

**DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES  
FRENTE A LA VIOLENCIA: EL DERECHO DE LAS  
VÍCTIMAS A SER ESCUCHADAS Y A DEFENDER SUS  
DERECHOS E INTERESES EN LOS PROCEDIMIENTOS  
JUDICIALES<sup>1</sup>**

*CHILDREN'S RIGHTS IN THE FACE OF VIOLENCE: THE RIGHT  
OF VICTIMS TO BE HEARD AND TO DEFEND THEIR RIGHTS AND  
INTERESTS IN LEGAL PROCEEDINGS*

*Blanca Sillero Crovetto<sup>2</sup>*

**Resumen:** Desde el reconocimiento de los niños como sujetos autónomos, se aborda en el ordenamiento jurídico español el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y cuando son víctimas de violencia, es necesario exigir que las garantías procesales se respeten en todo momento y lugar. Todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al menor, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por el interés superior; además hay que procurar que la intervención sea lo menos perjudicial, en función de lo que exijan las circunstancias.

**Palabras Claves:** Derecho del Niño a ser Oído; Violencia; Proceso; Víctima.

**Abstract:** From the recognition of children as autonomous subjects, the article addresses the right of children and adolescents to be heard and express their opinion freely in all matters that affect them and, when they are victims of violence, the requirement that procedural guarantees are respected at all times and places. All decisions taken must obey the main purpose of protecting the child, safeguarding his subsequent development and ensuring the best interests; In addition, care must be taken to ensure that the intervention is the least harmful, depending on what the circumstances require.

**Keywords:** Right of Children to be Heard; Violence; Judicial Process; Victim.

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La condena de los excluidos. Fronteras institucionales de los derechos humanos” (PID 2021-122498NB-1000) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cuyos IIPP son los Profes. Dres. Alberto Daunis y Rafael Durán.

<sup>2</sup> Profesora Titular Derecho Civil. Universidad de Málaga (bsillero@uma.es).

# 1 INTRODUCCIÓN

La preocupación por la infancia aparece en declaraciones y convenios internacionales desde principios del siglo XX, pero hasta 1989 no se dio el salto cualitativo que implica aprobar un texto normativo de vocación universal. Dicho texto, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>3</sup> adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990<sup>4</sup>.

En la actualidad el tratamiento jurídico de la niñez, a nivel internacional y nacional se sustenta sobre tres pilares básicos: el reconocimiento del incremento de su capacidad de ejercicio, la necesaria fundamentación de las decisiones sobre los menores en su interés superior, y el derecho a ser oídos antes de adoptarse, en cualquier ámbito, una decisión que les afecte<sup>5</sup>

Una de las aportaciones más relevantes al derecho internacional de los derechos humanos y a una concepción de niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de derechos, la constituye el artículo 12 CDN, que provocó una transformación del enfoque tradicional, que atribuía a los niños y niñas el papel de receptores pasivos de los cuidados y atenciones de los adultos –que serían los encargados de adoptar por sustitución las decisiones de mayor relevancia en aquello que les concierna-, reconocerles como protagonistas activos y, por tanto, llamados a participar en todo proceso de adopción de tales decisiones. NNA, pasan

---

<sup>3</sup> En este trabajo se utilizan indistintamente los términos “menor”, más común en el ordenamiento jurídico español, y “niños” “niñas” y “adolescentes” frecuentes en el ordenamiento internacional.

<sup>4</sup> El elevado número de Estados parte resulta muy expresivo del amplio consenso que suscita la idea de que los derechos de los niños han de ser un objetivo común y primordial de la humanidad, en Defensor del Pueblo (2014) “*Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*”, Madrid, mayo, pág. 9.

<sup>5</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2019): “El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta”, *REDUR*, 17, diciembre, pág.6

a ser contemplado como individuos con opiniones propias que habrán de ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez.

Este nuevo marco jurídicosocial se proyecta en España en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (en adelante Ley Orgánica 1/1996), que en su Exposición de Motivos se refiere a los niños “como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

## **2 EL DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS Y ESCUCHADOS**

El derecho del niño a expresar su opinión y a que se tenga en cuenta se introdujo por primera vez en el artículo 12 CDN con el siguiente texto:

- 1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*
- 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

El Comité de los Derechos del Niño destaca de este precepto, que debe considerarse “como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del menor, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que debe tenerse en cuenta para interpretar y

hacer respetar todos los demás derechos”<sup>6</sup>. El Comité insta a los Estados partes a evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que se permitan que se escuche a los niños pero no se tengan debidamente en cuenta sus opiniones<sup>7</sup>.

En la Observación General n° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, el Comité proporciona orientación a los Estados sobre las medidas necesarias para garantizar que se hagan efectivos los derechos del niño durante la adolescencia, teniendo presente también la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible<sup>8</sup>. Los Estados partes de conformidad con el artículo 12 de la Convención, deben adoptar medidas para garantizar el derecho de los *adolescentes a expresar sus opiniones sobre todas las cuestiones que les afecten, en función de su edad y madurez, y velar por que estas se tengan debidamente en cuenta, por ejemplo, en decisiones relativas a su*

---

<sup>6</sup> Párrafo 2 de la Observación General núm. 12 (2009), sobre el derecho del niño a ser escuchado. Observación que tiene como objetivo principal apoyar a los Estados partes en la aplicación efectiva del artículo 12, y para conseguirlo:

- Aumentar la comprensión del significado del artículo 12 y sus consecuencias para los gobiernos, las partes interesadas, las ONG y la sociedad en general;
- Abundar en el alcance de las leyes, las políticas y las prácticas necesarias para lograr la plena aplicación del artículo 12;
- Destacar los enfoques positivos en la aplicación del artículo 12, teniendo presente la experiencia del Comité en las labores de seguimientos;
- Proponer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten”. Párrafo 8.

<sup>7</sup> Observación General núm. 12, párrafo 132.

<sup>8</sup> Destaca el Comité la importancia de un enfoque basado en los derechos humanos que incluya el reconocimiento y el respeto de la dignidad y de la capacidad de acción de los adolescentes; su empoderamiento, ciudadanía y participación activa en sus propias vidas; la promoción de la salud, el bienestar y el desarrollo óptimos; y un compromiso con la promoción, la protección y el ejercicio de sus derechos humanos, sin discriminación. Observación General 16, párrafo 4. Observación General que no pretende, definir la adolescencia, sino que se centra en el periodo de la infancia que va desde los 10 años hasta que el niño cumple 18 para facilitar la coherencia en la reunión de datos.

educación, salud, sexualidad, vida familiar y a *los procedimientos judiciales y administrativos*<sup>9</sup>.

La Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992, recoge en el apartado 15 este derecho de audiencia, con los siguientes términos:

*15. Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que implique la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. a este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño.*

Con una fórmula más genérica, se refiere a los derechos de los menores el artículo 24 de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con siguiente tenor literal:

*1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.*

En nuestro ordenamiento jurídico, la LO 1/1996, supuso la concreción del espíritu y las medidas concretas de la CDN y formuló en su artículo 9, con carácter general por primera vez el derecho del niño a ser oído en cualquier ámbito que vaya a tomarse una decisión que le afecte. Derecho a ser oídos y escuchados que fue objeto de desarrollo tras

---

<sup>9</sup> Observación General núm. 20, párrafo 23.

la reforma de esta normativa por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante Ley Orgánica 8/2015), realizando una diferenciación, entre el derecho a ser oído y escuchado y estableciendo la obligación de dar a la opinión del niño el peso que la misma merezca atendiendo a su edad y madurez, lo que hace que se logre el objetivo de una mayor consonancia con lo establecido en la CDN<sup>10</sup>.

