

fundación

ASMOZ

formación on-line

Asistencia a las Víctimas de Experiencias Traumáticas

5.1.1. La legislación en vigor. Programas de asistencia, compensación, auxilio y protección de las víctimas de maltrato infantil

Profesora: © Ana I. Pérez Machío
Profa. Dra. Derecho Penal
Investigadora IVAC/KREI
UPV/EHU
anaisabel.perez@ehu.es



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

ÍNDICE

- I. Programas de compensación y auxilio**
 - A. La mediación o conciliación**
 - B. La reparación**
 - C. Criterios para abordar el problema**
 - D. Características de la mediación**
 - E. La conformidad**
- II. Programas de asistencia inmediata a las víctimas**
 - A. Introducción**
 - B. La Ley 35/95, de 11 de diciembre, de Ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual**
 - a) Introducción**
 - b) Beneficiarios**
 - c) Concepto de lesiones y daños y criterios para la determinación de las ayudas**
 - d) Asistencia a las víctimas: deberes de información**
 - C. Desarrollo reglamentario de la presente normativa y reformas introducidas como consecuencia de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género**
 - D. Real Decreto 199/2006, de ayudas y resarcimiento a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual**
- III. Especial consideración de los menores infractores y menores víctimas:**
 - A. Medidas procesales frente a menores víctimas de maltrato infantil**
 - B. Medidas penales a adoptar frente a menores infractores de abusos sexuales y maltrato infantil**

C.

I. Programas de compensación y auxilio

A. La mediación o conciliación

Se les suele señalar como sinónimos, pero no lo son. La mediación es un medio del cual se puede llegar a la conciliación. La mediación constituye una forma de intervención en un conflicto, un método, que consiste básicamente en facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas que posibilite la adopción de un acuerdo por ellas misma; en cambio la conciliación implica el acuerdo entre sujetos que parten, en principio, de posturas discrepantes o posiciones de intereses enfrentadas, sujetas a un árbitro o a un juez.

Con la conciliación autor-víctima se caracterizan los esfuerzos por resolver los problemas, cargas y conflictos existentes entre los infractores y los perjudicados tras un hecho delictivo. Este arreglo de las consecuencias del hecho es conducido por un mediador que lleva a cabo conversaciones individualizadas con los afectados, estimula al autor y a la víctima a un encuentro personal, y modera el dialogo. El aspecto central de las conversaciones lo constituye el tratamiento (Aufarbeitung) del hecho, de sus consecuencias, y el acuerdo sobre prestaciones reparadoras del autor a favor del perjudicado.

Las ventajas de este sistema, como de cualquier otro que suponga una finalización anticipada del proceso penal o evitación, si ello es posible, de su inicio, vienen determinadas por el hecho de que puede reducirse sensiblemente el número de causas criminales, descargando de modo relevante a la administración de justicia penal. Tiene, por otro lado, una ventaja de no poco interés: *la víctima encuentra una solución* al problema que le ha causado el delito sin necesidad de esperar el fin de un procedimiento regular, con la consiguiente demora de tiempo, gastos judiciales relativamente elevados en no pocas ocasiones y sin necesidad de revivir en las diversas declaraciones previas al juicio oral y en este mismo acto al daño que el delito en su día le causó.

Con esto no negamos que la mediación pueda operar como institución penal, sino lo contrario que sí, siempre y cuando, tenga un fin político criminal, es decir orientadas a criterios de prevención general positiva.

B. La reparación

En un sentido amplio, reparar el mal causado por el delito comprendería la pena y la responsabilidad civil; la primera adquiere el significado de una reparación simbólica entre la víctima y la sociedad, y la segunda se dirige directamente a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima, como efecto jurídicamente obligado derivado del delito. La norma del art. 109.1 de nuestro C.P. así lo establece, detallándose en los artículos 110 y ss., el contenido y la forma de hacer efectiva dicha responsabilidad civil.

Tradicionalmente voces autorizadas en derecho penal y política criminal sólo consideraban a la reparación como una institución civil dentro del derecho penal, como una consecuencia accesorio, no negando su importancia para el resarcimiento o de igual similitud de la indemnización civil, no estaba considerada como una posible vía de solución de conflictos sociales ni muchos menos una tercera vía, a adoptar en lugar de la pena y medida de seguridad, es a partir del acercamiento de la víctima a los criterios de política criminal con la aparición de la victimodogmática que se viene discutiendo sobre el tema.

C. Criterios para abordar el problema

Los modernos programas de reparación y conciliación delincuente-víctima constituyen formas de reacción que pueden relativizar e, incluso, en el marco de la pequeña y mediana criminalidad, eliminar la pretensión punitiva del Estado.

Junto a los programas estatales de indemnización surgen iniciativas tendentes a implicar a los delincuentes en una reparación en beneficio de la víctima. En estos casos es el autor del hecho delictivo el que indemnizará a través del pago de una cantidad de dinero, de la realización de una concreta actividad o mediante la prestación de ciertos

servicios. Y todo ello en el marco de una modalidad que le permite evitar la imposición de una pena o como una especie de pena en sentido estricto.

Se trata de un proceso de compensación y conciliación que han propiciado tanto las Naciones Unidas como el Consejo de Europa y que supone incentivar al delincuente para que repare el daño que ha causado. Estos incentivos se utilizan no sólo para satisfacer las legítimas pretensiones de la víctima, sino también para implicar al victimario en la reparación y reducir así la actividad de las instancias judicial y penitenciaria, habida cuenta que puede –en determinados casos- evitarse el proceso penal.

Nace así la ideología de la denominada diversión, en cuanto orientación político-criminal tendente a evitar el proceso penal o las sanciones de esta naturaleza –sobre todo las privativas de libertad- mediante la revisión de los mecanismos tradicionales de control social y la apertura de nuevos modelos de intervención menos formalizados y, por ello más rápidos y eficaces.

Los defensores de estos programas insisten en subrayar que al implicar a los culpables en los mismos se les obliga a constatar el daño real producido por su conducta, lo que debe repercutir muy favorablemente en su rehabilitación; lo que no ocurre por ejemplo, con el cumplimiento de una pena privativa de libertad. En la actualidad constituye algo más que una figura retórica el reconocimiento de la caída del mito del tratamiento. También se indica que la víctima queda más satisfecha con una decisión que obligue a su ofensor a reparar personalmente los danos causados. Incluso, que supone un mecanismo económico en su ejecución, ya que permite un notable ahorro de recursos al Estado y una notable descongestión de la administración de justicia. Se presenta así tal iniciativa como una respuesta al delito razonable y humanitaria que beneficia tanto a la víctima como al delincuente y llamada además a otorgar una nueva dimensión a la justicia penal, superando criterios simplemente retributivos al apostar por el restablecimiento de la paz social.

