



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR-VÍCTIMA Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

Evolución jurisprudencial y antecedentes legislativos. Especial atención a menores-víctimas de delitos sexuales.

Autor: Cristina Maudó Asuar
5º E3C.
Área de Procesal

Tutor: Marta Gisbert Pomata

Madrid

Abril 2020

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a mi madre: María Asunción Asuar de la Calleja.

Mamá, quería dedicarte este trabajo porque no creo que haya mejor persona para dedicarle este tema dedicado a la protección de menores. Aunque a veces pienses que tu sacrificio de quedarte cuidándonos en casa no se valora, no es cierto. Gracias a eso, hemos podido recibir una educación ejemplar y he podido apreciar la importancia de la influencia de la educación de los padres en casa.

Además, he creído justo que sea para ti este trabajo como agradecimiento de todas las veces que me has preguntado y estudiado conmigo las lecciones de Derecho antes de los exámenes, que tanto estrés me generaban.

Espero que te guste el trabajo, lo he hecho con mucho cariño.

Muchas gracias por estar siempre ahí.

Te quiere,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Chandy', with a long horizontal stroke extending to the right.

Resumen:

El objetivo de esta investigación es analizar la prueba preconstituida como medida de protección de los menores-víctimas de delitos contra su libertad e indemnidad sexual. Todo ello, conservando las garantías del acusado, especialmente el principio de contradicción.

La prueba preconstituida es una excepción procesal que implica la conversión de diligencias o actos de investigación en actos de prueba en un momento anterior al Juicio Oral, ante el propio Juez de Instrucción. Así pues, al no realizarse ante el Tribunal competente para resolver, supone una alteración del principio de inmediación. No obstante, ésta se resuelve con la introducción de la reproducción o lectura de las diligencias practicadas en el Juicio Oral para su valoración probatoria.

Como excepción, sólo está prevista para casos determinados. De manera que, en este trabajo, se responde a la inclusión en dicha excepción de las declaraciones de menores-víctimas de delitos sexuales para conseguir dos fines: la protección del material probatorio y evitar su victimización secundaria.

Palabras clave: Prueba preconstituida, menores, víctimas, delitos sexuales, testimonio, garantías del acusado, principio de contradicción, principio de inmediación y victimización secundaria.

Abstract:

The aim of this investigation is to analyse the preconstituted evidence as a protective measure for minors who have been victims of sexual offenses, while maintaining the defendant's guarantees, especially the *audi alteram partem* principle.

The preconstituted evidence is a procedural exception that implies the conversion of diligences and acts of investigation into evidence acts during the instruction phase. Therefore, as it is not performed during the oral trial, it alters the immediacy principle. However, this circumstance is solved by introducing within the oral trial the reproduction or recital of the evidence acts.

As it is conceived as an exception, it is only applied to specific cases. Consequently, this thesis studies the possibility of including among them the case of the minor's testimonies, who have been victims of sexual offences, in order to achieve two goals: protecting the evidences and to avoid any chance of secondary victimisation.

Key words: Preconstituted evidence, minors, victims, sexual offenses, testimony, defendant's guarantees, *audi alteram partem* principle, immediacy principle and secondary victimisation.

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

CAPÍTULO I. PROPÓSITO Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA	7
1. JUSTIFICACIÓN.....	7
2. OBJETIVOS DEL TRABAJO.....	8
3. METODOLOGÍA.....	8
4. ESTRUCTURA.....	9
CAPÍTULO II. ANÁLISIS EN TORNO A LA VÍCTIMA Y SU TESTIMONIO.....	10
1. CONCEPTO DE VÍCTIMA.....	10
2. NATURALEZA DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA COMO ELEMENTO PROBATORIO.....	13
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL MENOR-VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. ESPECIAL ATENCIÓN A AQUELLOS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES.	16
1. LA FIGURA DEL MENOR DE EDAD-VÍCTIMA EN LA DECLARACIÓN TESTIFICAL.....	16
1.1. Regulación internacional de la figura del menor-víctima.	18
1.2. Regulación nacional de la figura del menor-víctima.	20
2. CONCEPTO Y REGULACIÓN APLICABLE A LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES.....	24
CAPÍTULO IV. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA: REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA.....	30
1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA. DIFERENCIAS CON PRUEBA ANTICIPADA, ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA.....	30
2. REQUISITOS PARA ACEPTAR LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA. 32	
2.1. Requisitos materiales:	33
2.2. Requisitos subjetivos:.....	34
2.3. Requisitos objetivos:	35
2.4. Requisitos formales:.....	36

CAPÍTULO V. JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES-VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL. ESPECIAL ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.	37
1. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA EN LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES.....	37
1.1. La comisión de los actos delictivos de forma clandestina.	38
1.2. La comisión por parte de personas cercanas a las víctimas.	38
1.3. Ausencia de evidencias físicas tras la comisión de los actos delictivos.....	39
1.4. Instrumentalización de las denuncias de delitos de índole sexual en menores.	40
2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN LOS CASOS DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS DE CARÁCTER SEXUAL.	41
2.1. Protección del acusado. Especial atención al principio de contradicción. ...	42
2.2. Protección del menor-víctima. Especial atención a las víctimas de delitos sexuales.....	49
CAPITULO V. LIMITACIONES, RECOMENDACIONES PARA EL FUTURO Y CONCLUSIONES.....	55
1. RESPUESTA A LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN. LIMITACIONES Y RECOMENDACIONES PARA EL FUTURO.....	55
1.1. El espacio físico adecuado: Cámaras Gesell y las “Casas de los Niños”. ...	57
1.2. Recursos tecnológicos y humanos.....	59
2. CONCLUSIONES.....	61
BIBLIOGRAFÍA:.....	62
LEGISLACION:.....	64
COMPENDIO DE SENTENCIAS:	66
ANEXO: TABLA DE COMPENDIO DE SENTENCIAS.....	73

LISTA DE ABREVIATURAS:

AL: Albacete.

AP: Audiencia Provincial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CA: Cáceres.

CAT: Cataluña.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

CP: Código Penal.

GAL: Galicia.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MA: Madrid.

MU: Murcia.

RAE: Real Academia de la Lengua Española.

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial.

SS: San Sebastián.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TA: Tarragona.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

CAPÍTULO I. PROPÓSITO Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA

1. JUSTIFICACIÓN.

La elección de este tema deriva de la importancia que tiene el Derecho como mecanismo regulador de la sociedad. El Derecho se pone al servicio de todos los ciudadanos buscando el equilibrio entre las dos partes en todo proceso judicial.

En este trabajo, ello se pone de manifiesto en la persecución, a través de la práctica de la prueba preconstituida, de la conciliación entre el interés superior del menor y las garantías de todo acusado.

En mi experiencia, he podido observar cómo al estudiar Derecho, a pesar de su origen social, este aspecto se queda en un segundo plano. Con esta oportunidad, he querido poder investigar sobre una parte poco conocida y tan importante como es garantizar la escucha efectiva y válida de los testimonios de los menores-víctimas de violencia y malos tratos, especialmente de delitos de índole sexual.

Los menores constituyen un colectivo vulnerable que es necesario proteger. Su falta de autonomía hace que sean dependientes de personas a su cargo, quiénes deben velar por su correcto desarrollo.

Existe en la actualidad un acortamiento de la infancia que va en detrimento de su formación integral. Es fundamental preservar su inocencia en un entorno óptimo pues, al final, estos niños alcanzarán la mayoría de edad y serán personas con plena independencia que tendrán una repercusión en el mundo en el que vivimos. Ellos son el futuro y como manifestaba Frederik Douglas *“es más fácil criar niños fuertes que reparar adultos rotos”*.

Con ese fin se deben continuar estudiando los procedimientos, en particular los penales, en los que intervienen los menores para corregir y mejorarlos en *pro* de estos últimos y de la sociedad en su conjunto.

2. OBJETIVOS DEL TRABAJO.

El objetivo de este trabajo es comprender la prueba preconstituida. En particular, como medida de protección de los menores-víctimas de delitos contra su libertad e indemnidad sexual, al tiempo que conserva las garantías del acusado. De forma que, se pretende dar respuesta a las siguientes preguntas:

- ¿Qué es una prueba preconstituida?
- ¿Qué requisitos deben cumplirse para preconstituir una prueba?
- ¿Qué finalidades tiene la prueba preconstituida?

Estas preguntas servirán para responder las siguientes preguntas de investigación:

¿Es posible mejorar la ejecución de la prueba preconstituida para proteger a los menores-víctimas, específicamente en los casos de delitos de índole sexual? Y si es así: ¿Cómo?

3. METODOLOGÍA.

La metodología empleada en este trabajo ha consistido, esencialmente, en la búsqueda de fuentes primarias. A pesar de haber partido de la lectura de ciertos manuales para empezar a comprender el concepto, para el desarrollo del trabajo se ha utilizado la jurisprudencia y doctrina tanto nacional (Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, entre otros) como internacional.

El compendio de 43 sentencias (*vid. Bibliografía. Compendio de Sentencias*) ha derivado en la consulta y empleo de la legislación nacional (como la Ley de Enjuiciamiento Civil y Criminal, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, la Ley 26/2015, de 28 de julio...) e internacional (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración y Convención de los Derechos del Niño, el Convenio de Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual de 2007...).

Además, han sido consultados artículos especializados de psicología jurídica.

4. ESTRUCTURA.

Este trabajo ha sido estructurado de manera deductiva para una mejor comprensión de la materia. Así, en primer lugar, se dedica un capítulo para introducir teóricamente el concepto de víctima y la naturaleza de su testimonio. El siguiente capítulo incide en la figura del menor-víctima y su regulación internacional y nacional, para terminar centrándose en aquellos víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

El cuarto capítulo desarrolla técnicamente el concepto de prueba preconstituida para diferenciarlo de la prueba anticipada y comprender los requisitos necesarios para su ejecución. De modo que, una vez introducido éste, se procede a atender el grueso del trabajo en el quinto capítulo: el análisis doctrinal y jurisprudencial de la prueba preconstituida como excepción procesal a favor de la protección de los menores-víctimas de delitos sexuales y el respeto al principio de contradicción y restantes garantías del acusado.

Finalmente, el último capítulo recoge las limitaciones, recomendaciones y conclusiones de la investigación. En él se concluye la necesidad de mejorar la ejecución de la prueba preconstituida para, sobre todo, evitar la victimización secundaria.

CAPÍTULO II. ANÁLISIS EN TORNO A LA VÍCTIMA Y SU TESTIMONIO.

1. CONCEPTO DE VÍCTIMA.

Según FERREIRO BAAMONDE, en la legislación española no hay un único concepto de víctima, si no que se utiliza junto con los de: “ofendido”, “agraviado” y “perjudicado”¹. Sin embargo, tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal – en adelante LECrim– como el Código Penal – CP en adelante – no hace una distinción entre ellos.

