

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN CASO DE VICTIMAS O TESTIGOS MENORES DE EDAD Y/O CON DISCAPACIDAD.

CONTENIDO:

1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. OBJETIVOS.....	3
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	3
4. ACTUACIONES.....	3
4.1. Actuación desde el ámbito policial.....	3
4.2. Actuación desde la Fiscalía.....	7
4.3. Actuación desde los Juzgados. Recomendaciones.....	10
4.3.1. Fase de instrucción.....	10
4.3.2. Fase de juicio.....	13
4.3.3. Práctica de la prueba preconstituida o anticipada impropia.....	14
4.3.4.- Práctica de la prueba preconstituida propia.....	16
4.4. Instituto de Medicina Legal. Informes periciales. Posible metodología de trabajo y principio de celeridad.....	17
5. SALA GESELL.....	19
6. GESTIÓN SALA GESELL.....	19
7. USO SALA GESELL POR UN ÓRGANO DE OTRO PARTIDO JUDICIAL...20	
8. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL PROTOCOLO.....	21
9. PRESENTACIÓN DEL PROTOCOLO.....	22
10. ACTUALIZACIONES PROTOCOLO.....	22
ANEXO I. Modelo de auto para la “activación” de los mecanismo del protocolo: auto “valoración previa” para la práctica de prueba preconstituida.....	23
ANEXO II. Modelo de Auto por el que se acuerda la práctica de prueba preconstituida en caso de menores.....	25
ANEXO III. Modelo de Auto por el que se acuerda la práctica de prueba preconstituida en caso de persona con discapacidad.....	34

1.- INTRODUCCIÓN

En la investigación de un delito el menor víctima acude a diferentes lugares y es sometido a distintas declaraciones, por personas desconocidas, sin que tenga una persona de referencia desde que se interpone la denuncia hasta que se pone fin al procedimiento. Así, en numerosas ocasiones el menor es sometido a las siguientes actuaciones: en primer lugar, la declaración policial; en segundo lugar, la declaración ante el Juez instructor que conoce del asunto; en tercer lugar, la exploración por un médico forense; en cuarto lugar, las entrevistas con los psicólogos que elaboran el informe pericial de credibilidad del testimonio; y en quinto lugar, la declaración en el acto del juicio oral. Todo ello sin olvidar las veces que el menor repite lo sucedido ante otros expertos o profesionales que lo tratan para superar el episodio traumático concreto.

Esta incesante repetición de lo sucedido produce efectos negativos en el menor que se han de tratar de aminorar mediante la reducción del número de declaraciones a que es sometido.

En esta línea, en la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, se establece que en el caso de menores de edad víctimas, se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito.

Ahora bien, el Estatuto de la víctima del delito no sólo otorga una protección especial a los menores de edad, sino también a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, a quienes también se dirige el presente protocolo.

2.- OBJETIVOS

Con el presente protocolo se pretende fijar pautas de actuación en el caso de víctimas menores de edad o que adolezcan de algún tipo de discapacidad a los efectos de garantizar su protección. Para tal fin se persigue:

- Una coordinación institucional en aquellas intervenciones dirigidas a atender al menor o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.
- Reducir el número de declaraciones e intervenciones a las que el menor o persona que adolezca de algún tipo de discapacidad es sometido.
- La protección del menor o persona que adolezca de algún tipo de discapacidad antes y durante el procedimiento penal, mediante medidas de protección oportunas, y procurando la intervención inmediata y la omisión de dilaciones innecesarias.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El presente protocolo es aplicable:

- Cuando la víctima de un delito o el testigo sea menor de edad o una persona con discapacidad que necesite de especial protección.
- Cuando el delito cometido sea de naturaleza sexual, y en supuestos excepcionales.

4.- ACTUACIONES

4.1.- Actuación desde el ámbito policial

Normalmente la primera declaración de la víctima menor de edad es la que se practica ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (dejando al margen el área sanitaria y educativa). Mediante el presente protocolo se propone que cuando

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tenga conocimiento de la posible comisión de un delito respecto del que la víctima sea menor de edad, no exploren al menor y remitan la denuncia interpuesta por el representante legal o persona adulta que lo acompañe (en el supuesto de que la persona denunciada sea su representante legal), y demás diligencias practicadas, a las unidades de policía judicial especializadas en materia de menores, quienes pondrán en marcha el protocolo ya establecido entre el Instituto de Medicina Legal y el Hospital Materno-Infantil.

Un supuesto distinto es el de que el propio menor sea el que pretenda interponer directamente una denuncia, y no se disponga de un testimonio de referencia (como ocurre, por ejemplo, cuando el menor ha relatado los hechos a un adulto que es el que interpone la denuncia). En estos casos, si el supuesto agresor es el representante legal del menor, se propone que los agentes actuantes contacten con la persona que en su caso indique el menor, para que se traslade a dependencias policiales a fin de acompañar al menor y estar presente en el momento de la interposición de la denuncia, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario para garantizar el correcto desarrollo de la declaración. Con carácter previo, esta circunstancia se pondrá en conocimiento del Fiscal de guardia de menores a los efectos de valorar la pertinencia o no de que la persona elegida por el menor esté presente en la exploración.

La policía judicial no tomará declaración a la víctima menor de edad cuando:

- La víctima no se encuentre en condiciones de prestar declaración. En ese caso, deberá posponerse la declaración a la recuperación de la víctima, salvo que razones de urgencia exijan la toma de declaración.
- La víctima tenga menos de 4 años.
- La víctima sea menor de edad, siempre y cuando los datos aportados en la investigación policial sean suficientes y no sea necesario ampliarlos con la declaración del menor.

En caso de duda sobre la concurrencia o no de las circunstancias anteriores, la policía judicial, en el curso de la investigación policial, y llegado el momento, antes de explorar al menor, podrá poner los hechos en conocimiento del Fiscal de guardia de menores, quien, una vez analizadas las circunstancias concurrentes, si se considera que tomar declaración al menor puede ser especialmente perturbador, y siempre que el asunto no esté judicializado, podrá acordar el aplazamiento de la toma de declaración del menor, al amparo de lo dispuesto en el artículo 20 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de Policía Judicial y de la conclusión 6ª de la Instrucción 1/2008 de la Fiscalía General del Estado, *sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial*. En este caso, la policía continuará la investigación policial, y una vez esté terminado el atestado, o se hayan practicado las diligencias necesarias encaminadas a la determinación de los hechos y de las personas responsables, se pondrá el resultado de la investigación a disposición del Juzgado de guardia.