Las víctimas aceptan en gran medida las ofertas de reparación, disculpas, etc., aunque la indemnización material completa pase muchas veces –como accesoria- a un segundo plano; los delincuentes cumplen (por regla general) de manera efectiva los

acuerdos de reparación; los contactos directos entre delinciente y víctima son percibidos de forma positiva por ambas partes, habida cuenta que eliminan las imágenes hostiles o los temores de la víctima y crean en el delinciente umbrales de inhibición, al tiempo que lo enfrentan con el sufrimiento de su víctima; aun prescindiendo de un proceso criminal se pueden garantizar los principios de justicia, equidad o protección de las víctimas y –también– de los propios delincuentes; además es practicable la reparación dentro de un proceso penal como sanción independiente o como obligación en el marco de la suspensión de la condena a prueba o instituciones similares.

La mediación-conciliación víctima-ofensor se ofrece pues, como un nuevo recurso resolutorio de procedencia victimológica que favorece la reparación. Habilita un espacio de encuentro entre victimario y víctima para hacer posible un acuerdo de contenido reparador y, con ello, facilitar la solución de una grave crisis interpersonal; sin la hostilidad y tensión emocional que suelen acompañar al proceso convencional.

El consenso es siempre la base del acuerdo conciliador; se trata de una opción voluntaria tanto para la víctima como para el ofensor, si bien éste debe admitir su responsabilidad para acceder a la vía conciliatoria. El mediador, en algunos casos, es un experto sometido a control administrativo y, en otros, un profesional de la justicia; siempre un elemento personal imprescindible.

En ocasiones la conciliación tiene carácter extraprocesal, con renuncia del Ministerio Fiscal al ejercicio de la acción; otras veces puede ser decidida en alguna de las fases del proceso, suspendiéndose el fallo o estimándose el compromiso reparador como atenuación de la responsabilidad o gravamen impuesto para el disfrute de la libertad condicional. En cualquier caso nos encontramos siempre ante una cierta recuperación del control del conflicto penal por parte de la víctima.

En ocasiones la reparación material fracasa por falta de recursos del victimario. Por ello se critica en algunos países que a muchos delincuentes se les dificulte o imposibilite la realización de prestaciones reparadoras en beneficio de la víctima, precisamente por la existencia de prestaciones estatales (multas y similares) de

satisfacción prioritaria; de este modo, el Estado lesiona indirectamente los intereses de la víctima.

D. Características de la mediación

Dada la gravedad del caso la mediación no es la respuesta más adecuada para lesiones graves y delitos contra la libertad sexual, aunque existen proyectos interesantes que organizan un encuentro entre las partes en casos muy graves (EEUU 1989). La mediación tampoco tiene mucha utilidad en conflictos entre cónyuges, siendo una terapia familiar lo más adecuado para llegar a la raíz de los problemas y cambiar una conducta repetida y destructiva.

La mediación parece resultar adecuada en robos, estafas, apropiaciones indebidas, danos materiales y faltas de lesiones, siempre que el autor no sea un delincuente habitual con varios casos penales pendientes a la vez. Los requisitos son que el infractor reconozca los hechos y que no tenga antecedentes penales. También tiene que existir una persona perjudicada por el delito. En casos de delitos contra una entidad, por ejemplo danos materiales en vagones de tren, tiene que personarse un funcionario de la compañía ferroviaria como parte perjudicada.

La mediación empieza con una primera toma de contacto con el autor y la víctima por separado. Se explica brevemente en qué consiste la mediación y lo que se puede conseguir por esta vía. En caso de que las dos partes consientan se convoca un encuentro entre ambos. En esta reunión es importante que ambas partes tengan la ocasión de explicar su versión del hecho. Después se pueden discutir formas de restituir el daño causado a la víctima.

Habitualmente el acusado no acude a la mediación por puro remordimiento de conciencia, sino porque le favorece llegar a un pacto o acuerdo con el perjudicado del delito. El Código Penal estipula, en varios artículos que este tipo de acuerdos tiene efectos sobre la responsabilidad penal:

Artículo 21.5 CP: *“Es circunstancia atenuante: la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”*.

Artículo 88 CP: *“1. Los jueces o tribunales podrán sustituir previa audiencia de las partes, en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y, en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales [...]”*.

Artículo 130. 5 CP: *“La responsabilidad criminal se extingue. 5. Por el perdón del ofendido, cuando la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto, el Juez o Tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla”*.

Artículo 340 CP: *“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título (protección de flora y fauna) hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”*.

Estos artículos permiten la actuación de mediadores. Así la mediación podría ser organizada por una asociación u oficina de ayuda a la víctima o por organizaciones de voluntarios. Una vez puesta la denuncia e identificado el autor del delito a través de la Asociación de Víctimas puede presentar sus pretensiones a la otra parte. Por medio del encuentro personal o de una negociación a través de mediadores, la víctima puede recibir una reparación voluntaria, y la Asociación de Víctimas presentaría un pacto o acuerdo al Juzgado una vez efectuada la reparación.

La calificación penal depende de la gravedad de los hechos. Es evidente que, en caso de un homicidio, un pago voluntario a la familia del fallecido no puede ser una alternativa a la pena privativa de libertad, aunque podría considerarse una atenuante

cualificada y así reducir la condena. Por el contrario, en caso de un robo sin agravantes al delincuente, si llega a un acuerdo con la víctima, se le podría imponer una pena de trabajos en beneficio a la comunidad en lugar de dos años de cárcel.

E. La conformidad

En nuestra legislación procesal penal existe el instituto de la conformidad, en donde el autor a través de su representación reconoce los hechos y se conforma con la pena solicitada por el fiscal. Tal y como funciona en la actualidad se trata de una conformidad entre el fiscal y el abogado de la defensa. Con mucha frecuencia, a la víctima que ha sido solicitada para declarar, se le comunica, después de una larga espera en el pasillo del juzgado, que puede marcharse a casa, que el juicio se ha celebrado y no hace falta su testimonio. Nadie pregunta a la víctima si está conforme o no con esta solución. Una posible variante de este instrumento legal, que facilita las cosas a la víctima del delito, es que solamente tenga que acudir para firmar el pacto o acuerdo, y ya no se le cite para más compareencias. El juicio de conformidad se celebra sin necesidad de citar a los testigos y el contenido del pacto o acuerdo en instrucción forma parte de la sentencia.