Por “ofendido” se entiende aquel “sujeto pasivo de la infracción penal”², es decir, según VILLAMOR MONTORO, es aquel que, sea perjudicado o no, padece de forma directa el mal causado por el delito sobre los bienes jurídicos de los que es titular.³

“Perjudicado”, por su parte, hace referencia a “todo aquel que sufra consecuencias dañosas económicamente evaluables, patrimoniales o morales, derivadas del delito, siendo, en definitiva, el acreedor o titular de la pretensión civil de resarcimiento”⁴.

Finalmente, el término “agraviado” se predica, según la Real Academia de la Lengua Española – RAE en adelante – en su Diccionario del español jurídico, de aquel “titular del bien jurídico protegido que ha resultado lesionado o cuya indemnidad ha sido puesta en peligro por el delito”.

Por tanto, una vez, consideradas las diferencias anteriores, se puede decir que no todo ofendido es perjudicado, pero todo ofendido es agraviado. Como punto de partida, se debe introducir la definición de “víctima” formulada por la RAE en su Diccionario del español jurídico: “Persona que sufre los efectos del delito, no solo el sujeto pasivo o titular del bien jurídico, que es la víctima más directa, si no también otros perjudicados materiales o morales, directos o indirectos, como familiares, herederos, la empresa, sus integrantes y acreedores, etc.”.

¹ FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La ley, Madrid, 2005, p.116.

² DEL CASO JIMÉNEZ, MT., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018, p.80.

³ VILLAMOR MONTORO, P., *La víctima y el proceso penal. La responsabilidad civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004, pp.283-332.

⁴ DEL CASO JIMÉNEZ, MT., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018, p.80.

De este modo, se observa una distinción entre dos tipos de víctimas: las directas y las indirectas. La cuestión objeto de estudio en este trabajo hará hincapié en el menor-víctima como víctima directa.

No obstante, el término “víctima”, tradicionalmente poco empleado en la legislación española, ha ido poco a poco introduciéndose en el sistema procesal penal español gracias a su uso generalizado en los ordenamientos jurídicos de otros países y por los instrumentos internacionales. Por esa razón, a continuación, conviene observar cómo es definida en las leyes internacionales y la influencia de ellas en el ordenamiento jurídico español.

En lo referente a la Unión Europea, en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión Europea, destaca la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal. En su artículo 1 introduce la definición de víctima como primera a considerar, entendida como: *“La persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro”*.

Posteriormente, en la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre – por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de los Delitos – la víctima se redefine en su artículo 2. En ésta se incluye además a los familiares como víctimas indirectas: *“Los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona”*.

De cara a la trasposición de las Directivas de la Unión Europea a la legislación nacional, se creó la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. En su preámbulo, manifiesta que *“se parte de un concepto amplio de víctima, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado. Comprende a la víctima directa, pero también a víctimas indirectas, como familiares o asimilados”*. Su artículo 2 recoge el concepto general de víctima.

De otra parte, la Declaración sobre justicia y asistencia para las víctimas de la Sociedad Mundial de Victimología va más allá de la persona física, al definir víctima en su artículo II⁵ como:

“Víctima es la persona que ha sufrido una lesión o daño físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social como resultado de una acción que:

- a) Esté en violación con las leyes penales nacionales; o*
- b) Es un crimen catalogado bajo la ley internacional; o*
- c) Constituye una violación a las normas de los derechos humanos internacionalmente reconocidos que protegen la vida, la libertad y la seguridad personal; o*
- d) 1) constituye un ‘abuso de poder’ ejercido por personas que, en razón de su posición política, económica o social, ya sean oficiales políticos, agentes o empleados del Estado, o entidades comerciales, estén ‘fuera del alcance de la ley’; o*
2) que, aunque no esté realmente proscrito por las leyes nacionales o internacionales, cause daños físicos, psicológicos o económicos comparables a los causados por los abusos de poder, constituyendo de esta forma un delito dentro de la ley internacional o una violación a las normas internacionalmente reconocidas de los derechos humanos, y cree serias necesidades en sus víctimas, similares a las causadas por violación de esas normas”.

Adicionalmente, introduce una especificación acerca de la inclusión de toda persona *“como individuo o como integrante de un grupo o colectividad”* en el término *“víctima”*, y que *“cuando corresponda, el término ‘persona’ se referirá a entidades legales, organizaciones, asociaciones, comunidades, al Estado y la sociedad en un todo”*.

⁵ Seguridad Pública, “Declaración sobre justicia y asistencia para las víctimas de la Sociedad Mundial de Victimología” (disponible en: <https://www.seguridadpublica.es/2008/05/declaracion-sobre-justicia-y-asistencia-para-las-victimas-de-la-sociedad-internacional-de-victimologia/>; última consulta: 08/04/2020).

2. NATURALEZA DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA COMO ELEMENTO PROBATORIO.

Una vez estudiado el concepto de víctima, es necesario analizar la naturaleza de su testimonio dentro del proceso penal español. El motivo de ello es que, en los casos de delitos sexuales sobre menores (sujetos objeto de este trabajo), su testimonio o declaración es el principal medio probatorio empleado. De hecho, la doctrina y jurisprudencia defiende unánimemente que, incluso si la declaración de la víctima es la única prueba de cargo, ésta puede enervar la presunción de inocencia (como sostiene la SAP MA 796/2018, de 26 de noviembre de 2018, por haber sido así declarado tanto por el “*Tribunal Constitucional (SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre; 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre)*”, como por el Tribunal Supremo “(SSTS núm. 339/2007, de 30 de abril; núm. 187/2012, de 20 de marzo; núm. 688/2012, de 27 de septiembre; núm. 788/2012, de 24 de octubre; núm. 469/2013, de 5 de junio, etc.)”. De forma que, la preconstitución de la declaración de las víctimas tiene como una de sus finalidades la protección de estos sujetos.

En este sentido, el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC en adelante – recoge los medios de prueba que se podrán utilizar en juicio: el interrogatorio de las partes (el interrogatorio del acusado), los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos (el informe pericial), el reconocimiento judicial (la inspección ocular), el interrogatorio de testigos (la declaración de testigos) y “*los medios de reproducción de la palabra, el sonido, la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso*”.

Esta última referencia es fundamental en lo referente a la preconstitución de la prueba. De este modo, el artículo 777.2 LECrim reconoce que cuando existe algún motivo que permita temer de forma razonable que una prueba no se podrá practicar en el juicio oral, o se pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción la practicará inmediatamente. Ahora bien, “*dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes*”. Todo ello, para garantizar el principio de inmediación y su valoración como prueba efectiva en el

juicio oral, al poder instar en él “*la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730*”.

Cabe aclarar que se alude a la LEC y no a la LECrim, para hacer referencia a los medios probatorios, por su carácter supletorio en defecto de la primera conforme al artículo 4 LEC: “*en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales (...) serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente ley*”).

Como se puede observar, en el artículo 299 LEC no hay una mención expresa a la víctima. El motivo de ello es que el concepto de “*testigo*” y “*víctima*” no son equivalentes en el proceso civil, aunque sí se asimilan en el penal.

De manera que, la definición de “*testigo*” formulada por la RAE en su Diccionario del español jurídico es aquella “*persona llamada a dar testimonio en un proceso o procedimiento judicial*”. Sin embargo, en su primera acepción – en la que alude al artículo 361. LEC, conforme al artículo 4 de la LEC extrapolable al procedimiento penal – manifiesta que dicha persona es “*distinta de las partes*”.

Esta cuestión ha suscitado mucha controversia. De hecho, MARTÍN RÍOS⁶ estima que la complejidad de utilizar el término “*testigo*” para incluir a la víctima es el principal problema que se da a la hora de examinar las declaraciones de la víctima en el proceso penal. La razón de ello es que, “*por definición, un testigo es alguien ajeno al proceso, un tercero que, por su propia experiencia, puede dar cuenta de datos que resultan relevantes para la resolución de aquel*”⁷.

Por tanto, siguiendo las definiciones anteriores del término “*víctima*”, ésta no podría ser un testigo en tanto en cuanto es, indudablemente, una de las partes y no es ajena al proceso. No obstante, esto no ocurre en el proceso penal, en el que la víctima puede

⁶ MARTÍN RÍOS, M.P., *Víctima y justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2012, p.134.

⁷ DEL CASO JIMÉNEZ, MT., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018, p.82.

ejercer la acusación, frente al proceso civil (en él “ninguna de las partes puede actuar como testigo, y han de hacerlo bajo la forma y requisitos de prueba de confesión”⁸).

Es más, si se atiende a la LECrim, efectivamente la declaración de la víctima es considerada como declaración testifical. Ello se evidencia al tratar la primera, tanto en la Sección segunda del Capítulo tercero del Título III del Libro III “*Del examen de los testigos*” en sus artículos 707 y 709; como en el Capítulo V del Título V del Libro II: “*De las declaraciones de los testigos*” en su artículo 433: “*Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito (...)*”.

En este orden de cosas, se podría pensar que la consideración de la víctima como testigo frente al acusado – y la consecuente diferente regulación de ambas declaraciones – supone un perjuicio para el segundo. No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo – TS en adelante – insiste en que “*No se trata de que la declaración de las víctimas se constituya como un medio probatorio inhábil contra la presunción de inocencia del acusado (SSTS de 11 y 17 de febrero de 2009, 16 de mayo de 2007); si no de que se compruebe lo más estrictamente posible la fiabilidad de lo declarado y la existencia de unos parámetros concretos como base de la argumentación a favor de la credibilidad del testimonio*”⁹. Estos requisitos se encuentran en la jurisprudencia del TS (STSJ AL 30/2019, de 7 de octubre de 2019; SAP MA 570/2019, de 30 de noviembre de 2019; STS 925/2012, de 8 de noviembre de 2012; y STSJ de AL 17/2019, de 18 de junio de 2019, entre otras) y son: credibilidad subjetiva, credibilidad objetiva o verosimilitud y la persistencia material en la incriminación.

⁸ DEL CASO JIMÉNEZ, MT., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018, p.83.

⁹ SAP SS 155/2019, de 11 de julio de 2019.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL MENOR-VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. ESPECIAL ATENCIÓN A AQUELLOS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES.

1. LA FIGURA DEL MENOR DE EDAD-VÍCTIMA EN LA DECLARACIÓN TESTIFICAL.

En primer lugar, dado que el objeto del presente trabajo es la preconstitución como medio de protección del menor-víctima, conviene delimitar qué se entiende por menor de edad. En este sentido, el artículo 12 de la Constitución Española – CE en adelante – y el artículo 315 del Código Civil – CC en adelante – estipulan que a los dieciocho años los españoles adquieren la mayoría de edad. Entonces, el concepto de menor- víctima hace referencia a aquellas víctimas menores de dieciocho años.