Asimismo, cuando la policía judicial detecte una situación de desprotección, dará cuenta a los servicios sociales y a la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia del Gobierno de Canarias.

También podrán comunicar la situación al Fiscal de guardia de menores, quien podrá promover o autorizar las medidas de protección que se estimen pertinentes respecto del menor víctima de un delito de esta naturaleza.

En todo caso, la toma de declaración de un menor de edad se practicará:

- En espacios adecuados para preservar su intimidad.
- Por persona del mismo sexo que la víctima.

La exploración será grabada, en el caso de disponer de medios.

Asimismo, no permitirán que se obtengan o difundan imágenes del menor de edad, víctima o testigo de una infracción penal, ni que se faciliten datos que

permitan su identificación, con pleno cumplimiento de las normas relativas a la protección jurídica de los menores de edad, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Como medida de protección, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a requerimiento del Órgano Judicial, del Fiscal asignado al asunto, del Servicio de Protección de Víctimas de La Fiscalía Provincial de Las Palmas, o cuando lo valoren oportuno conforme a sus propios protocolos de actuación, conducirán a la víctima o testigo a dependencias judiciales para la toma de declaración en fase de instrucción o en el acto del juicio.

De acuerdo con el Estatuto de la Víctima, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en aquellos casos en los que se estime oportuno, en función de las circunstancias concurrentes en la investigación de que se trate, brindarán a la víctima la protección prevista en el artículo 2 de la Ley de Protección de Testigos (fundamentalmente que no consten en las diligencias que se practiquen el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de la víctima o testigo), y solicitarán al órgano judicial que otorgue el “status” de testigo protegido a la víctima o testigo mediante el correspondiente auto.

Sin perjuicio de todo lo anterior, los agentes actuantes habrán de practicar las diligencias iniciales imprescindibles para la averiguación de los hechos y de la persona o personas responsables. A tal efecto tomarán declaración a familiares, allegados, vecinos o a todas aquellas personas que puedan aportar información relevante. También recabarán los informes que los servicios sociales hayan podido elaborar respecto al menor-víctima o su familia.

Las mismas pautas de actuación se habrán de observar en el supuesto de víctimas o testigos con discapacidad necesitadas de especial protección.

4.2.- Actuación desde la Fiscalía.

En el caso de que el menor víctima del delito se encuentre en situación de riesgo o desamparo, las/los Fiscales que conozcan del asunto penal pondrán los hechos en conocimiento de las/los Fiscales de menores, para que, en el caso de estimarse necesario, lleven a cabo las actuaciones que consideren procedentes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del Menor*, y en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 8/2011 de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores*,

Al margen de lo anterior, las/los Fiscales procurarán:

- Que se practique la prueba preconstituida o anticipada impropia (la que se practica ante el Juez de instrucción) cuando el menor víctima tenga entre 4 y 10 años de edad (ambas edades incluidas), y en aquellos casos que se considere necesario.

- Que se practique la prueba anticipada propia (la que se practica ante el órgano enjuiciador) de menores a partir de los 11 años, en aquellos casos que se considere necesario.

IMPORTANTE: en ambos supuestos se incorporará al procedimiento el informe pericial que en su caso determine la necesidad de prescindir de la declaración de la víctima en el acto del juicio, en función de su grado de madurez, ante el riesgo razonablemente previsible de que se pueda producir algún quebranto para la estabilidad emocional y el normal desarrollo personal del menor en el caso de que tenga que prestar declaración en el acto del juicio oral, o por otras cuestiones que afecten directamente a la integridad del testimonio. Es decir, **se incorporará al procedimiento el informe pericial que en su caso justifique la práctica de la prueba preconstituida o anticipada propia.**

- Que se practique la prueba preconstituida o anticipada impropia (la que se practica ante el Juez de instrucción) en aquellos casos que se considere necesario, de acuerdo con el informe de valoración previa para la práctica de prueba preconstituida emitido por el Instituto de Medicina Legal, cuando se trate de **víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección**.

- **Forma de proponer la prueba preconstituida en el escrito de acusación.**

Toda vez que la prueba preconstituida o anticipada impropia es una prueba testifical documentada -que no una prueba documental-, la forma de proponerla en el escrito de acusación será la siguiente:

“TESTIFICAL, con examen de los siguientes testigos, que deberán ser citados por la oficina judicial:

– Nombre y apellidos de la víctima, que se practicará mediante la reproducción del DVD que consta unido a la causa, a fin de introducir en el acto del juicio, vía artículo 730 Lecrim., la prueba preconstituida o anticipada impropia de la declaración practicada vía artículo 448(sumario)/777 (procedimiento abreviado) Lecrim., de: Nombre y apellidos de la víctima. Alternativamente, para el caso de que la prueba preconstituida o anticipada impropia no fuera admitida, se solicita que la víctima sea citada por la oficina judicial a fin de ser oída en juicio, en todo caso, evitando la confrontación visual con el encausado, y que, teniendo presente su madurez y su edad, se adopten las medidas necesarias para evitar o reducir el efecto de la doble victimización.”

- Así mismo, las señoras y los señores fiscales en el escrito de acusación propondrán como prueba pericial, la declaración de las/los peritos psicólogas/os que, en fase de instrucción, examinaron al menor, a los efectos de que ratifiquen y aclaren en el acto del juicio el informe de “valoración previa para la práctica de la prueba preconstituida o anticipada impropia” que elaboraron, y que acredita el posible riesgo que entraña para la integridad psíquica de la o el menor en caso de comparecer en el acto del juicio, y que, por

tanto, desaconseja la presencia e intervención del menor en el acto de la vista oral.

- Que no se practiquen diligencias que supongan la intervención del menor o víctima con discapacidad necesitada de especial protección cuando sean prescindibles.

- Que se adopten en el procedimiento penal las medidas de protección propias del proceso para evitar situaciones traumáticas al menor o víctima con discapacidad necesitada de especial protección y/o proteger su intimidad.

