

EGUZKILORE

Número 13.
San Sebastián
Diciembre 1999
85 - 110

PROTECCIÓN DEL MENOR-VÍCTIMA EN LAS FASES POLICIAL Y JUDICIAL

Jaime TAPIA PARREÑO

*Juez de Menores
Vitoria*

Resumen: Tras exponer algunas consideraciones victimológicas en lo referente a la relación víctima-policía, se estudia al menor como víctima. De esta manera, se exploran las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico en orden a la protección del menor, sujeto pasivo de un delito, en los momentos importantes del proceso penal: en la fase policial y de instrucción.

Laburpena: Kaltetu eta poliziaren arteko erlazioari buruz gogoeta biktimologiko batzuk egin ondoren, adingabea kaltetu bezala aztertzen da. Ondoren gure ordenamendu juridikoak adingabea delitu baten sujetu pasibo bezala prozesu penalaren une garrantzitsuetan: poliziaren aurrean eta izapidetean, babesteko eskeintzen dituen posibilitateak aztertzen dira.

Résumé: Après quelques considérations victimologiques concernant la relation victime-police, on étudie les mineurs comme victimes. Ainsi, on explore les possibilités qu'offre l'ordre juridique quant à la protection des mineurs, sujets passifs des délits, pendant les moments les plus importants de la procédure pénale: la phase policière et d'instruction.

Summary: After some victimological considerations about the relation victim-police, minors as victims are studied. In that way, it is also examined the possibilities that the juridical order offers referring to the protection of minors, as crimes' victims, in the most important stages of the penal procedure: police stage and the preliminary investigation.

Palabras clave: Victimología, menores víctimas, Derecho procesal, sistema judicial, protección a las víctimas.

Hitzik garrantzizkoenak: Biktimologia, kaltetu adingabeak, Zuzenbide prozesala, Sistema judiziala, kaltetuen babesa.

Mots clef: Victimologie, mineurs victimes, Droit de la procédure, système judiciaire, protection aux victimes.

Key words: Victimology, minors victims, Procedural Law, judicial system, victims' protection.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo se limita a explorar las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico en orden a la protección del menor sujeto pasivo de un delito en dos momentos importantes del proceso penal: en la fase policial y de instrucción.

En primer término, expondremos una serie de consideraciones victimológicas en lo que se refiere a la relación víctima y policía, que nos sirva para encuadrar el tema debatido, al mismo tiempo que ofrecemos unos datos sobre la victimización del menor.

Trataremos de analizar mecanismos legales y fundamentalmente asistenciales que existen en la actualidad, desde la perspectiva de esta Comunidad Autónoma, para poder ofrecer a los menores-víctimas una adecuada respuesta, desde la fase policial de un hecho ilícito y luego en la fase judicial de instrucción.

Dado que ha sido objeto de otra ponencia sólo someramente examinaremos, por un lado, las medidas cautelares, tanto en lo que se refiere a la víctima como al victimario, que es una manifestación de una justicia que satisface el mandato contenido en el art. 24.1 de la Carta Magna; la protección de los menores en cuanto testigos; la posibilidad de desenvolver los mecanismos de una justicia más rápida, y, en fin, distintas líneas de actuación, que posibiliten la cooperación con otras instituciones públicas en la protección del menor, que fundamentalmente se deben desarrollar en los primeros pasos de las diligencias criminales.

Intentaremos abordar, por otro lado, desde un punto de vista técnico sustantivo, lo que se denominan en otras ciencias sociales y otros campos del saber malos tratos.

Aunque no existe una definición exacta de lo que se puede entender por malos tratos, se suelen considerar como tales los sufridos por cualquier niño menor de 18 años, bien física o psicológicamente. Cuando se habla de malos tratos no se refieren los expertos exclusivamente a las palizas o a las lesiones que son manifiestas. Las palabras también pueden ser consideradas como malos tratos; las amenazas; la falta de atención y su falta de respeto.

El rechazo emocional, que suele ocurrir cuando los padres o tutores amenazan, atemorizan o aíslan a los niños de las relaciones sociales y humanas, también es considerado como un maltrato.

Por otro lado, puede ocurrir cuando no se le presta atención al niño o cuando no se le manifiesta nunca amor.

Además, existe como manifestación del maltrato, el rechazo físico, que es de predicar cuando no se satisfacen las necesidades básicas del niño (vivienda, educación, vestido, comida, asistencia médica, cuidados...).

En fin, otra forma de maltrato es el abuso sexual, cuando se obliga sexualmente a un niño, mediante fuerza o intimidación o cuando se le seduce aprovechándose de la primacía del adulto.

Evidentemente, algunas de estas manifestaciones no pueden encuadrarse en el Código Penal, y por ello nos limitaremos a examinar las que atacan los bienes jurídicos protegidos en dicho Código, aunque, alguna vez, nos refiramos a los malos tratos.

Delimitando un poco más el alcance de esta exposición, hemos de indicar que, si bien el menor puede ser víctima de una pluralidad de delitos¹, nos centraremos principalmente en el análisis en relación con las infracciones criminales que son más habituales en la práctica judicial, esto es, los contemplados en el Título III del Libro II, las lesiones, y en el Título VIII, los delitos contra la libertad sexual del Código Penal vigente².

Por otro lado, aunque los menores pueden recibir malos tratos de cualquier persona o institución, tanto de los padres, familiares o conocidos como de los profesores o de niños que tienen la misma edad, ello no obstante son más abundantes los que padecen ocasionados por los padres, los familiares o conocidos, porque es más fácil para estos colectivos acercarse a los niños, según han constatado los Servicios de Pediatría de los Hospitales.

Por esta razón, procuraremos también centrar ciertos elementos del análisis en esta característica especial del sujeto activo.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998³ incluyó por primera vez un capítulo específico referente a la violencia familiar.

De acuerdo con los datos del mencionado informe, cada día se cometen en los hogares españoles 18 delitos de malos tratos, un número que, como el propio documento se encarga de subrayar, se eleva considerablemente en la realidad ya que una gran parte de las víctimas son mujeres, y en lo que a nosotros nos importa niños, optan por no denunciar los hechos, o bien simplemente, en el caso de los menores, son incapaces de poner de manifiesto esa realidad⁴.

En igual sentido, en el III Seminario Internacional de Violencia contra Niños, celebrado en Valencia los días 2 y siguientes de noviembre de 1998, el profesor José Sanmartín ha señalado que quince de cada mil niños sufren malos tratos físicos o psíquicos. Según los últimos estudios realizados en España, hechos públicos en este Seminario, uno de cada 2.500 menores de 18 años podría haber sido objeto de malos tratos. Recientemente el profesor Félix López ha señalado que como mínimo en torno a un 20% de los españoles mayores de edad fueron objeto de abuso sexual antes de los 16 años.

1. Sobre un estudio reciente de la posición del menor como víctima, comparando la protección que ofrece el nuevo Código Penal aprobado por Ley Orgánica 107/1995, que rige desde el 25 de Mayo de 1996, según la interpretación que finalmente se impuso, siguiendo las pautas de la Fiscalía General del Estado y el anterior Código Penal, vid. DOLZ LAGO, Jesús Manuel, "El menor como víctima", *Revista Jurídica La Ley*, número 4115 de 4 de setiembre de 1996.

2. Como es sabido la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril (BOE 1º de mayo de 1999) ha modificado profundamente los tipos penales de este título VIII para intentar garantizar la protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces.

3. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1998. A lo largo de este trabajo la citaremos a menudo, pues es un elemento de constatación de la realidad social de nuestro país y la práctica jurídica que se desarrolla en el conjunto del Estado.

4. Concretamente en este documento de la Fiscalía, pág. 311, se recogen datos de la Fiscalía de León, que sin duda podrían extenderse a otras provincias, en el que se indica que de 370 casos de maltrato familiar 20 se referirían a hijos, en los que el padre fue autor en 16 casos y la madre lo fue en cuatro. Sin embargo, a renglón seguido (pág. 312) se pone de relieve cómo "son muchas las Fiscalías que destacan que el maltrato a los hijos sólo origina denuncia cuando el hijo es ya de cierta edad, cuando la agresión es especialmente grave o cuando existen desavenencias entre los padres, apoyando, formulando o respaldando uno de ellos la denuncia contra el otro".

En la Memoria fiscal se denuncia la ineficacia de los resortes hasta ahora existentes para lograrlo, todo ello a la luz de las peculiares características de dependencia e indefensión de las víctimas y de sus complejas relaciones, especialmente en los supuestos de los niños con el agresor.

En este sentido, se apunta certeramente la insuficiencia del Código Penal (y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habría de añadirse) y la necesidad de medidas preventivas, educativas y asistenciales que ayuden a las víctimas a autoafirmarse en la defensa de sus derechos y, llegado el caso, denuncien al agresor y no desistan a lo largo del proceso, lo que en el caso de los niños debe ser matizado.