II. Programas de asistencia inmediata a las víctimas

A. Introducción

Una vez analizadas las distintas opciones a las que se puede acudir, como alternativa a la vía judicial propiamente dicha, desde la perspectiva de las víctimas de delitos sexuales y violentos existen programas de asistencia inmediata que tratan de cubrir las necesidades de este colectivo que se contienen en la siguiente normativa:

- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y asistencia a las Víctimas de delitos Violentos y contra la Libertad Sexual

■ Ley 38/1998, de 27 de noviembre , por la que se modifica la composición de la Comisión Nacional de Ayuda y asistencia a las víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual

■ Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas a las Víctimas de delitos violentos y contra la Libertad Sexual

■ Real Decreto 429/2003, de 11 de abril, por el que se modifica el RD 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual

■ LO 1/2004, de Medidas de protección integral contra la violencia de género

■ RD 199/2006, de Ayudas y resarcimientos a las Víctimas de Delitos violentos y contra la libertad sexual

Al margen de la pluralidad de normas existentes, vamos a centrar la atención fundamentalmente en la Ley 35/92 y en el Real Decreto 738/97.

B. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y asistencia a las Víctimas de delitos Violentos y contra la Libertad Sexual

a) Introducción

Tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 35/95, regula, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos y, por otra parte, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos, haciéndose extensiva su aplicación únicamente a los supuestos de delitos violentos y dolosos susceptibles de generar ayudas públicas, que se concretarán en los siguientes:

- Aquellos que generen un resultado de muerte
- Aquellos que generen un resultado de lesiones graves o daños graves en la salud física o mental.

En este sentido, por lo que respecta a la gravedad de las lesiones o los daños en la salud, la ley se remite a efectos de su valoración a la legislación de la Seguridad Social.

De esta forma se opta por acotar aquellos delitos violentos con resultado de máxima gravedad con el propósito de avanzar de forma rigurosa aunque selectiva, cubriendo inicialmente los daños de carácter más grave, pero afianzando la convicción social de que esta función debe ser paulatinamente ejercida por el Estado.

En definitiva, la ley establece un sistema de ayudas un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos, cometidos en España, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental, beneficiándose asimismo de las ayudas contempladas por esta Ley las víctimas de los delitos contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraran sin violencia (art. 1 Ley 35/95).

b) Beneficiarios

Siguiendo el articulado de la ley podrán quienes, en el momento de perpetrarse el delito, sean españoles o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o quienes, no siéndolo, residan habitualmente en España o sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio, debiendo distinguirse, en este sentido, entre víctimas directas e indirectas.

Son consideradas víctimas directas las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito.

Por su parte, son consideradas víctimas indirectas los beneficiarios en caso de muerte de víctima directa, según el artículo 2:

a) El cónyuge del fallecido, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

b) Los hijos del fallecido, siempre que dependieran económicamente de él, con independencia de su filiación y edad, o de su condición de póstumos.

c) Los hijos que, no siéndolo del fallecido, lo fueran de las personas contempladas en el párrafo a) anterior, siempre que dependieran económicamente de aquél.

d) En defecto de las personas contempladas por los párrafos a), b) y c) anteriores, serán beneficiarios los padres de la persona fallecida si dependieran económicamente de ella.

A sensu contrario, se podrá denegar la ayuda pública o reducir su importe, cuando su concesión total o parcial fuera contraria a la equidad o al orden público atendidas las siguientes circunstancias declaradas por sentencia:

a) El comportamiento del beneficiario si hubiera contribuido, directa o indirectamente, a la comisión del delito, o al agravamiento de sus perjuicios.

b) Las relaciones del beneficiario con el autor del delito, o su pertenencia a una organización dedicada a las acciones delictivas violentas (art. 3).

c) Concepto de lesiones y daños y criterios para la determinación de las ayudas

Según dispone el artículo 4 de la Ley 35/95 son lesiones graves aquellas que menoscaben la integridad corporal o la salud física o mental y que incapaciten con carácter temporal o permanente a la persona que las hubiera sufrido. No se considerará incapacidad permanente aquella que no suponga un grado de minusvalía de, al menos, el 33 por 100.

Las lesiones corporales o los daños a la salud física o mental habrán de tener entidad suficiente como para que, conforme a la legislación de la Seguridad Social, tuviera lugar una declaración de invalidez permanente en cualquiera de sus grados o una situación de incapacidad temporal superior a seis meses.

Siguiendo las previsiones contempladas en el artículo 6 de la Ley 35/95, por lo que respecta los criterios para la determinación de la cuantía de las ayudas, ésta no podrá superar en ningún caso la indemnización fijada en la sentencia. Tal importe se determinará mediante la aplicación de las siguientes reglas, en cuanto no supere la cuantía citada:

a) De producirse situación de incapacidad temporal, la cantidad a percibir será la equivalente al duplo del salario mínimo interprofesional diario vigente, durante el tiempo en que el afectado se encuentre en tal situación después de transcurridos los seis primeros meses.

b) De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir como máximo se referirá al salario mínimo interprofesional mensual vigente en la fecha en que se consoliden las lesiones o daños a la salud y dependerá del grado de incapacitación de acuerdo con la siguiente escala:

Incapacidad permanente parcial: cuarenta mensualidades.

Incapacidad permanente total: sesenta mensualidades.

Incapacidad permanente absoluta: noventa mensualidades.

Gran invalidez: ciento treinta mensualidades.

c) En los casos de muerte, la ayuda máxima a percibir será de ciento veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha en que se produzca el fallecimiento.

2. El importe de la ayuda se establecerá mediante la aplicación de coeficientes correctores sobre las cuantías máximas previstas en el apartado anterior, en la forma que reglamentariamente se determine y en atención a:

a) La situación económica de la víctima y del beneficiario.

b) El número de personas que dependieran económicamente de la víctima y del beneficiario.

c) El grado de afectación o menoscabo que sufriera la víctima dentro de los límites de aquella situación que le correspondiera de entre las previstas por el artículo 6.1 b) de esta Ley.

3. En el supuesto contemplado por el artículo 2.5 de esta Ley, la ayuda consistirá únicamente en el resarcimiento de los gastos funerarios que hubieran satisfecho efectivamente los padres o tutores del menor fallecido, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.

4. En los supuestos de delitos contra la libertad sexual que causaren a la víctima daños en su salud mental, el importe de la ayuda sufragará los gastos del tratamiento terapéutico libremente elegido por ella, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.

Será procedente la concesión de esta ayuda aun cuando las lesiones o daños sufridos por la víctima no sean determinantes de incapacidad temporal. En cualquier caso, la ayuda prevista por este apartado será compatible con la que correspondiera a la víctima si las lesiones o daños sufridos produjeran incapacidad temporal o lesiones invalidantes.

En cualquier caso el Estado podrá exigir el reembolso total o parcial de la ayuda concedida en los siguientes casos (art. 14):

- Inexistencia de delito por resolución judicial firme
- Con posterioridad a su abono la víctima o sus beneficiarios obtuvieran por cualquier concepto nuevamente la reparación total o parcial
- Ayuda obtenida en base a aportación de datos falsos o deliberadamente incompletos
- Cuando la indemnización reconocida en la sentencia sea inferior a la ayuda provisional del art. 10 L 35/95

d) Asistencia a las víctimas: deberes de información

Antes incluso de proceder a la concesión de la concreta ayuda a cada víctima, es preciso que la misma esté completamente informada no sólo de las subvenciones a las que tendrá acceso, sino también de todo tipo de cuestiones relacionadas con el proceso.