Sin embargo, aunque nuestro ordenamiento jurídico decida establecer el criterio de edad, en realidad, *“la capacidad de obrar, a diferencia de lo que sucede con la capacidad jurídica, no es igual en todas las personas sino que se fundamenta en la madurez personal del individuo”*¹⁰. De modo que, el problema es que no todas las personas tienen el mismo grado de madurez a la misma edad. Eso es lo que hace que, a pesar de que el criterio de edad se emplee como un límite objetivo en cuanto a la minoría de edad y mayoría de edad, dentro de los menores de edad los *“privilegios”* o tratos especiales que pueden recibir dependan de otros criterios.

Así, *“Es evidente que las mayores dificultades y las exigencias de un tratamiento como ‘testigos especiales’ sólo se producirán en supuestos en los que el menor tiene corta edad y en aquellos que, además, ha sido víctima de los hechos. En estos casos, el trato siempre deberá ser de mayor protección, acorde a sus necesidades, edad y demás circunstancias”*¹¹.

De forma que, en lo referente a la declaración testifical de los menores, se ha de distinguir entre su derecho a declarar y la valoración dada a su testimonio.

¹⁰ DE LAMA AYMÁ, A., “La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad”, p.14-15 (disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5207/ala1de1.pdf?sequence=1>).

¹¹ DEL CASO JIMÉNEZ, MT., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018, p.101.

Por un lado, en relación con su aptitud para ser testigo y hacer una declaración testifical – incluyéndose, como se precisó con anterioridad, a las propias víctimas – *DEL MORAL GARCÍA*¹² considera que la ley no debería establecer una edad por debajo de la cuál no se pudiera tener la capacidad de testificar en un proceso penal. La razón de ello es que, empleando el sentido común, se deduce que hay edades en las que claramente es imposible tomar una declaración testifical (como es el caso de los bebés, que no pueden hablar). No obstante, en el resto de las edades hasta la mayoría de edad, al final “*Decidir si un menor goza de facultades para referir al ser preguntado lo que ha visto u oído es una cuestión de hecho, de supuesto concreto*” que se tendría que analizar caso a caso. Todo ello, sin que el derecho a declarar condicione el crédito que se debe dar a su testimonio.

De este modo, la valoración de los hechos relatados por los menores deberá someterse a unos criterios de credibilidad. Es más, es muy frecuente que los casos en los que se admite la preconstitución de la prueba, como medida de protección de los menores-víctimas, sean por delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los mismos. En estos casos, como suele darse contra menores de corta edad, los acusados siempre ponen de manifiesto la necesidad de valorar la credibilidad del testimonio de éstos.

Por tanto, como conclusión, los menores, en tanto que víctimas – siempre que sea objetivamente posible – pueden declarar testificalmente y su testimonio podrá ser admitido como prueba contra la presunción de inocencia del acusado. El propio artículo 3 de la Decisión Marco de 2001 reconoce que “*los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba*”.

¹² DEL MORAL GARCÍA, A. “Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual”, *Revista de jurisprudencia*, n.2, 2014, p.2. (disponible en: <http://agamme.org/wpcontent/uploads/2011/10/DECLARACION-XUDICIAL-MENOR-ABUSADO.pdf>)

1.1. Regulación internacional de la figura del menor-víctima.

A los menores se les empezó a considerar como “*sujetos con derechos y necesidades específicas derivadas de las características psicológicas asociadas a su etapa evolutiva*” a finales del siglo XIX, pero su consolidación no fue hasta la segunda mitad del siglo XX¹³. De esta manera, fueron surgiendo acuerdos e instrumentos internacionales entre los que destacan:

1.1.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Fue proclamada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y recoge, por primera vez, los derechos fundamentales del ser humano que deben ser protegidos en todo el mundo. Entre ellos, cabe destacar su artículo 25.2, que establece el derecho a “*cuidados y asistencia especiales*” de la infancia y el derecho de protección social a todos los niños.

1.1.2. Declaración de los Derechos del Niño.

Es aprobada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y contiene diez principios relativos a la protección y cuidados especiales de los niños. Resalta el noveno principio: “*El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata*”.

1.1.3. Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta Convención de 1989 cuenta con 195 ratificaciones (el mayor número de ratificaciones de la historia), siendo la última en 2015 por Somalia. Responden ante el Comité de los Derechos del Niño. Además, incluye tres protocolos entre los que cabe citar el relativo a la venta de niños y a la prostitución infantil¹⁴.

¹³ SOTUCA, A.; MUÑOZ VICENTE, J.M.; GONZÁLEZ, J.L.; MANZANERO, A.L. “La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica”. *La Ley Penal*. n.102. p.113.

¹⁴ UNICEF. “Convención sobre los Derechos del Niño” (disponible en: <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>; última consulta 08/04/2020).

1.1.4. Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

De 1993, este convenio, de acuerdo con su primer artículo, tiene por objeto:

“ a) *Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;*

b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados Contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;

c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio”.

1.1.5. Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Convenio de 1996 que, según estipula su artículo primero, tiene como finalidad determinar, como su propio nombre indica: las autoridades competentes, la ley aplicable y las actuaciones para asegurar la cooperación para conseguir el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección de la persona o bienes del niño en todos los Estados contratantes.

1.1.6. Los textos legales al respecto elaborados por el Consejo de Europa.

El Consejo de Europa ha creado numerosos textos legales referidos a la protección de los menores de edad. De todos ellos, conviene mencionar los siguientes:

a) *Convenio de Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual (Lanzarote, 2007): ratificado por España en 2010 (vid: Capítulo III. 2. Concepto y regulación aplicable a los menores-víctimas de delitos sexuales.)*

b) *Convenio Europeo en materia de adopción de menores (Estrasburgo, 2008):*

ratificado por España en 2010.

- c) Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (Estrasburgo, 2008): ratificado por España en 2014.
- d) Reglamento de la Unión Europea 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

1.2. Regulación nacional de la figura del menor-víctima.

El artículo 39 CE establece el deber de los poderes públicos de asegurar “*la protección social, económica y jurídica de la familia*” y, particularmente, la de los derechos de los niños recogidos en los acuerdos internacionales.

De manera que, en el ordenamiento jurídico español se prevén las siguientes legislaciones dónde se encuentran previstas todas las especialidades de los procesos con menores-víctimas¹⁵:

1.2.1. Ley 4/2015, de 17 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.:

Efectivamente, como los menores de edad también pueden ser víctimas, se les aplica esta ley, conforme su artículo 1: “*Las disposiciones de esta Ley serán aplicables (...) a las víctimas de delitos (...) con independencia de (...) de si son mayores o menores de edad*”. Además, en el apartado III de su preámbulo manifiesta la obligación de que “*cuando se trate de menores, el interés superior del menor actúe a modo de guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación a un menor-víctima de un delito durante el proceso penal*”.

¹⁵ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.; CABRERA MARTÍN, M.; CARRILLO MÁRQUEZ, CILLERO BRUÑOL, M.; DíEZ RIAZA, S.; GARCÍA-MORALES OSORIO, L.; GISBERT POMATA, M.; MARTÍNEZ GARCÍA, C.; MOLINA BLÁZQUEZ, M.C.; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.; RAPOSO OJEDA, R.; SOLÍS DE OVANDO SEGOVIA, R., *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Aranzadi, 2018, p.295.

1.2.2. *Ley de Enjuiciamiento Criminal:*

La Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal modificó gran cantidad de normas de la LECrim sobre las víctimas menores de edad. Ello provocó la reforma de la LECrim por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. Sin embargo, debido a la trasposición de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre – por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de los Delitos – se introdujo la Disposición final de la Ley 4/2015 del Estatuto jurídico de la víctima, adaptando la LECrim¹⁶.

1.2.3. *La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Esta ley ha sufrido grandes cambios con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y con la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Esto es relevante en relación con la preconstitución de la prueba porque, como excepción procesal, sólo está prevista para casos concretos. Entre ellos, destacan las declaraciones de menores de edad víctimas, especialmente de delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

El motivo de aplicación a estos casos de la preconstitución de la prueba responde, precisamente, a la protección de este colectivo *en pro* del interés superior del menor. De forma que, conviene tener en cuenta, a efectos de estudiar el menor-víctima, los siguientes artículos de la referida Ley 26/2015.

El artículo 2 de la Ley 26/2015 regula, precisamente, el interés superior del menor manifestando que: “*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto*

¹⁶ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.; CABRERA MARTÍN, M.; CARRILLO MÁRQUEZ, CILLERO BRUÑOL, M.; DÍEZ RIAZA, S.; GARCÍA-MORALES OSORIO, L.; GISBERT POMATA, M.; MARTÍNEZ GARCÍA, C.; MOLINA BLÁZQUEZ, M.C.; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.; RAPOSO OJEDA, R.; SOLÍS DE OVANDO SEGOVIA, R., *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Aranzadi, 2018, p.296.

en el ámbito público como privado". Así, cuando dos intereses legítimos concurren, primará el interés superior del menor.

No obstante, en su apartado cuarto y quinto matiza que *"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"* y deberán ser adoptadas *"respetando las debidas garantías del proceso"*. Por esa razón, aunque se lleve a cabo la prueba preconstituida por el interés superior del menor – en aras del respeto a su derecho de ser *"informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente"*, como señala el apartado quinto del artículo en cuestión– es imprescindible que en su desarrollo se garanticen los principios de publicidad, inmediación y, particularmente, el de contradicción *en pro* del acusado.

Es más, no porque se trate de un menor siempre se debe llevarse a cabo. De este modo, el apartado segundo del mencionado artículo 2 estipula que se atenderá a cada caso concreto y que se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales para determinar la aplicación e interpretación en cada uno del interés superior del menor:

- a) *"La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*
- b) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*
- c) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. (...)*
- d) *La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad"*.

Además, estos criterios han de ser ponderados según los elementos generales del apartado 3 de este artículo:

- a) *“La edad y madurez del menor”*.
- b) *“La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante”*.
- c) *“El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”*.
- d) *“La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro”*.
- e) *“La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales”*.
- f) *“Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores”*.

“Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

1.2.4. Otras leyes nacionales:

Finalmente, se debe concluir con la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia jurídica Gratuita y con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de género. Ambas leyes han supuesto un refuerzo de la

protección de los menores-víctimas: la primera, respecto del coste económico; y la segunda, incluyendo a los menores-víctimas de violencia de género.

2. CONCEPTO Y REGULACIÓN APLICABLE A LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES.

Una vez tratada la víctima menor de edad, se debe poner el foco en analizar aquellas víctimas de delitos sexuales, al ser éstas los sujetos sobre los que versa, específicamente, este trabajo.

