

VALOR DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Juan Burgos Ladrón de Guevara¹

I. Introducción

Sabido es, que el valor de la declaración de la víctima, constituye un acto de prueba cuando se formaliza en la fase de juicio oral, que como es conocido se rige por los principios de inmediación, concentración, contradicción, oralidad y publicidad. En lo que afecta a su consideración probatoria.

Es doctrina, general que las únicas pruebas aptas para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el juicio oral, bajo los principios de igualdad, publicidad, contradicción efectiva de las partes e inmediación del Tribunal.

Pues bien, el objeto de la presente comunicación es el valor de la declaración de la víctima cuando es menor de edad en la fase de instrucción, entendiéndose lógicamente esa minoría de edad, que atiende. Según la declaración general contenida en el Título Preliminar, artículo 1, número 1 de la LO 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en el ordenamiento jurídico español.

Por lo que respecta a la víctima, consideramos atendiendo a la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia por la víctima de delitos y del abuso de poder”², que es víctima toda persona que individual colectivamente, haya sufrido daño física o mentalmente, o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, a consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente, con independencia de que se identifique, enjuicie o condene al imputado³, e independientemente de la relación familiar entre el imputado⁴ y la víctima.

¹ Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla (España).

² Declaración adoptada por la asamblea General de la ONU en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, según la Oficina del Alto Comisionado para los derechos Humanos en <http://www.unchr.ch/spanish>.

³ Decimos imputado, al trata únicamente la declaración de la víctima menor de edad en la fase de instrucción.

⁴ Sobre las diferencias entre imputado, inculpado, procesado y acusado, vid. “La determinación del imputado en el sistema procesal español por la Ley 38/2002, de 24 de octubre”

Bien entendido, que en la expresión ‘víctima’ incluimos, en su caso, a los familiares o personas que estén a su cargo o relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daño al intervenir asistiendo a la víctima en peligro o para prevenir la ‘victimización’.⁵

Es decir, nos fijamos en si puede tener valor probatorio a efectos de motivación de sentencia, la declaración de la víctima menor de edad, aún cuando se realice en la fase de instrucción, anticipando la práctica de la prueba a esa fase, cuando se trate de delitos contra los menores como los casos de: Abandono –corrupción–deber de guarda y entrega –prácticas de mendicidad– prostitución–sustracción y utilización de menores y cualquier otro que afecte a su libertad e indemnidad sexual.

Ello teniendo en cuenta, que como es conocido la “instrucción”, procesalmente, se orienta para investigar y recoger los elementos de prueba mediante la realización de actos de investigación y actos de prueba; que en su día decidirán si existe sobreseimiento o archivo de actuaciones o debe abrirse la fase de ‘juicio oral’ en la que serán propuestos y practicarán los medios de prueba.

Nos encontramos pues, ante un tema de creciente actualidad máxime cuando en España se avecina la reforma del proceso penal dadas las últimas novedades que han tenido lugar en el ámbito legislativo⁶ y judicial,⁷ en la posición jurídica de la víctima menor de edad que haya sido sujeto pasivo de un delito tanto en el marco del proceso penal de adultos como en el proceso penal de menores.

No podemos olvidar, que la instrucción o investigación sumarial, parece haber perdido la importancia merecedora en el anterior orden procesal, a pesar de las modernas concepciones doctrinales que abocan por una fase de ‘investigación’ a cargo del Ministerio Fiscal, más que a una fase de ‘instrucción’ a cargo del Juez Instructor.⁸

Revista La Ley nº 4,2003, pp. 1877-1883.

⁵ Sobre el acceso a la justicia y trato justo a las víctimas, vid. la “Declaración adoptada por la Asamblea General de la ONU...”, cit. *supra*, nºs 4 a 7.

⁶ Vid. Magro Server, V., “Sistemática de la declaración de los menores como víctimas en el proceso penal en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, nº 36 de la revista La ley penal, marzo de 2007, edición digital. www.laley.net.