Dispone el artículo 9.1 Ley Orgánica 8/2015, lo siguiente:

*1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.*

*2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.*

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2017): *El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 98.

*Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.*

*No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.*

*Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración<sup>11</sup>.*

El derecho de NNA a ser escuchados está estrechamente vinculado con otro de los principios fundamentales de la Convención, la idea de que el interés del menor ha de ser entendido como superior, y por tanto, ha de tener la consideración de primordial en los procesos de adopción de decisiones que le afecten, artículo 3 CDN. Como el propio Comité afirma, los artículos 3 y 12 de la Convención tienen funciones complementarias de modo que el primero no puede ser correctamente aplicado si no se cumplen los requisitos del segundo. No es posible determinar correctamente el mejor interés del menor sin respetar los elementos de su derecho de ser escuchado. Del mismo modo, el interés superior del menor exige el respeto a su papel esencial en todas las decisiones que afecten a su vida<sup>12</sup>.

Al igual que con el artículo 12 de la Convención, el párrafo primero del artículo 3 ha sido objeto de una Observación General en la

---

<sup>11</sup> Esta reforma, como se indica en su Exposición de Motivos, trae causa significativamente en la Observación General nº 12 (2009), sobre el derecho del niño a ser escuchado.

<sup>12</sup> Observación General 12, párrafo 74.

que se desarrolla y contextualiza el alcance de este precepto. La Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013 “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño<sup>13</sup>.

El análisis de esta Observación permite ofrecer algunos parámetros sobre el concepto de “interés superior del niño”:

- La Convención parte de un principio radical: el interés del niño ha de considerarse superior a los demás interés en juego y su exigibilidad no queda al criterio de los Estados<sup>14</sup>.

La trascendencia de este principio lleva a que el artículo 11.2.a), de la Ley Orgánica 1/1996, lo considere uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, así como en múltiples normas internas.

- Se trata de un concepto complejo y no unívoco, que debe determinarse caso a caso. El comité alude a que se trata de un concepto “flexible y adaptable [...] teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales”<sup>15</sup> y nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 55/1996, 28 de marzo, se refirió como una “zona de incertidumbre o penumbra”. Es por ello que los cambios introducidos en la Ley Orgánica 1/1996, por la Ley Orgánica 8/2015, desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, modificando para ello el artículo 2 y, tal y como se afirma en la Exposición de Motivos se define el concepto de interés superior desde un contenido triple.

---

<sup>13</sup> La Observación General 20, en su párrafo 22 contempla que “Todas las medidas de aplicación de la Convención, como la legislación, las políticas, la planificación académica y social, la toma de decisiones y las decisiones presupuestaria, deben ajustarse a procedimientos que garanticen que el interés superior de los niños, incluidos los *adolescentes*, constituye una consideración primordial en todas las medidas que les conciernen.

Vid. LIEBEL, M (2015), “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, pp. 43-61.

<sup>14</sup> Afirma el Comité que “si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar”, Observación General 14, párrafos 6 y 37.

<sup>15</sup> Observación General 14, párrafo 32.

“Por una parte es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de tomar una decisión. Por otra parte, es un principio general interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

- A la dificultad intrínseca que implica la determinación del superior interés del menor en cada caso se le une el riesgo de abuso del mismo por parte de autoridades, padres o tutores, o por profesionales, que pueden desatender la obligación de contemplar el interés superior por considerarlo carente de importancia o por padecer limitaciones de medios que le compliquen asumir esta tarea. El deber de escuchar la opinión del niño es una garantía frente a este riesgo<sup>16</sup>.

- En este sentido ya el Tribunal Constitucional en sentencia 141/2000, de 29 de mayo, afirmó que: “sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padre o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, al que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Observación General 14, párrafo 34.

<sup>17</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000): “Límites de la libertad religiosa y de las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141(2000, de 29 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, número 14, enero-diciembre, pp. 245-299.

- Para garantizar el derecho del menor a ser escuchado, la atención debida a su opinión, así como su superior interés, todas las personas con responsabilidades en estos procesos han de disponer de una formación específica en habilidades para el trato de menores.
- Los tribunales de justicia son directamente invocados entre las autoridades a las que incumben una especial obligación de dar satisfacción al interés superior del niño en todas las decisiones que adopten.

En la Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional, Sentencia 64/2019, de 9 de mayo de 2019, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona<sup>18</sup>, respecto de la constitucionalidad del artículo 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que regula la forma como debe documentarse la exploración de menores, el Pleno ha desestimado por unanimidad la cuestión inconstitucionalidad planteada<sup>19</sup>.

La sentencia, redactada por el Magistrado Ponente Fernando Valdés-Dal-Ré, señala que el contenido de dicho precepto es

---

<sup>18</sup> El Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia 14 de Barcelona, Xabier Abel Lluch, planteó la cuestión de inconstitucionalidad, por “las muchas dudas que se desprenden del nuevo artículo 18.4 Ley de jurisdicción voluntaria, pues se plantea una colisión entre el derecho a la intimidad del menor (artículo 18 CE) y el derecho de la defensa del letrado (artículo 24 CE), amén de que la ley de Jurisdicción Voluntaria rompe con la tradición jurídica precedente –y no modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil- y tampoco otorga al juez una facultad de soslayar en el acta las manifestaciones que afecten a la intimidad del menor y puedan ocasionar un conflicto de lealtades con sus progenitores”, en “La confidencialidad de la audiencia del menor”, *Diario La Ley*, nº 9148, 20 de mayo de 2019. Vid. del mismo autor, La audiencia del menor con auxilio de especialistas”, en *La audiencia del menor en los procesos de Familia* (Coord. ABEL LLUCH) Sepín, Madrid, 2019, pp. 167-170; CLAVIJO SUNTURA, J.H. (2018): “La participación del menor en la audiencia de exploración”, *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 25, enero, pp. 570-585.

<sup>19</sup> Vid. NEIRA PENA, A.M. (2020), “La audiencia del menor en los procesos de familia”, en *Los conflictos de Derecho de familia desde la Justicia terapéutica* (Dir. PILLADO GONZÁLEZ), Wolters Kluwer, Madrid, pp. 281-305.

constitucional porque no vulnera el derecho a la intimidad de los menores.

Recuerda el Tribunal que “El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (CDN). Como detalla la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al “interés superior del niño”, y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor.

Sentada esta premisa, debe constatar que el art. 18.2.4ª de la Ley 15/2015, al regular la audiencia del menor de edad, no hace otra cosa que incorporar una norma de obligada observancia a los expedientes de jurisdicción voluntaria que afecten a sus intereses.