En realidad, la Ley 35/95 configura esta cuestión más bien como un deber por parte de las Autoridades, tal y como se recoge en el artículo 15 de la ley:

1. Los Jueces y Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de hechos que presenten caracteres de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, informarán a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta Ley.

2. Las autoridades policiales encargadas de la investigación de hechos que presenten caracteres de delito recogerán en los atestados que instruyan todos los datos precisos de identificación de las víctimas y de las lesiones que se les aprecien. Asimismo, tienen la obligación de informar a la víctima sobre el curso de sus investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado.

3. En todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

4. La víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, deberá ser informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita.

Igualmente, deberá ser informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y le será notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso.

5. El Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

Y junto a este conjunto de derechos y deberes, la Ley configura en su artículo 16 la denominada Oficina de Asistencia a las víctimas, en cuanto institución determinante para la gestión de estas ayudas:

1. El Ministerio de Justicia e Interior procederá, de conformidad con las previsiones presupuestarias, a la implantación de Oficinas de asistencia a las víctimas en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan.

2. En relación con las actividades desarrolladas por estas Oficinas, el Ministerio de Justicia e Interior podrá establecer convenios para la encomienda de gestión con las Comunidades Autónomas y con las Corporaciones locales.

C. Desarrollo reglamentario de la presente normativa y reformas introducidas como consecuencia de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género

Al igual que sucede respecto a otras normativas, el desarrollo reglamentario de la Ley 35/95 se produce a través del Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas a las Víctimas de delitos violentos y contra la Libertad Sexual, del cual hay que destacar los siguientes aspectos:

- En primer lugar, por lo que respecta los beneficiarios el artículo 2.1 de la Ley 35/95 aludía, junto a los nacionales y a los ciudadanos europeos, a aquellas “personas que residan habitualmente en España”. Pues bien, las dificultades de delimitar el significado de dicha expresión se supera a través del artículo 2 del Reglamento que la define como la permanencia en el territorio estatal en situación de residencia legal , tal y como dispone el artículo 13 de la Ley de Extranjería.
- En segundo lugar, respecto a los extranjeros que no cumplan con el requisito anterior, sólo podrán disfrutar de las ayudas contempladas en la Ley 35/95, cuando demuestren que en su país esta misma normativa también es aplicable a los ciudadanos españoles: principio de reciprocidad (art. 3 Reglamento 738/97)

- En tercer lugar, por lo que se refiere a los grados de minusvalía el artículo 12 del Reglamento establece la siguiente relación:
 - Del 33 al 44 por 100: 40 mensualidades
 - Del 45 al 64 por 100: 60 mensualidades
 - Más del 65 por 100: 90 mensualidades
 - A partir del 75 por 100: 130 mensualidades
- En cuarto lugar, respecto a la ayuda por gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual, la ayuda máxima será de 5 mensualidades del salario mínimo interprofesional, debiendo acreditarse los daños en la salud a través de informe de médico forense (art. 17).
- En quinto lugar, respecto al procedimiento de reconocimiento de ayudas:
 - Competencia (art. 21): Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda
 - Inicio procedimiento (art. 23): siempre a solicitud de la persona interesada
 - Prueba de la existencia del delito y del nexo causal (art. 25): Resolución judicial firme
 - Plazos para resolver (art. 31):
 - Lesiones invalidantes, agravación de las mismas y fallecimiento: 6 meses
 - Incapacidad temporal: 4 meses
 - Tratamiento terapéutico: 2 meses

Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 1/2004, se producen una serie de modificaciones en relación con las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Concretamente el apartado 3 de la Disposición Adicional Primera de la LO 1/2004, dispone que no tendrá la consideración de beneficiario a título de víctima indirecta, de las ayudas previstas en la Ley, quien fuera condenado por delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la fallecida fuera su cónyuge o persona con la que estuviera o hubiera estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual (art. 1).

D. Real Decreto 199/2006, de Ayudas y resarcimiento a las Víctimas de Delitos violentos y contra la libertad sexual

Por último, en el año 2006, el Real Decreto 199/2006, introduce una serie de novedades relacionadas con la designación y funciones de la Autoridad de asistencia (art. 90), concretadas en lo siguiente:

- Facilitar a la víctima información sobre las posibilidades de solicitar una ayuda económica o indemnización
- Orientación sobre el modo de cumplimentar las peticiones de información
- Trasladar la solicitud y documentación acreditativa, y también la documentación que en su caso sea requerida

III. Especial consideración de los menores infractores y menores víctimas:

A. Medidas procesales frente a menores víctimas de maltrato infantil

En este contexto insoslayable surge sin embargo la necesidad de tomar en consideración los derechos y necesidades de los menores que son víctimas de delitos o actúan como testigos en los procesos penales, reuniendo frecuentemente ambas condiciones. La psicología ha puesto de manifiesto que la intervención de un niño en un juicio es vivida generalmente como una experiencia estresante potencialmente provocadora de efectos a largo plazo.

Los menores pueden padecer una gran ansiedad antes, durante e incluso después de la celebración del acto procesal en el que se ha interesado su declaración. Por otro lado, la confrontación ante adultos inculpados o implicados y las preguntas agresivas de las partes, son las situaciones que más secuelas traumáticas pueden dejar en niños que comparecen ante un Tribunal.

Con aplicación a todo tipo de procedimientos judiciales, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM) señala en su art. 9.1 que las comparecencias judiciales del menor *se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.*

Configurado como derecho potencial el derecho a contradecir el testimonio de cargo e interrogar al testigo, como regla general, supone que el acusado a través de su Letrado tiene que tener la posibilidad de, directa o indirectamente, en sede de instrucción o en el juicio oral, interrogar al menor testigo (STC nº 174/2003 de 29 de septiembre).

Pero en el ámbito que nos ocupa, la matización la introduce el propio

TEDH al declarar que el art. 6.3 d) CEDH no puede ser interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el

acusado o su abogado, mediante repreguntas u otros medios (STEDH de 2 de julio de 2002, caso *S. N. contra Suecia*).

