRADAS, M.I. (coord.), *La prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, página 30.

⁵⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 158/2014 de 12 de marzo. ECLI:ES:TS:2014:959

del procedimiento. Por lo que, la declaración del menor de edad es una diligencia de investigación, que en principio no debería ser considerado como prueba, pero por su especial protección, esa diligencia se trata con las garantías propias de la prueba, para que así su reproducción en el juicio oral sea válida⁶⁰.

Tras lo expuesto en el párrafo anterior, para evitar poner en peligro el derecho de contradicción del acusado, los órganos judiciales deben tomar precauciones de reequilibrio en el problema de la defensa de no poder interrogar al testigo o víctima menor de edad. La solución que se propone ante este problema es que la defensa del acusado pueda trasladar las preguntas que consideren necesarias para su correcta defensa a los expertos que se encargan de llevar a cabo la declaración del menor de edad.

De la redacción de los artículos 449 bis y 449 ter podemos extraer los requisitos que han de cumplirse a la hora de llevar a cabo la declaración del menor de edad.

De tales requisitos, podemos destacar en primer lugar que, aunque la persona investigada no acuda a la citación, la práctica de la prueba preconstituida seguirá siendo válida. En el supuesto en el que tampoco acudiera el defensor de la persona investigada, se pondrá en su lugar a un abogado de oficio.

En segundo lugar, la declaración se llevará a cabo mediante un soporte apto para grabación de sonido e imagen. Del mismo modo que, dicha declaración del menor de edad se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios. Así, se puede acordar que se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al tribunal a comprender el trabajo de los profesionales realizado anteriormente. Las partes pueden poner a disposición de la autoridad judicial las preguntas que desean realizar, y las cuales se pasarán a las personas expertas.

El texto legal continúa estableciendo que no se puede exigir a los menores de 14 años a realizar el acto de juramento o promesa en su declaración.

Otro de los requisitos que versan sobre la declaración de las víctimas menores de edad es que la realización de esta declaración, se debe llevar a cabo con el uso de una terminología adecuada para su correcto entendimiento por el menor y, mediante la formulación de preguntas abiertas. De esta manera, se asegura que se le está dando la posibilidad al menor de edad de comprender verdaderamente lo que se le está preguntando y, análogamente se evitan declaraciones falsas o malinterpretadas.

Con la misma finalidad, se establece que podrán ser inadmitidas aquellas preguntas en las que se han usado formas poco respetuosas con la dignidad del menor de edad.

⁶⁰ VIDAL HERRERO, A., “El Derecho Procesal al servicio de las víctimas, los menores y las personas necesitadas de especial protección. Modificaciones procesales en la LECRIM por la Ley 8/2021” en VIDAL HERRERO-VIOR, M.S (coord.), *Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, página 220.

Continuando con la pretensión de proteger íntegramente al menor, en la declaración deberá estar presente el representante legal del menor que va a declarar y, puede acudir un acompañante a elección del declarado menor de edad.

Por último, en la medida de lo posible, se debe evitar la confrontación visual con el inculcado o cualquier testigo, pudiéndose utilizar medios técnicos para ello.

GARCÍA RODRÍGUEZ nos dice que la jurisprudencia previa a esta novedosa regulación afirmaba que no se avala el desplazamiento del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el hecho de que la víctima o testigo sea menor de edad, sino que debía alegar el grave perjuicio del mismo, sobre todo pensando en los delitos de agresiones o abusos sexuales. No obstante, el nuevo artículo 449 ter LECRIM introduce la prueba preconstituida de las declaraciones de todos los testigos o víctimas menores de 14 años, eliminando la necesidad de fundamentar el perjuicio del menor de edad ⁶¹.

Por lo tanto, señala MAGRO SERVET, cabe entender que la prueba preconstituida es la regla general en los procedimientos con menores de 14 años, pero qué régimen de declaración se sigue para las víctimas entre 14 y 18 años. En esos casos, los menores de edad mayores de 14 años de edad tendrán que realizar su declaración durante el juicio oral, aunque con la garantía de que no deberá haber confrontación con la persona imputada. Para poder llevar a cabo la declaración del menor cumpliendo todas las garantías, se introduce la posibilidad de realizar mediante medios electrónicos, como una videoconferencia ⁶².