El acta de la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal, documentado, del derecho del menor de edad a ser “oído y escuchado”, entre otros ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. *El derecho del menor a ser “oído y escuchado” forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a*

*la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7, 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, 17/2006, de 30 de enero, FJ 5).*

Sucede sin embargo que el propio ejercicio de este derecho puede producir afectación a otro derecho fundamental del que es titular el mismo menor de edad: su derecho a la intimidad, protegido por el art. 18.1 CE, y recogido en los arts. 16.1 CDN y 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996. El derecho a la intimidad, según ha reiterado la STC 58/2018, de 4 de junio, “tiene por objeto ‘garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida’ (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 7)” (FJ 5).

La interrelación entre ambos derechos se aprecia con claridad en el art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996, al fijar como regla general, aplicable a toda comparecencia o audiencia de los menores en los procedimientos judiciales, que la misma debe realizarse cuidando de preservar su intimidad.

Toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre ambos derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor: “todos los poderes públicos – incluido el judicial- deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad” (STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5). Bien refleja este principio la citada Ley Orgánica 8/2015, que en su exposición de motivos destaca su importancia: “Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de

Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”. Dispone en consecuencia el reformado art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996:

*En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

*En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

*Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.*

En definitiva, el interés superior del niño, se concretiza, en materia de capacidad en el ejercicio progresivo de sus derechos y dentro de éstos está el ser oídos y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta. Este derecho a que su opinión sea tomada en cuenta se entronca con el derecho al debido proceso, donde uno de los elementos esenciales lo constituye el derecho a la defensa, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída, comprendiendo en éste la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso e intervenir en todos los asuntos que le afecten<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> DE LA TORRE VARGAS, M (2018), “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho* (UCUDAL), nº 18, diciembre, pág. 135.

### 3 NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA

La lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos y para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la CDN es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica mediante la prevención de toda forma de violencia. Los delitos que sufren los menores son más graves, más violentos y por tanto les afectan en mayor medida tanto a nivel personal, como social y relacional.

El Comité de los Derechos del Niño publicó en 2011 la Observación General nº 13 relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, con la que se marcan las pautas para entender en profundidad el derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la interpretación del artículo 19 de la Convención en el contexto más amplio.

*El artículo 19 dispone lo siguiente:*

- 1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*
- 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial<sup>21</sup>.*

---

<sup>21</sup> Un sistema holístico de protección del niño requiere la prestación de medidas amplias e integradas en cada una de las etapas previstas en el párrafo 2 del artículo 19, teniendo en cuenta las tradiciones socioculturales y el sistema jurídico del Estado parte de que se trate.

La razón de ser de esta Observación General sobre el artículo 19 de la CDN se debe a la alarmante magnitud e intensidad de la violencia ejercida contra los niños. Es preciso reforzar y ampliar masivamente las medidas destinadas a acabar con la violencia para poner fin de manera efectiva a esas prácticas, que dificultan el desarrollo de los niños y la posible adopción por las sociedades de medios pacíficos de solución de conflictos<sup>22</sup>.

---

**Prevención.** El Comité afirma categóricamente que la protección del niño debe empezar por la prevención activa de todas las formas de violencia, y su prohibición explícita. Los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para que los adultos responsables de cuidar, orientar y criar a los niños respeten y protejan los derechos de estos.

**Identificación.** Se identifican factores de riesgo que afecten a determinados niños o grupos de niños y a sus cuidadores (para dar curso a iniciativas específicas de prevención) y se detectan indicios fundados de maltrato (para facilitar una intervención adecuada y lo más rápida posible).

**Notificación.** El Comité recomienda vivamente que todos los Estados partes elaboren mecanismos de atención seguros, bien divulgados, confidenciales y accesibles a los niños, sus representantes y otras personas, que permitan notificar los casos de violencia, por ejemplo utilizando líneas telefónicas gratuitas que atiendan las 24 horas del día u otros medios de información y comunicación.

**Remisión a una institución.** La persona que atienda la notificación debe haber recibido instrucciones y explicaciones claras sobre el momento y la forma en que se debe remitir el asunto al organismo que esté encargado de coordinar la respuesta

**Investigación.** La investigación de los casos de violencia notificados por el niño, un representante del niño o un tercero, debe estar a cargo de profesionales cualificados que hayan recibido una formación amplia y específica para ello y debe obedecer a un enfoque basado en los derechos del niño y en sus necesidades.

**Tratamiento.** El tratamiento es uno de los muchos servicios necesarios para "promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social" del niño víctima de violencia. Párrafos 45 a 53 Observación General núm. 13.

<sup>22</sup> Observación General 13 párrafo 2. En la Observación General núm. 20, el Comité remite a los Estados partes a las recomendaciones formuladas en las Observaciones Generales núm. 13 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia y núm. 18 (2014) sobre las prácticas nocivas, en las que se proponen medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas generales para poner fin a todas las formas de violencia. Los Estados partes tienen que brindar más oportunidades de que se amplíen los programas

España contabiliza, desde el año 2003, los feminicidios en la pareja o expareja (víctimas mortales por violencia de género). Por su parte, desde el año 2013 comienzan a difundirse datos estadísticos sobre menores de edad huérfanos y huérfanas por violencia en la pareja o expareja (violencia de género), así como menores de edad asesinados por este tipo de violencia.

El número de feminicidios en la pareja o expareja entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de mayo de 2023 ha sido de **1.204**.

El número de menores de edad víctimas mortales entre el año 2013, primer año del que se dispone de datos, y el 31 de mayo de 2023 ha sido de **49**.

En 2022 dos menores fueron asesinados o asesinadas por violencia de género contra su madre. Se trata de la segunda cifra más baja desde 2013, cuando se comenzaron a recoger estos datos, superado solo por la cifra de un menor asesinado en 2016. En ambos casos el presunto asesino era el padre biológico. Por su parte, **38 menores han quedado huérfanos o huérfanas en 2022 por violencia de género**.

Es imprescindible impulsar acciones dirigidas al conocimiento, a la prevención y a la solución del maltrato infantil, mediante la mejora de los protocolos y de los sistemas de trabajo interprofesional<sup>23</sup>. El maltrato

---

institucionales para la prevención, la rehabilitación y la reintegración social de los adolescentes víctimas de la violencia. El Comité subraya que es necesario implicar a los adolescentes en la formulación de estrategias de prevención y de respuesta que permitan proteger a las víctimas de la violencia.

<sup>23</sup> PANCHÓN IGLESIAS, C. (2003): “La protección de la infancia”, en VILLAGRASA ALCAIDE C (Coord.) *Nuevas Tecnologías de la Información y Derechos Humanos*, Barcelona, pág. 46. Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO (2018), *Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo*, Madrid. El Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas; la relatora especial sobre el derecho a la salud física y mental; y el relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) emitieron un comunicado de prensa señalando que «los menores en España están expuestos a la violencia y los abusos sexuales por un sistema judicial que no les protege de los padres abusivos» y que el Gobierno de España debe hacer más para protegerlos y «garantizar que sus tribunales superen los prejuicios contra las mujeres y aplicar un enfoque centrado en los niños y de género» “Los tribunales españoles deben proteger a los niños y niñas de la

infantil y la violencia cotidiana que sufren niños, niñas y adolescentes son factores que influyen negativamente y de manera determinante en el desarrollo de sus destrezas y capacidades físico-mentales, genera condiciones de inseguridad e impide un correcto desarrollo en el ámbito social, lo que reduce según VILLAGRASA las posibilidades de interrelación con su entorno<sup>24</sup>. Además, muchos niños, niñas y adolescentes desconocen que son sujetos de derechos.