Por ello, cuando la única prueba de cargo se fundamente en las manifestaciones efectuadas desde la acusación, y concretamente cuando se trate de menores víctimas de delitos sexuales, debe compatibilizarse “la valoración como prueba de cargo de la declaración de la víctima, con la necesaria salvaguardia de los principios fundamentales que caracterizan un sistema democrático de Justicia Penal y específicamente el derecho a la defensa, el derecho a un proceso con las debidas garantías, el principio de contradicción, el principio de igualdad de armas entre acusación y defensa, el principio constitucional de presunción de inocencia o el de interdicción de la indefensión” pues, “siendo unánimemente reconocida la necesidad de tutelar eficazmente la indemnidad sexual de los menores, así como la de minimizar los efectos negativos de su ineludible intervención en el proceso, adoptando para ello las necesarias cautelas, ha de convenirse también en que estos objetivos no pueden alcanzarse a través de la creación de un modelo procesal excepcional, de carácter cuasi-inquisitorial, en el que se invierta la carga de la prueba sustituyéndose el deber de la acusación de probar la culpabilidad por la obligación de la defensa de probar la inocencia, se prescinda de la inmediación y de la contradicción, o se impida a la defensa el acceso directo a las fuentes de prueba, con las precauciones que se estimen procedentes, desequilibrando con ello la balanza del proceso en favor de la acusación, única parte a quien se permite dicho acceso, sin posibilidad de contradicción” (STS nº 832/2000, de 28 de febrero).

La Exposición de Motivos de la Reforma 8/2006 no aporta suficientes criterios exegéticos. Declara que “se incluye una modificación de los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se sustituye el último párrafo, a fin de dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos y donde se prevé que cuando se trate de testigos menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el Juez o Tribunal necesariamente debe acordar que se evite la confrontación visual del mismo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas (declaración, interrogatorio)”.

En realidad se reforman no sólo los arts. 448 y 707, sino también los arts. 433 y 731 bis LECrim. Por otro lado, la protección no se dirige a menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual sino a testigos menores, sea cual sea el delito sobre el que hayan de testificar y con independencia de si ostentan también o no la condición de víctimas. La Exposición de Motivos tampoco aporta alguna guía hermenéutica sobre la novedad de que sea obligatoria la presencia del Fiscal en estas declaraciones.

El art. 433 LECrim, tras la reforma operada por LO 8/2006 dispone en su párrafo tercero que *toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración.*

Por tanto, la declaración del menor durante la fase de instrucción tendrá lugar necesariamente ante Juez de Instrucción, Secretario Judicial y Ministerio Fiscal.

En cuanto al papel del Fiscal en esta declaración, ya la reciente Instrucción 1/2007, de 15 de febrero, sobre *actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores* consideraba que *“la obligación específica de la presencia del Fiscal en estas declaraciones no se funda en finalidades de aseguramiento de la eficacia en la investigación, pues si tal fuera su “ratio”, tal presencia habría de ser obligatoria en todas las declaraciones, sino precisamente en su función de protector de los derechos fundamentales del menor”*.

Potestativamente pueden estar presentes los representantes legales del menor, y, en su caso, los guardadores, que sin ser representantes se ocupen del mismo. Esta presencia potestativa -en principio recomendable para dar mayor seguridad y confianza al menor- se ve exceptuada cuando los representantes o guardadores sean los propios imputados, pues en tales casos se desnaturalizaría su presencia en el acto, cuyo sentido es precisamente el de amparar y dar tranquilidad al menor.

Facultativamente también se prevé que puedan asistir expertos. Aunque el precepto no concreta de qué expertos pueda tratarse, ordinariamente habrá de entenderse que serán personas cualificadas profesionalmente para orientar sobre el modo más adecuado de abordar al menor, esto es, psicólogos infantiles, pedagogos o psiquiatras.

En estos casos, al dirigir el interrogatorio de los menores se tendrán en cuenta las pautas marcadas por los expertos. Incluso debe admitirse, especialmente para niños de corta edad, que el interrogatorio lo lleve a cabo un psicólogo infantil previa entrevista con Juez, Fiscal y demás partes a fin de determinar su objeto. De hecho, en supuestos de niños muy pequeños con los que es difícil el diálogo directo, las técnicas de abordaje sólo pueden practicarse por persona experta en la materia.

En efecto, se prevé como posible la grabación de la declaración. Las Sras/Sres. Fiscales interesarán este modo específico de documentación siempre que resulte plausible la eventualidad de que el menor no pueda declarar en el acto del juicio oral o cuando con los datos ya recabados pueda sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor es especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo.

Si con anterioridad a la citación para declarar se ha solicitado la elaboración de un informe psicológico sobre el menor será muy importante el interesar que se pronuncie sobre si el mismo puede declarar sobre los hechos sin riesgo para su equilibrio psicológico y, en caso positivo, sobre las cautelas que se consideran necesarias o convenientes.

Como regla general, las Sras/Sres. Fiscales no citarán como testigos a los menores para el acto del juicio oral cuando los expertos consultados desaconsejen fundadamente tal citación. En estos casos -si no lo han hecho ya propondrán la grabación de su declaración y que la misma se lleve a cabo respetando los requisitos de contradicción previstos para la preconstitución probatoria, siempre con las modulaciones que pueda exigir el interés del menor.

La improcedencia o imposibilidad de asistencia del menor al juicio oral sea porque su participación en tal acto podría generarle daños psicológicos, sea porque por razón de su edad no va a poder narrar los hechos, sea por cualquier otra forma de imposibilidad o gran dificultad (fallecimiento, enfermedad grave, residencia en el extranjero...) puede suplirse a través de dos vías, que eventualmente serán complementarias: la preconstitución probatoria y la utilización de testigos de referencia.

Está comúnmente reconocido que los ritos procesales y la configuración de una sala de vistas no son el marco adecuado para que un menor de corta edad pueda testificar aportando información relevante sobre los hechos, tanto más si el niño-testigo es además víctima de hechos graves. Un menor de corta edad no está en condiciones de testificar en el acto de la vista sobre hechos ocurridos años antes. Un menor de corta edad no puede asumir emocionalmente, conforme a los principios de la psicología evolutiva, los requerimientos de un interrogatorio contradictorio. Un menor de corta edad, en fin, está afectado profundamente en su desarrollo madurativo, de modo que es contraproducente obligarle en el juicio a reconstruir experiencias traumáticas ocurridas, desde su percepción temporal, en momentos muy lejanos.

La preconstitución de la prueba, conforme al art. 448 LECrim tiene como presupuestos habilitantes los supuestos en los que el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a juicio por haber de ausentarse de la Península, y cuando hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral.

En el ámbito del procedimiento abreviado, tras la reforma operada por Ley 38/2002, de 24 octubre, se ensanchan los presupuestos justificadores de la preconstitución probatoria. En efecto, el apartado segundo del art. 777 LECrim permite la preconstitución cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión.

El Módulo de referencia para el desarrollo de un Protocolo de actuación en casos de Maltrato Infantil aprobado en el Pleno del Observatorio de la Infancia de 22 de noviembre de 2007 dispone que se valorará la posibilidad de que la declaración del

menor se practique en fase de instrucción como prueba preconstituida, para evitarle efectos de victimización secundaria, en los casos en los que sea admisible, conforme a la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo.

