

C. DERECHO PENAL	TESTIGO OFENDIDO POR EL HECHO DELICTIVO Y LA NECESIDAD DE SU DECLARACIÓN EN EL JUICIO ORAL	Núm. 158/2002
---------------------	---	------------------

**Casto PÁRAMO DE SANTIAGO**  
*Fiscal*

• **ENUNCIADO:**

*El Juzgado de instrucción competente abrió diligencias previas al tener conocimiento, a través de la denuncia de una profesora de la menor y la directora del colegio, de la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual de la menor de 9 años María, la cual, durante años, fue objeto de hechos atentatorios contra su libertad sexual, con el conocimiento de la madre, que no hizo nada para impedirlo, que los puso en conocimiento de la Policía y fueron remitidos al órgano judicial competente. Durante la instrucción de la causa, el Juez recibió declaración a la menor perjudicada, grabando en cinta sus manifestaciones, así mismo se le realizó una prueba pericial psicológica, donde se hacía mención a las secuelas psicológicas. Finalizada la instrucción, evacuados los correspondientes escritos de acusación, se celebró el correspondiente juicio oral, durante el cual sólo se procedió a recibir declaración de la profesora y directora, así como a los psicólogos, no compareciendo la menor.*

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- Testimonios de referencia y su valoración ante la ausencia de los testigos directos perjudicados.
- Qué sentencia debería dictarse.
- Qué posibilidades tendría el acusado de dictarse una sentencia condenatoria.

• **SOLUCIÓN:**

No es por desgracia infrecuente encontrarse con hechos delictivos atentatorios contra la libertad sexual de menores de edad, en los que son autores principales sus familiares más directos, lo que incide de modo grave en dos sentidos, en primer lugar en el aspecto emocional, ya que los mencionados actos ocasionan perturbaciones graves, derivadas de los actos en sí, de ser los familiares los directamente implicados, y desarrollarse de manera habitual en un largo período de tiempo, y en segundo lugar en la dificultad de descubrir este tipo de hechos, precisamente por el ámbito en que se desarrollan, por la vinculación con el agresor, padres, tíos, hermanos, lo que dificulta sobremanera la denuncia del menor, y más complicado aún en función de su edad.

En el caso que proponemos, nos encontramos ante un hecho de esa naturaleza, y en el que la menor ofendida no denuncia los hechos, sino que son conocidos en el ámbito escolar, por parte de la profesora y directora del colegio, al serles relatado por la menor lo acontecido.

Así pues se inicia el procedimiento por la denuncia de personas ajenas al hecho mismo, iniciándose un procedimiento penal, durante el cual se realizan las averiguaciones oportunas, entre otras, la declaración de la menor perjudicada, que declaró en presencia del fiscal, del letrado del imputado, así como de un psicólogo, que el Juez de instrucción grabó en cinta magnetofónica.

En la instrucción por tanto se realizaron todas las diligencias que el Juez consideró convenientes, sin embargo, sí tiene, en principio, trascendencia la incomparecencia del menor al acto de juicio oral, pero deben hacerse una serie de anotaciones previas, respecto de la protección de los menores con el fin de situar la problemática en sus justos términos, y argumentar una conclusión al caso.

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, expresa los principios que deben presidir la actuación de los poderes públicos respecto de los menores, cuando actúan en protección de éstos, en el artículo 11.2, y son:

- La supremacía del interés del menor.
- La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

Además deben citarse igualmente el artículo 13 de la citada Ley, que señala que las actuaciones protectoras evitarán toda injerencia innecesaria en la vida del menor, y el artículo 17 que dispone que, en las situaciones de riesgo que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, los poderes públicos deberán garantizar, en todo caso, los derechos del menor y disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentre.

Parece que un llamamiento a comparecer a un juicio oral por parte de un menor víctima de un delito, para satisfacer el derecho del acusado a defenderse, no es un interferencia innecesaria en la vida del menor; en el proceso penal donde está en juego la inocencia o condena del acusado, resulta imprescindible para sus intereses que pueda interrogar a todos los testigos [derecho a interrogar a los testigos por el acusado es reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, arts. 6.º 3 d), y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de estar integrado en el derecho de defensa que reconoce el art. 24 de la Constitución], para poder hacer valer su derecho constitucional a la prueba. Sin embargo los principios mencionados y recogidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, a la luz de los hechos del caso y de las circunstancias psicológicas de la menor, deben ponerse en práctica, y evitar que una menor fuera sometida a un interrogatorio o exploración, que, además de infructuoso, resultaría dañoso seguramente para su evolución y negativo para su equilibrio emocional. Por tanto a la vista de esa regulación y de la normativa internacional (Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991) lo primordial es evitar situaciones de riesgo para los menores, cuando la recuperación de su equilibrio puede verse muy comprometida.

Por tanto, no existe imposibilidad material para comparecer ante el Tribunal, pero sí una prohibición legal.

Parece que se da un supuesto equivalente al recogido en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que las declaraciones grabadas, que fueron realizadas a presencia del letrado del imputado, podrán ser oídas en el juicio oral, y sometidas a contradicción en el juicio oral a presencia del juzgador.

Sin duda que las declaraciones de testigos de referencia, que no presencian los hechos y sólo manifiestan lo expresado por otro, a la hora de servir de fundamentación para una sentencia conde-

natoria, tropiezan con la dificultad para el juzgador a la hora de formar un juicio no sólo sobre la veracidad del testimonio de referencia, como sobre la del testigo directo o presencial. Sin embargo el Tribunal Supremo (TS) y el Tribunal Constitucional han admitido que la prueba testifical de referencia supla de forma excepcional al testimonio directo, en el momento de la valoración de la prueba, cuando se acredite la imposibilidad material de que comparezca en el juicio oral el testigo presencial (STC 97/1999, SSTS 3345/2002 y 429/2002).

En el caso que se propone no existe imposibilidad material, pero sí legal. En este sentido la Sentencia del TS de 18 de marzo de 2002 ha admitido que los testimonios de referencia pueden sustituir a los directos, y son resultado del difícil equilibrio que los Tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal, y el interés público en que no queden impunes hechos especialmente reprochables. Así dice que los Tribunales deben ser muy rigurosos en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, y la crítica razonada que los hace dignos de crédito, es decir, extremar el rigor en la valoración de la prueba.

Por tanto, una sentencia condenatoria basada en los testimonios de referencia en ningún caso vulneraría la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los citados requisitos, porque se habría basado en una prueba de cargo, suficiente, lícita y practicada en el juicio oral, con los principios que inspiran el proceso penal.

El recurso que ulteriormente pudiera interponerse por la representación del condenado estaría abocado a su desestimación, por lo que la sentencia habría sido dictada conforme a derecho y sin vulnerar precepto constitucional alguno.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 730.**
- **Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del Menor), arts. 1.º 2, 13 y 17.**
- **Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6.º 3 d).**
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.**