En todas las actuaciones judiciales, como ya se ha puesto de manifiesto primará siempre el interés superior del niño como así lo declara el artículo 3.1 de la CDN.

La Observación General nº 13 (2011) sobre el “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, del Comité de los Derechos del Niño en su párrafo 54 dispone respecto de la intervención judicial, que: “Las garantías procesales se han de respetar en todo momento y lugar. En particular, todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por el interés superior; además hay que procurar que la intervención sea lo menos perjudicial, en función de lo que exijan las circunstancias”<sup>25</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño y respecto de las autoridades judiciales indica que deberán prestar especial atención a las siguientes salvaguardias:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión<sup>26</sup>.

---

violencia doméstica y los abusos sexuales, dicen los expertos de la ONU”, Vid. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, comunicado de prensa (2021), 9 de diciembre. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/2022/01/spanish-courts-must-protect-children-domestic-violence-and-sexualabuse-say-un-experts>.

<sup>24</sup> Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, pág. 27.

<sup>25</sup> Vid. las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los menores, aprobadas el 17 de noviembre de 2010, las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos y la resolución 65/213 de la Asamblea General.

<sup>26</sup> Observación General 14, párrafos 89-90.

- La determinación de los hechos. Para establecer los hechos y la información pertinente resulta necesario acudir a profesionales, personas cercanas al niño y testigos<sup>27</sup>.
  - La percepción del tiempo. Los niños y los adultos no comparten la misma percepción del paso del tiempo, por lo que procesos de toma de decisiones que se demoran tienen para su desarrollo una particular incidencia de carácter adverso. Ello lleva al Comité a reclamar que se dé prioridad a estos procesos y que su tramitación sea ágil<sup>28</sup>.
  - Profesionales cualificados. Se abunda en la necesidad de intervenciones interdisciplinarias, dada la heterogeneidad de las características y necesidades de los niños<sup>29</sup>.
  - La representación letrada. El Comité reclama que los niños dispongan de abogados que atiendan específicamente a sus intereses en los procedimientos judiciales y administrativos<sup>30</sup>.
  - La argumentación jurídica. “A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión [...] debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hechos referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del menor...”<sup>31</sup>.
- En nuestro Derecho el deber de motivación de las sentencias es una exigencia constitucional, artículo 120 de la Constitución que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva.
- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones, además de la existencia de vías de recursos, tales mecanismos deben estar

<sup>27</sup> Observación General 14, párrafo 92.

<sup>28</sup> Observación General 14, párrafo 93.

<sup>29</sup> Observación General 14, párrafo 94.

<sup>30</sup> Observación General 14, párrafo 96.

<sup>31</sup> Observación General 14, párrafo 97.

a disposición de niño “que ha de tener acceso directo a ellos o por medio de sus representantes jurídicos<sup>32</sup>.

Por otra parte, existe un concepto que gira en la mente del legislador y de los actores del proceso que va unido al de la víctima y que cobra especial significado cuando se trata de menores que han sido víctimas de delitos y es el de *victimización secundaria*. Es decir no sólo hay que tener en cuenta el daño que produce el delito en la víctima sino todo lo que va a venir a continuación, pues puede verse agravado ese perjuicio inicial, si bien no causado intencionadamente por los profesionales, sí a causa de la reiteración de la declaración en sede policial y judicial, el largo transcurso del tiempo desde que se inicia el proceso hasta que acaba con una sentencia definitiva y la falta de especialización de los profesionales que tratan con la víctima.

Son muchas las medidas a adoptar para evitar esa victimización:

- Los procedimientos en materia de protección de menores víctimas de violencia deben tener carácter preferente y se deben agilizar las causas judiciales cuando hay menores implicados, especialmente cuando se trate de víctimas de violencia y más en los casos de violencia sexual.
- Se debe procurar que la intervención en el proceso del menor sea lo menos perjudicial posible, en función de los que exijan las circunstancias y en la medida de lo posible, la intervención judicial debe ser de carácter preventivo.
- Las garantías procesales se han de respetar en todo momento y lugar. En particular, todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al menor, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior y el de otros menores<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Observación General 14, párrafo 98.

<sup>33</sup> Víd. las recomendaciones del Comité contempladas en los párrafos 54 a 57 Observación General núm. 13, relativas a la intervención judicial, tribunales especializados y procedimientos eficaces.

¿Con qué legislación contamos en esta materia en el ordenamiento jurídico español?

Para centrar al cuestión es imprescindible que hagamos un repaso de la legislación donde se contienen todas y cada una de las especialidades procedimentales de todas aquellas causas con menores víctimas. Y la primera impresión que nos provoca es la dispersión normativa que hay sobre la materia, la insuficiencia de normas y sobre las que hay surge la necesidad de aglutinarlas en una sola norma que proteja de manera integral a estos menores que sufren la violencia acarreada de los delitos.

- Ley 4/2015, de 17 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

A pesar de los avances importantes que en la protección contra cualquier forma de violencia han supuesto estas normas, el Comité de Derechos del Niño, con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2010, recomendó a nuestro país que se aprobase una ley integral sobre la violencia contra los niños, parecida a la aprobada contra la violencia de género, que garantizase la reparación de sus derechos y unas normas de atención mínima en las diferentes Comunidades Autónomas. Comité que volvió a recomendar que se agilizase la adopción de la ley integral sobre la violencia contra los niños tras su examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018.

Teniendo en cuenta las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño, así como los compromisos internacionales que se derivan de

los Convenios adoptados en el Consejo de Europa, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 26 de junio de 2014, acordó la creación de una Subcomisión de estudio para abordar el problema de la violencia sobre los niños y las niñas. La Subcomisión adoptó ciento cuarenta conclusiones y propuestas que dieron lugar a la Proposición No de Ley, por la que se insta al Gobierno, en el ámbito de sus competencias y en colaboración con las Comunidades Autónomas, a iniciar los trabajos para la aprobación de una Ley Orgánica para erradicar la violencia contra la infancia.

El 8 de enero de 2019, los Ministerios de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Justicia e Interior aprobaron un Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, que se convirtió en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia<sup>34</sup> (Ley Orgánica 8/2021 en adelante), y que según establece el artículo 1:

*1. La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.*

*2. A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.*

*En cualquier caso se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la*

---

<sup>34</sup> Ley publicada en el BOE, núm. 134, de 5 de junio de 2021, y que según su disposición final vigésima quinta entra en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

*violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.*

*3. Se entiende por buen trato a los efectos de la presente ley aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueva activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes.*

Es en el Título I de la Ley Orgánica 8/2021, donde se reconocen los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia, entre los que se encuentran su derecho a la información y asesoramiento, a ser escuchados, a la atención integral, a intervenir en el procedimiento judicial o a la asistencia jurídica gratuita. Partiendo de la redacción del artículo 9 que garantiza a todos lo niñas, niñas y adolescentes víctimas de violencia los derechos reconocidos en esta ley y obliga a las administraciones públicas a poner a disposición de estos NNA, así como de sus representantes legales, los medios necesarios para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos previstos en esta Ley, teniendo en consideración las circunstancias personales, familiares y sociales de aquellos que pudieran tener una mayor dificultad para su acceso. En todo caso se tendrán en consideración las necesidades de las personas menores de edad con discapacidad, o que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.