En igual línea se manifiestan recientes Leyes como la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor⁵, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que en su artículo octavo establece:

“Las Administraciones públicas de Andalucía desarrollarán programas destinados a adoptar medidas preventivas para evitar que se produzcan situaciones de malos tratos físicos, psíquicos o sexuales, uso y tráfico de estupefacientes, drogas tóxicas y sustancias psicotrópicas, mendicidad infantil, explotación laboral, exposición y venta de menores...”

Éstas son propuestas loables, pero desgraciadamente con frutos muy a largo plazo. Los hechos demuestran que las autoridades policiales y judiciales no pueden permanecer impasibles frente a esas situaciones, puesto que ciertamente, desde la perspectiva policial y judicial, utilizando las herramientas legales y de otro tipo existentes la situación puede mejorar.

Ésta es la razón por la que también la Fiscalía General del Estado, en relación con los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, entre los que se incluyen los inferidos a los hijos, dictó la Circular 1/1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de dichos malos tratos⁶.

Como ha señalado la citada Memoria fiscal, tanto por “las disfunciones de la burocracia judicial”, o por “los insidiosos interrogatorios que afectan a la intimidad personal”, a las que se ven sometidas las víctimas por parte de algunos funcionarios (aunque, tal vez, sea un comportamiento minoritario), como porque, en muchas ocasiones, por desconocimiento o por desidia, no se hace uso de las normas que posibilitan la protección de los menores, la actuación de los Juzgados (yo añadiría de las Policías) no es todo lo apropiada que permitiría la legislación vigente.

En este sentido es preciso poner de relieve que recientemente se ha producido una reforma legislativa muy importante en esta materia, concretamente a través de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995.

5. Boletín Oficial del Estado de 24 de junio de 1998.

6. Publicada en *Revista La Ley*, número 4666, correspondiente al día 6 de noviembre de 1998, pp. 12-16. En la Circular se afirma que “*el debate sobre la insuficiencia de medios legales ha de dejar paso al decidido aprovechamiento de los actualmente existentes..., dentro del máximo respeto al principio de legalidad, (se pretende) orientar la interpretación en la búsqueda de soluciones que superen aquellos obstáculos desde el prisma de la protección de determinados valores constitucionales*”.

II. CONSIDERACIONES VICTIMOLÓGICAS EN LA RELACIÓN POLICÍA-VÍCTIMA

Generalmente el primer contacto de las víctimas con el sistema legal se realiza a través de la policía, dado que es la primera instancia a la que las víctimas se dirigen para denunciar el delito.

Como señalan SKOGAN y WALLER una de las funciones básicas de la policía en las sociedades modernas es obtener información sobre el delito y los delincuentes y utilizarla para poder apresarlos y resolver los casos. Las víctimas y los ciudadanos en general son una de las principales vías de información de las que disponen. Sin su colaboración las Policías sólo conocerían una mínima parte de los delitos. Las víctimas cooperan además en las tareas de identificación y arresto y pueden ser fuente potencial de apoyo o rechazo a las actividades policiales.

Teniendo en cuenta el papel relevante de las víctimas para el sistema, cabría esperar que fuesen tratadas como clientes privilegiados del mismo, pero esto no siempre es así. ¿Qué buscan las víctimas cuando acuden a la policía? ¿Cómo se produce esa relación? ¿Cómo se sienten las víctimas? ¿Están satisfechas? Éstas serán las cuestiones a las que trataremos de responder a continuación.

La policía, como hemos dicho, depende de las víctimas para realizar una buena parte de su trabajo, pero no es menos cierto que las víctimas también necesitan a la policía. Se produce entre ellas una relación de interdependencia. Las víctimas quieren que la policía acuda rápidamente, que acepte su versión de los hechos, que ponga en marcha la investigación, que consiga evidencias y capture al culpable o que les devuelvan pronto sus propiedades. Pero buscan además que les dé apoyo emocional, una primera ayuda, las escuche, confiera importancia a su ofensa, las reciba de manera acogedora, las comprenda, les haga recobrar una sensación de equilibrio y les proporcione información referida a la prevención así como a distintos aspectos del proceso y de la investigación (SHAPLAND, KARMEN, WALLER). De hecho algunas de las investigaciones recogidas muestran que las víctimas denunciaban en mayor medida el delito si anticipaban una respuesta positiva por parte de la policía.

En algunas de las escasas investigaciones que han abordado la cuestión que nos ocupa se proporcionan datos respecto a las relaciones entre víctimas y sistema legal. Los resultados de su estudio indican que, en general, la mayor parte de las víctimas están satisfechas con la policía en el momento del contacto inicial. La actitud de ésta (que fuera servicial, atenta, comprensiva, que las tratase con consideración, etc.) era el determinante fundamental de los sentimientos de satisfacción o insatisfacción. El no responder o no acudir rápidamente a la llamada no era considerado tan relevante. Del mismo modo, los datos revelaron que la mayoría de las víctimas estaban satisfechas con el modo en que se había tomado la denuncia. Algunas de las principales causas de satisfacción fueron de nuevo que la policía tuviera una actitud positiva, que apuntase todo lo que la víctima decía y que no se sintiese presionada, esto es, que no sintiera que la policía intentaba hacerles decir algo que no querían.

A pesar de la satisfacción inicial generalizada, un número importante de víctimas, sobre todo de algunos delitos, se mostró poco satisfecha con el comportamiento policial. Además, se observó que la satisfacción inicial declina inmediatamente y va creciendo a medida que el proceso avanza. La creciente insatisfacción es producto

fundamentalmente de la falta de información sobre el caso. Esto ocasiona a su vez sentimientos de que la policía no se preocupa o no está haciendo gran cosa.

Como indica SHAPLAND, las víctimas esperan que la policía les preste un servicio. Esto incluye que esperen tener contacto con el caso durante el proceso y que tal contacto será facilitado por esa instancia. Ésta, sin embargo, contacta con la víctima únicamente cuando necesita alguna información. Cualquier otro contacto y actitudes serviciales o atentas, que de hecho se dan con frecuencia, responden generalmente a razones humanitarias o de relaciones públicas, o a actitudes personales, pero cabe preguntarse si realmente se contemplan como un derecho o si las personas que atienden a las víctimas en esos momentos consideran que forma parte de su trabajo tratar atentamente a las víctimas y proporcionarles la información que necesitan. En este sentido la Ley 35/1995 en su artículo 15 prevé como un derecho una de las demandas que con mayor fuerza se venían haciendo desde distintos foros: la necesidad de informar a la víctima del curso de las investigaciones policiales, eso sí, cuando no se ponga en peligro el resultado de las mismas.

Desde las investigaciones referidas se sugiere que el descontento de las víctimas con el trato policial parece acentuarse de manera importante en los delitos sexuales. Tales delitos presentan los mayores problemas en la relación víctima-policía. En el estudio de SHAPLAND las víctimas se mostraron incluso más satisfechas que las de otros asaltos porque la policía les dedicó especial atención. Ello pone de relieve la importancia de las expectativas de las personas que acuden al sistema legal a la hora de juzgar su satisfacción y cómo han sido tratadas. Como sugieren las entrevistas realizadas a las víctimas del estudio citado, ellas hubieran esperado un trato peor.

Sin embargo, los resultados de otros trabajos (CHAMBRES y MILLAR) son más pesimistas al respecto. De nuevo la actitud hostil y rutinaria de la policía, la forma en la que se tomó la declaración, la inexperiencia de los oficiales, la incomprensión, la falta de credibilidad concedida a la víctima, el tono o el contenido de las preguntas eran algunas de las quejas enunciadas por las víctimas.

Con la intención de subsanar los problemas que surgen con los delitos contra la libertad sexual, en muchos lugares, entre ellos, España, existe la posibilidad de que sean mujeres policías las que atiendan las denuncias de violación, malos tratos, y en general las referidas a cuestiones relacionadas con la mujer.

Desde el punto de vista de ciertos estudios (HERRERO y GARRIDO), no existen fundamentos científicos suficientes para concluir que el hecho de ser hombre o mujer pueda condicionar el apoyo, ayuda o una mejor atención. Según aquéllos, la cuestión clave no es el sexo, sino la formación de la policía. De hecho algunas de las investigaciones aludidas indican que el ser recibidas y entrevistadas por mujeres no garantiza la buena atención ni la satisfacción de las denunciadas. Muchas de ellas declararon que hubieran preferido a un hombre acogedor que aquella mujer tan fría y con un modo de hacer rutinario.

Sin embargo, lo más importante, según todos los estudios, es que estén formados para entrevistarse y atender a las víctimas de éstos y otros delitos.

La conceptualización que la policía mantiene sobre sus propias funciones y actuaciones, que no parece coincidir del todo con lo que esperan las víctimas, puede ser el

origen del problema. Por ser la primera instancia del sistema legal a la que acuden, está en una posición privilegiada para prestar el soporte emocional y atención que las víctimas demandan. En definitiva, suministrarles lo que se ha denominado *Primera Ayuda Psicológica* (LUCKETT y SLAIKEU).