Sobre esto último, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 50/2022, al considerar que, incluso siendo la víctima ya mayor de 18 años en el momento de celebración del juicio, se pone de preferencia la salvaguarda de su salud psíquica y mental declarando válida la práctica de la prueba en la fase de sumario frente al Juez de Instrucción con el fundamento de evitar “los posibles efectos relacionados con una victimización secundaria” ⁶³.

Al hilo de la declaración, FERNÁNDEZ PANTOJA señala que el marco de estudio de la prueba preconstituida tiene una estrecha relación con los casos de violencia de género⁶⁴ y abusos sexuales a menores. Por esto, sobre la validez de la prueba preconstituida en los procesos de menores se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia 329/2021, de 22 de abril de 2021⁶⁵. Dicha sentencia versa sobre un delito de

⁶¹ GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal” en “Boletín del Ministerio de Justicia”, núm. 2258, 2022, página 29 y 30.

⁶² MAGRO SERVET, V., “Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia” en *Diario la Ley*, nº 9862, 2021, página 14.

⁶³ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Sentencia nº 50/2022 de 15 de febrero. ARP 2022\426.

⁶⁴ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia” en “Cuadernos de Política Criminal”, núm. 134, 2021, página 41.

⁶⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 329/2021 de 22 de abril. ECLI:ES:TS:2021:1405

agresión sexual, en el que el condenado interpone recurso de casación para invalidar las declaraciones de las víctimas menores de edad realizadas en la fase de instrucción y prácticas como prueba preconstituida en el juicio oral. En este sentido, el tribunal se pronuncia desestimando dicho recurso ya que la víctima que en el momento del juicio poseía ya la mayoría de edad declaró presencialmente en el juicio oral, considerándose que ya había alcanzado un cierto nivel de madurez. En cambio, en el caso de las otras dos víctimas, menores de edad en ese momento, se llevó a cabo la prueba preconstituida de sus declaraciones en el sumario con la finalidad de evitar la doble victimización.

De este modo, gracias a la posibilidad de llevar a cabo la declaración como prueba en la fase de sumario, se reduce el número de veces que el menor de edad sujeto a protección tendría que realizar la declaración sobre los hechos investigados en el proceso penal ⁶⁶. Además, el Tribunal Supremo entiende que, además de asegurar su protección, el menor, debido a su edad, puede llegar a modificar los hechos o, incluso olvidarlos entre una declaración y otra ⁶⁷.

Sin embargo, esta regla general solo opera para determinados tipos penales, concretamente los tasados en el artículo 449 ter. LECRIM. Por lo que, para que pueda tratarse la declaración de un menor de edad como prueba preconstituida, esta debe darse en el transcurso de un procedimiento por delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexual, contra la intimidad, contra las relaciones familiares y relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y de terrorismo.

5.1. Declaración con Cámara Gesell

El hecho de que los menores no deban personarse en el juicio oral para testificar o declarar como víctimas, sino que sus declaraciones realizadas en la fase de instrucción son válidas como medio de prueba, ha conllevado que el legislador español tenga que establecer de qué manera se va a llevar a cabo la práctica de esa prueba. Teniendo en cuenta que la práctica de la prueba preconstituida no puede vulnerar en ningún momento el principio de contradicción que debe regir en los procesos judiciales y el derecho de defensa del imputado.

De este modo, a partir del proyecto de la LOPIVI se da a conocer la cámara Gesell, instrumento técnico utilizado por el sistema judicial⁶⁸ para llevar a cabo la declaración

⁶⁶ PARRILLA VERGARA, J. (coord.), “La declaración del menor víctima del delito: preconstitución, contradicción y valoración” en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *La protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, página 232.

⁶⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 194/2022 de 2 de marzo. ECLI:ES:TS:2022:1029

⁶⁸ MOTIÑO VALERIO, K.A., “La declaración rendida a través de Cámara Gesell como remedio para evitar la victimización secundaria de víctimas vulnerables” en GÓMEZ COLOMER, JL (coord.), *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, 2015, página 655.

de una víctima menor de edad. Gracias al uso de esta herramienta la declaración obtenida del menor de edad en la fase inicial del procedimiento puede ser usada como medio prueba en el juicio oral, sin necesidad de este tenga que volver a realizar tal declaración frente al órgano enjuiciador ⁶⁹.