Para que esta probabilidad de sufrir grave daño psicológico se baraje en la decisión de prescindir de la ratificación del testimonio del menor en el acto del juicio oral, debe estar debidamente acreditada en la causa, a través del correspondiente informe pericial o de cualquier otro medio probatorio (STS nº 332/2006 de 4 de marzo).

También podrá acudir a la preconstitución probatoria y correlativamente habrán de abstenerse los Sras/Sres. Fiscales de citar a juicio oral a los testigos menores cuando los mismos tengan tan corta edad que racionalmente pueda llegarse a la conclusión que tras el lapso temporal probable entre la primera declaración y la fecha del juicio oral, cualquier intento de recordar los hechos haya de resultar inútil.

En cuanto a las especialidades procedimentales en la preconstitución probatoria para un testigo menor, la Disposición Final 1ª tres de la LO 8/2006 de 4 diciembre añadió un nuevo párrafo al art. 448 LECrim conforme al que la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. En la regulación de la preconstitución de la prueba, la reforma operada por LO 14/1999 de 9 junio introdujo la posibilidad de evitar la confrontación visual del menor testigo con el inculcado pero siempre subordinada al cumplimiento de dos presupuestos: previo informe pericial y resolución motivada. Tras la reforma 8/2006 imperativamente habrá de evitarse la confrontación visual, sin que exija el cumplimiento de ningún tipo de requisito.

Por tanto, aun cuando con carácter general la preconstitución de la prueba exige hacer pasar a la diligencia por el tamiz de la contradicción con el fin de salvaguardar el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo, esta exigencia, aún respetándose plenamente, puede matizarse para evitar perjuicios a los testigos menores. Las posibilidades para llegar a un punto de equilibrio son múltiples: utilización de biombo, empleo de video conferencia, colocación del menor en un punto desde el que

no pueda ser visto por el imputado, utilización de espejos unidireccionales, todo ello en el entendimiento de que la indemnidad del derecho de contradicción exige que esté presente en el interrogatorio el Letrado del imputado y que se le permita formular preguntas al testigo menor, así como entrevistarse con el imputado para decidir la práctica de nuevas preguntas.

La conveniencia de la preconstitución probatoria habrá de plantearse especialmente en causas por delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea menor de catorce años.

Con carácter general el art. 710 LECrim autoriza el testimonio de referencia, si bien exigiendo al testigo de esta clase que precise el origen de la noticia. Como se ha dicho, este tipo de prueba no es rechazable de plano, porque, no excluida su validez por la Ley salvo en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra, no siempre es posible obtener la prueba original y directa.

Como resume la STS nº 124/2002 de 6 de febrero: "No puede olvidarse que nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de referencia al aludir a él en el art. 710 de la LECrim, en el que distingue entre testigos directos y de referencia, exigiendo, respecto de estos últimos, que no sólo den razón y explicación satisfactoria de lo que conocen y manifiestan sino que precisen el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuera conocida a la persona que se la hubiere comunicado. De esta manera, el testimonio de referencia puede ser elemento valorable, máxime si concurre con otros factores indiciarios de indudable estimación, para integrar la prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia. Como pusieron de relieve las Sentencias de 18 de julio y 5 de diciembre de 1994 y la de 19 de enero de 1996, el supuesto de imposibilidad material de comparecencia del testigo directo por fallecimiento del mismo es el más caracterizado de los que la jurisprudencia estima como justificativos para entrar en la apreciación del testimonio referencial, siempre a valorar por el Tribunal sentenciador".

En el mismo sentido se declara la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo. Concurriendo dicha imposibilidad el testigo de referencia puede válidamente constituir

prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria, mientras que en aquellos supuestos en que no concurren las circunstancias mencionadas será una prueba más a valorar por el Tribunal junto con las demás que se hayan producido en el acto del juicio oral. Por sí sola no será suficiente generalmente para desvirtuar la presunción de inocencia. (SSTS nº 697/2006, de 26 de junio, nº 516/1996, de 12 de julio y nº 187/1997, de 10 de febrero).

En determinados supuestos, especialmente cuando nos encontremos ante delitos contra la libertad sexual y en los que la víctima es un menor de muy corta edad, no procederá ni siquiera la preconstitución probatoria. En tales casos y siempre que concurren determinadas circunstancias, podrá acudirse al testimonio de referencia de los padres o terceras personas.

En esta línea, para nuestro Tribunal Supremo en los casos en que se trata de niños muy pequeños o fuertemente traumatizados según opinión médica, que aparecen como víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexuales, deben tenerse en cuenta de forma racional las posibilidades que la Ley y la jurisprudencia contemplan en orden a la utilización, como prueba de cargo, de los testimonios de referencia, haciendo compatibles las garantías del acusado, especialmente las conectadas al derecho a la prueba, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, con la defensa e indemnidad de los derechos de los menores, pues la protección de éstos exige evitar que sean sometidos a diligencias que puedan resultar seriamente perjudiciales para su equilibrio, en la medida de lo racionalmente posible.

Desde la psicología se han aislado los siguientes factores estresantes que puede generar el acto del juicio para un menor: 1) permanecer solo en el lugar destinado a los testigos; 2) la proximidad del abogado defensor y la posibilidad de llegar a ser acusado de mentir; 3) la posición en un lugar elevado de los actores del proceso; 4) el público asistente; 5) las togas de los intervinientes; 6) el que se le exija hablar en alto; 7) la utilización de un vocabulario legal ininteligible, especialmente cuando son examinados por el abogado de la defensa; 8) la presencia del acusado.

Para contrarrestar estos factores estresantes debieran promoverse las siguientes prácticas: 1) procurar que el menor sea el primero en declarar, evitando esperas en la puerta de la sala de juicios; 2) celebrar el juicio a puerta cerrada; 3) separar al menor del acusado o tomarle declaración en otra sala, o evitando la visión directa con mamparas; 4) proporcionarle compañía durante la declaración (psicólogo o familiar), sobre todo para niños más pequeños; 5) utilizar un lenguaje comprensible; 6) suprimir el uso de togas durante la declaración del menor y 7) permitir que declaren sentados.

Para responder a tales interrogantes debe tenerse presente que tras la reforma operada por LO 14/1999 de 9 junio, el art. 707 LECrim permitía, potestativamente en casos de testigo menor de edad que el Juez o Tribunal en interés del menor y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordara que el interrogatorio se llevara a cabo evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual.

La Reforma 8/2006 modifica este precepto cuyo párrafo segundo establece ahora que *“la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”*. Esta disposición se impone con independencia de que el menor sea víctima y sin necesidad de aportar ningún tipo de informe psicológico.