- Que se incorpore al procedimiento el informe pericial de credibilidad del testimonio, siempre que se estime necesario.

- Que se designe un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

- a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

- b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere el apartado anterior exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor.

- c) Cuando la víctima menor de edad o con discapacidad no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

En este último caso, el Ministerio Fiscal **lo pedirá por escrito**, acordándolo así el Juez o tribunal, siendo el Letrado de la Administración de Justicia el que

deberá dictar la resolución en la que se nombre defensor judicial a la víctima conforme a los art. 27 a 32 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Así mismo, las señoras y los señores fiscales, en cumplimiento de su función de velar por la protección procesal de las víctimas, habrá de promover los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. A tal efecto, interesará la total indemnización de los daños irrogados al menor o víctima con discapacidad necesitada de especial protección, incluidos los psicológicos. Si al formular el escrito de calificación el menor o víctima con discapacidad necesitada de especial protección continúa recibiendo tratamiento médico o psicológico, el Fiscal fijará las bases para su inclusión en la sentencia y promoverá durante la ejecución de la misma su precisa determinación.

4.3.- Actuación desde los Juzgados. Recomendaciones

4.3.1.- Fase de instrucción

Ser víctima de un delito y que esa víctima sea menor de edad justifica y legitima que se adopten medidas de protección que modulen la forma ordinaria de practicar cualquier interrogatorio, incluida la práctica de la prueba preconstituida (o anticipada impropia), y a tal fin habrán de valorarse, entre otras, las siguientes circunstancias: la franja de edad, el grado de madurez, la naturaleza del delito cometido, el riesgo de contaminación del testimonio, la posible pérdida de información por el lapso del tiempo, o la necesidad de preservar la estabilidad emocional y el normal desarrollo personal ante el riesgo razonablemente previsible de que se pueda producir algún quebranto en el caso de que se tenga que prestar testimonio en el acto del juicio oral (ver, entre otras, las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 19/2013, 9 de enero; 940/2013, 13 de diciembre).

Igual protección brinda el Estatuto de la víctima a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Por ello se propone que los jueces de instrucción, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de las aportaciones de la psicología del testimonio, prescindan de la toma de declaración de la víctima cuando ésta tenga menos de 3 años (incluida la referida edad); que se preconstituya la prueba o anticipe cuando el menor víctima tenga entre 4 y 10 años de edad (ambas edades incluidas); y que en los demás casos se tome declaración al menor, declaración que será grabada. En todo caso, se recomienda que esta declaración se realice en un periodo de tiempo razonable que no exceda de tres meses, a fin de evitar que con el paso del tiempo se pueda contaminar el testimonio o se diluya el relato.

Se propone que los jueces de instrucción soliciten un informe pericial psicológico con un triple objeto, denominado “**informe previo de valoración de prueba preconstituida**”. En concreto solicitarán:

1º.- Que se determine, en función del grado de madurez del menor, si existe un riesgo razonablemente previsible de que se pueda producir algún quebranto para la estabilidad emocional y el normal desarrollo personal del menor en el caso de que tenga que prestar declaración en el acto del juicio oral, o por otras cuestiones que afecten directamente a la integridad del testimonio (riesgo de empobrecimiento del testimonio ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación). LO ANTERIOR JUSTIFICA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA, Y QUE EL MENOR NO DECLARE EL DÍA DEL JUICIO.

2º.- Que se indique (DE DETECTARSE RIESGO DE DOBLE VICTIMIZACIÓN) el momento adecuado para realizar la prueba preconstituida, atendiendo a la situación y madurez del menor, y teniendo presente su estado psicológico en el momento de la exploración, a fin de evitar el fracaso de la misma, de forma que, la fecha para su practica se señale coordinadamente con el Instituto de Medicina Legal.

3°.- Para el caso de que no se aprecie riesgo de doble victimización en caso de que el menor declara en juicio, RECOMENDACIONES para la práctica de toma de declaración del menor EN EL ACTO DEL JUICIO, a fin de evitar situaciones estresantes que puedan influir negativamente en el testimonio.

Para la elaboración de este informe, se oficiará al Instituto de Medicina Legal para que los profesionales del referido órgano sean los primeros en entrevistarse con el menor-víctima, y fijen, coordinadamente con el juzgado, el momento adecuado para la práctica de la prueba. CON ELLO SE TRATA DE EVITAR QUE EL MENOR ACUDA A LA SEDE JUDICIAL, Y DIRECTAMENTE SE DIRIJAN AL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL.

Cuando se estime necesario, se solicitará informe pericial de valoración de la credibilidad del testimonio.

Del mismo modo se propone que, cuando se estime oportuno, y en base en un informe de valoración previa de prueba preconstituida emitido por el Instituto de Medicina Legal, se practique este tipo de prueba en el caso de **víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección**.

En todo caso, y a efectos indemnizatorios, se solicitará al perito que informe acerca de los daños, en su caso, irrogados al menor o víctima con discapacidad necesitada de especial protección , incluidos los psicológicos.

En el supuesto de que sea absolutamente necesario tomar declaración a la víctima en las dependencias del Juzgado de guardia a fin de valorar la adopción de medidas cautelares contra el investigado, se procurará que esa declaración, atendidas las circunstancias concurrentes, se realice con el carácter de prueba preconstituida (o anticipada impropia).

Por otra parte, se procurará que los reconocimientos médicos de las víctimas solamente se lleven a cabo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal, y se reduzcan al mínimo el número de los mismos.

Se propone que, a fin de dar prioridad a estas causas, en las actuaciones, en lugar visible, un distintivo que permita identificarlas con facilidad; e incluso **informático**, similar a las causas con presos, violencia doméstica...., y tendrán carácter preferente”

Se evitarán formalismos que puedan perturbar al menor o persona que adolezca de discapacidad, utilizando un lenguaje adecuado a su nivel de comprensión.

En todo caso, se garantizará el derecho del menor a ser informado y a ser escuchado antes de la práctica de cualquier diligencia.

De acuerdo con el Estatuto de la Víctima, en aquellos casos que se estime oportuno, en función de las circunstancias concurrentes en la investigación de que se trate, brindarán a la víctima o testigo la protección prevista en el artículo 2 de la Ley de Testigo Protegido.

4.3.2.- Fase de juicio.