⁷ Basta citar la STC de 28 de octubre de 2002, referida al valor testifical de la declaración de la víctima del delito.

⁸ Así Gimeno Sendra, V., “La reforma de la LECR y la seguridad pública” en la Sección de Estudios de la Revista General de Derecho Procesal en el portal Jurídico Iustel.com., en el

II. El estatuto de la víctima y su reflejo en el proceso penal

La *Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal*,⁹ en su artículo 2, reserva a las víctimas un papel efectivo y adecuado en el sistema judicial penal, para que sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, al reconocer sus derechos e intereses legítimos en el proceso penal. Y en el artículo 3, garantiza a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar los ‘elementos de prueba’, ya que se tomaran las medidas necesarias para que se interroge a la víctima en la ‘medida necesaria’ para el proceso penal.

Al tratar en el artículo 15 las “condiciones relativas a la situación de la víctima durante las actuaciones” pretende especialmente en los lugares en que se incoe el proceso penal, existan las condiciones necesarias para tratar de prevenir la ‘victimización secundaria’, evitando que la víctima quede sometida a tensiones innecesarias, creando en dependencias judiciales condiciones adecuadas a la situación de las víctimas.

Medidas necesarias también, para impedir dificultades de comunicación que puedan afectar a la víctima, como afirma el artículo 5, en las “fases importantes del proceso penal”, cuando éste sea ‘testigo o parte’ en las actuaciones.

Todo ello, deberá estar desarrollado normativamente el 22 de marzo de 2004, según establece el artículo 17 del Estatuto de la Víctima en el proceso penal.

Como señala parte de la doctrina procesal española,¹⁰ la consideración de la víctima como un sujeto portador de derechos que deben ser tenidos en cuenta en el proceso penal, implica que la víctima no va a poder considerarse

número correspondiente al 30 de junio de 2004, cuando afirma que el tema más importante de la reforma del proceso penal lo constituye, despejar la incógnita de si debe el Juez de Instrucción, seguir conociendo de los hechos punibles o debe otorgar al Ministerio Fiscal esa función, convirtiendo a este en director de la investigación sumarial, auxiliado por la policía judicial.

⁹ Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22.3.2001 en L82/1 a L82/4.; a iniciativa de la República Portuguesa y visto el Dictamen del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 2000, como Actos adoptados en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión europea, L.82/1.

¹⁰ Ver *Ferreiro Baamonde, X.* “La Víctima en el Proceso Penal”, Edit. La Ley, Madrid, 2005, p. 337; *Yllanes Suárez, J. P.* “El Estatuto de la Víctima. Aspectos esenciales”, en *Hacia un Nuevo Proceso Penal*, p.179, en *Manuales de Formación Continuada*, número 32-2005, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

como un simple ‘medio’ para alcanzar los objetivos del Estado en la aplicación del “*Tus puniendi*”.

La víctima ha pasado en su protección jurídica procesal del olvido al reconocimiento.¹¹ Quizás con el *Estatuto de la víctima de 22 de marzo de 2001*, se ha tratado de plasmar en el proceso penal el núcleo común de protección de la víctima con una información más precisa y no una mera citación para comparecer en el Juzgado, reforzando, así, su posición en el proceso penal.

En relación a la víctima menor de edad hay que destacar la LO 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores,¹² donde, ya en su Exposición de Motivos refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas menores de edad, entre los que se encuentran: el derecho a ser informado en todo momento se hayan personado o no en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses, incluyendo la modificación de los artículos 448 y 707 de la LECR. El primero referido a las declaraciones de los testigos en el sumario o instrucción, y el segundo referido al examen de los testigos en el modo de practicar las pruebas durante el juicio oral; en ambos se prevé que cuando se trate de testigos menores y 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).¹³