ARANTEGUI ARRÀEZ fija como objeto principal de comenzar a usar esta innovación, la cual ya lleva años instalada en numerosos países de América del Sur⁷⁰, la pretensión de evitar los efectos que tiene la revictimización, estos son, según autores como GUTIÉRREZ DE PIÑERE BOTERO, CORONEL y ANDRÉS PÉREZ, las consecuencias psicológicas negativas que derivan de que la víctima se someta al sistema judicial y a un proceso burocrático complejo como puede llegar a ser un pleito⁷¹.

Por consiguiente, la cámara Gesell se considera una “buena práctica procesal”, considerada así en la Guía de buenas prácticas judiciales para la declaración de las víctimas de violencia de género elaborada por el Consejo general del Poder Judicial (2018)⁷², ya que otorga una protección especial a las víctimas y evita, a su vez, que se acentúen los perjuicios provocados a raíz del hecho delictivo.

La Cámara Gesell está conformada por dos habitaciones colindantes, una de ellas se denomina la sala de observación y, la otra, la sala de entrevistas ⁷³. MOTIÑO VALERIO describe estas dos salas señalando que están unidas por un cristal, el cual en la sala de observación es una ventana a través de la cual se puede contemplar la sala de entrevistas; y, en la sala de entrevistas se asemeja a un espejo.

La idea es que desde la sala de entrevistas no se aprecie que hay una sala contigua mediante la que se puede ser testigo de lo que en esta se habla, a fin de propiciar una sensación de intimidad a la víctima.

La sala de entrevistas estará equipada con cámaras y micrófonos que permitan la reproducción de la declaración posteriormente en el juicio oral. Además, explica SÁNCHEZ RUBIO, en función de la edad del menor de edad, la sala estará decorada con elementos que den una sensación de confort, como pueden ser juguetes, peluches o lápices. A su vez, esos elementos podrán ayudar a completar la declaración, de manera que el niño o niña pueda usarlos para explicar o plasmar los hechos ⁷⁴.

⁶⁹ SÁNCHEZ RUBIO, A. “La toma de declaración a través de la cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización” en “Estudios penales y criminológicos”, núm. 42, 2022, página 2.

⁷⁰ ARANTEGUI ARRÀEZ, L. “El uso de cámaras Gesell con niños: derechos humanos y victimización secundaria” en “Revista de victimología”, núm. 13, 2022, página 40.

⁷¹ GUTIÉRREZ DE PIÑERE BOTERO, C., CORONEL, E., ANDRÉS PÉREZ, C., “Revisión teórica de concepto de victimización secundaria” en “Liberabit”, núm. 1, 2009, página 50.

⁷² Consejo General del Poder Judicial, *Guía de buenas prácticas judiciales para la declaración de las víctimas de violencia de género*, 2018.

⁷³ MOTIÑO VALERIO, K.A. *op. cit.*, página 655.

⁷⁴ SÁNCHEZ RUBIO, A., “La toma de declaración a través de la cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización” en “Estudios penales y criminológicos”, núm. 42, 2022, página 3.

Respecto a qué personas pueden estar presentes e intervenir en esta diligencia, hay que estudiar separadamente a aquellos sujetos que van a tener una participación activa y a los que se limitan a tener una participación pasiva.

En ese sentido, menciona ARANTEGUI ARRÀEZ, en la sala donde se va a proceder a realizar la entrevista únicamente estarán la víctima menor de edad y un psicólogo experto. En primera instancia, se llevará a cabo una evaluación de la capacidad del menor para declarar ⁷⁵ y, posteriormente, el profesional cualificado procederá a “entrevistar” a la víctima.

SÁNCHEZ RUBIO explica que esta entrevista estará compuesta por todas aquellas preguntas y sugerencias a tratar realizadas por la parte acusada y por el juez, ahora bien, esto debe hacerse de la manera más adecuada al caso en concreto y a la situación personal de la víctima. Por eso, con anterioridad los interesados en formular alguna pregunta al menor, han debido de trasladárselas al psicólogo encargado de la declaración para que él pueda prepararse la interacción que va a tener con la víctima. Dicho con otras palabras, el experto necesita de la información sobre las alegaciones de cada parte y sobre los datos familiares del menor para, así, poder llevar a cabo la sesión de la manera más apacible posible, pero a su vez de forma eficaz para su reproducción en el juicio oral.