En el caso de que el menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección tenga que declarar en el acto del juicio oral, a estos efectos se propone lo siguiente:

- Que el día del juicio se empleen “espacios adecuados de espera” para las víctimas, separados de la sala de vistas, y comunicados con éstas por circuito restringido.
- Que las víctimas accedan a las salas de espera por el circuito restringido.
- En el supuesto de que el menor víctima declare en la sala de vistas, ésta deberá ordenarse de tal forma que se asemeje lo más posible a un lugar que

resulte más familiar para la víctima, una sala de reuniones, o alguna otra situación, evitando los estrados y las diferencias entre los asistentes. Estos no vestirán toga, y el lenguaje y forma de dirigirse al menor se procurará que se adapte lo más posible a la edad.

- Se adoptarán las medidas necesarias para evitar la confrontación visual entre víctima y acusado/procesado, empleando cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba en esas condiciones. La edad del menor será relevante a la hora de valorar el tipo de medida correspondiente a estos efectos, considerando suficiente la utilización de mamparas o biombos cuando la edad del menor se aproxime a la mayoría de edad (16 o 17 años). En otros casos, y siempre que los recursos materiales lo permitan, se optará por el empleo de la videoconferencia o del espejo bidireccional, con la finalidad de evitar que el menor se encuentre en una sala cuyas características pueden incidir negativamente en su testimonio.

- En el momento de su declaración, el menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección no podrá estar acompañado de una persona que haya sido citada igualmente como testigo o perito, sin perjuicio de que pueda estar presente una persona de su elección.

- Los Letrados de la Administración de Justicia cuando señalen el juicio oral procurarán con carácter general que sea el primero señalado ese día y sólo de forma excepcional en otra franja horaria; a fin de evitar al menor o discapacitado largas esperas. Deberán tener especial atención en las notificaciones y citaciones a fin de evitar suspensiones por falta de citación, notificaciones, diligenciamiento de pruebas periciales o documentales declaradas pertinentes...”

4.3.3.- Práctica de la prueba preconstituida o anticipada impropia (la que se practica ante el juez de instrucción).

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, se propone que la toma

declaración del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, como prueba preconstituida, se realice con los siguientes intervinientes:

- Un experto psicólogo forense, que será el encargado de encauzar la exploración del menor conforme a las pautas que se le hayan indicado por el juez, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitarles la causación de graves perjuicios, de acuerdo con el punto nº 13 de las “Pautas sobre Justicia en causas relativas a niños víctimas y testigos de delitos”, aprobadas por la Resolución 2005/20 del ECOSOC (Naciones Unidas)”
- El representante legal del menor (salvo que no quiera estar presente), de acuerdo con la Recomendación de 28 de junio de 1985 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, salvo que en este último caso el juez de instrucción resuelva lo contrario para garantizar el correcto desarrollo de la misma.
- El Ministerio Fiscal.
- El letrado del investigado, para garantizar el principio de contradicción, conforme a lo dispuesto en el art. 777, 2 LECrim.
- El Investigado.

La exploración será grabada.

Se evitará la confrontación visual con el investigado mediante soportes físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia.

Si se dispusiera de una sala tipo “Gesell”, la exploración del menor se practicará de manera que éste se encuentre junto el experto en una habitación, y en otra los demás operadores jurídicos. Las preguntas se dirigirán por el juez

al experto utilizando los medios técnicos de que se dispongan o por escrito. En este último caso quedarán unidas al acta que por tal acto debe levantar el Letrado de la Administración de Justicia, como responsable de la documentación del mismo, conforme al contenido del art. 448 de la LECrim y se aconseja esté presente en la práctica de esta prueba, dando las instrucciones necesarias para que en su grabación se hagan las marcas correspondientes para poder distinguir las preguntas formuladas y la respuesta dada por la víctima”

De no ser posible la presencia del experto, o de no valorarse necesario que las preguntas sean formuladas por el experto, las preguntas se formularán por el juez.

En todo caso, con la finalidad de que la prueba preconstituida (o anticipada impropia) se realice en el momento adecuado a la situación del menor, teniendo presente su estado psicológico, y evitar así el fracaso de la misma, corresponderá al Instituto de Medicina Legal fijar, coordinadamente con el juzgado, la fecha para su práctica.

Antes de señalar la prueba se deberá solicitar al Decanato la reserva de la Sala Gesell para comprobar su disponibilidad en el día y hora previstos para su práctica.

4.3.4.- Práctica de la prueba preconstituida propia (La que se practica ante el órgano enjuiciador)

La prueba se practicará desde la Sala de Vistas del órgano enjuiciador, en la que estará el tribunal y las partes; el menor o discapacitado estará en la Sala Gesell con el experto psicólogo, y será oído a través de videoconferencia, de tal manera que queda registrada la prueba por los equipos de grabación de la Sala de Vistas.

A fin de garantizar la correcta celebración del acto, desde la Sala Gesell también se recogerá copia de su grabación, dejando constancia en el acta que extienda el Letrado de la Administración de Justicia.

Señalada la prueba se practicarán todas aquellas citaciones y notificaciones necesarias para su celebración.

Si el representante legal de la víctima menor o discapacitado ha sido propuesto como testigo en el acto del juicio oral sería conveniente que no sea la misma persona que comparezca con el menor o discapacitado para la práctica de la prueba anticipada.

IMPORTANTE: durante la celebración de esta prueba se aconseja la presencia del Letrado de la Administración de Justicia tal y como lo prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la prueba preconstituida.

Antes de la grabación se podrán establecer, a indicación del órgano enjuiciador, marcas para que puedan ser identificados los intervinientes en el acto e incluso, durante la celebración de la prueba, acordar que un determinado momento de la grabación quede marcado o señalado a fin de facilitar su reproducción en el acto del juicio oral conforme a lo establecido en el art. 730 de la L E Criminal.

A fin de evitar señalamientos innecesarios, antes de proceder a señalar esta prueba se deberá comprobar a través del Decanato que la Sala Gesell esta disponible, para el día y hora que tiene previsto el organo enjuiciador celebrarlo.

4.4. Instituto de Medicina Legal. Informes periciales. Posible metodología de trabajo y principio de celeridad

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1313/2005 de 9 noviembre, la prueba pericial psicológica (*informe de credibilidad del testimonio*), practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la alta

fiabilidad derivada de los conocimientos técnicos y científicos) se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de un menor víctima de un delito de naturaleza sexual.