Este colectivo, en tanto que menores-víctimas, les es de aplicación la normativa desarrollada en los apartados anteriores (*vid. 1.1. La regulación internacional de la figura del menor-víctima y 1.2. La regulación nacional de la figura menor-víctima*). No obstante, al ser víctimas de un tipo concreto de delitos, gozan de regulación específica. En este sentido, es importante comentar el Convenio de Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

Este convenio surgió por los siguientes motivos:

- a) La protección de los niños, entendidos como personas menores de 18 años (con arreglo a su artículo 3), por parte de la sociedad, el Estado y su familia.
- b) El aumento preocupante de la explotación y abuso sexual de menores los ámbitos nacional e internacional, como consecuencia de la fácil comunicación entre la potencial víctima y su potencial agresor a través de las nuevas tecnologías.
- c) El grave perjuicio y peligro sobre la salud y desarrollo psicosocial que suponen estas conductas contra el bienestar e interés superior del menor – siendo éstos, valores fundamentales compartidos por los Estados miembros.

En este Convenio, de acuerdo con su artículo 3, se entiende por víctima a los menores de edad que sean objeto de explotación o abuso sexual. Al respecto cabe hacer dos matizaciones:

La primera de ellas es que estos delitos se refieren a los siguientes delitos: el abuso sexual (artículo 18); los relativos a la prostitución infantil (artículo 19); los relativos a la pornografía infantil (artículo 20); los relativos a la participación de menores en espectáculos pornográficos (artículo 21); la “*corrupción de niños*” – entendida como el hacer presenciar a menores actos o abusos sexuales, aún sin ser partícipes – (artículo 22) y las proposiciones a menores con fines sexuales (artículo 23).

El Estado español (como miembro del Convenio) tiene recogidos esos delitos en el CP (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) en su Libro II. “*De los delitos y sus penas*”, en su Título VII recoge los “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”. Concretamente, se encuentran previstos en estos artículos:

- Artículo 182 CP: abuso sexual mediante engaño o abuso de posición de confianza, autoridad o influencia a los mayores de 16 y menores de 18 años.

- Artículo 183.1 CP: abuso sexual a los menores de 16 años.

Como se puede observar, se hace una distinción por razón de edad dentro de los propios menores de edad. De hecho, ambos artículos se encuentran en capítulos distintos del CP: Capítulo II: “*De los abusos sexuales*” y Capítulo II bis: “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años*”, respectivamente. Ello, con la intención de hacer hincapié en este segundo colectivo. Ese es el mismo motivo por el que la agresión sexual de menores de 16 años no se encuentra prevista en el Capítulo I: “*de las Agresiones sexuales*” y sí en el mencionado Capítulo II bis.

- Artículo 183.2 CP: agresión sexual y forzar a participar a los menores de 16 años “*en actos de naturaleza sexual con un tercero o realizarlos sobre sí mismo*”.

- Artículo 183 bis CP: forzar con fines sexuales a los menores de 16 años “*a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter*

sexual” o abusos sexuales “*aunque el autor no participe en ellos*”.

- Artículo 183 ter CP: el conocido como “*online child grooming*” que se refiere al delito consistente en que: “*El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento (...) y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor*”.

El Capítulo III recoge el delito del acoso sexual, que corresponde con el artículo 184 CP, y hace una alusión indirecta a los menores de edad en su apartado 3: “*Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad*”.

- Artículo 185 CP: exhibicionismo ante menores de 18 años.
- Artículo 186 CP: vender, difundir o exhibir material pornográfico entre menores de 18 años.
- Artículo 188 CP: promoción de la prostitución a menores de 18 años (agravado para menores de 16 años).
- Artículo 189 CP: delitos relativos a la pornografía infantil (referida a menores de 18 años con agravación para menores de 16).

La segunda matización al respecto es que se nombra explícitamente a la explotación y al abuso sexual por ser ambos los principales delitos que se cometen. Esto se puede constatar con los datos del Instituto Nacional de Estadística – INE en adelante – del número de delitos condenados en España en 2018 según el Registro Central de Penados.

En el siguiente gráfico los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se encuentran divididos según los subtipos encontrados en cada uno de los, ya referidos, capítulos del C.P.

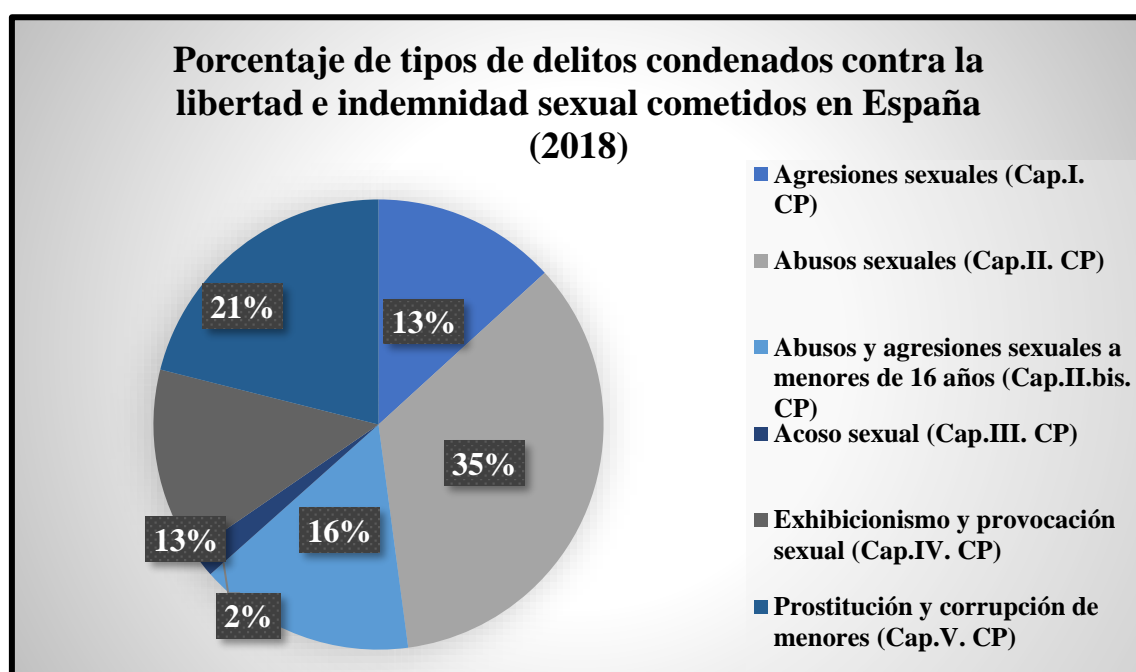


Figura 1: Gráfico de porcentaje de tipos de delitos condenados contra la libertad e indemnidad sexual en España. (2018)

Fuente: Elaboración Propia en base a los datos del INE del Registro de Central de Penados¹⁷.

Del total de delitos comprendidos en este gráfico, se desprende que los casos de los delitos sobre prostitución y corrupción de menores (21,07%) son mayores que los casos de abusos y agresiones a menores de 16 años (15,53%). Ahora bien, respecto de los

¹⁷ Para conseguir estos datos accedí a la página web del INE y busqué datos relacionados con el número de delitos sexuales a menores. En vez de eso, aparecieron disponibles los datos de los delitos penados. Como ya había estudiado en el trabajo los artículos del CP que hacen referencia a los delitos sexuales, seleccioné los que corresponden al Libro II, Capítulo VIII “Delitos contra la indemnidad y libertad sexuales” del año 2018. Así, utilicé, de todos los delitos condenados del 2018, los siguientes (<https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla>):

Total de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: 2.917 casos.

- Agresiones sexuales: 386casos → $(386 * 100)/2917 = 13\%$
- Abusos sexuales: 1.011casos → $(1.011 * 100)/2917 = 35\%$
- BIS Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años: 453 casos → $(453 * 100)/2917 = 16\%$
- Acoso sexual: 59 casos → $(59 * 100)/2917 = 2\%$
- Exhibicionismo y provocación sexual: 394casos → $(394 * 100)/2917 = 13\%$
- Prostitución y corrupción menores: 614 casos → $(614 * 100)/2917 = 21\%$

abusos sexuales no se debe perder de vista que los previstos en el Capítulo II del C.P. incluyen a víctimas menores de edad de los 16 a 18 años. De manera que, se observa como el porcentaje de abusos sexuales a menores es también muy alto.

Ahora bien, este gráfico consta con la limitación de que sólo recoge la pequeña muestra inscrita en el Registro Central de Penados, no los que, efectivamente, se han cometido. Por ello, en tanto en cuanto no todos los delitos son denunciados, ni todos los denunciados condenados; este gráfico debe servir únicamente como orientación. Asimismo, en base al compendio de sentencias leídas para este trabajo, se presenta como el más común en las sentencias de delitos sexuales contra menores – siendo 27 de las 32 sentencias sobre estos delitos a menores (*vid. Anexo: Tabla de compendio de sentencias*).

Finalmente, es preciso comentar brevemente la referencia directa a la protección que merecen los menores de edad frente al abuso y explotación sexual que hace la Convención de Derechos del Niño de 1989 – como el tratado más ratificado de la historia con 195 Estados. En sus artículos 19.1. y 34. dispone que:

“Artículo 19.1. Los Estados Parte 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”.

“Artículo 34 Los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;

c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Tampoco se debe olvidar que esta Convención cuenta con un protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Por tanto, la prueba preconstituida se encuadra como una de las medidas previstas para garantizar esta protección a los menores de edad víctimas de delitos de índole sexual.

CAPÍTULO IV. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA: REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA.

Una vez analizada la figura del menor como víctima (específicamente en lo relativo a los delitos de índole sexual) en el Capítulo II y en el Capítulo III, se procede al estudio de la prueba preconstituida. Se trata de una figura excepcional como método de protección de la víctima – especialmente para los casos de violencia de género y delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad – que debe, igualmente, garantizar los derechos del acusado.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA. DIFERENCIAS CON PRUEBA ANTICIPADA, ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA.

En primer lugar, se presenta la dificultad a la hora de definir el concepto de prueba preconstituida debido a las siguientes razones: la falta de precepto específico que recoja su definición; y el manejo indistinto e impreciso de los conceptos “*prueba anticipada*” y “*prueba preconstituida*”, incluso llegando a emplearse como sinónimos.

Ahondando en esta cuestión, para entender el concepto y naturaleza de ambos, se debe aclarar que mientras que las diligencias o actos de investigación tienen como finalidad determinar la existencia o inexistencia de base suficiente para continuar con la tramitación penal y formular la acusación; los actos de prueba, tienen por objeto convencer “*al juzgador sobre la realidad de los hechos objeto de litigio, y, por tanto, en último extremo, de servir de fundamento (de ratio decidendi) para la sentencia*”¹⁸.

Por tanto, los actos de investigación y los actos de prueba no son lo mismo ya que los primeros “*no se convierten por sí solos, en actos de prueba, que permitan posteriormente al órgano decisor fundar en ellos una sentencia de condena, sino que se encaminan a facilitar a las partes la fundamentación fáctica de sus respectivos escritos*”

¹⁸ ÁLVAREZ BUJÁN, M., “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y la prueba anticipada”, Boletín de información: Estudio doctrinal. n. 2180, 2015, p.7.

de calificación o acusación, pero no permiten al juez o tribunal sentenciador extender sobre ellos su conocimiento en la declaración de hechos probados en la sentencia”¹⁹.