También la LO 8/2006, de 4 de diciembre, modifica el artículo 731 bis, ubicado sistemáticamente en la sección 5ª “Disposiciones comunes a las cuatro secciones anteriores” del Capítulo III “Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral”, del Libro III; incorporando en la redacción de dicho artículo el término ‘cuando se trate de un menor’, artículo 731 bis añadido por

¹¹ Así, referido al orden jurídico, lo expresa en la monografía que lleva por título “El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento” de *Subijana Zunzamegui, I. J.*, Edit. Comares, Granada, 2006. Ver también *Escaler Bascompte, R.*, “...La atención a las víctimas después de las últimas reformas procesales”, en *Revista Justicia 2004*, número 1-2, pp. 47-132.

¹² En el BOE nº 290 de 5/12/2006, pp. 42700-42712.

¹³ Se sustituye el último párrafo del artículo 448, que tiene la siguiente redacción, “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 la prueba”. Igual ocurre con el último párrafo del artículo 707, que tiene idéntica redacción.

el artículo 4.3 de la LO 13/2003, de 24 de octubre de reforma de la LOPJ y de la LECR.

Mediante esa modificación el Tribunal de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la ‘comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal’ como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y ‘especialmente cuando se trate de un menor’, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bi-direccional y simultánea de la imagen y sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 229 de la LOPJ.¹⁴

Esto cumple en el proceso penal español, lo que señala el artículo 11 de la *Decisión Marco del Estatuto de la Víctima en el proceso penal*, evitando cualquier victimización derivada del propio proceso, ya que cuando la víctima resida en lugar distinto, donde tenga lugar el juicio, se podrá acudir en la medida de lo posible a la ‘videoconferencia’, evitando así el menor víctima su comparecencia al acto del juicio oral.

Significa ello, que la víctima aparece, ya, de una forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales e incoherentes que podrían acarrear una ‘victimización secundaria’, atendiendo los intereses de las víctimas en el marco del procedimiento penal; significando que la declaración de la víctima menor de edad de cualquier delito que afecte a la tutela del Derecho penal de menores, que la LORPM pretende tutelar como ley procesal, pues esta contiene escasas disposiciones de carácter sustantivo, se admita como “prueba testifical” indirecta que excepcionalmente sustituya a la directa en caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia, del testigo víctima presencial, al acto del juicio oral. Siempre que los tribunales de instancia expliquen de modo convincente cuales fueron las razones para dotar de credibilidad a testigos de referencia, o por considerar que las declaraciones sumariales han sido traídas al plenario con todas las exigencias legales, dotándolas de valor de prueba de cargo, sin vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado.¹⁵

¹⁴ Esto ya figuraba en el artículo 325 de la LECR., referido a la formación del sumario en virtud de la nueva redacción dada al mismo por el artículo 4.2 de la LO 13/2003, de 24 de octubre de reforma de la LOPJ y LECR.

¹⁵ De este parecer *Moreno Catena, V.*, “Derecho Procesal penal” con *Cortés Domínguez, V.*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, p.403, al tratar en la prueba de testigos, el testigo

III. La prueba anticipada o preconstituida y el principio de inmediatez

La declaración de la víctima menor de edad se realiza como testimonio en la fase de instrucción o como testigo. El problema surge cuando es el único testimonio o declaración acusatoria y puede constituir una prueba apta para enervar la presunción de inocencia, cuya motivación, tiene que venir dada en la sentencia que resuelva el fondo de la causa penal. Es decir, ¿si el testimonio o declaración de la víctima tiene el valor de actividad probatoria de cargo?, ya que el testigo víctima es un testigo especial y su condición es distinta a la del testigo ocasional o de referencia.

Al respecto ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de no existir uniformidad jurisprudencial¹⁶ sobre la declaración de la víctima menor de edad en el proceso penal cuando es la única prueba;¹⁷ en lo que puede implicar para él tanto una victimización primaria como secundaria¹⁸ sobre todo en los delitos de explotación o abuso sexual.