Para ello se propone que estos informes (*informe de credibilidad del testimonio*) se elaboren por psicólogos adscritos al Instituto de Medicina Legal, conforme al protocolo de actuación interno que se establezca, que podrá incluir diferentes fuentes de conocimiento tales como el historial clínico del menor y/o los informes elaborados por servicios sociales, psicólogos que hayan atendido al menor a través de consulta o del centro de orientación familiar, etc. A tal fin, los psicólogos forenses solicitarán del Juzgado, que se recaben todos los antecedentes que se consideren necesarios para la elaboración de su informe.

Con la finalidad de procurar, en la medida de lo posible, que este tipo de procedimientos puedan tramitarse con la celeridad necesaria a fin de evitar la doble victimización derivada de una excesiva tardanza, se propone que estos informes puedan ser emitidos en un plazo que no exceda de 6 meses.

En el caso de que la declaración del menor se haya realizado ante un experto psicólogo forense, se procurará que esa declaración pueda ser utilizada para la elaboración del informe pericial correspondiente, a fin de evitar en lo posible la reiteración de entrevistas con el menor.

Además, se propone que sea el experto psicólogo forense quien indique el momento adecuado para la práctica de la prueba preconstituida (o anticipada impropia), teniendo presente la situación y madurez del menor así como su estado psicológico en el momento de la exploración, con la finalidad de evitar así el fracaso de la misma.

Por otra parte, se propone que corresponda a los psicólogos adscritos al Instituto de Medicina Legal determinar si existe un riesgo razonablemente previsible de que se pueda producir algún quebranto para la estabilidad emocional y el normal desarrollo personal del menor en el caso de que tenga que prestar declaración en el acto del juicio oral, o por otras cuestiones que

afecten directamente a la integridad del testimonio (*informe previo de valoración de prueba preconstituida*).

5.- SALA GESELL

La Consejería competente en materia de Justicia del Gobierno de Canarias asume el compromiso, en función de las disponibilidades presupuestarias, de acondicionar las salas con espejo bidireccional que se estimen necesarias en la Ciudad de la Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, para la práctica de la prueba preconstituida o anticipada a fin de adecuarlas a víctimas menores de edad y crear un ambiente agradable y acorde a la minoría de edad.

6.- GESTIÓN SALA GESELL

El Decanato de los Juzgados de Las Palmas de GC se encargará de la gestión de las dos Sala habilitadas en la Ciudad de la Justicia para la práctica de la prueba preconstituida.

Para la gestión de la sala situada en la torre 2º, planta 1º, Decanato se coordinará con la Directora del Instituto de Medicina Legal. A tal fin, la Directora del Instituto de Medicina Legal remitirá a Decanato semanalmente y con una semana de antelación, la relación de señalamientos programados para la semana siguiente. El uso de esta sala tendrá carácter preferente.

Para la gestión de la sala situada en la torre 3º, planta 2º Decanato se coordinará con Fiscalía de Menores. A tal fin, la Fiscalía de Menores remitirá a Decanato semanalmente y con una semana de antelación, la relación de señalamientos programados para la semana siguiente.

La gestión de la sala que se habilite en su caso en dependencias del Instituto de Medicina Legal se gestionará por su Directora.

7. USO SALA GESELL POR UN ÓRGANO DE OTRO PARTIDO JUDICIAL.

En los casos en los que se active el protocolo por un juzgado fuera del partido judicial de Las Palmas de Gran Canaria, éste podrá librar solicitud de auxilio judicial al Juzgado Decano de este partido con la finalidad de utilizar los medios técnicos y sala habilitada en el edificio judicial para la práctica de la prueba Preconstituida.

Existen dos posibilidades, que se traslade la Comisión Judicial al edificio de la ciudad de la Justicia donde está ubicada la Sala Gesell o que se escuche al menor por videoconferencia desde la sede del órgano judicial:

- PRESENCIAL (Se recomienda el uso “presencial” de la sala)

a) En este caso bastará oficio dirigido al Juzgado decano pidiendo la reserva de la Sala, el Decanato gestionará la disponibilidad de la Sala Gesell y facilitará la fecha a fin de que señale día y hora para la celebración de la prueba preconstituida,

b) al ser presencial se traslada la Comisión Judicial asistida del funcionario de Auxilio Judicial de su propio juzgado, que será el encargado de la grabación de la diligencia en la propia Sala Gesell .

- POR VIDEOCONFERENCIA

Se enviará exhorto al juzgado decano y será turnado por razón de la materia entre los juzgados de instrucción o de violencia sobre la mujer. Desde el propio Decanato se gestionará la disponibilidad de la Sala Gesell, tras verificar la necesidades del servicio de los juzgados exhortante y exhortado.

Se facilitará la fecha al exhortante a fin de que señale día y hora para la práctica de la prueba preconstituida. El juzgado exhortante será el encargado de realizar todas las notificaciones y citaciones pertinentes para el día señalado al efecto.

El personal de auxilio del organo judicial exhortado será el que haya de conectar la videoconferencia y correspondiente grabación desde la Sala Gesell, cuya copia será remitida, en su caso, junto con el exhorto debidamente diligenciado. Todo ello, sin perjuicio, que el propio juzgado solicitante pueda grabar desde su sede, si lo medios técnicos lo permiten, el acto de la prueba a practicar.

Se propone que en este último caso, y en cuanto a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia le sea posible, que se dote de personal de Auxilio suficiente en el Decanato para que estos exhortos no tengan que ser repartidos a los juzgado de instrucción a fin de evitar disfunciones en la prestación del servicio, tales como, la guardia, celebración de juicios,

En los casos en los que la diligencia vaya a desarrollarse **en dependencias del Instituto de Medicina Legal será mediante comunicación directa entre el Juzgado competente y dicho Instituto.**

8. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL PROTOCOLO

Se constituye una comisión para el seguimiento del protocolo y la realización de propuestas de modificación y ampliación del protocolo formado por:

- Presidente de la Audiencia Provincial, o en quien éste/a delegue.
- Fiscal Jefe, o en quien éste/a delegue.
- Decano/a de los Juzgado de Las Palmas de Gran Canaria, o en quien éste/a delegue.
- Secretario/a Coordinador/a Provincial de Las Palmas, o en quien éste/a delegue.
- Director/a del Instituto de Medicina Legal, o en quien éste/a delegue.
- Representante del Cuerpo Nacional de Policía.
- Representante de la Guardia Civil.
- Representante de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad.