Ahora bien, en efecto, los actos de investigación son potenciales actos de prueba y pueden convertirse en ellos cuando se producen las pruebas preconstituidas y pruebas anticipadas. Precisamente, esa es una de las similitudes de estas dos figuras: ambas pueden, a pesar de no haberse hecho durante el juicio oral, introducirse en el plenario como pruebas gracias a lo previsto en el artículo 730 LECrim.

Esta similitud es la que hace que la jurisprudencia en numerosas ocasiones los utilice sin precisión, dando lugar a confusión. Con todo, afortunadamente, la STS 96/2009, de 10 de marzo de 2009 sienta jurisprudencia para diferenciar ambas figuras en posteriores sentencias como la STS1375/2009, de 28 de diciembre de 2009.

Así, las pruebas anticipadas en sentido propio son aquellas diligencias o actos de investigación que se convierten en actos de prueba al realizarse, como su propio nombre indica, de forma anticipada, en un momento anterior al inicio del Juicio Oral por temor a que no puedan realizarse en el último. Se permiten tanto en el procedimiento Ordinario (art.67.3. LECrim) como en el procedimiento abreviado (arts.781.1.3 y artículo 784.2. LECrim). De manera que, su excepcionalidad deriva del momento de su práctica. No obstante, en todo caso se someterá a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, propios de la fase probatoria del Juicio Oral, ante el Tribunal competente que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785.1. LECrim).

Las pruebas preconstituidas o pruebas anticipadas en sentido impropio, en cambio, aunque también sean diligencias o actos de investigación que pasan a ser actos de prueba al realizarse en un momento anterior al Juicio Oral, no se hacen ante el Tribunal competente para resolver sino ante el Juez de Instrucción. De forma que, a la excepcionalidad temporal se le añade el sacrificio del principio de la inmediación en sentido estricto; reduciéndose a la *“percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje”*. Este supuesto *“es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción*

¹⁹ *Id.*: ÁLVAREZ BUJÁN, M...

imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el Juicio Oral". De hecho, a veces se emplea el término "prueba anticipada en sentido impropio" en vez del término "prueba preconstituida", para reservar este último solamente a las "diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica – como sucede con una inspección ocular (...) – es forzosamente única e irrepetible".

Es importante añadir que también es frecuente que sea imposible prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral debido a factores imprevisibles y sobrevenidos, a diferencia de los dos casos anteriores. Para resolver esta cuestión el artículo 730 LECrim. ofrece la posibilidad de leerse o reproducirse las diligencias practicadas en el sumario en el Juicio Oral para su valoración probatoria.

2. REQUISITOS PARA ACEPTAR LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA.

La STS 742/2017, de 16 de noviembre de 2017, replica lo expresado por la STC 56/2010, de 04 de octubre de 2010, manifestando que la validez de las declaraciones realizadas en la fase del sumario como prueba de cargo preconstituida se considera en todo caso como una excepción. Ello, ya que la regla general establece que sólo las pruebas en fase oral se podrán considerar como pruebas vinculantes a los órganos de justicia penal.

En consecuencia, la jurisprudencia²⁰ supedita la práctica de la prueba preconstituida a la concurrencia de los siguientes requisitos:

²⁰ (entre otras sentencias, las siguientes del compendio: STS 19/2019, de 23 de enero de 2019; STSJ GAL 7/2008, de 26 de junio de 2008; STS 735/2015, de 26 de noviembre de 2015; STS 680/2016, de 26 de julio de 2016; STSJ CAT 17/2005, de 24 de octubre de 2015; STS 470/2013, 5 de junio de 2013; STS 742/2017, de 16 de noviembre de 2017; SAP 155/2019, de 11 de julio de 2019; STS 191/2019, de 9 de abril de 2019; STS 598/2015, de 14 de octubre de 2015; STS 579/2019, de 26 de noviembre de 2019; STS 632/2014, de 14 de octubre de 2014).

2.1. Requisitos materiales:

Este requisito significa que la preconstitución de la prueba se debe realizar como consecuencia de la imposibilidad de reproducirse en el acto del juicio oral. Así, es preciso especificar a qué se refiere el término “*imposibilidad*”. Para ello, los artículos 448 y 777.2. LECRim recogen los siguientes casos de imposibilidad para el procedimiento ordinario y abreviado, respectivamente:

a. Ausencia del territorio nacional del testigo para el Juicio Oral:

Esta causa se observa en numerosas sentencias como: la STS 177/2010, de 3 de marzo de 2010, dada la condición de los testigos de inmigrantes no autorizados para su ingreso en España; la STSJ MU 11/2019, de 9 de octubre de 2019, en la que la menor-víctima y su madre abandonaron España para regresar a Bolivia, su país de origen; y la SAP MA 704/2019, de 30 de septiembre de 2019, en la que se procedió a la preconstitución de la prueba al residir la menor y su madre en Rumanía. También es el caso de la STS 191/2019, de 9 de abril de 2019 en la que el testigo se encontraba en paradero desconocido en el momento del Juicio Oral, lo que hizo que se visionara la grabación de la declaración del testigo en la fase sumarial “*declaración que se hizo mediante video conferencia desde Alemania, país al que se había dado traslado al testigo*”.

No obstante, conforme a la STS 96/2009, de 10 de marzo de 2009, cada vez se restringe más este supuesto gracias al desarrollo de los transportes, las comunicaciones y las normas de cooperación procesal internacional entre Estados.

b. Motivo “*racionalmente bastante*” (art.448 LECrim.) para temer la incapacidad física o intelectual o muerte del testigo antes de que se abra el Juicio Oral.

En este motivo, de acuerdo con la STS 96/2009, de 10 de marzo de 2009 – manifestado en posteriores sentencias como la SAP León 697/2012, de 3 de diciembre de 2012 – se incluyen las declaraciones de los menores de edad víctimas de delitos de índole sexual. Según dicha sentencia la razón de ello es la consideración de que la declaración de este colectivo en el Juicio Oral implicaría graves consecuencias para su “*incolumnidad psíquica y moral*”, es decir, la llamada “*victimización secundaria*” – será tratada con

posterioridad, *vid*: Capítulo V. 2.2.2. *Evitación de las consecuencias de la “victimización secundaria”*).

- c. *“Otro motivo”* que haga *“temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión”* (art.777.2 LECrim).

Este motivo hace que en este requisito en la práctica sea *“numerus apertus”*.

No se puede obviar que si esta imposibilidad desapareciera posteriormente no se podría aceptar la prueba preconstituida, pues tendría que repetirse la prueba en el Juicio Oral²¹.

2.2. Requisitos subjetivos:

El siguiente requisito para que la prueba preconstituida sea válida es la intervención necesaria del Juez de Instrucción que, como se señaló con anterioridad, es la diferencia esencial con la prueba anticipada en sentido estricto. Eso hace que sea un requisito que se cumple en la mayoría de los casos: como en la STSJ CAT 17/2005, de 24 de octubre de 2015.

Se debe matizar que, de acuerdo con el artículo 777 LECrim, las diligencias de investigación destinadas a convertirse en pruebas preconstituidas deberán *“documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes”* para su posterior introducción en juicio (como exige el requisito formal: *vid*: Capítulo IV. 2.4. *Requisitos formales*). Así, aunque el principio de inmediatez no se respeta de manera directa, sí ofrece una alternativa de éste de forma indirecta.

²¹ STS 96/2009, de 10 de marzo de 2009.

2.3. Requisitos objetivos:

Este requisito está recogido en los, ya citados, artículos 448 y 777 LECrim. Consiste en que en toda prueba preconstituida se debe cumplir con el principio de contradicción, “*para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo*” (STS 470/2013, 5 de junio de 2013).

Además, en lo referido al modo de practicarse se añaden como requerimientos ²²:

- a. La provisión de abogado, de oficio o por designación, que le asesore en la declaración del testigo.
- b. Presencia del “*procesado*” en la declaración del testigo.
- c. Presencia del abogado defensor salvo el supuesto del artículo 449 LECrim. que recoge el caso de inminente peligro de muerte del testigo.
- d. Presencia del Fiscal y del querellante – en caso de querer estar presentes – y el poder de éstos de formular preguntas.
- e. Consignación de las respuestas a dichas preguntas en la diligencia con la firma de los asistentes.

Este principio será posteriormente desarrollado (*vid.* Capítulo 5. 2.2.1. “*Principio de contradicción: Concepto y compatibilidad con prueba preconstituida*”) por su gran importancia. Ésta hace que no sea común su incumplimiento, a pesar de que sea uno de los motivos que más se alegan en los recursos de casación. Aun así, hay algún caso de absolución por el incumplimiento de dicho principio como se observa en la sentencia de la SAP MA 223/2019, de 27 de marzo de 2019.

²² STS 96/2009, de 10 de marzo de 2009.

2.4. Requisitos formales:

Finalmente, este requisito se refiere a la necesidad de introducir el contenido de la prueba preconstituida en el Juicio Oral gracias a la reproducción de las grabaciones hechas en el sumario o la lectura del acta (artículo 730 LECrim).

Ejemplos de su cumplimiento son las STS 568/2019, de 30 de abril de 2019 y STS 828/2019, de 19 de septiembre de 2019: *“En el presente procedimiento ante la autoridad judicial se tomó declaración a la menor, estando presente la defensa. Esta declaración fue grabada y visionada en el acto del juicio oral”*.

El motivo de ello es que el Tribunal que resuelve es el competente para la valoración de su credibilidad ²³. Este, de nuevo, garantiza no sólo que se cumpla el principio de contradicción, sino también el de inmediación y publicidad.

²³ STS 470/2013, 5 de junio de 2013.

CAPÍTULO V. JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES-VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL. ESPECIAL ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

1. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA EN LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES.

El objetivo de este trabajo consiste en estudiar la práctica de la prueba preconstituida en aquellos casos de delitos de índole sexual contra menores-víctimas. Así, la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos enuncia que *“La decisión de preconstituir la prueba testifical de menores de edad habrá de plantearse especialmente en causas por delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea menor”*.

La razón de su especial atención es que, de acuerdo con la propia Circular, se debe tener en cuenta que *“las causas que mayores problemas plantean en relación con el testigo menor (normalmente también víctima) son las relativas a abusos y agresiones sexuales”* debido a que en ellas *“un juicio erróneo o una investigación archivada prematuramente puede tener consecuencias extraordinarias no sólo para los implicados en el proceso en curso sino para potenciales víctimas, por lo que es extremadamente importante que todas las investigaciones de presuntos abusos sexuales sean de la mayor calidad posible y que se les otorgue prioridad respecto a otras investigaciones criminales”*.