Por la otra parte, en la sala de observación, se requiere que concurren a la declaración el juez de instrucción, el fiscal, el letrado de la administración de justicia, el investigado, los abogados de ambas partes y el representante legal del menor de edad. La presencia de estos sujetos dará validez a la declaración como medio de prueba en el juicio, es más, tanto el juez o fiscal como los abogados de las partes pueden realizar preguntas *in situ*. También puede el juez o fiscal impugnar preguntas si lo creen conveniente ⁷⁶.

Para finalizar y en relación con los sujetos que deben personarse en el momento de la declaración, ARANTEGUI ARRÀEZ recalca el derecho del menor a estar acompañado y, a no declarar contra su voluntad o sin el conocimiento de sus representantes legales ⁷⁷.

Respecto a los requisitos que se han de cumplir para garantizar el derecho a la defensa de la parte acusado en la práctica de las declaraciones mediante la Cámara Gesell, es interesante mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo 1374/2018, en la cual se estima un recurso de casación por negarle a la defensa del acusado formular las preguntas pertinentes a las víctimas del delito. Sumadamente, no hay constancia de las preguntas no efectuadas ya que el vídeo carecía de audio. En este sentido, el tribunal hace referencia a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo ya que

⁷⁵ ARANTEGUI ARRÀEZ, L., “El uso de cámaras Gesell con niños: derechos humanos y victimización secundaria” en “Revista de victimología”, núm. 13, 2022, página 42.

⁷⁶ SÁNCHEZ RUBIO, A., *op. cit.*, página 5.

⁷⁷ ARANTEGUI ARRÀEZ, L. *op. cit.*, página 45.

induce a grabar las declaraciones de las víctimas menores de edad para emplearlas luego como medio de prueba ⁷⁸.

6. CONCLUSIONES

Con este trabajo hemos conseguido llevar a cabo un estudio sobre los efectos que ha conllevado la aprobación de la LOPIVI en nuestro Ordenamiento Jurídico y concretamente, en el trato especial que se les debe dar a los menores de edad cuando estos tienen que acudir a un procedimiento judicial.

Como consecuencia hemos podido llegar a algunas conclusiones respecto a las medidas que se han introducido con la LOPIVI, las cuales vamos a exponer a continuación.

En primer lugar, si hablamos de uno de los objetivos de dicha Ley Orgánica podemos ver como esta persigue salvaguardar del Derechos Fundamentales de integridad física, psíquica, psicológica y moral de la víctimas menores de edad. Sobre esto, destacamos la importancia de la salvaguarda no solo durante el desarrollo del procedimiento judicial, sino una vez finalizado este.

Con esto nos referimos a que los perjuicios que la participación del menor en el procedimiento puede ocasionar a su desarrollo psicológico no desaparecen una vez publicada la sentencia firme de dicho supuesto. Por esto, consideramos que debería llevarse a cabo un seguimiento médico de estas víctimas durante un tiempo prolongado tras la conclusión del procedimiento mediante la actuación de psicólogos, psiquiatras y profesionales expertos.

En relación a ese seguimiento psicológico del menor, presenta relación con la especialización de los órganos jurisdiccionales, de modo que dicha especialización puede facilitar la tarea de control y diagnóstico de las víctimas menores de edad.

Opinamos que la existencia de órganos especializados en los supuestos en los que la víctima sea menor de edad garantizaría una protección realmente integral a dichas víctimas. Esto es así porque se podría llevar a cabo un procedimiento tutelado y con todas las medidas necesarias para mantener el bienestar del menor, además, al conocer las necesidades que presentan estos supuestos, también beneficiaría a la parte acusada garantizando su derecho a la defensa puesto que disminuirían las acciones que provocarían su indefensión.

Aquí, entra la creación de órganos los cuales en derecho comparado están bastante extendidos, pero que en España todavía no se ven con tanta frecuencia. Estamos hablando de, por ejemplo, en el caso de Italia, la Casa Di Nilla. Son centros enfocados a llevar a cabo ese seguimiento del menor desde un entorno seguro y familiar para él, de

⁷⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia 178/2018 de 12 de abril. ECLI:ES:TS:2018:1374

manera que se consigue evitar situaciones de estrés o desconcierto al encontrarse en un lugar desconocido y con personas desconocidas.