#### 4 ESPECIALIDADES PROCESALES EN LAS CAUSAS CON NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA

El derecho de NNA a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten debe ser respetado y observado escrupulosamente en todas las etapas del proceso de la justicia juvenil<sup>35</sup>.

Se afirma en el párrafo 62 de la Observación General nº 12 que: “El niño víctima y el niño testigo de un delito deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones de conformidad con la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”<sup>36</sup>.

“Eso significa, en particular, que debe hacerse todo lo posible para que se consulte a los niños víctimas y/o testigos de delitos sobre los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresarse libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial”<sup>37</sup>.

“El derecho del niño víctima y testigo también está vinculado al derecho a ser informado de cuestiones tales como la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, el papel del niño víctima y/o testigo, la forma en que se realizará el “interrogatorio”, los mecanismos de apoyo a disposición del niño cuando haga una denuncia y participe en

---

<sup>35</sup> Vid. la Observación General nº 10 (2007) del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de niño en la justicia de menores. Respecto de los efectos que puede producir en un niño su participación en los distintos procedimientos judiciales de conformidad al sistema interamericano, vid. ROSELL CASTAGNETO. Mª I (2022): “Estándares interamericanos sobre el proceso del niño a ser oídos en procesos judiciales”, *Revista de Ciencias Sociales*, nº 81, Universidad de Valparaíso, pp. 111-42, trabajo en el que se analiza la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la intervención del niño en procesos judiciales

<sup>36</sup> Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, en particular artículos 8, 19 y 20. Disponible en: [www.un.org/ecosoc/docs/2005/Resolucion%202005-20pdf](http://www.un.org/ecosoc/docs/2005/Resolucion%202005-20pdf)

<sup>37</sup> Párrafo 63 Observación General nº 12.

la investigación y en el proceso judicial, las fechas y los lugares específicos de las vistas, la disponibilidad de medidas de protección, la posibilidad de recibir reparación y las disposiciones relativas a la apelación”<sup>38</sup>.

#### 4.1 La denuncia y declaración del menor víctima en sede policial

¿Pueden las personas menores de edad por sí mismas denunciar sin la necesidad de estar acompañados de un adulto?, interrogante de gran relevancia, cuando la mayoría de los delitos que sufre el menor son cometidos por alguien de su entorno familiar más próximo.

La denuncia policial en puridad de conceptos no es un acto propiamente procesal, por lo que podríamos admitir la posibilidad que se sostiene, entre otros por el Defensor del Pueblo de abrirle la puerta a la denuncia verbal que será redactada por la policía y firmadas por el que lo transcribe y el denunciante<sup>39</sup>.

Que el menor tiene derecho a ser oído, lo garantiza el artículo 9 Ley 1/1996, de nueva redacción en 2015, en el que se garantiza el derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación. Se garantiza el ejercicio de este derecho por sí mismo o a través de sus representantes, y si se deniega la audiencia al menor se tendrá que hacer mediante resolución motivada.

La Instrucción 1/2017, de 21 de abril de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores” en su artículo 5.2 dispone que “Los menores de edad víctimas o testigos de delito ostentan legitimación para interponer denuncia ante los agentes policiales sin necesidad de la presencia de quienes ejerzan su patria potestad o tutela” y además “cuando denuncien sin la presencia de sus representantes legales, los agentes que la reciban podrán poner en

---

<sup>38</sup> Párrafo 64 Observación General nº 12.

<sup>39</sup> En el “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor...”, *op. cit.* pág. 32.

conocimiento la denuncia a aquellos, considerando el propio interés del menor y también, si se aprecia una posible situación de desamparo, en conocimiento del Fiscal”.

Realizada la denuncia por el menor o por su representante hay que iniciar lo que se puede convertir en un calvario para el niño/niña que es el relato pormenorizado de los hechos, lo que es el inicio de la victimización secundaria<sup>40</sup>. Por ello las claves de cómo han de realizarse la exploración de menores víctimas de delitos en sede policial, siguiendo la instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad y en consonancia con lo establecido en el artículo 21 del Estatuto de la Víctima de Delito se pueden concretar en los parámetros siguientes:

- El interés del menor y la eficacia del procedimiento.
- Funcionarios especializados en tratamiento policial de menores.
- Valoración de la práctica o no de la exploración.
- Acompañamiento del menor.
- Grabación y realización en salas adecuadas.
- En caso de dudas acerca de la minoría de edad deberá presumirse la minoría.

A los funcionarios de policía les corresponde realizar las primeras actuaciones preventivas para evitar la reiteración del delito y para la protección de la víctima en la fase de investigación policial hasta que se dé traslado a la autoridad judicial<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> DÍEZ RIAZA, S. y GISBERT POMATA, M. (2017), “La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia”, en *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Coord. MARTÍNEZ GARCÍA, C., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pág. 299.

<sup>41</sup> Si el conocimiento del hecho delictivo surge no de una denuncia por el propio menor o de su representante sino como consecuencia de la actuación directa de la policía en la elaboración de un atestado y hay indicios de abusos o malos tratos a menores, deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento de la sección de menores de la fiscalía y en cualquier caso instar a la autoridad judicial al nombramiento de un defensor judicial si es que hubiese conflicto de intereses con alguno de sus progenitores. Vid artículo 299 Código Civil; DÍEZ RIAZA, S. y GISBERT POMATA, M., *op. cit.* pág. 302.

El artículo 11 de la Ley Orgánica 8/2021, desarrolla el derecho de las víctimas a ser escuchas en los siguientes términos:

*1. Los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límites de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior.*

*2. Se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, metodologías y adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana.*

El capítulo X de la Ley Orgánica 8/2021, se centra en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y consta de dos artículos, 49 y 50. El primero de ellos asegura que todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en todos sus niveles (estatal, autonómico, local), dispongan de unidades especializadas en la investigación y prevención, detección y actuación de situaciones de violencia sobre la infancia y la adolescencia y preparadas para una correcta y adecuada actuación en tales casos, así como que todos los integrantes de los Cuerpos Policiales reciban formación específica para el tratamiento de este tipo de situaciones<sup>42</sup>.

El artículo 50 establece cuáles han de ser los criterios de actuación policial en los casos de violencia sobre la infancia y la adolescencia, la cual debe estar presidida por el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y por la consideración de su interés superior. Sin perjuicio

---

<sup>42</sup> “Las Administraciones competentes adoptarán las medidas necesarias para garantizar que en los procesos de ingreso, formación y actualización del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se incluyan contenidos específicos sobre el tratamiento de situaciones de violencia sobre la infancia y la adolescencia desde la perspectiva policial”, artículo 49.

de los protocolos de actuación a que están sujetos los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la ley recoge una relación de criterios de actuación obligatorios, cuya principal finalidad es lograr el buen trato al niño, niña o adolescente víctima de violencia y evitar la victimización secundaria.