Ya hemos comentado con anterioridad que unos minutos de apoyo hábil y tratamiento adecuado por parte de las personas que entran en contacto con las víctimas inmediatamente después del delito puede ser de más ayuda que varias horas de asesoramiento profesional después.

Uno de los valores en los que la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pone un mayor énfasis es el servicio a la sociedad.

Pero ¿estamos todos de acuerdo en la interpretación de este valor? Cabe esperar que el servicio asistencial y lo que supone esa intervención en crisis o primera ayuda estuviera incluido en este gran objetivo. No siempre es así a tenor de algunos trabajos que sugieren que la asistencia y el apoyo emocional a las víctimas no parecen ser una de las prioridades del trabajo policial.

Las víctimas consideran que la función policial no comprende únicamente el hecho de conseguir información, investigar, detectar a los sospechosos y detenerlos. Como muestran los resultados de SHAPLAND, las víctimas estaban en conjunto satisfechas con lo que el sistema legal había hecho por sus casos. Sus preocupaciones y quejas versan no sobre el resultado en sí, sino más bien sobre el proceso, sobre la idea de justicia procedimental como modo de entender y poner en práctica el valor de servicio a la sociedad. Estiman que también tienen cabida en dicha función el que las escuchen, las tranquilicen, les informen de múltiples aspectos relacionados con sus casos, que las comprendan y apoyen, y que reciban una completa consideración y reconocimiento de su situación como víctimas, así como que se consideren sus opiniones y puntos de vista. En definitiva, esperan ser justamente tratadas. La policía, sin embargo, puede percibir su propio papel de forma diferente y estar más preocupada por el resultado. Así, con una concepción más técnica de sus funciones, presta mayor atención al hecho de conseguir buena información y hacerlo del modo más rápido posible, a investigar, detectar y arrestar al sospechoso. Al intentar cumplir esos objetivos la víctima se convierte en un mero instrumento y se siente relegada de nuevo a un segundo plano.

Por lo tanto, los requerimientos, imposiciones y modos de hacer, supuestamente necesarios para el cumplimiento del trabajo policial, pueden ser los responsables de las respuestas inapropiadas que las víctimas encuentran en esta instancia del sistema.

Las víctimas, señalábamos, quieren ser justamente tratadas por el sistema legal. Pues bien, en este sentido algunas de las consideraciones que hemos reflejado sobre las expectativas y necesidades de las víctimas son susceptibles de ser analizadas desde la perspectiva de las investigaciones realizadas sobre la Psicología Social de la Justicia.

Si no abundan en la literatura investigaciones sistemáticas sobre las relaciones víctima-policía, más escasas son aún las existentes sobre otras instancias del sistema. El estudio de SHAPLAND arroja alguna información al respecto. En contraposición a lo acaecido con la policía, a medida que avanzaba el proceso las víctimas se formaban una impresión más favorable de jueces y magistrados. Esto es así porque muy posible-

mente estas instancias respondían a sus expectativas. Desde la óptica de las víctimas los jueces no tienen ninguna obligación de proporcionar un servicio o asistencia personal, *si bien esperan ser tratados por ellos de un modo justo*. Aun con esta visión más favorable, los retrasos y sobre todo la falta de información sobre los procedimientos y resultados ocasionaron insatisfacción entre las personas que habían decidido acudir a los tribunales.

En conclusión, en el ámbito legal, la neutralidad de las autoridades y el reconocimiento del status de la persona que acude a ellas, comunicado fundamentalmente a través de la calidad del trato interpersonal, son elementos fundamentales. Si dar a las personas implicadas explicaciones claras y adecuadas sobre los procesos y las razones que condujeron a un resultado o a una decisión determinada y que los encargados de aplicar los procedimientos traten a los sujetos afectados con dignidad y respeto son factores que deben ser tenidos en cuenta con cualquier delito y víctima; en los casos en que la víctima sea una persona menor de edad, se debe acentuar tal exigencia.

Sentado lo anterior, entiendo que es difícil en la actual configuración de la Ertzaintza exigirle todos los requerimientos expuestos. Unos dependen del talante personal de los agentes; otros de la propia organización; otros, en fin, de la dificultad de asumir que la policía tenga esa función de atención de la víctima.

Ello no obstante, si como luego indicaremos, desde nuestra perspectiva, la fase policial debe reducirse a su mínima expresión, judicializándose el asunto desde el primer momento, este tratamiento personalizado de la víctima debe ser realizado por el Servicio de Asistencia a la Víctima, ubicado en los Palacios de Justicia de Bilbao, Vitoria y San Sebastián, pero que da cobertura a todos los Partidos Judiciales de esta Comunidad Autónoma, que depende del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, trabajando en estrecha colaboración con los Juzgados, que cumplirá todas las exigencias que las víctimas, según los estudios reflejados, piden a la Policía.

En este sentido, yo he propuesto a la Ertzaintza que uno de los modelos informáticos del programa de elaboración de los atestados consista precisamente en la información a la víctima de la existencia de este Servicio (al igual que se le hace el ofrecimiento de acciones). De hecho en su momento remití una copia de lo que podía ser ese modelo que también utiliza la Policía municipal de Vitoria-Gasteiz. En Álava ya en el año 1998 la Ertzaintza derivó a este servicio 52 víctimas directas y 6 indirectas.

III. EL NIÑO COMO VÍCTIMA Y TESTIGO

El testimonio del niño es imprescindible en la investigación de los delitos en los que ha sido sujeto pasivo, pero al mismo tiempo la participación del menor en el proceso policial-judicial supone un riesgo de victimización secundaria importante.

La práctica diaria indica que la mayoría de las veces la primera exploración del niño es realizada en la policía. La dificultad reside en que esta primera declaración del niño tendrá que ser ratificada en presencia del juez de instrucción y posteriormente en el juicio oral.

En el juzgado de instrucción se pueden producir sucesivas exploraciones judiciales del menor y su participación en careos y reconocimientos, así como en evaluaciones por médicos y psicólogos forenses del juzgado o aportados por las partes.

Cuando llega el juicio oral ya ha pasado mucho tiempo desde los hechos, el niño ya ha realizado un proceso de recuperación o ha quedado con secuelas permanentes. La situación del juicio supone un elevado nivel de estrés para el niño, puesto que ha de recordar hechos dolorosos y que pueden implicar a personas con las que está vinculado emocionalmente; tiene que presenciar al agresor o sabe de su presencia en la sala; el contexto (sala, vestuario y roles profesionales) no está pensado para acoger a niños que se sienten solos en un ambiente desconocido e impresionante y ha de responder a preguntas y en un lenguaje que frecuentemente no entiende.

En un estudio realizado por el profesor HERNÁNDEZ SÁNCHEZ sobre la población de delitos sexuales sentenciados en 1995 en la ciudad de Barcelona, habiendo detectado 103 menores como testigos víctimas de abusos sexuales, se puede constatar apoyando los datos antes expuestos, que la mayoría de los niños testifican tres veces (policía, juzgado y juicio), y un 9% de niños 4, 5 y hasta 6 veces. Además un 25% de los niños han sido reconocidos pericialmente. Al juicio oral son llamados el 96% de los niños y sólo en un 10% de los casos se solicitan medidas de protección (renuncia a la declaración del niño; audiencia a puerta cerrada; separación visual del testigo).

A esto se ha de añadir la dimensión temporal. Según tal estudio el tiempo que transcurre entre el delito y la celebración del juicio oral es de promedio de 2 años y cuatro meses.

Estos datos serían esencialmente trasladables a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Ello no obstante, en lo que se refiere al número de declaraciones, existe una mayor concienciación de la victimización secundaria del menor, y por eso se tiende a adoptar medidas para evitarla.

En lo que se refiere a la dimensión temporal creo igualmente, aunque no existen datos exactos, que por la situación de los Juzgados de Instrucción y de lo Penal y las Audiencias y porque en alguna ocasión el imputado está en situación de prisión provisional, se puede considerar sensiblemente inferior, y, por ello, alrededor de un año y medio sería el periodo de duración del proceso desde la interposición de la denuncia hasta la celebración del juicio.

En otros países se han planteado diversas medidas para reducir la victimización secundaria de los niños, así:

En relación con el niño y sus familiares: la atención pluridisciplinar y acompañamiento profesional del menor; la información al niño sobre los procedimientos y lo que se espera de él; el asesoramiento y apoyo a los padres sobre los efectos del delito y de la participación en el proceso judicial.

En la Comunidad Autónoma, todas estas funciones pueden ser colmadas por los Servicios de Asistencia a la Víctima.