En segundo lugar, aunque se hace referencia al principio de detección precoz de la violencia, podemos apreciar que la LOPIVI se centra bastante en la protección del menor cuando este ya ha sido víctima, es decir, en el proceso posterior que se abre debido a la comisión de un delito.

Sobre este aspecto, contemplamos la posibilidad de realizar un trabajo conjunto con los Servicios Sociales para detectar los casos potenciales de violencia sobre los niños y niñas. Lo que queremos decir es que, además de luchar contra la violencia durante un procedimiento judicial sobre los menores, sería beneficioso establecer unas líneas efectivas de actuación por parte de los Servicios Sociales para evitar que el menor de edad sufra una situación de violencia.

Para lograr esta finalidad, proponemos la cooperación de los profesionales que tienen un papel importante en la vida del niño o niña, estos pueden ser los profesores, por ejemplo, con los funcionarios encargados de los Servicios Sociales.

En el mismo hilo, queremos destacar la importancia de que los profesionales a los que nos hemos referido anteriormente tengan las herramientas para captar situaciones de violencia sobre el menor y así luego, estos puedan denunciarlo.

Existe el problema de que la mayoría de situaciones de violencia sobre los menores se dan en espacios privados o íntimos, por lo que es difícil que se dé a conocer a no ser que el propio niño o niña lo diga. Por este motivo, creemos que ayudaría que los profesionales tengan los conocimientos necesarios para saber reconocer o sospechar a través de la actitud del menor si es una posible víctima de violencia.

En tercer lugar, hablamos de la importante figura del Ministerio Fiscal en los casos donde intervienen menores de edad. El Fiscal es el encargado de velar por la protección y salvaguarda de la víctima cuando sus progenitores no ejercen su patria potestad, sobre todo en los casos en los que estos son los investigados. Además, cuando la víctima ha decidido no iniciar ninguna acción legal, es el Ministerio Fiscal el encargado de ejercer la acusación, pudiendo la víctima menor de edad adherirse a tal acusación hasta la apertura del juicio oral.

Entonces, creemos que es de gran importancia que el Fiscal esté especializado y formado en supuestos en los que la víctima es un niño o niña para así poder llevar a cabo la acusación de la manera más beneficiosa para este. Lo que queremos decir es que, en los procedimientos en los que la víctima es menor de edad, el Fiscal tiene un papel primordial en su custodia puesto que es el encargado de velar por que se tomen las medidas oportunas para su protección y, por el contrario, por que no se tomen decisiones que pueda perjudicar de forma grave la situación del menor de edad.

En cuarto lugar, en los casos de violencia de género cuando la pareja tiene hijos en común, se plantea la duda de si el agresor mantiene su derecho a la custodia del menor

cuando se ha demostrado que sobre los hijos no se ejercía violencia. Aquí, podemos apreciar dos visiones diferenciadas.

Por un lado, algunos opinan que en esos casos la víctima es el otro progenitor y, que, si se demuestra que los menores no sufrían violencia ni física ni psíquica, sería más perjudicial para el niño o niña verse privado de ver a su progenitor, pudiendo provocar un rechazo a largo plazo debido al contacto diario que requieren los niños de corta edad para desarrollar el apego con las personas.

Por otro lado, están los que consideran que de ninguna manera se puede mantener la custodia a un progenitor que ha ejercido maltrato sobre el otro. Razonan su posición en el dudoso buen ejemplo o educación que le puede transmitir al menor de edad una persona que abusaba de su pareja en el entorno familiar y, supuestamente, seguro para los hijos.

Así, en estos casos creemos que hay que hacer uso del derecho a declarar del menor y de las circunstancias concretas que engloban el abuso. La solución a este conflicto debe sostenerse en la edad del menor de edad, en si este era consciente o no de la situación de abusos, en si este era víctima directa o no, entre otros.

Por último, tenemos que destacar la utilización de la Cámara Gesell en las declaraciones de las partes del procedimiento menores de edad. Reiterando la importancia de escuchar a la víctima en el procedimiento pudiendo su declaración esclarecer los hechos, hay que prestar especial atención al método en el que se debe realizar esta para que sea adecuada a la condición de niño o niña de la víctima y para que sea veraz.