Entre esos criterios de actuación obligatorios, es especialmente relevante la obligación de evitar con carácter general la toma de declaración a la persona menor, salvo en aquellos supuestos que sea absolutamente necesaria. Lo que es coherente con la reforma de la LECrim, por la que como veremos se pauta como obligatoria la práctica de prueba preconstituida por el órgano instructor. Con la finalidad última de que la persona menor de edad realice una sola narración de los hechos, en una única ocasión, ante el Juzgado de Instrucción, sin que sea necesario que lo hagan ni con anterioridad ni con posterioridad a ese momento. Así se afirma en la letra b) del apartado 1 de este artículo 50 que: “Solo se practicarán diligencias con intervención de la persona menor de edad que sean estrictamente necesarias. Por regla general la declaración del menor se realizará en una sola ocasión y, siempre, a través de profesionales específicamente formados”<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Se citan en el artículo 50, como criterios de actuación los siguientes:

- a) Se adoptarán de forma inmediata todas las medidas provisionales de protección que resulten adecuadas a la situación de la persona menor de edad.
- b) [...]
- c) Se practicarán sin dilación todas las diligencias imprescindibles que impliquen la intervención de la persona menor de edad, una vez comprobado que se encuentra en disposición de someterse a dichas intervenciones.
- d) Se impedirá cualquier contacto directo o indirecto en dependencias policiales entre la persona investigada y el niño, niña o adolescente.
- e) Se permitirá a las personas menores de edad que así lo soliciten, formular denuncia por sí misma sin necesidad de estar acompañada de una persona adulta.
- f) Se informará sin demora al niño, niña o adolescente de su derecho a la asistencia jurídica gratuita y, si así lo desea, se requerirá al Colegio de Abogados competente la designación inmediata de abogado o abogada del turno de oficio específico para su personación en dependencias policiales.
- g) Se dispensará un buen trato al niño, niña o adolescente, con adaptación del lenguaje y las formas a su edad, grado de madurez y resto de circunstancias

## 4.2 Declaración de la persona menor en sede judicial

Si como es de desear el inicio de las actividades instructoras de la autoridad judicial son inmediatas tras la denuncia, lo que nos interesa es analizar cómo se ha de desarrollar la declaración del menor en sede judicial, iniciado el proceso y si esta se puede y/o debe configurarse como prueba preconstituida<sup>44</sup>.

### 4.2.1 El ofrecimiento de acciones y asistencia jurídica gratuita

Dispone el artículo 109 de la LECrim que en el mismo acto en el que el juez recibe la declaración del ofendido del delito, es el Letrado de la Administración de Justicia o personas en las que delegue que estén especializadas en la asistencia a las víctimas, los que le mostrarán su derecho a constituirse en parte en el proceso así como renunciar o no la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible y demás derechos recogidos en la ley.

Además, se añade a partir del 2015, un párrafo segundo en el que si el ofendido fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, se practicará igual diligencia con su representante legal o la persona que le asista<sup>45</sup>.

---

personales.

h) Se procurará que el niño, niña o adolescente se encuentre en todo momento en compañía de una persona de su confianza designada libremente por él o ella misma en un entorno seguro, salvo que se observe riesgo de que dicha persona podría actuar en contra de su interés superior, de los cual deberá dejarse constancia mediante declaración oficial”.

<sup>44</sup> DÍEZ RIAZA, S. y GISBERT POMATA, M., “La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia”, *cit.*, pág. 303.

<sup>45</sup> Será la policía judicial quien cumpla con este deber de información a la víctima, como se prevé en el artículo 771.1 LECrim, hasta que pasen a sede judicial. Además deberán ser informados de que por el solo hecho de ser víctimas de abuso y maltrato, menores de edad, gozan del derecho de asistencia jurídica gratuita como lo dispone la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, en el párrafo g del artículo 2, con independencia de la existencia o no de recursos para litigar. Derecho que se adquiere cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, y se mantendrá mientras

El artículo 13 de la Ley Orgánica 8/2021, reconoce que:

*1. Los niños, niñas y adolescentes víctima de violencia están legitimados para defender sus derechos e intereses en todos los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia<sup>46</sup>.*

*2. Incoado un procedimiento penal como consecuencia de una situación de violencia sobre un niño, niña o adolescente, el Letrado de la Administración de Justicia derivará a la persona menor de edad víctima de violencia a la Oficina de Atención a la Víctima competente, cuando ello resulte necesario en atención a la gravedad del delito, la vulnerabilidad de la víctima o en aquellos caso en los la víctima lo solicite, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 4/2015, de 27 de abril.*

*El derecho a la asistencia gratuita aparece recogido en el artículo 14 de la Ley Orgánica 8/2021.*

#### *4.2.2 Posible exención del deber de declarar*

¿Debe el menor debe ser informado por el juez instructor y por tanto acogerse a la exención del deber de declarar contenido en el artículo 416 LECrim que afecta a los parientes del procesado en líneas directa

---

permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento. Párrafo modificado por la disposición final séptima de la Ley Orgánica 8/2021.

<sup>46</sup> Dicha defensa se realizará, con carácter general, a través de sus representantes legales en los términos del artículo 162 del Código Civil. También podrá realizarse a través del defensor judicial designado por el Juzgado o Tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en los supuestos previstos en el artículo 26.2 de la Ley 4/2015 de 27 de abril. En el caso de niños, niñas o adolescentes bajo la guarda y/o tutela de una entidad pública de protección que denuncian a esta o al personal a su servicio por haber ejercido violencia contra ellos, se entenderá, en todo caso, que existe un conflicto de intereses entre el niño y su tutor o guardador.

ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil? Exención que tiene su base en el artículo 24.2 de la Constitución Española que establece que “La ley regulará los casos, en que por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre los hechos presuntamente delictivos”.

En el Estudio realizado por el Defensor del Pueblo sobre la escucha del menor en 2015, se advierte que por regla general al menor no se le informa expresamente de que no está obligado a declarar contra ciertos familiares lo que podría poner en tela de juicio la declaración del menor en el proceso y, por tanto, su eficacia procesal<sup>47</sup>.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 699/2014, de 28 de octubre, en la que se da por válido el testimonio de un menor al que no se le advirtió que podía no declarar contra su padre que era el autor de los abusos cometidos contra él, entiende el Tribunal Supremo que “la exención del deber de declarar en ciertos supuestos no se configura como una garantía para el procesado sino que es una garantía para la víctima, por ello no se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado”.

El Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 94/2010 de 15 de noviembre, y respecto de la falta de información al testigo de la exención del deber de declarar, considera que “no supone ninguna vulneración de una norma esencial del procedimiento, pues no se trata de ningún derecho del acusado, sino de una potestad de los testigos en beneficio de ellos”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo* (2015), Defensor del Pueblo, Madrid, mayo, pág. 60.

<sup>48</sup> Se afirma que “el Tribunal Supremo en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los artículos 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al

No debemos olvidar de la madurez del menor, para determinar quien deba ser el receptor de la información sobre el derecho que le asiste al menor, y en su caso quien deba ser el que lo ejercite, el menor o su representante legal. El Tribunal Supremo, en este sentido ha afirmado que “no hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usa de esta habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según su juicio ponderativo que deberá efectuar el juzgador. Los artículos 162.1 Código civil y 9 de la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento”<sup>49</sup>.

La Disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2021 está dedicada a la modificación de la ley LECrim. El apartado cuatro modifica el artículo. 416, de forma que se establecen una serie de excepciones a la dispensa de la obligación de declarar, con el fin de proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección:

1. Una norma específica sobre el ejercicio por parte de las personas menores de edad o con discapacidad del derecho de dispensa de la obligación de declarar en las causas penales seguidas contra sus parientes cercanos. Con ello se trata de colmar una laguna existente en nuestro derecho y se da una pauta clara y homogénea de actuación al órgano instructor. Se atribuye la decisión al representante legal de la persona menor de edad o con discapacidad, salvo en el supuesto de que exista un conflicto de interés entre ambas, en cuyo caso corresponde decidir al Ministerio

---

acusado. Y califica la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el artículo 416 LECrim, reputando nulas y, en consecuencia, no utilizables las declaraciones prestadas con todas las garantías. En cuanto a su práctica requiere que se informe a los testigos de la dispensa, si bien se admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima”.

<sup>49</sup> STS Sala Segunda, 699/2014, de 28 de octubre.

Fiscal, En todo caso, la persona menor de edad o con discapacidad debe ser oída en relación a sus deseos y a su voluntad de participar o no en el proceso penal seguido contra su familiar. De este modo, se respeta el derecho de la persona menor de edad de participar en el proceso de determinación de su interés superior.

2. Se introduce una excepción en la dispensa de la obligación de declarar de los parientes de la persona investigada. Estas personas no podrán acogerse a la dispensa cuando la víctima del delito sea una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección que se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar. Con ello se sitúa en primer término el principio de interés superior del menor.

Queda redactado el **apartado primero de artículo 416** como sigue:

*Están dispensados de la obligación de declarar:*

1. *Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil*

*El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.*

*Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:*

1º. *Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.*

2º. *Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.*

3º. *Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto el Juez oírá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.*

4°. Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

5°. Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo:

Destacada es, también, la novedad de establecer como obligatoria, durante la fase instructora de un procedimiento penal seguido por un delito que atente contra bienes personales de una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, la práctica de la declaración de esa persona como **prueba preconstituída**. Se trata de un mecanismo necesario para evitar la denominada victimización secundaria y para lograr el objetivo de que la persona menor de edad o con discapacidad, no se vea expuesta a narrar de forma reiterada a lo largo del procedimiento penal los hechos traumáticos que ha sufrido o ha presenciado.

Por otra parte, se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los requisitos básicos para que la prueba preconstituída se considere debidamente practicada por parte del órgano instructor. Se establece la obligación del órgano enjuiciador de tener por válida y suficiente la práctica de la prueba, de manera que no podrá acordar una nueva declaración de la persona en el acto del juicio oral, salvo contadas excepciones.

La práctica de la prueba preconstituída se extiende a aquellos supuestos en que la persona menor de catorce años o la persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir como testigo en el procedimiento penal, a fin de elevar el nivel de protección. Asimismo se otorga al juez instructor la facultad de practicar prueba preconstituída cuando la víctima o testigo sea una persona mayor de catorce años, pero, por sus circunstancias personales y por el delito cometido, sufra una especial vulnerabilidad.

#### 4.2.3 Declaración de la persona menor en la fase del juicio oral

Son muchas las razones que desaconsejan según DÍEZ RIAZA y GISPERT POMATA la intervención de los menores en el acto del juicio

pues esta participación redundante en la victimización que se quiere evitar en el proceso y el tiempo transcurrido desde que se realizaron los hechos hasta que se produce la declaración desaconsejan su práctica. Razones como la posible contaminación del testimonio por la vulnerabilidad y fragilidad de un menor, su evolución y madurez, nada tiene que ver un niño de 5 años cuando ese mismo niño cumple diez<sup>50</sup>.

Las razones por las que un menor ha de declarar en el acto del juicio son por una parte que no se ha preconstituido la prueba que evita su intervención en la vista, por otra parte por considerarse necesaria su presencia y esta no ha podido suplirse con las grabaciones de sus declaraciones o de haberlas no se han realizado con todas las garantías lo que invalida las mismas.

El artículo 25 del Estatuto de la Víctima dispone una serie de medidas para la protección del menor durante la fase de enjuiciamiento:

- a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.
- b) Medidas para garantizar que la víctima sea oída sin estar presente en la sala de vistas mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.
- c) Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.
- d) Celebración de la vista oral sin presencia de público. En estos caso, el Juez o Presidente del Tribunal podrán autorizar, sin embargo la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia”, *op. cit.*, pág. 327.

<sup>51</sup> En los mismo términos el contenido de los artículos 707 LECrim: “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

Un ejemplo de que la situación ideal debiera ser que el menor no tuviera que declarar en juicio, en tanto que la regla general fuera la preconstitución de la prueba con todas las garantías lo encontramos recientemente en la Audiencia Provincial de Málaga, que en fecha 30 de junio de 2019 ha unificado los criterios para que los menores víctimas de delitos sexuales no tengan que declarar en el juicio y así evitar daños psicológicos siempre que se hayan grabado sus testimonios en fase de instrucción con todas las garantías procesales. La Presidenta de la Audiencia Provincial de Málaga, Lourdes García Ortiz, ha subrayado que con esta medida se pretende evitar esa victimización doble que se le inflige a un menor que ha sufrido un abuso sexual y protegerlo ante esa especial vulnerabilidad que tiene en casos de esta naturaleza.

García Ortiz ha explicado que cuando se hace una unificación de criterio, los acuerdos se remiten a todos los órganos judiciales para que conozcan su visión. No obstante, estas decisiones "no son vinculantes, pero sí orientativas y sirven para intentar dar más seguridad jurídica en cuanto que la respuesta sea la misma en casos similares"<sup>52</sup>.

---

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 681.3 LECrim, protege de manera concreta la intimidad del menor la disponer: “3. Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares”.

<sup>52</sup> Estas unificaciones son remitidas posteriormente al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) y a los operadores jurídicos.

Cada tribunal decidirá de forma individual, pero se pretende que el menor no tenga que revivir y recordar todo lo sucedido, aunque se insiste en la importancia de tomar declaración en fase de instrucción con todas las garantías para poder adoptar esta medida.

Es admisible que se sustituya la declaración del menor por la grabación de su declaración prestada en fase de diligencias previas, cuando sea previsible, con base en un informe psicológico, o ante la creencia fundada del juez o tribunal de que la declaración en el juicio pueda ocasionar al menor daños psicológicos. Para ello será necesario que la declaración de la víctima menor se haya grabado en condiciones que permitan su reproducción en el plenario y que se haya practicado con los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello implica "con la presencia del letrado defensor y del propio investigado" y que se adopten las medidas necesarias para evitar el contacto visual con la víctima<sup>53</sup>.

Si esta situación, que podemos considerar ideal, en tanto que el menor no tuviese que declarar en juicio no fuere posible, compartimos con DÍEZ RIAZA y GISPERT POMATA<sup>54</sup>, que se deben observar una serie de garantías, aunque no todas estaban recogidas en la ley:

1. El juicio en el que el menor deba declarar se señalará en primer lugar, el magistrado o juez dará prioridad a oír la declaración de los niños y niñas víctimas y testigos, con el fin de reducir al mínimo el tiempo de espera durante su comparecencia ante el tribunal.