En relación con los procedimientos, se plantean las siguientes medidas: Se han de reducir los plazos de los procesos judiciales; se ha de hacer una sola exploración médica, donde participe el médico asistencial y el forense; no se han de repetir las declaraciones del niño; la declaración del niño es recomendable que se haga en presencia del juez, con la ayuda de un profesional especializado, en una sala adecuada, se registre en vídeo y haya un espejo unidireccional o monitores de TV en una sala separada para que las partes puedan presenciar la declaración y aportar sus preguntas a través del

juez o el experto; evitar careos o reconstrucción de los hechos; admisión por parte de los tribunales de periciales por expertos en testimonio infantil; evitar siempre que sea posible la declaración del menor en el juicio oral y si se ha de producir que el niño declare por un circuito cerrado de TV; modificación del lenguaje judicial, utilizando una terminología adecuada al nivel del desarrollo del niño; juicios a puerta cerrada; modificar el entorno físico de la sala para que sea más adecuado para la declaración de los menores (utilización de salas especiales).

Algunas de estas medidas ya se están utilizando en la Administración de Justicia en esta Comunidad. Así, por ejemplo, en Álava se ha utilizado el espejo unidireccional para la declaración; se ha prestado declaración con la ayuda de un experto; es habitual la pericial de un experto en testimonio infantil; se ha evitado la declaración del menor en el juicio oral y, en ocasiones, se han utilizado mamparas u otros sistemas, que impidan el contacto visual entre agresor y víctima.

Bien es cierto, que aunque existen medios técnicos en la Administración de Justicia para llevar a cabo muchas de estas medidas, incluso ahora ya se ha legalizado la posibilidad de realizar algunas de ellas, como se ha analizado ya en estas Jornadas, depende en muchos casos de la sensibilidad del Juez y de otros operadores para que realmente se utilicen.

IV. MEDIDAS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

En este apartado vamos a tratar de examinar distintas cuestiones que se pueden suscitarse en esta fase y que pueden ayudar a mejorar el tratamiento que les ofrece la Ley. Comenzaremos con el análisis de las medidas cautelares, distinguiendo entre las que pueden adoptarse con la víctima menor de edad y a las que se puede someter al sujeto activo.

IV.1. Medidas cautelares

Ciertamente éstas deben ir encaminadas a proteger a las víctimas y evitar la reiteración en comportamientos delictivos contra el menor. En este sentido, en este tipo de actos contra los menores pueden adoptarse medidas dirigidas contra los infractores y medidas de protección de las víctimas.

IV.1.1. Medidas sobre el posible autor

Han sido objeto de análisis ya en estas Jornadas y por eso sólo las citaremos someramente.

Hasta la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo se prevenían medidas cautelares como la prisión (arts. 503 y siguientes); la libertad bajo fianza (art. 529, 531, 785.8.h); la privación del carnet de conducir (art. 529 bis y 785.8.c); la obligación de comparecer (art. 530); la intervención del vehículo (art. 785.8.c) y la pensión provisional (art. 785.8.d), y no parecen contemplarse medidas que tengan una verdadera eficacia contra los supuestos que venimos examinando, particularmente una medida de prohibición de acercamiento del infractor al domicilio de los menores o a su centro escolar o demás lugares que frecuente el menor o bien incluso la exigencia de que el agresor salga del domicilio familiar, cuando así lo aconsejen las circunstancias.

En un reciente estudio sobre las medidas cautelares en el proceso penal, anterior a dicha reforma, en relación con los delitos cometidos en el seno de la familia, TIRADO ESTRADA⁷, señalaba que aquel precepto no contenía mayores concreciones, e indicaba que, ante la dificultad de adopción de medidas cautelares innominadas en el procedimiento penal por mor del principio de legalidad, tras analizar someramente el actual marco de aplicación de la prisión provisional y la libertad provisional, con o sin fianza, el “único instrumento cautelar que guardaría a las víctimas de nuevas agresiones sería la prisión provisional del agresor”, pero como, “salvo en los casos (tipos) más graves, la naturaleza del hecho y aun las penas imponibles en muchas ocasiones difícilmente pueden justificar la adopción de una medida de tanta trascendencia...de acuerdo con la legislación vigente los operadores jurídicos carecen de un sistema de reacción adecuado...”⁸.

Nosotros, por el contrario, habíamos sostenido⁹ que, estando de acuerdo en que el sistema legal era notoriamente mejorable, y que la prisión provisional sólo puede ser utilizada, en razón de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los casos más graves, una interpretación sistemática del art. 13 de la Ley de Ritos penal, que no podemos vaciar de contenido, en relación con otros preceptos del Código Penal, especialmente el art. 57 del Código Penal, pero sin olvidar otra normas de este Cuerpo legal¹⁰, nos habrían de permitir entender, como ya ha ocurrido en ciertos casos, que es posible adoptar medidas como las anteriormente expuestas, aunque no se hallen expresamente contempladas.

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio (BOE y entrada en vigor el día 10 de junio), de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha venido sustancialmente a suplir las deficiencias que presentaba la legislación anterior¹¹.

Como indica la Exposición de Motivos, se pretende con esta Ley “lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas”.

Aunque parece que el legislador ha pensado en la mujer no existe ninguna duda ni dificultad para poder aplicar la norma, cuando la víctima sea un menor.

7. TIRADO ESTRADA, Jesús J., “Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1820, pp. 5-13.

8. *Op.cit.*, pp. 7 y 8.

9. TAPIA PARREÑO, José Jaime, “Medidas de Protección del Menor en la Fase de Instrucción y de Ejecución del Proceso Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1999, Consejo General del Poder Judicial, p. 110.

10. En este sentido son de mencionar el art. 34.1 que establece que no se reputarán penas “la detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal” y el art. 58 señala que “igualmente se abonarán en su totalidad, para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”, lo que da a entender que el propio Código Penal prevé otras medidas cautelares al margen de la detención y prisión preventiva.

11. Para un estudio exhaustivo de la materia vid. TIRADO ESTRADA, Jesús, “Violencia Familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley*, número 4888 (21 de setiembre de 1999).

El artículo 13 en su actual redacción establece:

“Se consideran como primeras diligencias...la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis de la presente Ley”.

Este artículo a su vez, tiene la siguiente redacción:

“En los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del Código Penal¹², el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y la actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.”

Es de destacar, además, en esta reforma el art. 109, párrafo último, que establece:

“...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.”

En relación con los menores específicamente, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introduce un aspecto altamente novedoso de carácter procesal que puede redundar en una considerable minoración de las consecuencias que sobre la propia víctima o sobre los testigos menores de edad puede tener el desarrollo del proceso. En este sentido, se introduce la cobertura legal necesaria para que no se produzca confrontación visual entre aquéllos y el procesado; la forma de llevarse a cabo podrá consistir en la utilización de medios audiovisuales. Además, la práctica de careos cuando los testigos sean menores de edad pasa a tener carácter excepcional.

Exactamente en el art. 448 de la L.E.Cr. se prevé que:

“Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y

12. Según este precepto son los siguientes: Delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpa-do, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la prác-tica de esta prueba.”

En el art. 455 de dicho Cuerpo legal se dice 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.”

Igualmente el art. 707 y el art. 713 del mismo Texto normativo, en lo que con-cierne al Juicio oral fijan semejantes preceptos que los artículos 448 y 455, que se refieren a la fase de instrucción.

No es éste el momento para desarrollar esta materia, pero sí podemos indicar que se han modificado una serie de artículos del Código Penal (33, 39, 48, 57, 83, 105, 153, 617 y 620). Esta modificación supone, entre otras innovaciones, la inclusión como pena accesoria de determinados delitos de la prohibición de aproximación a la víctima; la tipificación como delito de la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas (para apreciar dicha habitualidad se ha de atender al número de actos de violencia, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores) y hacer posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas, al mismo tiempo que se adecúa la imposición de la sanción penal a las posibles conse-cuencias sobre la propia víctima.

Igualmente se ha de tomar en consideración que la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, modificó el Título VIII del Libro II del Código Penal, con el fin de garanti-zar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e inca-paces, según su Exposición de Motivos.

A parte del art. 13 L.E.Cr., no es de desdeñar la aplicación de la Prisión provi-sional con o sin fianza, si se producen los presupuestos contemplados en los artículos 503 y 504 de la L.E.Cr. A este respecto se ha de tener en cuenta la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC de 26 de julio de 1995; 26 de junio de 1996; 10 de marzo de 1997 y 7 de abril de 1997) sobre esta medida cautelar, cuando afirma que esta medida puede tener como fundamento u objeto el riesgo de reiteración delictiva, muy grande en estos casos, como demuestra la experiencia diaria.

En conclusión, existe una amplia gama de recursos legales posibles y lo oportuno es su aplicación, sin recurrir a la excusa de las deficiencias legales para su no uso.

IV.1.2. Medidas sobre el menor

Así como hemos analizado en el anterior apartado fundamentalmente las cons-tricciones a que puede ser sometido el delincuente para evitar más perjuicios al menor, mientras se sustancia el proceso penal, como complemento de aquéllas cabe acudir a la consideración de respuestas provisionales, cuyo principal destinatario es el niño o la niña.