Esta Reforma consagra la distinción entre la contradicción (imprescindible) y la confrontación entre testigo menor y acusado (evitable). La contradicción exige que el acusado por medio de su Letrado interroge al testigo menor, pero no implica la confrontación directa, ni verbal ni visual con el acusado.

Por tanto, en los casos en los que sea factible la presencia del testigo menor en el juicio oral, la Ley quiere que su declaración tenga lugar siempre -con independencia de la edad del menor, sea el mismo víctima o simple testigo y cualquier que sea el delito sobre el que deponga- con un *plus* de garantía, con el objetivo de evitar la confrontación visual con el inculpado y permitiendo para ello que la prueba se practique por medio de cualquier medio técnico que la haga posible.

En cuanto a qué tipo de medios técnicos pueden utilizarse, deben entenderse incluidos cualesquiera medios técnicos o audiovisuales.

La LO 8/2006, de 4 de diciembre tras la expresión “*gravosa o perjudicial*” del art. 731 bis de la LECrim, ha añadido el inciso “*y, especialmente, cuando se trate de un menor*”.

Por ello, una interpretación sistemática de los arts. 707 y 731 bis LECrim lleva a la conclusión de que cuando el testigo es menor debe automáticamente - *ope legis*-, entenderse que su comparecencia resulta gravosa o perjudicial y que por tanto, puede acudir al uso de la videoconferencia.

Debe además recordarse que ya la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, *acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia* hacía mención a la posibilidad de usar la videoconferencia para evitar confrontaciones visuales a menores. También la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, *sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia* tras advertir que *la videoconferencia puede contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos declaren con plena libertad en un proceso en el que concurran circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familiares, declaraba que mención especial merecen, dentro del presente apartado, los menores de edad.*

Debe tenerse en cuenta que, por aplicación de los arts. 9.1 y 11.2 d) de la LO 1/1996, de 15 de enero, las comparecencias de los menores ante los órganos judiciales deben practicarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad.

El Tribunal Supremo ha admitido el uso de otras cautelas, de forma que puede el Tribunal adoptar las medidas de tutela que estime más adecuadas,

entre las que cita expresamente el “acompañamiento por un familiar limitaciones a la publicidad, suspensión temporal del juicio, declaración como testigo oculto para los acusados o sin confrontación visual directa con los mismos” (vid. STS nº 1169/2000, de 30 de junio).

La STS nº 651/2000, de 5 de abril aceptó la declaración de los testigos menores fuera de la sala de vistas, en el despacho del Juez de lo Penal, con la asistencia del Ministerio Fiscal y del Abogado defensor, los cuales pudieron interrogar a tales testigos. En la misma línea, la STS nº 1123/2000, de 26 de junio, admite la validez de la testifical llevada a cabo en las proximidades de la sala de vistas, en donde se hallaba el acusado, quien pudo ver por circuito cerrado de televisión el desarrollo de la prueba.

También se ha admitido la declaración desde el umbral de la puerta de acceso a los estrados de la Sala de vistas (vid. SSTS nº 673/2007, de 19 de julio, nº 1398/1994, de 8 de julio), aunque estos procedimientos no resultan recomendables, siendo preferible acudir a la utilización de mamparas o los medios técnicos anteriormente reseñados.

El Módulo de referencia para el desarrollo de un Protocolo de actuación en casos de maltrato infantil aprobado en el pleno del Observatorio de la Infancia de 22 de noviembre de 2007 dispone que en caso de no ser procedente la preconstitución probatoria y, por tanto, cuando el menor deba declarar en el acto del juicio oral de existir oficina de atención a la víctima se informará a la misma de la fecha y hora del juicio, a fin de que preste auxilio, informe y, en su caso, acompañe al menor y a su familia. Como regla general, en los casos en los que el menor esté tutelado, será acompañado por un educador del correspondiente centro.

CAREOS

El art. 455 LECrim en su párrafo último, añadido por la LO 14/1999 de 9 junio dispone que no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.

Por ello, ni en fase de instrucción ni en fase de enjuiciamiento habrá de utilizarse esta diligencia en relación con menores sino cuando simultáneamente concurren los dos presupuestos: 1) imprescindibilidad 2) informe pericial acreditativo de que no va a ser lesivo para el interés del menor testigo.

Pueden eventualmente devenir aplicables los mecanismos de protección que ofrece la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, *de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales* pues su presupuesto aplicativo es el de que "la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella o sus descendientes o hermanos" (art. 1.2). Obviamente y como apunta la STS 899/1999, de 2 de junio, este presupuesto bien puede darse ante la declaración de un menor.

El peligro grave para la persona no necesariamente ha de ser proyectado hacia la integridad física, pudiendo serlo también de tipo psicológico o moral. Además, a la hora de interpretar el requisito del peligro grave, la minoría de edad del testigo debe modular su radio, de modo que una situación no generadora de riesgo para un adulto puede implicarlo respecto de un menor, teniendo en cuenta el mayor desvalimiento inherente al mismo.

Son en este punto aplicables las prevenciones de la LO 19/1994 en cuanto a la prohibición de tomar imágenes de testigos (art. 3.1) y las de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, *de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*, en cuanto que conforme al art. 15.5 el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto en la legislación procesal.

Específicamente en relación con los menores, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia proclama en su punto nº 28 que el menor de edad tiene derecho a que las autoridades y funcionarios de la Administración de Justicia guarden la debida reserva sobre las actuaciones relacionadas con ellos, que en todo caso deberán practicarse de manera que se preserve su intimidad y el derecho a su propia imagen. El art. 4.1 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reputa intromisión, "cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación. que sea contraria a sus intereses." (vid. Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen*

de los menores e Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal).

Por último también debe recordarse la necesidad de un riguroso cumplimiento de la previsión del art. 109 *in fine* LECrim en el que se dispone que en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad. El punto nº 20 a) de la Guía sobre Justicia en asuntos concernientes en niños víctimas y testigos de delitos, aprobada por la Resolución 2005/20 ECOSOC-Naciones Unidas también incide en esta necesidad de información.

B. Medidas penales a adoptar frente a menores infractores de abusos sexuales y maltrato infantil

La flexibilidad en las reglas para la determinación de la medida es una necesidad, impuesta por la finalidad del Derecho Penal de menores. Así la LORPM que rige la responsabilidad penal del menor instaura el sistema de individualización científica como mecanismo necesario para determinar en cada momento cuál sea la medida más beneficiosa para el menor, individualización del tratamiento que exige un conocimiento exhaustivo de la personalidad del menor, siendo en este punto donde se hace necesaria la intervención de los Equipos Técnicos, cuyos componentes tienen conocimientos especializados lo que supone un modelo que consagra, con carácter general, la discrecionalidad judicial en la adopción y ejecución de la medida a imponer.