Hay que destacar el artículo 25 de la LORPM de 12 de febrero de 2000, modificada por la disposición final 2ª de la LO 15/ 2003, de 25 de noviembre, sobre los derechos de la acusación particular, al mencionar entre otros en su inciso 1º letra c, el “Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en la fase de instrucción ya sea en la fase de audiencia; a estos efectos el órgano actuante

directo y el testigo de referencia, cuando señala...”. Porque el testimonio de referencia sólo podrá ser tomado como prueba de cargo o signo incriminador, según una reiterada jurisprudencia..., cuando no se pueda practicar prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material del testigo presencial a la convocatoria del juicio oral”.

¹⁶ En mi monografía “El valor probatorio de las Diligencias Sumariales en el proceso penal español”, Edit. Civitas, Madrid, 1992, pp.52-63.

¹⁷ Ver el interesante artículo “La declaración del menor en el proceso penal ¿cabe el uso de la videoconferencia?, de Pérez Martell, R., en Boletín Aranzadi Penal. número 2/2003 en <http://www.westlaw.es/>. Ref. BIB 2003\16. Y el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su reunión de 28-11-2006.

¹⁸ Ver Pou i Fernández, “Protección de Menores en el Código penal”. Consejo General del Poder Judicial.1998. p.182... la victimización primaria se da cuando los niños sufren unos daños físicos, económicos, psicológicos... que van más allá de la lesión producida en el bien jurídico que atacó el hecho delictivo. Esto tiene especial importancia en el menor, su personalidad en formación, el miedo a su repetición... La victimización secundaria se deriva de la relación que establece el sistema jurídico-penal con la víctima. Esta victimización –sigue señalando Pou i Fernández–, secundaria, es mas negativa pues se origina en el propio sistema, al que ha de acudir a demandar justicia y protección. La frustración de la víctima, su falta de expectativa de su reparación efectiva o del temor a verse obligado a declarar sobre cuestiones íntimas o dolorosas condicionan su actitud.

podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos”.

Es claro que ese derecho de ‘ practicar pruebas en la fase de instrucción ’, conforma, junto a los restantes derechos relacionados en el mismo, un Estatuto del menor víctima en el proceso penal,¹⁹ apareciendo la víctima como acusación particular, reforzando su posición al ampliar su intervención procesal,²⁰ en condiciones equiparables al proceso penal de adultos.²¹

No hace mucho tiempo la Gran Sala del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pronunció la importante sentencia de 16 de junio de 2005 en el caso “*Maria Pupino*”,²² proceso penal referente a la aplicación del Estatuto de la víctima en el proceso penal, basado en la Decisión Marco de 2001, que regula el derecho a la protección de las víctimas más vulnerables —artículos 2.3 y 8.4—: niños de corta edad víctimas de malos tratos que permite la declaración fuera de la audiencia pública y antes de la celebración del juicio oral, al resolver una Cuestión Prejudicial planteada por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia. La mencionada sentencia a parte de afirmar que la interpretación del Derecho nacional ha de realizarse atendiendo a la letra y finalidad de la Decisión Marco de 2001, y que a pesar de que ninguna de esas disposiciones mencionadas establece formas concretas para garantizar a las víctimas especialmente vulnerables un ‘trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación’. Ello no obsta, a que un órgano jurisdiccional tenga la posibilidad de utilizar para las víctimas especialmente vulnerables el “Incidente de práctica anticipada de la prueba”, previsto en el Derecho de un Estado miembro y las formas particulares de declaración asimismo previstas; cuando dicha prueba anticipada responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de ‘elementos de prueba’, reduciendo al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitando las consecuencias perjudiciales,

¹⁹ De esta opinión *Escaler Bascompte, R.*, op. cit., p.78, al decir que el artículo 25 de la LORPM, establece un Estatuto de la víctima.