Resulta clave para su justificación desde un punto de vista legal el art. 158 del Código Civil¹³. Esta norma, cuyo origen más remoto se halla en la reforma de tal Cuerpo Legal llevada a cabo por Ley 11/1981, de 13 de mayo, ha sido retocada por la Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, introduciendo fundamentalmente un último párrafo muy importante en lo que se refiere al Juez de Instrucción.

La Exposición de Motivos se refiere a esta nueva redacción señalando que:

“... Se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos...”.

En principio parece que este precepto está pensando única y exclusivamente en el menor como objeto de las medidas, aunque una exégesis más generosa tampoco impediría entender que su sujeto paciente puede ser el agresor, de igual manera que las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo (apartado 1º) y “las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guardia” (apartado 2º), han de ser cumplidas por otras personas y, en ocasiones para “apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios”, la única medida eficaz sea el incidir contra elementos materiales o personales externos al niño.

Por otro lado, “esta cláusula genérica permite la adopción de importantes medidas cautelares, como la de ingresar al menor en un centro asistencial; ponerlo bajo el cuidado y custodia de determinadas personas; suspensión temporal del régimen de visitas; el control de estas visitas¹⁴ y cuantas fueren necesarias para evitarle traumas que le perjudiquen en su situación actual y en su proyección de futuro”¹⁵.

13. Este artículo establece en lo que aquí nos interesa que “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: ...3º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la reciente Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (BOE de 19 de Agosto de 1998), en su artículo 134, recoge una norma muy similar a la transcrita, pues determina que “La autoridad judicial, de oficio y en cualquier procedimiento, puede adoptar las medidas que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio a la persona de los hijos.

Se concede una legitimación para su solicitud muy similar a la del Código Civil, aunque se concreta algo más, al señalar que “Los hijos, el padre y la madre, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, los demás parientes de los hijos hasta el cuarto grado por consanguinidad y hasta el segundo por afinidad y, en todo caso, el Ministerio Fiscal están legitimados para solicitar la adopción de las medidas especificadas en el apartado 1”.

Como una concreción de las medidas que puede tomar la autoridad judicial, el art. 135.3 del citado Código de Familia señala que aquélla “puede suspender, modificar o denegar el derecho a tener las citadas relaciones personales (con el padre y la madre) incluso en cuanto al padre y la madre, si éstos incumplen sus deberes, y en todos los casos, si las relaciones pueden perjudicar al menor... o si concurriera otra justa causa”.

14. Ya hemos indicado que esta posibilidad de suspender, modificar o denegar el derecho de visitas se contempla expresamente en el art. 135. 3 del Código de Familia catalán.

15. MOLTABAN HUERTAS, María Inmaculada, “Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)”, en *Jueces para la Democracia*, Julio-1998, pp. 68 y 69.

Nos hallamos, pues, ante una norma que recoge medidas cautelares inominadas, con una amplitud de criterio, precisamente para poder cumplir los fines de protección del menor, según señala la doctrina unánimemente.

Aunque no corresponde al ámbito de este trabajo hacer un estudio exhaustivo sobre este precepto, no podemos dejar de hacer ciertas consideraciones en relación a este precepto, pensando fundamentalmente en su aplicación en el curso de unas Diligencias Previas o Sumario.

Principio elemental o trámite básico que se ha de respetar, antes de aplicar cualquier medida que afecte a su esfera de determinación, es oír al menor.

IV.1.2.1. El derecho del menor a ser oído

Con carácter general este derecho a ser oído ha sido consagrado en el art. 9 de la Ley Orgánica antes citada¹⁶, precepto que es conveniente recordar, dado que el Juez penal, en ocasiones, puede pensar que esta Ley sólo tiene un alcance en la jurisdicción civil y ciertamente no siempre se cumple.

Frente a esta errónea visión, la dicción de tal norma es clara en el sentido de que ese derecho le corresponde en “cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”.

Además “en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad”; norma que invita a una reflexión de conciencia sobre las condiciones en que a veces los menores son tratados por la Administración de Justicia y a las que hemos hecho referencia anteriormente y que es aludida por el Ministerio Fiscal.

“El menor puede ejercitar ese derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio” (art. 9.2)

Entendemos que el derecho podrá ser incluso plasmado en un escrito o alegaciones, cuando lo considere oportuno, aunque no esté personado en la causa formalmente.

Por otro lado, la Ley –estimamos– le otorga una especie de legitimación amplia para que cualquier decisión en un sentido o en otro que se tome a lo largo del procedimiento lo sea previa consideración de su opinión.

El propio art. 158 del Código Civil analizado refuerza esta tesis que se puede derivar de la propia dicción del art. 9 de aquella Ley, pues establece que el Juez puede tomar decisiones a instancia del propio hijo; expresión que se ha de interpretar como niño, pues, en algunas ocasiones, las medidas para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios se pueden producir respecto de una persona que no tenga padres y esté siendo cuidado o sometido a tutela por otra persona.

16. Para un análisis relativamente reciente de esta Ley y específicamente del derecho a ser oído se puede examinar GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley*, número de 8 de febrero de 1996, pp. 1-4.

Esta legitimación, creemos, le faculta a él o a la persona que designe para recurrir las decisiones del instructor que puedan ser contrarias a sus intereses, sin necesidad de contar con la firma de Letrado, pues la Ley de Protección jurídica del menor no condiciona su legitimación a su personación.

Incluso si así lo solicita, podría nombrársele un abogado de oficio, conforme al art. 119 y 788.4º de la L.E.Cr.¹⁷. Es más, estimamos que el propio Juzgador debería en ciertos casos nombrarle un abogado, para salvaguardar el derecho de defensa y no causarle indefensión, proscrita por el art. 24 de la Constitución.

En este sentido, podemos pensar el caso, ni mucho menos de laboratorio, en el que el Juez adopta una medida respecto de un menor, supongamos, incluso, tras haberle oído, en la que se le remite a un centro de acogida, y el menor sostiene que estaría mejor en compañía de otro familiar o con otra persona, no estando de acuerdo con una resolución que claramente afecta a su esfera personal.

Este precepto opta decididamente por una audiencia directa del menor o por la persona que ésta represente, no sólo porque indica con carácter imperativo (se garantizará, dice textualmente) que actúe por sí mismo, sino también porque la denegación de la audiencia directa del menor, si así lo ha solicitado, ha de ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

Creemos, obviamente, en línea con lo mantenido anteriormente que esta decisión podrá ser recurrida.

Se ha de tener en cuenta para reforzar esta tesis de que el Juez ha de oír sin intermediarios al menor, que la Exposición de Motivos de la Ley indica que:

“Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño... El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia (el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos), introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así el concepto (sic) “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan...Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva...El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades...”

Esto se plasma en el art. 2 de la Ley Orgánica ya citada cuando establece que “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

Aunque es difícil ofrecer una edad para ejercitar directamente ese derecho, que el precepto liga a la condición de que se tenga suficiente juicio, creemos que los 12 años

17. El primero de los preceptos establece que “Los perjudicados por el hecho punible o sus herederos que fueren parte en el juicio... tendrán derecho a que se les nombre de oficio Abogado y Procurador para su representación y defensa” y el segundo que “Los perjudicados por el hecho punible o sus herederos, que fueren parte en el juicio, disfrutarán del derecho de asistencia jurídica gratuita...”.

pueden determinar, en línea de principio, el límite que permita desenvolver tal derecho directamente, puesto que si contemplamos el ordenamiento jurídico comprobamos que esa edad es decisiva para ciertos aspectos de la vida del niño¹⁸.

Así, por ejemplo, el art. 177 del Código Civil hace necesario su consentimiento para ser adoptado o el art. 9 de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que fija en tal edad la responsabilidad por los delitos o faltas previstos en el Código Penal o en otras Leyes Penales, con la imposibilidad de poder imponer una medida de las previstas en el art. 17.

Para los menores de esta edad, que, aunque significativa, puede ser orientativa, pues niños de 11 años o incluso de 10 pueden tener un desarrollo cognoscitivo y volitivo muy alto, y, por el contrario mayores de 12 años pueden ser incapaces, y en general, cuando no sea posible la audiencia directa, lo que se ha de interpretar restrictivamente, según hemos visto, o no sea conveniente para el interés del menor “podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente”.

Si tenemos en cuenta que, según un estudio publicado por la Revista “Save the children” (Salvemos o salvad a los niños)¹⁹, un cincuenta por ciento de los abusos sexuales a menores son cometidos dentro de la familia o por conocidos de la víctima (lo que sin duda aumenta en los delitos de lesiones), un porcentaje inferior al que se registra en las sociedades anglosajonas, y además no es infrecuente que “las madres reaccionen ocultando los hechos, sobre todo si el agresor es un familiar”, va a ser muy habitual que sus representantes legales sean parte interesada o tengan intereses contrapuestos a los del menor.