Además del riesgo de repetición de la conducta penal por los acusados en caso de ser absueltos siendo culpables, se unen a la mayor consideración de estos delitos: la dificultad de su detección y la mayor concienciación social por la, ya comentada, protección del interés superior del menor.

En cuanto a la primera causa, ya se hizo hincapié en que no todos los delitos que se cometen son denunciados (*vid. Capítulo III.2. Concepto y regulación aplicable a las menores víctimas de delitos sexuales*). Esto se debe a varios motivos²⁴:

²⁴ SOTOCA, A.; MUÑOZ VICENTE, J.M.; GONZÁLEZ, J.L.; MANZANERO, A.L. “La prueba preconstituida en

1.1. La comisión de los actos delictivos de forma clandestina.

Este motivo hace referencia al *“singular contexto de clandestinidad en el que se producen este tipo de conductas, por lo que de ordinario suele tratarse de la única prueba directa de cargo, situación perfectamente descrita en la reciente STS 468/2017 de 22 de junio”*, tal y como lo pone de manifiesto la STS. 579/2019, de 26 de noviembre de 2019. De hecho, en dicha sentencia el condenado cometió abuso sexual a una menor de 13 años *“aprovechando (...) la circunstancia que se encontraban solos en el domicilio y que la menor estaba medio dormida en el sofá”*.

Otra prueba de ello son las sentencias: STSJ MU 11/2019, de 9 de octubre de 2019 en la que las agresiones sexuales se cometían sobre la menor de 12 años *“ en el interior de la vivienda en que residían, a primeras horas de la mañana, y aprovechando la salida del domicilio de su madre”*; y la SAP MA 570/2019, de 30 de noviembre de 2019 en la que el condenado cometió abuso sexual a una menor de 16 años por la noche *“aprovechando que la menor dormía o que se acaba de dormir”*.

1.2. La comisión por parte de personas cercanas a las víctimas.

El segundo motivo que entorpece su descubrimiento es que habitualmente la comisión de delitos de índole sexual es producida por personas con relación de parentesco, afectividad o de confianza con los menores-víctimas, como pueden ser familiares, amigos de éstos o profesores (como es el caso de abusos sexuales continuados cometido por un profesor de primaria sobre nueve alumnos, previsto en la STS 742/2017, de 16 de noviembre de 2017).

Esto provoca que los menores tengan miedo de contar lo sucedido y que, incluso, una vez conocidos los hechos se oculten por parte de la familia (como ocurrió en la STS 19/2013, de 9 de enero de 2013 en la que la madre, a pesar de que su hijo le contara lo ocurrido, se limitó a decirle que no contara lo que le hacía su padre). Ese temor se refleja en numerosas sentencias como:

casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica”. *La Ley Penal*. 102. p.113.

La SAP CA 26/2020, de 22 de enero de 2020. En ella, el condenado era la pareja de la prima de la víctima, quién *“aprovechando aquellos momentos en los que la menor se encontraba sola, sobre todo durante la siesta”* cometía abusos sexuales sobre una menor de 15 años a la que pedía *“que no contara nada de lo que había sucedido, cosa que la menor hizo ante el temor a no ser creída y por el miedo a los problemas familiares que podrían derivarse de todo ello”*.

En el caso de la STS 19/2019, de 23 de enero de 2019, la menor fue víctima de abusos sexuales desde que tenía 5 años hasta los 15 por su abuelo materno y ella *“nunca se había atrevido a contárselo a su madre, por miedo a que su abuelo, que había demostrado con otros familiares ser violento, agrediese a alguno de ellos”*.

La STS 1147/2017, de 6 de julio de 2017 trata los abusos sexuales a una menor de 6 años por parte de la pareja de su madre, quién le decía que *“era un secreto entre los dos y que no se lo contara a su madre porque podría enfadarse”*.

Además, en el caso de los más pequeños es común que no comprendan las repercusiones de los hechos ocurridos ni pongan en duda los actos cometidos por un adulto en el que confían, no procediendo a su denuncia.

1.3. Ausencia de evidencias físicas tras la comisión de los actos delictivos.

El tercer motivo que complica la detección de estos delitos es la escasez de vestigios físicos de los hechos delictivos. Como se indicó previamente, el abuso sexual es de los delitos más comunes y éste se realiza *“sin violencia o intimidación”* (de acuerdo con el artículo 181. CP). Por tanto, ante la ausencia de pruebas físicas, la declaración de la víctima suele ser la única prueba de cargo disponible para enervar la presunción de inocencia del acusado.

1.4. Instrumentalización de las denuncias de delitos de índole sexual en menores.

Finalmente, el cuarto motivo responde al hallazgo de la utilización de denuncias de delitos sexuales a menores por parte de familiares, especialmente cuando están inmersos en algún procedimiento de separación o divorcio matrimonial. De modo que, se producen casos de absolución cuando solamente se pueden valorar los testimonios de los testigos de referencia y no los del testigo directo (víctima) como ocurre en la SAP CA 30/2019, de 15 de febrero de 2019.

En ella, *“el dictamen pericial de la Psicóloga Sra. Aurora , (...) podría ser valorada o tenida en cuenta, como el resto de los testimonios referenciales, si dispusiéramos de una prueba procedente de la presunta víctima que hubiera relatado concretamente los hechos y fuera legamente valorable, y ello, insistimos, no ha sucedido en el supuesto que nos ocupa”*.

Así, alude a la doctrina del TS en la STS 323/2017, de 1 de febrero de 2017, que el valor de convicción de las declaraciones de los testigos de referencia *“se sustenta en la veracidad del testigo directo, cuyos dichos oyeron aquellos. Y si estos dichos no pueden valorarse [...] tampoco pueden ser utilizadas con esa finalidad las manifestaciones”* de éstos.

También adjunta la doctrina del TC en las SSTC 174/2011, de 7 de noviembre de 2011 y 57/2013, de 11 de marzo de 201, que insiste en la importancia del testimonio de la víctima particularmente en estos casos porque *“en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a analizar las condiciones en las que narró los hechos o, por fin, a evaluar la credibilidad de su relato (SSTEDH P.S. contra Alemania, § 30; W. contra Finlandia, § 47; D. contra Finlandia, § 44)”*.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN LOS CASOS DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS DE CARÁCTER SEXUAL.

De todas las razones anteriormente expuestas deriva la abundante y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo sobre estos casos.

En lo referente a la doctrina del Tribunal Constitucional, la STS 828/2019, de 19 de septiembre de 2019 alude a la STC 57/2013, de 11 de marzo (siendo la STC 174/2011, de 7 de noviembre, el precedente más inmediato) que *“admite que en la práctica judicial la exploración de niños y niñas víctimas de abuso sexual, a través de terceros expertos, se lleve a cabo mediante su preconstitución probatoria, en sede sumarial, a presencia del juez instructor y de las partes, incluida la defensa del imputado. Preconstitución probatoria que tiene, en la actualidad, adecuada previsión normativa en el artículo 433, en relación con el artículo 448, último párrafo, ambos de la LECrim en la redacción dada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito”*.

El Tribunal Supremo, por su parte, en la STS 598/2015, de 14 de octubre de 2015 (y sus antecedentes, entre otras: SSTS 96/2009 de 10 de marzo de 2009, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero) incluye, como justificación de la práctica de la prueba preconstituida en los casos de los menores-víctimas de delitos sexuales, el *“evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos”*, pero siempre debido a *“la existencia de razones fundadas y explícitas”* y *“salvaguardando el derecho de defensa del acusado”*.

Tanto es así, que *“resulta de suma importancia acreditar que conviene al interés del menor la preconstitución de la prueba, dando una concreta argumentación sobre la necesidad de anticipar la prueba en razón de las circunstancias que concurren en el niño, de modo que no pueda ser recurrida su validez en instancias superiores”*²⁵.

²⁵ BECERRIL, S. “La escucha del menor, víctima o testigo”, *Estudio del Defensor del Pueblo*, 2015, p.47. (disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2015/05/Ver-estudio.pdf>).

De manera que, como declara la STS. 579/2019, de 26 de noviembre de 2019: *“No puede realizarse (...) un ‘enfrentamiento’ entre la victimización secundaria de los menores por declarar en el plenario en oposición con el principio de contradicción y el derecho de defensa de interrogar a los menores en el juicio. No se trata de una confrontación entre derechos de víctima y acusado. Se trata de realizar el ejercicio de ambos derechos por sus cauces correctos y sin provocar merma alguna en los mismos por un uso incorrecto de uno de ellos que cause perjuicio al otro, pudiendo destacar que cuando se lleve a cabo un uso motivado y fundado del derecho de las víctimas a no declarar en el plenario por haberse conformed la prueba preconstituida”*. Por tanto, *“el debate se centra en conciliar el derecho de los menores a que no se les victimice con una nueva repetición de su declaración ya efectuada en la fase de instrucción con el derecho de defensa de la parte acusada a interrogar a los menores”*.

Por ello, a continuación, se procede a analizar la protección del acusado (con especial hincapié en el principio de contradicción) y la protección de los menores-víctimas en lo referente a la prueba preconstituida.

2.1. Protección del acusado. Especial atención al principio de contradicción.

En los casos en los que se acepta la prueba preconstituida los condenados, al recurrir la sentencia, aluden a la violación del artículo 24 CE. Este artículo recoge los derechos fundamentales de la tutela judicial efectiva *“sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”* y de la presunción de inocencia, en su primer y segundo apartado respectivamente.

De forma que, para que el derecho de defensa sin indefensión se cumpla, se deben cumplir con los derechos recogidos en el apartado segundo del artículo 24 CE: *“derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*.

En este sentido, de todos los derechos mencionados en el artículo 24 CE, la doctrina del Tribunal Constitucional entiende que en el derecho a un proceso con todas las garantías comprende el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción. De manera que, su doctrina *“impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción”*²⁶.

Esto se pone de manifiesto también en el artículo 137 LEC:

“1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente.

Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto”.

Ahora bien, la polémica proviene, precisamente, de que la práctica de la prueba preconstituida – especialmente cuando se trata de menores víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual – supone una alteración en el cumplimiento de los principios de publicidad, inmediación y contradicción, pudiendo verse afectadas las garantías del acusado.

Al respecto, cabe introducir la doctrina del Tribunal Supremo presente en la destacada STS 598/2015, de 14 de octubre de 2015 que *“tiene como punto de partida la necesidad de respetar adecuadamente los derechos del acusado en el proceso, por lo cual, como se ha afirmado, la justicia penal no puede obtenerse a cualquier precio, y por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, en ningún caso puede justificar el prescindir*

²⁶ <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2011-8-5020/Documento.pdf> pag 83. Vid., SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 307/2005 y 324/2005, de 12 de diciembre; 24/2006, de 30 de enero.

de las garantías fundamentales del derecho de defensa, que constituyen las bases esenciales de nuestro sistema jurídico (STS nº 71/2015, de 4 de febrero, que cita la STS nº 832/1999, de 28 de febrero)”.