En consecuencia, se introduce lo que consideramos un avance significativo en la protección de los menores, la Cámara Gesell. Aunque, en la práctica judicial española no se utiliza todo lo que sería aconsejable. Lo que en verdad se utiliza es grabar la declaración del menor a través de un soporte audiovisual y luego, a través del mecanismo de prueba preconstituida, reproducirlo en el juicio oral.

Consideramos que, si este tratamiento procesal no se hace adecuadamente, puede ocasionar una ofensa al derecho de defensa o al derecho a un juicio justo y contradictorio del acusado. Por este motivo, alentamos a que el uso de la Cámara Gesell es enormemente beneficioso para ambas partes.

Para la parte acusadora, permite que la declaración del menor se realice en una sala totalmente adecuada a la madurez e intereses del niño o niña, consiguiendo así, que no sufra ningún tipo de alteración brusca. Además, estos niños no siempre son capaces de comprender que es lo que les ha ocurrido y como puede llegar a afectarles, de manera que tampoco sean capaces de verbalizarlo, por esto, la figura de un profesional técnico en esta declaración es primordial para que lo que exprese la víctima sea realmente útil en el caso.

Para la parte acusada, esta técnica permite que las preguntas realizadas a la víctima sean tanto las de la parte acusadora, como las de la parte acusada, más aquellas que

quiera añadir el Juez o el Fiscal, lo que evidentemente beneficia a la autenticidad del procedimiento.

En España, esta herramienta procesal no está instalada en prácticamente ningún juzgado, y creemos que su uso en los procedimientos con víctimas o testigos menores de edad va a dar facilidades en el transcurso de las diligencias, además de poner de manifiesto el principio de cooperación entre ambas partes para salvaguardar el interés superior del menor de edad.

Para concluir, con las consideraciones que hemos expuesto en las páginas anteriores podemos llegar a dos ideas fundamentales.

La primera de ellas es la necesidad de especialización de todo el sistema judicial español. No solo nos referimos a que haya unos órganos que unicamente versen sobre aquellos delitos en los que están involucrados menores de edad, sino que la protección de los menores de edad requiere de la especialización de aquellas figuras que actúan en el procedimiento. Estamos hablando de Fiscales, abogados, psicólogos, policías, etcétera, ellos son los que van a tener una relación directa con la víctima y los que deben conocer cual es la mejor manera de actuación para velar por la integridad moral y psicológica de la víctima.

La segunda idea a la que hemos llegado es a la necesidad de inversión en medios técnicos para poder llevar a cabo todas las medidas que se han regulado legalmente, es decir, dar herramientas a los profesionales para que puedan ejecutar lo que se les impone. Con esto nos referimos a que, si los menores no deben declarar en el juicio oral, se les debe proporcionar a los funcionarios encargados de llevar a cabo la declaración en el sumario los materiales necesarios. Aquí es donde entra el reclamo a la instalación del sistema de la Cámara Gesell, muy poco expandida en España, o la necesidad de aumento de personal para que evitar que el procedimiento judicial se vea afectado por una dilación en el tiempo que perjudica la salud mental de la víctima y sus familiares.

Como conclusión final, aunque todavía falten detalles para que en la práctica se vea totalmente reflejado, la LOPIVI ha traído consigo mejoras significativas en el tratamiento procesal de la participación de menores de edad en un procedimiento judicial.

7. BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación
 - Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.
 - Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, Boletín Oficial del Estado, núm. 101, del 28 de abril de 2015.
 - Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, Boletín Oficial del Estado, núm. 134, de 5 de junio de 2021.
 - Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
 - Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado, núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.
 - Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Gaceta de Madrid, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.
2. Jurisprudencia
 - Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) Auto núm. 9/2022 de 14 de enero. ECLI:ES:APBA:2022:7ª
 - Tribunal Constitucional (Sala primera), Sentencia núm. 12/2006, de 16 de enero de 2006 (BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2006).
 - Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Sentencia núm. 50/2022 de 15 de febrero. ECLI:ES:TSJCAT:2022:1480
 - Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 194/2022 de 2 de marzo. ECLI:ES:TS:2022:1029
 - Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 158/2014 de 12 de marzo. ECLI:ES:TS:2014:959
 - Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia 178/2018 de 12 de abril. ECLI:ES:TS:2018:1374
 - Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 329/2021 de 22 de abril. ECLI:ES:TS:2021:1405
 - Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 927/2022 de 30 noviembre. ECLI:ES:TS:2022:4469
3. Normas e instrumentos de la UE que son o serían aplicables.
 - Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Asamblea General, 44º periodo de sesiones, A/44/PV.61.
 - Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 335, de 17 de diciembre de 2011.