Si descartamos a esos padres, nos encontramos que puede ejercitar ese derecho mediante otras personas que puedan transmitirla con objetividad, por tener alguna relación de confianza con el menor.

La Ley está pensando, sin duda, en profesionales de la Medicina, de la Psicología o del Trabajo social o incluso, en un sentido amplio en educadores, que, en ocasiones son los que, además, por distintas razones o circunstancias, van a ser los detectores de los delitos sufridos por el menor, pues éste relata sus vivencias o problemas a personas que le han podido ofrecer confianza y, tal vez, un poco de amor.

Esta afirmación del párrafo anterior nos pone en relación la decisión del Juez de Instrucción, en relación con el menor, con el necesario asesoramiento que, en la medida de lo posible previamente, debe recibir el Juzgador.

Creemos que suele ser habitual que cuando acaece un delito con un menor no suele ser oído, y además, el Juez no dispone de la información precisa para dictar una

18. Por el contrario el art. 134.3 del Código de Familia Catalán, al que antes hemos aludido, sí impone a la autoridad judicial que antes de dictar cualquiera de las resoluciones determinadas por la Ley, y concretamente las previstas en ese artículo debe oír al hijo o hija de doce años o más y al de menos si tiene suficiente juicio.

19. “Save the children”, junio 1998, pp. 14-17.

resolución, dentro de las competencias del art. 158 del Código Civil, que satisfaga el interés del menor²⁰, que reiteramos no siempre consiste en meter al menor en un centro de acogida para menores.

De hecho, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, en sentido lato, es uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos (también lo es el Poder Judicial), según el art. 11 de la meritada Ley Orgánica.

La integración familiar y social de los menores, garantizando la permanencia en su entorno familiar y social, salvo que no resulte conveniente para sus intereses está previsto en todas las normativas de menores²¹. Más detalladamente la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor antes citada, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece esta misma exigencia²².

IV.1.2.2. El asesoramiento del juzgador

Es preciso resaltar que en un proceso penal se pueden tomar, en relación con el menor, importantes medidas cautelares, como las que hemos visto, que afectan sensiblemente a aspectos esenciales de su vida.

Por la gran trascendencia para el beneficio del menor que tienen estas medidas, sugerimos que, antes de ser adoptada cualquier medida por el Juzgador de Instrucción, éste tenga un informe que ofrezca información sobre la situación del menor en su aspecto familiar, social, educativo.

Siempre se podrá argumentar la carencia de medios personales al servicio de los Juzgados, pero frente a esta razón también se podrá esgrimir que el pueblo más recóndito de la geografía española contará con un trabajador social que estará dispuesto a colaborar (sin obviar su obligación constitucional, ex. art. 118 C.), y que los servicios de protección del menor de las respectivas Comunidades Autónomas pueden ofrecer mucha luz al Juzgador sobre qué es lo mejor para el menor.

Además los Juzgados de Familia y de Menores, los servicios de asistencia al detenido o a la víctima, que ya existen en varias partes del territorio nacional cuentan con profesionales imparciales, al servicio de la Administración de Justicia, que podrán colaborar en el fin último perseguido.

20. La Ley Orgánica 1/1996 señala en este sentido que “*En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...*”.

21. Así lo prevé el art. 4.2.e) de la Ley de las Islas Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores.

22. Concretamente establece que se ha de procurar la permanencia del menor en su propio entorno familiar; y que cuando las circunstancias del menor aconsejen su salida del grupo familiar propio, se actuará de forma prioritaria a través de medidas de alternativa familiar, y sólo cuando no es posible la permanencia del menor en su familia o en otra alternativa, es procedente su acogida en un centro de protección, con carácter provisional y por el periodo más breve posible.

Estas normas nos dan a entender cuáles pueden ser los criterios que deben guiar la labor judicial, a la hora de resolver dónde ha de estar el menor.

En definitiva, se quiere recalcar la idea de que las importantes decisiones que se toman a veces en el curso de un procedimiento penal deben estar precedidas de una consideración sensible del caso en cuestión, que en la mayoría de los casos podrá ser informado por un experto con carácter previo, y si ello no es así, por la urgencia del caso, que, después de ese informe, se modifique la situación del menor, si fuera menester y se estima conveniente, salvo que ya haya tomado cartas en el asunto el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de Familia, allí donde procediera, que es la propuesta que, en la medida de lo posible recomendamos²³.

IV.1.2.3. Sobre la coordinación con los juzgados de primera instancia o familia

Sin llegar a solicitar la creación de un Juzgado de Familia de Guardia, como acaba de solicitar la Sección Territorial de Cataluña de la Asociación Jueces para la Democracia²⁴, medida que sería no cabe duda la mejor para los supuestos que analizamos, en los que se afecta a la esfera del menor, que sólo sería posible en los Partidos Judiciales donde existan Juzgados de Familia, y más concretamente si existen varios, nos pronunciamos a favor de una aplicación de medidas protectoras sobre el menor por el Juez de Instrucción, con un claro carácter restrictivo.

Otra solución sería que, al igual que se ha propugnado por el ex-Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, José Augusto de Vega Ruiz, la creación de Juzgados (o Jueces) especiales para tratar los malos tratos²⁵, lo que ya va a ocurrir en algunos lugares como Elche, Orihuela o Alicante, se atribuyera la competencia de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra menores a algunos órganos judiciales, lo que posibilitaría una mayor sensibilización y mejor tratamiento de estos casos, máxime si a estos órganos se adscriben trabajadores sociales, educadores o psicólogos que atiendan al niño e informen al Juzgador sobre lo más conveniente y beneficioso para él²⁶.

23. Puede ocurrir en los lugares donde no esté separada la jurisdicción civil y penal que un mismo Juzgado sea el encargado de la instrucción del hecho punible y que tenga que adoptar decisiones en el campo civil, en un proceso de separación o divorcio o en otro de protección en sentido amplio.

Nosotros nos centraremos especialmente en aquellos Partidos Judiciales donde está separada la Jurisdicción e incluso eventualmente tienen un Juzgado de Familia.

24. *Boletín Informativo Jueces para la Democracia*, nº 21 de mayo de 1998, p. 14.

25. Conocimiento que hemos extraído de *Diario 16*, Viernes 25 de setiembre de 1998. Concretamente expuso que se debe tender "hacia la creación de jueces especiales para tratar los casos de malos tratos, al igual que ya existen para la infancia".

Esta postura había sido ya planteada previamente por el propio Consejo General del Poder Judicial en un informe, aprobado en su sesión de 19 de junio de este año, sobre las reformas legales oportunas para evitar la producción de malos tratos en el ámbito familiar. Aquí se destaca la necesidad de que determinados Juzgados se especialicen en el conocimiento de estos asuntos "a través de su distribución y concentración en los mismos por la vía de reparto, al menos en aquellas ciudades en las que resulte constatable un mayor número de asuntos de esta clase".

26. Aunque como hemos indicado, el Magistrado señalado sostiene que ya existen jueces especiales para la infancia, lo cierto es que esto no es así, salvo en lo que se refiere a la protección de menores, ya que hoy en día el caso del menor objeto del delito puede ser enjuiciado por un Juez de lo Penal, por la Audiencia Provincial e incluso por el Juzgado de Menores, según la gravedad del delito (art. 14 de la L.E.Cr.) y que el infractor tenga menos o más de 16 años.

Ahora bien, ni el órgano de instrucción ni el proceso penal están pensados originariamente para abordar los problemas o carencias del niño, lo que resulta obvio. Y si bien la Ley otorga al Juez de Instrucción competencias sobre el infante víctima de un delito, no nos cabe duda de que la especialización de los Juzgados de Primera Instancia, y particularmente los Juzgados de Familia en los asuntos en los que está implicado el menor, permite que tengamos más garantías de éxito en su tratamiento que si el órgano encargado es un Juzgado del orden jurisdiccional penal.

Además de la especialización en cuestiones relativas a los niños por parte de los distintos operadores jurídicos que trabajan en los Juzgados de Familia (Juez, Secretario, funcionarios, Fiscal), normalmente éstos cuentan con unos Equipos Técnicos, con distintos profesionales, que pueden aconsejar al Juez sobre cuál es el interés superior del menor²⁷.

La forma de articular esa relación podría ser la siguiente: el Juez de Instrucción, desde el momento que comenzara la tramitación del expediente penal, pondría los hechos en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia o Familia, que, al amparo del art. 158, que permite de oficio adoptar medidas previstas en el art. 158 del Código Civil, podría acordar las que estimara procedentes previas las audiencias y asesoramientos correspondientes a que hemos hecho referencia anteriormente, a través del cauce procedimental de la Jurisdicción voluntaria, según prevé tal norma.

Para coordinar esta relación, sería conveniente que Jueces de Instrucción y Familia o Primera Instancia se juntaran y establecieran los medios o vías más convenientes para facilitar la integración de los problemas que surjan.