Además, en la misma sentencia especifica que, ya en la STS 632/2014, de 14 de octubre de 2014, se pronunció acerca de la necesidad del respeto a las garantías del acusado aún cuando sean casos de delitos de agresiones y abusos sexuales a menores (*“aunque (...)merecen sin duda una contundente respuesta penal, en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso”*).

2.1.1. Principio de contradicción: Concepto y compatibilidad con prueba preconstituida.

En la defensa del acusado se han mencionado los principios de inmediación, publicidad y contradicción. No obstante, es preciso detenerse a analizar este último al tratar la preconstitución de la prueba de menores víctimas de delitos sexuales.

De este modo, la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, manifiesta que, precisamente, de todos esos derechos, *“el derecho de todo acusado a un juicio público con todas las garantías (art.24.2 CE) encuentra en el derecho de defensa y el principio de contradicción algunas de sus principales manifestaciones”*. Según ésta: *“Ello supone el derecho a un juicio contradictorio en el que el acusado pueda defenderse de la acusación, planteando pruebas de descargo y combatiendo las pruebas inculcatorias, junto a la posibilidad de participar en las diligencias y trámites del proceso, para así ejercitar su derecho a ser oído y alegar, en su interés, lo que a su Derecho convenga”*.

Este derecho está recogido tanto en el artículo 14.3. e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo para la

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales – CEDH en adelante). Este último reconoce como uno de los derechos mínimos de todo acusado el derecho “*a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra*”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que este derecho a la contradicción tiene una especial relevancia dentro de las garantías que se asocian al derecho a un proceso equitativo (presente en el artículo 6.1. CEDH: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*”).

No obstante, a pesar de lo manifestado en los preceptos señalados del CEDH, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH en adelante – en el caso Gani contra España (sentada también en la SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski contra Holanda, y de 26 de abril de 1999, el caso Asch contra Austria) considera que “*la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6. 1 y 3. (d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados*” y, como señala al respecto la SAP MU 165/2019, de 25 de octubre de 2019, “*siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral*”.

De manera que, las condiciones que permiten la utilización de la prueba preconstituida son:

- a. El respeto de los derechos de defensa.

De acuerdo con la STS 598/2015, de 14 de octubre de 2015, el respeto de los derechos de la defensa se entiende que se produce siempre “*que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de*

1989, caso *Kostovski* ; 15 de junio de 1992, caso *Lüdi* ; 23 de abril de 1997, caso *Van Mechelen*” y de 24 de noviembre de 1986, *Unterpertinger contra Austria*²⁷), “*por lo que las declaraciones prestadas en fases anteriores al juicio oral no lesionan el derecho al proceso debido si han podido ser sometidas a contradicción*” (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, *Kostovski contra Holanda*, §41; de 27 de septiembre de 1990, *Windisch contra Austria*, §26; de 20 de septiembre de 1993, *Saïdi contra Francia*, §43 y de 27 de febrero de 2001, *Lucà contra Italia*, §40)²⁸.

Como resultado, se concluye – en los términos empleados por STEDH de 27 de febrero de 2001, en el caso *Lucà* – que “*los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario*” (STEDH de 19 de julio de 2012, *Caso Hummer contra Alemania*²⁹).

Concretamente, la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso *A. S. contra Finlandia* fija un canon acerca de cuáles deben ser las precauciones mínimas que se deben seguir para respetar los derechos de la defensa³⁰:

- a) “*quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor*”
- b) “*debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual*”
- c) “*debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior*”.

²⁷ STS 1220/2018, de 4 de octubre de 2018.

²⁸ DEL CASO JIMÉNEZ, MT., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018, p.65.

²⁹ SAP MU 165/2019, de 25 de octubre de 2019.

³⁰ SAP 155/2019, de 11 de julio de 2019.

A todas ellas, se debe añadir por la reciente STS 44/2020, de 11 de febrero de 2020. que:

- d) *“Para la incorporación del resultado probatorio preconstituido al juicio oral, la exploración previa habrá de ser grabada; a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo en el que se haya preservado el derecho de defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias”.*

Ahora bien, es importante matizar que la doctrina del TS estima que es legítima la ausencia de contradicción cuando es imputable exclusivamente a las partes pasivas y no a una actuación judicial constitucionalmente censurable – como ocurre en los casos en los que debidamente citado el acusado no ha asistido o cuando se sitúa en rebeldía. Esto se constata, por ejemplo, en la STS 19/2019, de 23 de enero de 2019:

“En el caso de la casación el acusado fue efectivamente citado a la diligencia en la que se practicó la prueba preconstituida. Conocía la existencia del proceso y conocía la celebración de la diligencia y su condición de imputado en la misma. Y no compareció, por lo que la misma se practicó en su ausencia una vez constatada la citación. El que ocho meses después la abogada que había asistido en una anterior declaración expresara la imposibilidad de desplazarse para asumir la defensa del imputado solicitando una designación de letrado no es óbice para la consideración que el tribunal realiza sobre la correcta observancia del principio de contradicción efectiva”.

Además, en dicha sentencia, añade que el Tribunal Constitucional (SSTC 80/2003, 187/2003, 134/2010) defiende que para que el principio se cumpla *“es suficiente haber contado con la posibilidad de interrogar y no es indispensable un interrogatorio efectivo”.*

- b. Concurrencia de una causa legítima que impida la declaración en juicio oral.

En cuanto a la segunda condición, habrá que remitirse a los requisitos materiales para llevar a cabo la preconstitución de la prueba (*vid. Capítulo IV. 2.1. Requisitos materiales*). De las situaciones que se consideran con “*imposibilidad*” de reproducirse en el acto del juicio oral, el conflicto se presenta respecto a las víctimas menores de edad de delitos contra la indemnidad y libertad sexual.

La doctrina del TS, puesta de manifiesto en la STS 579/2019, de 26 de noviembre de 2019, establece que “*como norma general no cabe prescindir de la presencia del testigo en el juicio oral ni optar por la regla general contraria cuando se trate de menores*” ya que “*en todo caso la preconstitución probatoria dependerá de las circunstancias concurrentes, en suma, no debe considerarse sustitutiva de la declaración en juicio en todo caso*”.

De modo que, conforme la SAP SS 155/2019, de 11 de julio de 2019 “*nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho que la víctima sea un menor de edad*”. Así, en la STS 46/2020 de 19 de diciembre de 2019, el TS indica que “*no es lícito convertir la excepción en regla general, de forma que solo se podrá prescindir de la declaración directa en el plenario cuando esté suficientemente justificado*” situación que no ocurrió durante la Audiencia Provincial en la que “*ponderadas las circunstancias concurrentes, no concurría causa legítima que justificara la solicitud de las acusaciones y, por tanto, la restricción de los derechos del acusado a un juicio justo, atendida la edad de la menor a esa fecha*”.

Por tanto, como se ha ido argumentando a través de la jurisprudencia, se puede concluir que el interés superior del menor es una causa legítima para impedir su declaración en el juicio oral, siempre que quede debidamente acreditado en el caso concreto (normalmente, los perjuicios psicológicos derivados de la victimización secundaria).

Finalmente, esta causa legítima justificada puede llevar a que incluso el testimonio prestado sin contradicción sea válido, hecho que se produjo en la STEDH de 15 de diciembre de 2011, en el caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido, en el que Al-Khawaja era acusado por cometer abusos sexuales a dos de sus pacientes en unas sesiones de hipnosis como médico rehabilitador.

A partir de dicho caso, el entendimiento del principio de contradicción cambió: la “*regla de la prueba única o decisiva*” (es decir, que una condena no puede fundarse como prueba única o decisiva en un testimonio en el que no haya intervenido la contradicción) se ve remplazada por una aproximación basada en la ponderación de intereses del acusado, la víctima y toda la sociedad. Entonces, la condena que se base en un testimonio prestado sin contradicción es legítima “*si del análisis del proceso en su conjunto puede afirmarse la existencia de factores de compensación de ese déficit de defensa*”³¹.

2.2. Protección del menor-víctima. Especial atención a las víctimas de delitos sexuales.

El primer requisito de la prueba preconstituida era el requisito material (*vid. Capítulo IV. 2.1. Requisitos materiales*), que implicaba que la preconstitución de la prueba se produjera por la imposibilidad de reproducirse en el acto del juicio oral.

La vía de inclusión de las declaraciones de los menores de edad víctimas (especialmente de delitos contra la libertad e indemnidad sexual) no es una imposibilidad en sentido estricto ya que, en efecto, estos menores normalmente sí se encuentran en territorio nacional. No obstante, la política legislativa entiende en estos casos que la prueba preconstituida constituye un medio adecuado para conseguir dos objetivos fundamentales: la protección del elemento probatorio y la evitación de la llamada “*victimización secundaria*”³².

³¹ DEL CASO JIMÉNEZ, MT., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018, p.67.

³² GISBERT POMATA, M.; ADROHER BIOSCA, S.; ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.; DE LA ROSA CORTINA, M.; SERRANO MOLINA, A.; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.; SUÁREZ SANTOS, R. *Los menores en el proceso judicial*. Tecnos, Madrid, 2011. 102. pp.139-157.

2.2.1. *La protección del elemento probatorio (el testimonio del menor como prueba testifical).*

Una de las finalidades de la prueba preconstituida es la de proteger el testimonio del menor como prueba testifical en aras de obtener la verdad material: que se satisfaga a las víctimas *“en su expectativa de hallar una respuesta de la ley ante los posibles atropellos sufridos, dejando inmediata constancia de los hechos acontecidos, sin temer que el paso del tiempo vaya a borrar detalles fundamentales de lo ocurrido y poniendo a disposición del juzgador aquellos detalles que son los que deberían servir para – con los indicios y el resto de diligencias practicadas, poder continuar el procedimiento que culmine con la eventual Sentencia y las indemnizaciones que procedan”*³³.

El hecho de hacer que los menores-víctimas tengan que repetir su testimonio en el juicio oral favorece la contaminación y empobrecimiento de éste, ya que puede transcurrir mucho tiempo entre un momento y otro haciendo que las víctimas olviden detalles y vean su percepción distorsionada.

De esta forma, en la SAP SS 155/2019, de 11 de julio de 2019 se explicita en los siguientes términos: *“Es sabido que, cuanto mayor sea el número de exploraciones a las que los menores se ven sometidos, mayor es será probabilidad de que la reconstrucción que hagan de los hechos almacenados en su memoria sea influida por información post-evento”*.