4. Bibliografía

4.1. Monografías

- BARONA VILAR, S., *Introducción al derecho procesal. I, Derecho Procesal.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- CERRADA MORENO, M., *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos: Orígenes, fundamentos y Naturaleza jurídica.*, JM Boch Editor, Barcelona, 2018.
- CHOZAS ALONSO, J.M., *Los sujetos protagonistas del proceso penal.*, Dykinson, Madrid, 2015.
- JULLIEN DE ASÍS, J., *La participación de la víctima menor de edad en el proceso penal: avanzado hacia una justicia integral.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- NOGALES NAHARRO, M.A., *El Interés Superior Del Menor de Edad como Principio Rector de la Actuación de los Poderes Públicos en Situación de Riesgo. Marco Jurídico.*, Dykinson, Madrid, 2022.
- VIDAL HERERRO-VIOR, M.S., *Libro Análisis jurídico, criminológico y de ámbito publicitario de las disposiciones finales de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

4.2. Capítulos de Libro

- ARNÁIZ SERRANO, A., “Aspectos Generales del Anteproyecto de LECRIM de 2020” en JIMENEZ CONDE, F. y FUENTES SORIANO, O. (coords.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, páginas 27-65.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Concepto y Objeto de la prueba” en GONZÁLEZ CANO, M.I (Dir.) y ROMERO PRADAS, M.I. (coord.), *La prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, páginas 20-56.
- FALCÓN CARO M., “Maltrato al menor y violencia vicaria. Análisis jurídico-penal de la incidencia de las principales reformas legislativas operadas en este marco normativo” en MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), *La protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, páginas 93-118.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), “Los principios del Proceso Penal” en *Introducción al derecho procesal. Derecho Procesal I.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, páginas 277-294.
- MARTÍNEZ UCEDA, S., “Las excepciones a la dispensa de la obligación de denunciar y a la de declarar tras LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Objetivo: proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección” en LÓPEZ-FRAGASO ÁLVAREZ, T., GONZÁLEZ NAVARRO, A. (Dirs.), y MARRERO GUANCHEZ, D. (coord.), *La Humanización del Proceso: Homenaje al Profesor Manuel Morón Palomino*, Dykinson, Madrid, 2022, páginas 387-397.

- MOTIÑO VALERIO, K.A., “La declaración rendida a través de Cámara Gesell como remedio para evitar la victimización secundaria de víctimas vulnerables” en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, 2015, páginas 647 – 668.
- PARRILLA VERGARA, J., (coord.), “La declaración del menor víctima del delito: preconstitución, contradicción y valoración” en MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), *La protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, páginas 223-277.
- RAPOSO OJEDA, R., “La protección de niños, niñas y adolescentes como un continuo, prevención de victimización secundaria” en IMAZ ZUBIAUR, L., URÍZAR ELORZA, M., (coord.), *Abusos sexuales contra niñas, niños y adolescentes*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco UPV/EHU, Leioa, 2023, páginas 59-70.
- RODRÍGUEZ PASCUAL, I., “La violencia desde la mirada de las niñas, niños y adolescentes”, en RAVETLLAT BALLESTÉ, I. y CABEDO MALLOL, V. (eds.), *Estudios sobre la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2023, páginas 1-26.