La norma establece que para la elección de la medida o medidas adecuadas tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulacones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley.

No obstante existen reglas especiales para los delitos más graves. El régimen específico de aplicación de medidas contenido en la Disposición Adicional cuarta pasa a abarcar el homicidio (art. 138), el asesinato (art. 139), el delito de violación (art. 179), la agresión sexual y violación cualificadas (art. 180) y delitos de terrorismo (art. 571 a 580).

Este hecho evidencia que a excepción de los supuestos de agresiones sexuales, la regla para la determinación de las medidas objeto de aplicación a menores infractores, en cuanto delincuentes sexuales, será la de la flexibilidad, atendido el criterio de individualización científico en el incidirá de forma específica el informe del Equipo Técnico relativo a las circunstancias personales, familiares, sociales, psicológicas, etc. Pudiendo, en todos estos supuestos, el Juez de menores, determinar la concreta medida, pudiendo optar por cualquiera de las que figuran en la clasificación de medidas que se contempla en el artículo 7 LO 5/2000, esto es :

a. Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

b. Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

c. Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

d. Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

e. Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

f. Asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

g. Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.

h. Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona

sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1. Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3. Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4. Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5. Obligación de residir en un lugar determinado.

6. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7. Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la [Ley Orgánica 1/1996](#).

i. La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar

viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la [Ley Orgánica 1/1996](#).

j. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.

k. Prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad.

l. Realización de tareas socio-educativas. La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

m. Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.

n. Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

ñ. Inhabilitación absoluta. La medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

Ahora bien, aunque la Exposición de Motivos del Proyecto de la anterior Ley Orgánica (5/2000) abordaba la defensa a ultranza del principio de interés superior del menor, éste parece conciliarse perfectamente con el “objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido”. La clásica ruptura del Derecho Penal de menores con el principio de proporcionalidad, más propio de un sistema retributivo y puramente sancionador, cede ante unos postulados normativos que declaran expresamente la verdadera naturaleza del sistema de responsabilidad de menores contemplado en la actual LO 8/2006. El criterio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la respuesta sancionadora se consolida definitivamente en la regulación relativa al ámbito de aplicación y a la duración de las medidas de internamiento en régimen cerrado de los artículos 9.2 y 10 respectivamente.

Artículo 9.2: “[...] *La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:*

a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.

b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad de las mismas.

c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades [...]”.

Artículo 10: *Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas.*

1. Cuando se trate de los hechos previstos en el apartado 2 del artículo anterior, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, las partes personadas y el equipo técnico, actuará conforme a las reglas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 14 o 15 años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 16 o 17 años, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciare reincidencia.

2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 14 o 15 años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 16 o 17 años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso, por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años.

En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta [...].”

La dicción de ambos preceptos pone de manifiesto, no sólo la consolidación del principio de proporcionalidad -expresamente rechazado en la Exposición de Motivos de la normativa todavía en vigor- sino también un considerable incremento punitivo respecto a las disposiciones vigentes. Así, respecto a la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado, junto al empleo de violencia o intimidación en las personas y la actuación con grave riesgo para la vida o la integridad física de las

mismas se añaden dos circunstancias nuevas que también fundamentan el recurso a la medida de internamiento en régimen cerrado, esto es, que los hechos cometidos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales (artículo 9.2 a) LO 8/2006); y que los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. La incursión de esta última circunstancia ha sido objeto de diversas críticas doctrinales que, muy acertadamente, ven en ella una situación de discriminación con respecto a los adultos ya que el mero hecho de actuar en grupo no produce por sí efectos jurídicos gravosos, en el sentido desprendido del contenido normativo del artículo 9.2 c) de la LO 8/2006. Sin embargo, si se interpretase la actuación en grupo como una modalidad de auxilio de otras personas que debilita la defensa del ofendido o facilita la impunidad del autor de los hechos, en el sentido desprendido del artículo 22.2 del Código Penal de 1995, entonces, desde la perspectiva de un Derecho Penal puramente sancionador, quedaría justificado el recurso a la medida más grave, frente a la concurrencia de una circunstancia que aumenta el injusto del hecho. Ahora bien, si la esencia de la actuación grupal no reside en un aumento de la culpabilidad del autor o del injusto del hecho, ésta no debe ser sometida al régimen de las circunstancias agravantes al estilo de las previstas en el Código Penal, sino contemplada como una mera modalidad conductual de socialización propia de los adolescentes.

La normativa reguladora de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado sufre con la nueva LO un incremento significativo de su extensión temporal: a) hasta tres años de duración cuando el menor tuviera 14 ó 15 años (artículo 10.1 a) LO 8/2006); b) hasta seis años de duración cuando el menor tuviere 16 ó 17 años (artículo 10.1 b) párrafo primero –LO 8/2006-); c) de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años, en los casos de extrema gravedad, limitados exclusivamente a los supuestos de reincidencia (artículo 10.1 b) párrafos 2 y 3 –LO 8/2006-); d) de uno a cinco años de duración complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a 15 años y el menor tuviere, al tiempo de cometer los hechos

14 o 15 años (artículos 10.2 a) –LO 8/2006-); e) y de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta 5 años, cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a 15 años y el menor tuviere, al tiempo de cometer los hechos 16 o 17 años (artículo 10.2 b) –LO 8/2006-). Con ello, la LO 8/2006, tratando de dar una respuesta supuestamente más efectiva y eficaz que la contemplada en la Ley Orgánica 5/2000, configura un sistema represivo –basado en el aumento de la intimidación a los menores y en la satisfacción de demandas vindicativas mediante la garantía de una sanción mínima relacionada con la gravedad del hecho- que posterga la finalidad sancionadora-educativa y resocializadora a un momento ulterior que, sin embargo, no parece encontrar acomodo en la Presente Ley.

Nótese, que en estos supuestos de máxima gravedad expresamente se excluye no sólo la posibilidad de modificar la medida antes de transcurrir un año, sino también la posibilidad de suspender la ejecución conforme al artículo 40.

Para estos supuestos de máxima gravedad la imposición de la libertad vigilada por tiempo de tras tres o hasta cinco años como complemento del internamiento es facultativa –dice el precepto que se impondrá *en su caso*-, mientras que para los supuestos de extrema gravedad del artículo 10.1 párrafo 4º la imposición de la libertad vigilada es preceptiva.

Se ha venido considerando que en estos supuestos de delitos de máxima gravedad la medida prevista tiene su apoyo en la necesidad de que el menor sienta el reproche social hacia un comportamiento que atenta de forma extremadamente grave contra derechos esenciales, sirviendo también como un mecanismo de protección social para la prevención general que supone ; y todo ello sin desconocer el interés del menor, porque conlleva un programa de ejecución individualizado en cada caso para atender los déficit que el menor presenta, con la finalidad de reeducarle y reinsertarle en la sociedad.