²⁰ Ver el artículo 4 de la LORPM sobre “Derechos de las víctimas y de los perjudicados”.

²¹ De esta opinión *Tapia Parreño, J.*, “Recientes reformas en materia de protección de Menores Víctimas en los procesos penales”, en Diario La Ley número 6665, martes 20 de febrero de 2007, en la edición digital <http://www.laley.net/>.

²² Ver dicha sentencia en la base de datos de Aranzadi, edición digital. <http://www.west-law.es/>. Referencia. TJCE\2005\184.

para las referidas víctimas, de prestar declaración en la audiencia pública del juicio oral.

En nuestro proceso penal, no podemos olvidar, el importante artículo 730 de la LECR". Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas no puedan ser reproducidas en el juicio oral", ni el artículo 4.5 de la LO 19/1994 de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en las causas criminales cuando señala "Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificadas en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideran de imposible reproducción a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes".²³

De otra parte la Instrucción de la Fiscalía General del Estado, 1/2007 sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidación de menores en su 'Introducción', afirma que tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre que modificó el artículo 433 de la LECR., toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. También afirma que ya la Circular 2/2004 de 22 de diciembre, subrayaba la necesidad de cuidar especialmente la comparencia de los menores, articulándolas de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de los mismos preservando su intimidad con el fin de evitar fenómenos de victimización secundaria.

La víctima menor de edad puede ser parte o testigo en el proceso penal y en aquellos supuestos en los que su declaración es la única prueba de cargo para condenar al acusado. Y es aquí donde surgen los problemas que todavía no se han resuelto desde la operatividad del proceso penal.²⁴

²³ Ambos artículos de esas leyes son concordantes con el valor probatorio de las diligencias sumariales del artículo 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cuando señala "Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados". Ver, la interesante opinión de *Asencio Mellado, J. M.* "Valor probatorio de las declaraciones sumariales a la luz del artículo 46.5 LOTJ" en la sección de Estudios Monográficos de la Ley penal número 16, Año II.2005, en la edición digital de la Ley. <http://www.laley.net/>.

²⁴ Así opinan diversos autores como *Magro Server, V.*, "La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal", en *Diario la Ley* número 7013. Sección doctrina, de 16 de Septiembre de 2008, edición digital <http://www.laley.net/>, el mismo autor en "Necesidad

¿Nos encontramos ante una prueba anticipada o una prueba preconstituida? ¿Qué papel tiene el principio de inmediación en estos casos donde la única prueba de cargo es la declaración o testimonio de la víctima menor de edad, de la fase de instrucción? ¿Cómo acontece la valoración de la prueba que dé la motivación de la sentencia?

No ofrece duda que el Juez o Tribunal, en virtud de los artículos 120.3 y 24.1 de la Constitución, debe motivar las sentencias para cumplir el derecho fundamental a la Tutela Judicial efectiva, de forma que la valoración de la prueba realizada por aquél “sustente el hecho probado”, ya que la sentencia de condena ha de fundamentarse bajo los parámetros de:

- 1) Una prueba de cargo suficiente.
- 2) Constitucionalmente obtenida.
- 3) Legalmente practicada, y
- 4) Racionalmente valorada.

Aunque el Tribunal Supremo en copiosa jurisprudencia, ha señalado,²⁵ que la declaración de la víctima no debe suponer que la misma padezca el perjuicio de que el suceso que motive el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima, porque ello propiciaría situaciones de impunidad respecto del inculpado.