Aun en el supuesto de que, por razón de urgencia, el Juez de Instrucción resolviera sobre la situación del menor en el proceso penal, no habría obstáculo para que remitiera a los particulares correspondientes a aquellos órganos del orden civil, pudiendo éstos modificar aquella situación, a la vista de la consideración de otras circunstancias, reflejadas en los informes oportunos.

Los argumentos que abonarían esta tesis serían los siguientes: En primer término, la propia literalidad del último párrafo del art. 158, al decir que “todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso”. En segundo lugar, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 en el que se determina “que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, y dicho interés puede ser cambiante, por lo que, precisamente como tercera razón, se puede añadir que el propio legislador es consciente de que lo que se puede considerar hoy válido mañana puede no serlo y de ahí la consagración de un principio de agilidad e inmediatez en los procesos “para evitar perjuicios que se puedan derivar de la rigidez de los procesos”, como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica mentada.

Sin embargo, el argumento definitivo vendría establecido por la propia competencia de los Juzgados civiles sobre la protección de menores, desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

27. Éste es el principio básico en materia de menores como explicita el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Se podría involucrar además al Ministerio Fiscal en esta colaboración institucional, dado que el art. 158 le legitima para la solicitud de estas medidas innominadas y le otorga un relevante papel en la protección de los menores, hasta el punto que podría ser el catalizador de la petición al Juzgado de Primera Instancia, teniendo en cuenta que es parte en los dos procesos, penal y civil, de modo que él sea el que inste del Juzgado las medidas correspondientes.

Existe, en fin, en esta conveniencia-necesidad de coordinación otra posibilidad en dirección contraria a la descrita y sería que el Juez Civil, bien directamente o por los datos que le hubieran podido proporcionar los peritos judiciales o no, en el transcurso de un pleito matrimonial o de otra índole, fuera capaz de detectar los malos tratos al niño o niña, y, aparte de adoptar las medidas oportunas en orden a la protección del menor, dedujera testimonio de particulares de manera inmediata de cuanto debiera ser del conocimiento del Juez de Instrucción, por existencia de indicios fundados de delito.

IV.2. Protección de testigos menores

No cabe duda que el menor víctima de delitos puede ser un testigo fundamental en el procedimiento penal y que tal posición prevalente le puede ocasionar un peligro que ha de ser considerado o tutelado por las autoridades judiciales.

La Ley Orgánica 19/1994 vino a ofrecer medidas de protección a aquellas personas que pueden sufrir perjuicios por el cumplimiento del “deber constitucional de colaboración con la Justicia”, y entre éstas, reiteramos, pueden estar los menores, a los cuales esta Ley les proporciona mecanismos de protección en la fase de instrucción.

Normalmente se tiende a pensar que la aplicación de estas normas viene motivada por la delincuencia organizada (Piénsese a modo de ejemplo en el menor que ha sido prostituido por una organización criminal dedicada a tal fin), pero, frente a esta concepción, se ha de tener en cuenta que la Ley sólo exige que “*la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella... sus descendientes o hermanos*” (art. 1.2 de la Ley).

Este peligro grave a que alude la Ley, entendemos que, en el caso de los menores objeto de un delito, ha de ser valorado a la vista de las especiales circunstancias que concurren en el menor, de modo que ese riesgo serio mencionado pueda ser considerado incluso en supuestos en que el menor lo sienta así.

Es decir, el riesgo se ha de observar, estimamos, desde la perspectiva subjetiva del menor, y no tanto desde una visión objetiva de un adulto. El precepto en cuestión se refiere a un peligro grave para la persona, que puede ser de tipo psicológico o moral, y no estrictamente físico.

En este sentido, si hubiese querido tal disposición proteger tan sólo la vida del testigo, creemos que lo habría señalado así, y sin embargo solamente indica que ha de existir un riesgo para la persona. El hecho de que esté tipificado como delito la lesión que menoscaba la salud mental (art. 147 C.P.) abonaría esta postura.

Si como advierte la Exposición de motivos, la Ley pretende evitar los retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos, con los niños, especialmente vulnerables, se ha de considerar que dichos retraimientos e inhibiciones son mayores, por su mayor sugestibilidad y visión de los acontecimientos de otra manera que el adulto.

“El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro...previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”, señala la Exposición de Motivos de aquel Texto normativo. Uno de esos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos es, sin duda, la infancia (art. 39.4 C.E)²⁸.

En razón de ello, creemos que una sensibilidad especial del Juez hacia el menor hará que se adopten todas o algunas de las medidas contempladas en el art. 2 de la L.0.19/1994, complementadas con las del art. 3 de dicho Cuerpo legal²⁹, porque, sin duda, redundan en beneficio del menor, evitando su victimización secundaria, que no es, en definitiva, sino un perjuicio o daño moral que le puede causar el sistema administrativo judicial.

IV.3. Sobre la coordinación entre las distintas instituciones públicas

Hace no mucho he defendido la idea de que se debería realizar en relación con los malos tratos que sufren las mujeres un protocolo de actuación, que permita coordinar la actividad de distintos entes que pueden actuar en estos casos³⁰. La Memoria anual de la Fiscalía General del Estado se hace eco de la necesidad de coordinación entre instituciones en estos casos³¹. También en el ámbito de las agresiones sexuales se ha señalado la conveniencia de tal actuación coordinada³². En el País Vasco existe

28. *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Especialmente se ha de considerar la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York de 20 de noviembre, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 y publicado en el BOE el 31 de diciembre de 1990. De entre los distintos preceptos de esta Convención que protegen al niño podemos destacar el art. 19 en donde se establece que *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas... apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental...”*.

29. Pensemos lo positivo que puede ser para un niño que no consten en las diligencias ciertos datos (por ej. su nueva residencia o centro de acogida); que comparezca utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual; que se fije como domicilio la sede del órgano judicial, el cual puede hacer que lleguen reservadamente al niño o a sus representantes las citaciones o notificaciones. En fin, la evitación de fotografías o que se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, se relaciona con el derecho a la intimidad y a la propia imagen que le garantiza el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996.

30. TAPIA PARREÑO, José Jaime, *“Sobre los malos tratos que sufren las mujeres y la Administración de Justicia”*, *Boletín Informativo Jueces para la Democracia*, número 21 de mayo de 1998, pp. 12-13.

31. Así en la misma se recogen posturas como la de la Fiscalía de Lugo (pág. 329) que aboga por *“una actuación coordinada de diversas autoridades policiales, asistenciales y judiciales, coordinación en la que el Ministerio Fiscal está llamado a cumplir una función de especial importancia...”*. Igualmente se hace referencia a la Fiscalía de Gerona que *“incluye en su Memoria el borrador de Propuesta de colaboración entre los organismos implicados, elaborado por el Servicio de Atención a las Víctimas de Delitos. En él se recalca la necesidad de coordinar la actuación de los órganos de la Administración de Justicia, Sanidad, Bienestar Social y Policía Judicial y se detallan las medidas judiciales que puede instar el Ministerio Fiscal en los casos de malos tratos a mujeres...”*.

En relación con esta Provincia se puede mencionar que finalmente esta Propuesta fructificó en un Protocolo de Actuación en los casos de violencia doméstica en Mayo de este año.

32. MOLTABAN HUERTAS, María Inmaculada, *op. cit.*, pág.67, que indica que *“Si la urgencia o premura de la actuación recolectada de las pruebas no necesita más comentario; sí lo exige y de forma relevante la necesidad de coordinar los distintos sujetos o instituciones que confluyen en ese momento inicial: piénsese*

tal coordinación en estos delitos, en un plan que fue impulsado por el Instituto Vasco de la Mujer (*Emakunde*). Desde mi perspectiva no cabe ninguna duda de que este protocolo se debe aplicar a los supuestos de niñas que sean objeto de agresiones sexuales.

Creo que es posible y necesaria también esa actuación en los supuestos de delitos de lesiones o contra la libertad sexual de los menores, al menos en los casos más graves, de modo que cada organismo involucrado en esta lacra social ha de saber, en estos supuestos, lo que hacer, todo ello con el fin de que los niños sufran lo mínimo posible y que el procedimiento judicial sea, desde todos los puntos de vista, lo más liviano que se pueda. En esta labor coordinada han de participar distintas instituciones públicas.

De hecho en Cataluña se ha confeccionado un protocolo básico de actuaciones para supuestos de abusos sexuales y otros malos tratos a menores, en el que se recogen como principios rectores de actuación: el interés del menor, los derechos de la víctima del delito, el criterio de mínima intervención y los criterios de prueba judicial.

Esbozando lo que podría ser este protocolo, podríamos pensar que desde el primer momento que se tiene conocimiento de la existencia de un hecho criminal contra un niño (normalmente la Policía, pero también un centro médico o los Servicios sociales), tal ilícito se debería poner en conocimiento del Juzgado de Instrucción, en funciones de Guardia, que debería asumir la decisión sobre las distintas cuestiones relativas al menor, algunas de las cuales hemos citado (medidas cautelares en relación al menor y al sujeto activo), evitando al mismo tiempo distintas declaraciones del menor.