La comisión se reunirá, al menos, cada 6 meses. La reunión podrá convocarse por cualquiera de sus miembros.

9.- PRESENTACIÓN DEL PROTOCOLO.

Acto celebrado el 28 de octubre de 2015.

Lugar: Ciudad de la Justicia de Las Palmas de Gran Canaria.

10. ACTUALIZACIONES PROTOCOLO.

Primera actualización: 23 de noviembre de 2016.

Segunda actualización: 7 junio de 2017.

Tercera actualización: 27 de noviembre de 2017.

Cuarta actualización: 23 de marzo de 2018.

ANEXO I. Modelo de auto para la “activación” de los mecanismo del protocolo: auto “valoración previa” para la práctica de prueba preconstituida.

AUTO

En Las Palmas de Gran Canaria,.....

Dada cuenta;

ANTECEDENTES DE HECHOS

Los hechos que resultan de las anteriores actuaciones presentan características que hacen presumir la posible existencia de un delito contra la libertad sexual afectante a una víctima menor de edad / especialmente vulnerable, por razón de su enfermedad, discapacidad

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-No estando determinadas la naturaleza y circunstancias de los hechos denunciados, ni las personas que en ellos han intervenido, es procedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 774 en relación a los artículos 769 y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal practicar aquéllas necesarias para determinar tales datos y, en su caso, el procedimiento aplicable.

SEGUNDO.- En el presente caso siendo preciso recabar el testimonio de la víctima, atendiendo a su edad / enfermedad/ discapacidad se hace preciso concretar el modo y forma de recibirle declaración, lo que de conformidad con el Protocolo De Actuación En Caso De Víctimas o Testigos Menores de Edad y / o enfermedad o discapacidad exige recabar informe pericial previo con el contenido que se dispondrá.

PARTE DISPOSITIVA

Comuníquese la activación del PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN CASO DE VICTIMAS O TESTIGOS MENORES DE EDAD Y/O CON DISCAPACIDAD. referente al Instituto de Medicina Legal a fin de que se proceda a la designación de especialista forense y recábese un primer informe previo (informe previo de valoración de prueba preconstituida) que determine respecto a..... DATOS VÍCTIMA:

1. En función del grado de madurez del menor, si existe un riesgo razonablemente previsible de que se pueda producir algún quebranto para la estabilidad emocional y el normal desarrollo personal del menor en el caso de que tenga que prestar declaración en el acto del juicio oral, o por otras cuestiones que afecten directamente a la integridad del testimonio (riesgo de empobrecimiento del testimonio ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación).

2.-Para el caso de que proceda la práctica de la prueba preconstituida que, se indique el momento adecuado para realizarla, atendiendo a la situación y madurez del menor, y teniendo presente su estado psicológico en el momento de la exploración, a fin de evitar el fracaso de la misma, de forma que, la fecha para su practica se señale coordinadamente con el Instituto de Medicina Legal.

3.-Para el caso de que no se aprecie riesgo de doble victimización en caso de que el menor declara en juicio, recomendaciones, para la práctica de toma de declaración del menor en el acto del juicio, a fin de evitar situaciones estresantes que puedan influir negativamente en el testimonio.

Recábase informe pericial autónomo sobre:

- La credibilidad del testimonio de la víctima.
- El daño irrogado al/la menor respecto a los hechos investigados, presentes y para el caso de que fuere posible los de previsible causación.

A tal efecto dese traslado al perito/ peritos que se designe/n de copia íntegra de las actuaciones.

PÓNGASE ESTA RESOLUCIÓN EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO FISCAL Y DEMÁS PARTES PERSONADAS, previniéndolas que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, RECURSO DE REFORMA en el plazo de TRES DIAS Y/O APELACIÓN EN EL DE CINCO DÍAS.

Así por este Auto lo pronuncia, manda y firma, juez/magistrado del juzgado de Instrucción n.ºde Doy fe.

ANEXO II. Modelo de Auto por el que se acuerda la práctica de prueba preconstituida en caso de menores

AUTO

En Las Palmas de Gran Canaria, a

ANTECEDENTES DE HECHO

En las presentes actuaciones seguidas por un presunto delito demediante auto de fecha..... se acordó activar el Protocolo De Actuación En caso De Víctimas Menores De Edad.

Recabados los informes periciales pertinentes se estima procedente recibir en forma preconstituida en sede judicial la declaración de

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-La Exposición de Motivos de la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito refiere literalmente que tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. Es por ello una obligación que, cuando se trate de menores, el interés superior del menor actúe a modo de guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación a un menor víctima de un delito durante el proceso penal. En este sentido, la adopción de las medidas de protección del Título III, y especialmente la no adopción de las mismas, deben estar fundamentadas en el interés superior del menor. [...]

Por otro lado, la protección y el apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima. Para ello, es fundamental ofrecer a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, con la minoración de trámites innecesarios que supongan la segunda victimización.[...]

Las actuaciones han de estar siempre orientadas a la persona, lo que exige una evaluación y un trato individualizado de toda víctima, sin perjuicio del trato especializado que exigen ciertos tipos de víctimas.

Como ya se ha indicado, el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral.[...]

No obstante la vocación unificadora del Estatuto y las remisiones a la normativa especial de ciertos colectivos de víctimas, que verían ampliada su asistencia y protección con el catálogo general de derechos de la víctima, ante la ausencia de una regulación específica para ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, se pretende otorgarles una protección especial en este texto mediante la transposición de otras dos Directivas: la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

El Estatuto de la Víctima concreta en su Título III que las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada. (artículo 19.1). Las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación, estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes (artículo 20). El artículo 21 concreta la exigibilidad, con las debidas garantías, de que se reciba declaración a las víctimas, cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas. Se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal, mencionando de manera particular que a lo largo del proceso penal, la adopción de medidas de protección para víctimas menores de edad tendrá en cuenta su situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez, y respetará plenamente su integridad física, mental y moral. Como particulares medidas de protección el artículo 26 concreta que en el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes: Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser

reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La declaración podrá recibirse por medio de expertos.