---

<sup>53</sup> La Ciudad de la Justicia de Málaga cuenta con una "sala Gesell"<sup>53</sup> para mejorar la protección y la privacidad de las víctimas, especialmente de los menores. Esta sala, denominada Gesell en honor a su creador, el psicólogo y pediatra norteamericano Arnold Gesell, consta de dos habitaciones separadas por una pared que cuenta con un cristal de grandes dimensiones que permite la visión y la audición de lo que ocurre en una de ellas desde la otra pero no al revés. Esta sala está a disposición de los juzgados y tribunales de Málaga para las pruebas testificales de menores y otras personas especialmente vulnerables.

<sup>54</sup> "La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia", *op. cit.*, pág. 329.

2. Se debería aportar, antes de la declaración, un informe sobre la valoración del estado emocional del menor en dicho momento y su capacidad para poder declarar. De existir oficinas de atención a la víctima, se deberá informar a la misma a fin de que puedan prestar el auxilio, informes y acompañamiento, tanto al menor como a su familia.
3. Preservar en todo caso la intimidad del menor víctima.
4. Evitar la confrontación visual con el inculpado
5. Evitar formalismos así como la utilización de un lenguaje amigable.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, provoca las siguientes reformas. El apartado octavo de la disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2021, introduce un **artículo 449 ter** LECrim con el siguiente contenido:

*Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humano, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de la prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.*

*La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad*

*judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.*

*Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor, se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuera necesario, cualquier medio técnico.*

Introduce un **artículo 703 bis** con el siguiente tenor literal:

*Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista.*

*En los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad.*

*En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes.*

También se modifica el **párrafo segundo del artículo 707** LECrim que queda redactado como sigue:

*Fuera de los casos previstos en el artículo 703 bis, cuando una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los*

*perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. 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 accesible.*

Se adicionan un **apartado 3 al artículo 777**, con el siguiente contenido:

*3. Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 449 ter, debiendo la autoridad judicial practicar prueba preconstituida, siempre que el objeto del procedimiento será la instrucción de alguno de los delitos relacionado en tal artículo.*

*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 audiovisual, en los términos del artículo 730.2.*

Y por último un **apartado 2 al artículo 788**, en los siguientes términos:

*2. Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 703 bis en cuanto a la no intervención en el acto del juicio del testigo, cuando se haya practicado prueba preconstituida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 449 bis y siguientes.*

## **5 CONCLUSIONES**

España, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño y otros referentes normativos de protección a la niñez, debe fomentar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para garantizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a

desarrollarse libre de cualquier forma de violencia, perjuicio, abuso físico o mental, descuido o negligencia, malos tratos o explotación.

El cuerpo normativo español ha venido incorporando desde 1996, avances en la defensa de los derechos de las personas menores de edad, así como en su protección frente a la violencia. Sin embargo, a pesar de estos avances, urgía en nuestro país la aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, lo que se consigue con la incorporación en nuestro ordenamiento de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia..

Esta ley combate la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral, atendiendo al derecho de los niñas, niñas y adolescentes de no ser objeto de ninguna forma de violencia. Para ello se requiere:

Garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchadas/os y a ser tenidas/os en cuenta en todas las decisiones que se tomen a su respecto. Derecho que solo podrá restringirse de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior.

Reconocer la importancia de los relatos de las niñas, niños y adolescentes sobre los malestares y violencias que describen, interpretados con perspectiva de infancia y enfoque de derechos humanos.

Generar condiciones de exploración y escucha de niñas, niños y adolescentes que hagan posible y comunicable su voz, su testimonio y garanticen su no revictimización.

Garantizar la implantación, en todos los niveles de las administraciones públicas, de la autonomía progresiva en relación a la capacidad de niñas, niños y adolescentes, de tomar decisiones. La autonomía progresiva otorga garantías al derecho a ser oídas, de las infancias y adolescencias, y al derecho a ser tenidas en cuenta en las resoluciones judiciales y administrativas que se tomen en relación con su bienestar.

Garantizar los procedimientos para la escucha institucional de las niñas, niños y adolescentes adaptados a su edad y formas de expresión,

en entornos que garanticen el respeto integral a sus derechos, acogedores, confidenciales y libres de toda intimidación.

Garantizar el derecho a la protección de las niñas, niños y adolescentes sin condicionamiento a los procesos de investigación y sanción penal.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ABEL LLUCH, Xavier (2019): “La audiencia del menor con auxilio de especialistas”, en *La audiencia del menor en los procesos de Familia* (Coord. ABEL LLUCH) Sepin, Madrid, pp. 167-170.

ABEL LLUCH, Xavier (2019) “La confidencialidad de la audiencia del menor”, *Diario La Ley*, nº 9148, 20 de mayo.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles (2019): “El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta”, *REDUR*, 17, diciembre, pp. 5-21.

CLAVIJO SUNTURA, J. Harry (2018): “La participación del menor en la audiencia de exploración”, *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 25, enero, pp. 570-585.

DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2018), “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, nº 18, diciembre, pp. 117-137.

DEFENSOR DEL PUEBLO, (2014) “*Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*”, Madrid.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2015), *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo*, Madrid.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2018), *Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2017*, Madrid.

DÍEZ RIAZA, Sara y GISBERT POMATA, Marta (2017), “La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia”, en

*Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Coord. MARTÍNEZ GARCÍA, C., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 243-330.

GRANDE SEARA, Pablo (2022), “La audiencia del menor en los procesos de familia: práctica y documentación de la audiencia”, en *Retos de la justicia civil indisponible: Infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Dirs. CALAZA LÓPEZ, S y PILLADO GONZÁLEZ, E, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 655- 694.

LEPIN, Cristián y LAMA, Belén (2020): “La participación de los niños en el juicio de familia. El mito del derecho a ser oído”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 13, pp. 770-793.

LIEBEL, Manfred (2015): “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de sus facultades”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, pp. 43-61.

NEIRA PENA, Ana María (2020), “La audiencia del menor en los procesos de familia”, en *Los conflictos de Derecho de familia desde la Justicia terapéutica* (Dir. PILLADO GONZÁLEZ), Wolters Kluwer, Madrid, pp. 281-305.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS, comunicado de prensa (2021), 9 de diciembre. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/2022/01/spanish-courts-must-protect-children-domestic-violence-and-sexualabuse-say-un-experts>.

PANCHÓN IGLESIAS, Carme (2003): “La protección de la infancia”, en VILLAGRASA ALCAIDE C (Coord.) *Nuevas Tecnologías de la Información y Derechos Humanos*, Barcelona, pp. 45-53.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000): “Límites de la libertad religiosa y de las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141(2000, de 29 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, número 14, enero-diciembre.

ROSELL CASTAGNETO, María Lorena (2022): “Estándares interamericanos sobre el derecho del niño a ser oído en procesos

judiciales”, *Revista de Ciencias Sociales*, 81, Universidad de Valparaíso, pp. 111-142.

SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, Paula y COMPANY CARRETERO, Francisco Javier (2017): “El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado”, *Actualidad Civil*, nº 7, julio, pp. 1-16.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2017): *El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

UNCRC (1989): Convención sobre los Derechos del Niño.

UNCRC (2007): Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores (CRC/C/GC/10).

UNCRC (2009): Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 12 el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12).

UNCRC (2011) Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 13 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13).

UNCRC (2013): Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) (CRC/C/GC/14).

UNCRC (2016) Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (CRC/C/GC/20).

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (2015): “Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, pp. 17-41.