Sería preciso relacionar a los distintos centros médicos, especialmente a los servicios de pediatría de éstos, con la clínica médico forense, de forma que el forense se pueda personar en el Hospital y examine el cuerpo del niño conjuntamente con los doctores que le asisten, impidiendo los dobles exámenes y elaborando el correspondiente informe que podrá ser utilizado a lo largo del procedimiento³³.

...
en el Centro Sanitario; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; Asistencia Social y Juzgado. Es muy delicada la imbricación de todos ellos –a la manera de eslabones en la cadena– y la defectuosa actuación de cualquiera de ellos se va transmitiendo y puede incidir en el fracaso de la investigación o en el agravamiento de la condición de la víctima. Por ello se echa en falta una articulación efectiva de las instituciones reseñadas y una específica preparación de las personas que actúan por aquéllas. Lo primero sería viable a través de protocolos de actuación coordinados entre las instituciones intervinientes tras la comisión del hecho delictivo; de suerte que cada una (centro hospitalario, centro analítico, policía, juzgado) sepa el momento en que ha de iniciar y finalizar su actuación, evitando demoras e innecesarios peregrinajes a la víctima”.

La autora hace referencia a intentos de coordinación en este sentido, como el Plan de Coordinación Institucional en materia de agresiones sexuales de 1991, en Barcelona.

33. En la Memoria de la Fiscalía General (pág. 326) se relata cómo esta dinámica ya se ha puesto en funcionamiento en Tarragona, de alguna manera, en cuanto la Fiscalía ha recomendado que “a la más mínima sospecha deben conectar con el médico forense de guardia con objeto de que pueda acudir a los Servicios Hospitalarios para percibir estos vestigios y poder contar posteriormente con su informe en el juicio oral”. Siempre será conveniente poner de acuerdo a ambos profesionales para ver cuál es la mejor manera de llevar a cabo su labor de forma más concorde, conjugando los distintos intereses u objetivos que cada uno tiene.

Contar con los Servicios Sociales del Ayuntamiento, Diputación o Comunidad Autónoma sería adecuado, pues han de colaborar en muchos casos con el Juez y el Fiscal, detectando los hechos delictivos y proporcionándoles información valiosa sobre las circunstancias del niño, para actuar en su beneficio. Además, pueden disponer de centros asistenciales de distinto tipo para cuidar eventualmente del menor. Lo ideal sería promover desde las propias instancias judiciales servicios que pudieran estar disponibles las 24 horas del día.

Si los órganos judiciales cuentan, como ya ocurre en muchos lugares de España, con unos profesionales de las ciencias humanas en los Servicios de orientación al Detenido o de Asistencia a la Víctima, éstos pueden servir de enlace precisamente entre los órganos judiciales y/o la Fiscalía y aquellas Instituciones que han de velar por el menor y protegerle.

El Servicio de Asistencia a la Víctima puede, además, en esos primeros momentos atender al menor y sus familiares y tal vez derivarlos más tarde hacia recursos que en ciertos lugares ya existen en la Comunidad y que se financian con dinero público (tratamientos psicológicos para niños por ej.).

Ese Servicio o el del Detenido o aquellos Servicios Sociales pueden, a su vez, proporcionar una gran información sobre las circunstancias sociales, educativas o familiares del niño y/o del agresor que permitan tomar decisiones en un sentido o en otro.

La Policía también debe conocer estos servicios, pues puede ser preciso en ocasiones que ellos mismos lleven al niño al centro adecuado, y como hemos señalado debe realizar sólo aquella actividad imprescindible en relación con el hecho punible, comunicando inmediatamente al órgano de guardia el luctuoso suceso, sin perjuicio de que *ad cautelam* pueda tomar las decisiones oportunas en orden a la recogida de elementos de prueba y para la protección del menor.

En definitiva, sin perjuicio de otras medidas que podemos consensuar, y otras decisiones que se pueden tomar por el propio Juzgado de Instrucción, en estrecha relación con el Fiscal, cuyo papel se ha de reivindicar³⁴, es muy importante que una serie de instituciones que, en ese primer momento y posteriormente en el proceso van a intervenir, “pacten”, salvando obviamente las competencias de cada uno, un modo de actuar en estos casos, tratando de ocasionar los menores perjuicios a un menor que bastante ha sufrido con el hecho criminal.

Aunque no esté formalizado este protocolo, salvo lo señalado sobre las niñas víctimas de agresiones sexuales, creo que es posible, y así lo sugiero, que la Ertzaintza, en supuestos de delitos contra menores, al menos, en los más graves, inmediatamente ponga en conocimiento del Juez de Guardia los hechos delictivos, y se sigan las pautas arriba marcadas (fundamentalmente, declaración única en la fase policial-judicial; análisis médico conjunto entre pediatra y forense y derivación hacia el Servicio de Asistencia a la Víctima, para coordinar todo el problema asistencial).

34. Puede ayudar tal vez en tal sentido la Circular 1/98 de la Fiscalía General en la que ordena que se encomiende a un Fiscal en cada provincia el seguimiento de los casos de malos tratos familiares, algunos de los cuales pueden ser a menores e insta a los Fiscales a que tomen ciertas posturas en estos casos.

IV.4. Juicios rápidos

El pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 19 de Junio de 1998 aprobó un informe sobre las modificaciones legislativas que habrían de realizarse para evitar la existencia de malos tratos en el ámbito familiar.

En aquél, se proponen entre otras medidas, algunas de las cuales ya hemos indicado, que las causas relativas en el ámbito familiar (donde había que integrar también los infligidos a los niños) se tramiten a través de los denominados “juicios rápidos”, previstos en el art. 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁵.

Como complemento de este acuerdo, en el mes de setiembre de este año el Consejo General, a propuesta de la Vocalía de Oficina Judicial, ha aprobado un plan para la implantación de los “juicios de señalamiento inmediato” en todo el territorio nacional.

Los cambios introducidos suponen una importante modificación en relación con el régimen legal anterior, en cuanto que imperativamente, y con carácter inmediato, impone al Juez de Instrucción primero y al Ministerio Fiscal después la obligación de seguir los trámites del procedimiento señalado.

De igual forma se ha pronunciado la Sección Territorial de Cataluña de la Asociación Jueces para la Democracia, “a fin de obtener una mayor eficacia en la respuesta de la Justicia...a través de los respectivos Jueces Decanos, debería poder discutirse esta posibilidad”³⁶.

La Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el informe preparado para la Memoria de la Fiscalía General del Estado propugnó igualmente el “enjuiciamiento urgente” de los delitos de malos tratos, lo que se reitera en la memoria de la Fiscalía de Girona, señalando que el Ministerio Público, durante la fase de instrucción, puede “promover la tramitación de juicios rápidos”.

Aunque todas estas opiniones están orientadas principalmente al supuesto de malos tratos a mujeres, ningún obstáculo existe para que se puedan aplicar a los delitos cometidos contra menores, en aquellos casos en que la normativa procesal permita esta tramitación especial³⁷.

35. Como es sabido este precepto ha sido modificado recientemente por la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto, en su nueva redacción estipula, por un lado, párrafo segundo, que “*No obstante, tan pronto como el Juez de Instrucción considere que existen elementos suficientes para formular la acusación por haberse practicado en su caso las diligencias a que se refiere el apartado 3 del art. 789, el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y partes acusadoras se efectuará de forma inmediata, incluso en el propio servicio de guardia del Juzgado de Instrucción*”. Y el párrafo tercero ha quedado redactado en los siguientes términos “*Efectuado el traslado a que se refiere el párrafo anterior, el Ministerio Fiscal, en atención a las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o aseguramiento de su puesta a disposición judicial, presentará en el acto su escrito de acusación y solicitud de inmediata apertura del juicio oral, con simultánea citación para su celebración*”.

36. Op. cit., en nota 21.

37. Según la redacción dada al art. 779 por la Disposición Final Primera de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, “*los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración*”.

No es preciso recordar las ventajas prácticas demostradas que una justicia rápida tiene en orden a la prevención general y especial frente a unos procedimientos anquilosados, a parte de que permite la pronta aplicación de las posibilidades legales que ofrece la legislación vigente en la fase de ejecución de la sentencia firme para la protección del menor, lo que será objeto de estudio en el próximo apartado de este trabajo.

No quiero terminar esta exposición sin señalar que hay unas víctimas menores que merecen semejante atención que las víctimas en las que estamos pensando: los menores infractores. Éstos, casi en su totalidad, han llegado a esta situación de quebrantamiento de las normas, porque han sido objeto de malos tratos, de abuso sexual, de desatención, etc. Aunque luego se convierten en victimarios, en muchos casos, como consecuencia de lo que han sufrido, no se ha de perder la perspectiva de que siguen siendo niños y, en segundo lugar, que fundamentalmente son víctimas, y que merecen el tratamiento de tales.