5. Artículos Científicos

- ANDREU, L. & PEREDA, N., “Revisión Sistemática de los Programas de Preparación al Juicio para Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas” en “Anuario de Psicología Jurídica”, núm. 33, 2023, páginas 115-123.
- ALCOCEBA GIL, J.M., “Génesis, principales lineamientos y algunas consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal” en “Revista de la Asociación de profesores de Derecho procesal de las Universidades Españolas”, núm. 6, 2022, páginas 149-180.
- ARANTEGUI ARRÀEZ, L., “El uso de cámaras Gesell con niños: derechos humanos y victimización secundaria” en “Revista de victimología”, núm. 13, 2022, páginas 35-64.
- BELTRÁN MONTOLIU, A., “Víctimas Vulnerables: Especial referencia al Estatuto Del Menor a la luz de la Lo 8/2021 de Protección Integral A La Infancia Y Adolescencia Frente a la Violencia” en “Revista de la Asociación de Profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas”, Tirant lo Blanch, núm. 3, 2021, páginas 108-150.
- FARTO PIAY, T., “El procedimiento de justicia restaurativa en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020” en “La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario”, núm. 151, 2021, páginas 1-14.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia” en “Cuadernos de Política Criminal”, núm. 134, 2021, páginas 5-45.
- GAMAZO CARRASCO, M.B., “Análisis de las principales novedades en la LECRIM introducidas por LO 8/2021 de 4 de junio” en “Diario la Ley”, núm. 9936, 2021.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con

discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal en “Boletín del Ministerio de Justicia”, núm. 2258, 2022, páginas 3-75.

- GUTIÉRREZ DE PIÑERE BOTERO, C., CORONEL, E., ANDRÉS PÉREZ, C., “*Revisión teórica de concepto de victimización secundaria*” en “Liberabit”, núm. 1, 2009, páginas 49-58.
- LLORIA GARCÍA, P., “*La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código Penal. Algunas consideraciones.*”, en “IgualdadES”, núm. 6, 2022, páginas 271-298.
- MAGRO SERVET, V., “*Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*” en “Diario la Ley”, núm. 9862, 2021.
- MERCHÁN GONZÁLEZ, A., “*El derecho de los menores de edad a ser escuchados en el proceso penal y su práctica tras la LO 8/2021 de 4 de junio*” en “Diario la ley”, núm. 10088, 2022.
- NAVARRO MOZO, M.N., “*Procedimiento Penal: Medidas Cautelares y su aplicación práctica*” en “Anuario Jurídico y Económico Escurialense”, núm. 53, 2023, páginas 121-136.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., “*Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales*” en “Revista Aranzadi de Derecho y Procesal Penal”, núm. 63, 2021.
- RAGUÉS VALLÈS, R., “*La prescripción de los abusos sexuales infantiles ¿ni olvido ni perdón?*” en “Cuadernos de Política Criminal”, núm. 132, 2020, páginas 67-90.
- REVILLA GONZÁLEZ, J.A., “*20 años de la Ley Pina. Un gran paso adelante en la justicia juvenil..., pero nos queda mucho por andar*” en “Revista Auctoritas Prudentium”, núm. 23, 2023
- SÁNCHEZ RUBIO, A., “*La toma de declaración a través de la cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización*” en “Estudios penales y criminológicos”, núm. 42, 2022, páginas 1-30.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J., “*Comentario a las reformas procesales y sustantivas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*” en “Aranzadi Digital”, núm. 1/2021, 2021.
- TINOCO PASTRANA, A., “*El Estatuto de la Víctima del delito y el derecho a la protección*” en “Processo penale e giustizia”, núm. 6, 2015, páginas 0-14.
- TORRES ROSELL, N., “*Menores víctimas y prescripción del delito: análisis jurídico y político-criminal de la reforma legal en España (LO 8/2021, de 4 de junio)*” en “Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales”, núm. 34, 2022, páginas 538-566.

6. Otros

- “*Buone prassi per l’audizione protetta dei minorenni*” en “I quaderni di casa di nilla”, núm. 17, 2018. <https://www.lacasadinilla.it/wp-content/uploads/2015/03/Manuale-Buone-prassi.pdf>

- Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. LEG 2009\7696.
- Consejo General del Poder Judicial, Guía de buenas prácticas judiciales para la declaración de las víctimas de violencia de género, 2018.
- “*L’ascolto testimoniale del minore presunta vittima di abuso*” en “I quaderni di casa di nilla”, núm. 10, 2008. <https://www.lacasadinilla.it/wp-content/uploads/2018/01/Quaderno-10.pdf>
- Ministerio de la Presidencia, Justicia y relaciones con las Cortes, Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.
- Poder Judicial: Corte General del Poder Judicial, Tribunal Superior de Justicia de Canarias, “Canarias crea el primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España”.
- Observatorio de Infancia en Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.