De conformidad con lo manifestado por *Gimeno Sendra*²⁶ los actos de aportación de hechos tienen por finalidad introducir los hechos en el proceso,

de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos contra la libertad sexual”, en diario la Ley de 20 de junio de 2008. Sección de Doctrina, en <http://www.laley.net/>, también el mismo autor en “Sistemática de la declaración de los menores como víctimas en el proceso penal de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley de enjuiciamiento Criminal”, en la Ley Penal, número 36. Marzo.2007, Edit. La Ley, en [http://www.laley.net/%20tambi%C3%A9n/ Pérez Martell. R., En “la declaración del menor en el proceso penal.¿cabe el uso de la videoconferencia?](http://www.laley.net/%20tambi%C3%A9n/P%C3%A9rez%20Martell.%20R.%20En%20la%20declaraci%C3%B3n%20del%20menor%20en%20el%20proceso%20penal.%C3%A1%20cabe%20el%20uso%20de%20la%20videoconferencia%3F), en <http://www.westlaw.es/>, op. cit.

Muy recientemente *Sanz Hermida, Agata M.*, en su monografía “La situación jurídica de la víctima en el proceso penal”, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, pp. 63-80, especialmente las páginas 66-70, cuando trata la víctima como parte en el proceso penal y la participación de las víctimas como testigos en el proceso penal.

²⁵ En la base de datos de Aranzadi en su edición digital <http://www.westlaw.es/>, así las SSTS nº 439/2007 de 21 de mayo (RJ2007\3507), nº 409/2004, de 24 de marzo (RJ2004\2812), nº 104/2002, de 29 de enero (RJ 2002\2967).

²⁶ Ver *Gimeno Sendra, V.*, “Derecho Procesal Penal”, Edit. Colex, Madrid, 2004,1ª edición, pp. 347-357, cuando trata el contenido de la instrucción y se refiere a los actos de

y esos actos pueden ser actos de investigación, típicos de la fase instructora, y actos de prueba, consustanciales a la fase de juicio oral. Y esos actos de la instrucción, como son las declaraciones del imputado y testigos, informes de peritos, etc., no se convierten por sí mismos en actos de prueba, que permitan posteriormente al órgano decisor fundar en ellos una sentencia de condena.²⁷

Llegados a este punto, seguimos la opinión de *Gimeno Sendra* "...por actos de prueba no cabe entender exclusivamente los que se ejecutan ante la inmediación del Tribunal y bajo la vigencia de los principios de inmediación y publicidad, aunque ésta ha de ser la regla general en un proceso acusatorio, sino también excepcionalmente en la prueba sumarial anticipada y preconstituida".²⁸

De ello, podemos deducir, que debido a la circunstancia de que existen hechos que no pueden ser trasladados al momento de la celebración del juicio oral, bajo la inmediación del Juez o Tribunal sentenciador, por razones de utilidad, seguridad u orden público, para la víctima menor de edad perjudicada por el ilícito penal; cuando haya que valorar su credibilidad o verosimilitud y la corroboración por otros medios de prueba, en cuanto a su declaración como parte o testigo en la fase de instrucción, y que puedan servir como instrumentos procesales incorporando 'fuentes de prueba' al proceso.

Significa esto, que al permitirse en el proceso penal el 'aseguramiento de la prueba' como una actividad del Juez de Instrucción comprendería ello bien la práctica del acto de prueba-prueba instructora anticipada (declaración testifical o informe pericial), bien la guarda o custodia de las fuentes de prueba preconstituida (documentos públicos). Lo que puede suponer una limitación al principio de inmediación, en tanto en cuanto son actuaciones que acontecen

instrucción y a los actos de prueba.

²⁷ En mi opinión *Actos de prueba*, son aquellos que tienden a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre existencia o inexistencia de datos fácticos que han sido aportados al proceso, y que tienden a formar la certeza judicial sobre la preexistencia de los mismos y que han de constituir en su día la declaración de hechos probados. Estos Actos de prueba generalmente sólo pueden practicarse en el juicio oral, aunque en el sumario-en la instrucción- hay Actos de prueba, pues el principio del proceso penal referente a la valoración de la prueba, es el que existe en nuestro proceso penal, y no el de la prueba tasada. Y ello ofrece dos facetas: la de libertad de los medios de prueba y la de su valoración, la primera tiene lugar en la etapa de la instrucción y en la intermedia; la segunda en el juicio oral. Frente a los Actos de investigación que son los que tienden a fijar los hechos y determinan los sujetos para el establecimiento en su caso, de la pretensión punitiva y de resarcimiento. En mi monografía "El valor probatorio de las diligencias Sumariales", op. cit., pp74-79.