SEGUNDO.- Establece el artículo 433 de la ley de Enjuiciamiento Criminal: Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma. En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

En parecidos términos el artículo 448 concreta que: Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes. Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes. La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

En el ámbito del enjuiciamiento establece el artículo 707: Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos. La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando

resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.

El artículo 731 bis reitera que : 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 bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el ámbito del procedimiento abreviado en su apartado segundo el artículo 777 prevé que Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

Y en el ámbito de las diligencias urgentes el artículo 797.2 establece que cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de guardia practicará inmediatamente la misma asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

TERCERO.- De manera reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han venido admitiendo, con particulares exigencias la validez de la denominada prueba preconstituida del testimonio como prueba válida en fase de juicio oral, así tanto la STC de 28 de febrero de 2013, como la STS 220/2013, de 21 de marzo, consideran que es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. En concreto, se condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos, clasificados como: a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECr , o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral.

El Tribunal Supremo ha estimado (SSTS 96/2009 de 10 de marzo , 743/2010, de 17 de junio , 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero , entre otras) que la previsión de «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores .

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH , siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski ; 15 de junio de 1992, caso Lüdi ; 23 de abril de 1997, caso Van Mecheleny otros).

Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, especialmente la defensa del interés del menor y el derecho fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes. Esta línea interpretativa encuentra su refrendo en la Convención de Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20 de

noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991 (art. 96.1 C. E.), así como en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15/03/2001 (arts. 8 y 15), posición que a su vez viene avalada por nuestro art. 39 4º C E ("los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"). Incorporando así dicha normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, la más moderna jurisprudencia, ya citada, opta por una ampliación del criterio de «imposibilidad» de testificar en el juicio oral de los arts. 448 , 777.2 y 797.2 LECrim (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con la cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, o personas vulnerables necesitadas de especial protección de forma que, en estos supuestos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquéllos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley (STS 743/2010, de 17 de junio).

De hecho, dicho valor ha sido incorporado a nuestro Derecho positivo a través de la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, que nos traslada el art. 3. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la redacción de su artículo 2 : "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el "interés superior del menor" , redactado por el apartado dos del artículo primero de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia . La STS 19/2013, de 9 de enero refiere. "atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia constitucional y de esta Sala que lo interpreta -STS 80/2012, 10 de febrero y STC 174/2011, 7 de noviembre , entre otras- no son ajenos a estas necesidades". Así, a través de los arts. 433 , 448 , 455 , 707 , 731 bis , 777.2 y 797.2 LECrim , es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las

partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del TEDH y del TS que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior.

De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

Asimismo la STS 925/2012, 8 de noviembre señala que " ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción. De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.....con la muy reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre; o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009 (arts. 30 o 35 , que alientan una serie de medidas como la necesidad de que las declaraciones de niños y niñas, se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello y que su número sea limitado y el estrictamente necesario, así como que se adopten medidas para que dichas entrevistas sean grabadas y que dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral)". (...) no obviemos que estas normas en el plano sustantivo han sido ya transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico tras la reforma del Código Penal operada por la Ley 1/2015 .Como se ha argumentado por los especialistas, no se trata solo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que

también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad.

El Tribunal Constitucional en sentencia 174/2011 de 7.11 , asume el criterio respaldado por el TEDH en sentencia 28.9.2010 en orden de la delimitación entre la protección del menor víctima del delito y la garantía de un proceso con todas las garantías, sentando las siguientes conclusiones:

- Las pruebas deben normalmente ser presentadas en una audiencia pública en presencia del acusado para poder tener, ante el Juez, una discusión racional ordenada basada en el principio de contradicción.

- Dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

- Dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado.

- En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado.

- En el caso del testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal.

- En estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que

- Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad, el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral.

En definitiva el Alto Tribunal establece (recurso de amparo nº 10202/2009) que cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogado; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral.

CUARTO.- En el presente caso...

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, es por lo que:

DISPONGO.-

Se acuerda (CONCRETAR SIN/CON la intervención de experto en psicología,) la práctica como prueba anticipada preconstituida la DECLARACIÓN de con citación e intervención del Ministerio Fiscal, del Letrado del investigado, del INVESTIGADO y de las restantes partes personadas, (si las hubiere), documentándose dicha diligencia en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, evitando la confrontación visual entre el menor y el investigado.

El menor deberá estar acompañado por su representante legal o persona que designe.

Contra este auto podrá interponerse recurso de reforma en plazo de tres días y, subsidiaria o directamente sin necesidad del anterior, recurso de apelación en plazo de cinco días (que carecerá de efectos suspensivos Si / NO).

Así por este Auto lo pronuncia, manda y firma, , Juez/a del Juzgado de, y de su cumplimiento, yo el/la Secretario/a doy fe.

ANEXO III. Modelo de Auto por el que se acuerda la práctica de prueba preconstituida en caso de persona con discapacidad.

AUTO

En

ANTECEDENTES DE HECHO

En las presentes actuaciones seguidas por un presunto delito de..... mediante auto de fecha se acordó activar el Protocolo De Actuación En caso De Víctimas o Testigos Menores De Edad y/o Personas Especialmente Vulnerables.

Recabados los informes periciales pertinentes se estima procedente a la luz del examen de sus conclusiones, recibir y preconstituir el testimonio en sede judicial de

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-La Exposición de Motivos de la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito refiere literalmente que tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. En este sentido, la adopción de las medidas de protección del Título III, y especialmente la no adopción de las mismas, deben valorar de manera específica la situación en la que se encuentra la víctima y circunstancias personales que se estimen relevantes. Por otro lado, la protección y el apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima. Para ello, es fundamental ofrecer a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, con la minoración de trámites innecesarios que supongan la segunda victimización.[...]

Las actuaciones han de estar siempre orientadas a la persona, lo que exige una evaluación y un trato individualizado de toda víctima, sin perjuicio del trato especializado que exigen ciertos tipos de víctimas.

Como ya se ha indicado, el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral.[...]