²⁸ En *Supra*, op. cit. p.351.

en la fase de instrucción, y no a presencia directa del órgano sentenciador para su adecuado conocimiento. Implicando tanto la prueba anticipada como la prueba preconstituida excepciones a la regla general de la práctica de los medios de prueba en las sesiones del juicio oral y ante el Juez de lo penal o Tribunal sentenciador que deben en su día motivar la sentencia, que será motivada con la valoración de la prueba según el artículo 741 de la LECR. "...El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia".

Motivación que se configura por la necesidad de dejar constancia de la valoración realizada al determinar 'los hechos probados'. Significando ello, que el juez o Tribunal sentenciador deberá señalar la prueba o pruebas tenidas en cuenta en aquella motivación.

Por tanto, aunque la inmediación supone la práctica inexcusable de la prueba en el juicio oral y ante el órgano sentenciador, se excluye la práctica de la prueba anticipada y/o preconstituida, que en nada empaña la finalidad y licitud de la prueba en desarrollo del juicio justo.²⁹

Esa prueba instructora anticipada y/o preconstituida como actos tendentes al aseguramiento de la prueba cuando se practican en la Instrucción –la declaración como parte o testimonio de la víctima menor de edad–, se diferencian claramente de los actos instructores o de investigación, pues como afirma *Gimeno Sendra* "...se manifiestan aptos para desvirtuar la presunción de inocencia o, lo que es lo mismo, porque permiten al Tribunal decisorio extender a ellos su conocimiento para fundamentar una sentencia de condena".³⁰

IV. Conclusión

Finalmente a la vista de lo expuesto y para concluir nos planteamos el último interrogante ¿La declaración de la víctima menor de edad, es prueba anticipada o prueba preconstituida?

²⁹ Sobre la inmediación, ver *Muñoz Cuesta, F. J.*, "El principio de inmediación, la valoración racional de las pruebas y el recurso de casación", en Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia, número 16/2007 (Comentarios), en <http://www.wesltaw.es/>, Rfa. BIB 2007\1436.

³⁰ En *Supra*, op. cit., p.352. Pensamos que a ello obedece la modificación de los artículos 443,448,707 de la LECR. y la introducción del artículo 731 bis de la LECR., por la LO 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que entraron en vigor el 5 de febrero de 2007.

Pensamos que dicha declaración, ya sea como parte acusadora, ya sea como declaración testifical, es mas una prueba anticipada que preconstituida, a pesar del posible uso de la videoconferencia u otro similar que permita la comunicación bi- direccional y simultánea de la imagen y sonido. Porque, aunque exista similitud entre ambos actos de prueba:

Irrepetibilidad del hecho, independencia de la Autoridad que la interviene, posibilidad de contradicción y entrada en el juicio oral por la lectura de documentos del artículo 730 de la LECR. La prueba anticipada pertenece a la exclusiva competencia del Juez de Instrucción, aunque con la especialidad de que la ejecución de la misma no podrá efectuarla el Juez o Tribunal sentenciador.

Además, pensamos así, porque en la prueba anticipada rigen los principios de oralidad e inmediatez, pero del Juez de Instrucción, por lo que como afirma *Gimeno Sendra*, "...son pruebas inmediatas en su ejecución pero mediatas en su valoración". Aunque si cumple la prueba anticipada el principio de contradicción en base a lo dispuesto en el artículo 777.2 para las Diligencias Previas en el procedimiento abreviado y por el artículo 797.2 para las diligencias Urgentes ante el Juzgado de guardia, en forma de prueba testifical anticipada.