No obstante la vocación unificadora del Estatuto y las remisiones a la normativa especial de ciertos colectivos de víctimas, que verían ampliada su asistencia y protección con el catálogo general de derechos de la víctima, ante la ausencia de una regulación específica para ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, se pretende otorgarles una protección especial en este texto mediante la transposición de otras dos Directivas recientes: la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

A lo anterior podríamos con pretensión generalista añadir el instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificado por España (BOE 96, 21 de abril de 2008.). Desde el enfoque de los Derechos Humanos, quienes en el ámbito de la justicia aborden las cuestiones relativas a la discapacidad deberán hacerlo desde el nuevo concepto del modelo social, apreciando todos y cada uno de los elementos que lo conforman, para identificar en todo caso los obstáculos que la originan y las medidas que pueden asegurar la igualdad material en el ejercicio de los derechos fundamentales. De igual modo cuando se trate de participar en la administración de justicia desde todos los frentes posibles: como operador jurídico, como justiciable o justiciado, como parte o testigo, jurado o perito, etc. es necesario abordarlo siempre desde la perspectiva de la Convención, considerando sobre todo los medios y medidas que permitan la igualdad de oportunidades, como una obligación para garantizar la no discriminación.

Respecto a la primera de las normas mencionadas el Estatuto de la Víctima concreta en su Título III que las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada. (artículo 19.1). Las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación, estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos

siguientes(artículo 20). El artículo 21 concreta la exigibilidad, con las debidas garantías, de que se reciba declaración a las víctimas, cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas. Se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal, mencionando de manera particular que a lo largo del proceso penal, la adopción de medidas de protección para víctimas menores de edad tendrá en cuenta su situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez, y respetará plenamente su integridad física, mental y moral. Como particulares medidas de protección el artículo 26 concreta que en el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes: Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La declaración podrá recibirse por medio de expertos.

En cuanto a la segunda de las normas al tratarse de un Tratado Internacional ratificado por España y publicada tal ratificación en el BOE, de conformidad con el art. 96 de nuestra Constitución forma parte de nuestro derecho interno, siendo pues, de aplicación directa por Jueces y Tribunales y cuyo cumplimiento puede ser exigido por cualquier ciudadano. Máxime una vez publicada la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación de la normativa española a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Fruto de las anteriores se publica la “Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia a la Luz de La Convención de la ONU y de Las Reglas de Brasilia” del Consejo General del Poder Judicial, en la que se recoge (páginas 172 y ss.) “Cuando el Juez de Instrucción prevea, por motivo racional bastante, que el testigo pueda ser incapacitado debe preconstituir la prueba en la forma prevista en el art. 448 LECr. Se recoge en el precepto citado lo que se denomina «prueba preconstituida» o «preconstitución de prueba», la cual, si se practica en los términos descritos en el precepto citado tendrá plena validez para ser valorada por el órgano juzgador y, en su caso, desvirtuar el derecho de presunción de inocencia del acusado, procediéndose a la lectura de tales declaraciones en el plenario, en trámite de prueba documental en la forma prevista en el art. 730 de la ley procesal penal. La reforma de 2009 realizada en la LECr plasma así en la ley procesal penal el derecho de acceso en calidad de testigo de las personas discapaces en todos los procedimientos penales recogida en el Convenio referenciado, al integrarse el artículo citado en las normas que desarrollan el procedimiento ordinario por delitos graves o sumario, proceso tipo en el sistema procesal español y de aplicación supletoria en los demás procedimientos (abreviado, jurado y juicios rápidos).

Adquiere relevancia la propia y particular atención que en las disposiciones generales presta el Código Penal en su artículo 25, redactado por el número quince del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal al definir: A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

SEGUNDO.- Establece el artículo 433 de la ley de Enjuiciamiento Criminal: Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma. En el caso de las personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

En parecidos términos el artículo 448 concreta que: Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado

y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes. Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes. La declaración de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

En el ámbito del enjuiciamiento establece el artículo 707: Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos. La declaración de los testigos con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.

El artículo 731 bis reitera que : 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, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el ámbito del procedimiento abreviado en su apartado segundo el artículo 777 prevé que cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

Y en el ámbito de las diligencias urgentes el artículo 797.2 establece que cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de guardia practicará inmediatamente la misma asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

TERCERO.- De manera reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han venido admitiendo, con particulares exigencias la validez de la denominada prueba preconstituida del testimonio como prueba válida en fase de juicio oral, así tanto la STC de 28 de febrero de 2013, como la STS 220/2013, de 21 de marzo, consideran que es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. En concreto, se condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos, clasificados como: a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim , o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral.

El Tribunal Supremo ha estimado (SSTS 96/2009 de 10 de marzo , 743/2010, de 17 de junio , 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero , entre otras) que la previsión de «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos.

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3

d) y 1 del art. 6 CEDH , siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski ; 15 de junio de 1992, caso Lüdi ; 23 de abril de 1997, caso Van Mecheleny otros).

Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, especialmente la defensa del interés de la víctima y el derecho fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías, aconsejen o no la ausencia del perjudicado en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes. Esta línea interpretativa encuentra su refrendo en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15/03/2001 (arts. 8 y 15), posición que a su vez viene avalada como se ha expuesto por nuestro ordenamiento procesal, y la más moderna jurisprudencia, ya citada, que optan por una ampliación del criterio de «imposibilidad» de testificar en el juicio oral de los arts. 448 , 777.2 y 797.2 LECr (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con la cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de personas vulnerables necesitadas de especial protección de forma que, en estos supuestos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquéllos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley (STS 743/2010, de 17 de junio).

CUARTO.- En el presente caso...

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, es por lo que:

DISPONGO:

Se acuerda (CONCRETAR SIN/CON la intervención de experto en psicología,) la práctica como prueba anticipada preconstituida la DECLARACIÓN de con citación e intervención del Ministerio Fiscal, del Letrado del investigado, del INVESTIGADO y de las restantes partes personadas(si las hubiere), documentándose dicha diligencia en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, evitando la confrontación visual entre víctima e investigado.

Contra este auto podrá interponerse recurso de reforma en plazo de tres días y, subsidiaria o directamente sin necesidad del anterior, recurso de apelación en plazo de cinco días.

Así por este Auto lo pronuncia, manda y firma, , Juez/a del
Juzgado de, y de su
cumplimiento, yo el/la Secretario/a doy fe.