También la STS 19/2013, de 9 de enero de 2013 hace referencia a dichas razones epistémicas: *“No se trata solo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios*

³³ CASAÑ LLOPIS, M.M.; OLMEDO DE LA CALLE, E.; REY ANASTASI, A.; SORIA VERDE, M.A.; “La prueba preconstituida”, 2017, P.140. (Disponible en: <https://www.copcv.org/db/docu/180403113154cC8UgchTibtO.pdf>; última consulta: 08/04/2020).

ocasionados por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad”³⁴.

Finalmente, aunque pueda parecer que la protección del elemento probatorio sea solamente beneficioso para el menor, según el estudio sobre “*La escucha del menor, víctima o testigo*” del Defensor del Pueblo “*se están protegiendo también los derechos del propio acusado, pues de esa forma se garantiza que la declaración del niño sea más cercana en el tiempo, y, por lo tanto, no se vaya contaminando por influencias externas que pudieran enturbiar el recuerdo*”³⁵.

2.2.2. Evitación de las consecuencias de la “victimización secundaria” (salv guarda del interés superior del menor)

Según la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos: “*Las características personales y evolutivas de los menores de edad les hace especiales vulnerables a la victimización secundaria que puede entrañar su participación en el proceso penal. Las graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales que tal participación puede acarrearles les hacen acreedores de un tratamiento específico orientado a su protección y asistencia*”.

Esta afirmación parte de que estos menores han sido ya objeto de la llamada “*victimización primaria*”, es decir, de “*todos aquellos efectos negativos que puede sufrir el menor por la exposición a una situación de victimización sexual*”³⁶.

³⁴ M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ; M. CABRERA MARTÍN; D. CARRILLO MÁRQUEZ; M. CILLERO BRUÑOL; S. DÍEZ RIAZA; L. GARCÍA-MORALES OSORIO; M. GISBERT POMATA; C. MARTÍNEZ GARCÍA; M.C. MOLINA BLÁZQUEZ; F. DE MONTALVO JAASKELAINEN; R. RAPOSO OJEDA; R. SOLÍS DE OVANDO SEGOVIA (2018) *Protección Jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Aranzadi, p.318.

³⁵ BECERRIL, S. “La escucha del menor, víctima o testigo”, *Estudio del Defensor del Pueblo*, 2015, p.45. (disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/Ver-estudio.pdf>).

³⁶ SOTUCA, A.; MUÑOZ VICENTE, J.M.; GONZÁLEZ, J.L.; MANZANERO, A.L. “La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica”. *La Ley Penal*. n.102. p.116.

De la lectura del compendio de sentencias se han obtenido, además de los atroces efectos físicos (propios de los casos de agresión sexual como las previstas en la SAP TA 319/2019, de 12 de julio de 2019 o incluso el embarazo a una menor en la STSJ MU 11/2019, de 9 de octubre de 2019), los graves efectos psicológicos sobre este colectivo como, entre otros: “*desaprobación de sí misma, pérdida de energía, aislamiento social, actitud pesimista y en definitiva, malestar emocional con repercusión clínica significativa*” (SAP CA 26/2020, de 22 de enero de 2020); “*malestar psicológico*”, “*pesadillas*”, “*sentimiento de suspicacia hacia los hombres de mediana edad*”, “*sentimiento de inseguridad en la vía pública*”, “*alteraciones negativas cognitivas*”, “*estado emocional negativo como son el miedo, la culpa, la tristeza, la vergüenza y la confusión*”, “*comportamiento irritable y autodestructivo*”, “*baja autoestima*”, “*alteraciones del sueño*” (STS 543/2019, de 6 de noviembre de 2019).

De forma que, una vez no es posible evitar las consecuencias de la victimización primaria, se pretende conseguirlo de aquellas derivadas de la victimización secundaria (entendida ésta como “*todos los efectos negativos adicionales que puede sufrir el menor durante su paso por el Sistema de Justicia*”³⁷).

Esta finalidad hace que la jurisprudencia del TC (entre otras: SSTC 57/2003, de 11 de marzo y 174/2011, de 7 de noviembre) y TS se manifieste estimando (entre otras: SSTS 96/2009, de 10 de marzo de 2009; 743/2010, de 17 de junio; 593/2012, de 17 de julio; 19/2013, de 9 de enero; y 71/2015, de 4 de febrero) que “*la previsión de ‘imposibilidad’ de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores*”³⁸.

³⁷ *Id*: SOTOCA, A.; MUÑOZ VICENTE, J.M.; GONZÁLEZ, J.L.; MANZANERO, A.L...

³⁸ STS. 568/2019, de 30 de abril de 2019.

Esta afirmación era apoyada por los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Sin embargo, ésta fue sustituida por la Directiva 2012/29 UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las Víctimas de delitos.

Aun así, lo interesante a tener en cuenta de los artículos mencionados de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 es la jurisprudencia que sentó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE en adelante – en el conocido como “Caso Pupino”, sentencia del 16 de junio de 2005.

En este caso, en la sentencia, el TJUE reconoce que dichos artículos se tienen que interpretar como que el “*el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta*”. Además, añade que el órgano jurisdiccional nacional tiene la obligación de tener en cuenta todas las normas internas e interpretarlas, en la medida de lo posible, conforme la finalidad que persigue la Decisión marco en cuestión.

De forma que, aunque la Decisión marco no especifica el concepto de vulnerabilidad de la víctima, gracias a la sentencia del “*Caso Pupino*” se incluye en ese concepto a los niños de corta edad víctimas de malos tratos. Concretamente, la sentencia lo argumenta en base a su escasa edad y la naturaleza y consecuencias de los presuntos hechos delictivos. Por ello, sin duda, los niños de corta edad víctimas de delitos sexuales se consideran vulnerables, y, por tanto, le corresponden los derechos predicados en el artículo 2.2 y 8.4. de la Decisión marco, pudiendo ser garantizados mediante la preconstitución probatoria.

De este modo, el artículo 2.2. de la Decisión marco establece el derecho a las víctimas vulnerables de recibir un trato específico que “*responda de la mejor manera posible a su situación*”. El artículo 8.4., por su parte, reconoce que, ante las consecuencias

negativas para las víctimas vulnerables de prestar declaración en audiencia pública, los Estados miembros garantizarán “*que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho*”.

De todo ello, y del artículo 26 del Estatuto de la víctima se deduce que, efectivamente, la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas vulnerables (incluidas las víctimas menores de delitos sexuales) constituye un *medio compatible* para dicho fin siempre que se garantice, como se explicó con anterioridad, las garantías de defensa del acusado.

“Así, a través de los arts. 433 , 448 , 455 , 707 , 731 bis , 777.2 y 797.2 LECrim , es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculcado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio³⁹.

³⁹ STS 598/2015, de 14 de octubre de 2015.

CAPITULO V. LIMITACIONES, RECOMENDACIONES PARA EL FUTURO Y CONCLUSIONES.

1. RESPUESTA A LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN. LIMITACIONES Y RECOMENDACIONES PARA EL FUTURO.

Una vez completado el objetivo de este trabajo, es decir, comprender la prueba preconstituida como medida de protección de los menores-víctimas de delitos contra su libertad e indemnidad sexual, al tiempo que conserva las garantías del acusado; conviene dar respuesta a las siguientes preguntas de investigación:

¿Es posible mejorar la ejecución de la prueba preconstituida para proteger a los menores-víctimas, especialmente en los casos de delitos de índole sexual? Y si es así: ¿Cómo?

La respuesta es afirmativa: Sí, es posible mejorar la ejecución de la prueba preconstituida para proteger a los menores-víctimas, en concreto los de delitos sexuales.

Ya se mencionaron las causas que dificultan su detección y que hacen que sea difícil evitar la victimización primaria. No obstante, una vez se han denunciado los hechos, no debe haber excusa para reducir al máximo la victimización secundaria.

En efecto, el procedimiento de denuncia de un delito contra menores víctimas de delitos de índole sexual es muy largo, puesto que se subdivide en las siguientes fases: la sospecha del caso; la notificación del caso a los servicios sociales o al médico; la valoración, el diagnóstico y el tratamiento médico en unidades hospitalarias especializadas; la denuncia en comisaría que da inicio al proceso judicial; la fase de instrucción (en la que se puede llevar a cabo la prueba preconstituida); el juicio oral; y, finalmente, la sentencia absolutoria o condenatoria.

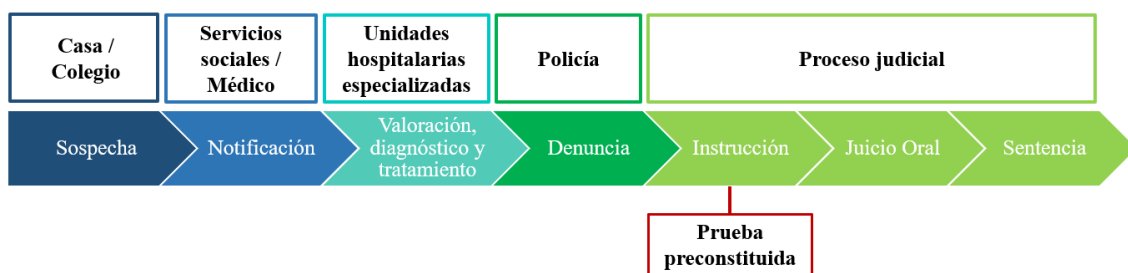


Figura 1: Fases del proceso de menores víctimas de delitos sexuales (2020).

Fuente: Elaboración Propia en base a los datos del informe “*Bajo el mismo techo*” de Save the Children ⁴⁰.

Eso hace que: el proceso legal se prolongue tres años de media, en gran parte de los casos por dilaciones indebidas; y que la víctima deba repetir de media cuatro veces la narración de los hechos desde el momento de la denuncia⁴¹.

En concreto, la parte que ocupa a este trabajo es la prueba preconstituida. En cuanto a ésta, sólo en uno de cada tres casos se aplica la prueba preconstituida y, en la mayoría de los casos, los menores deben testificar en el juicio oral⁴².

De modo que, a continuación, se deben introducir las recomendaciones para su mejor ejecución:

A partir de este trabajo se ha podido observar: la gran dispersión normativa respecto de la prueba preconstituida, particularmente en el caso de los menores-víctimas de delitos sexuales; y la poca claridad en las mismas. Ello, evidentemente, complica el correcto desarrollo de la prueba generando: confusión, desgaste y larga duración del proceso en su conjunto.

⁴⁰ PEREDA, N; *Bajo el mismo techo. Las Casas de los Niños: un recurso para atender a niños y niñas víctimas de abuso sexual y sus familias en Catalunya*, Save the Children, 2018, pp. 18-25 (disponible en: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/bajo-el-mismo-techo-web-doble.pdf>; última consulta: 10/04/2020).

⁴¹ *Id.*: PEREDA, N... p.16 y 17.

⁴² *Id.*: PEREDA, N... p.17.

Por tanto, la primera medida recomendable a considerar es el aglutinamiento de toda la normativa, la doctrina y jurisprudencia al respecto en una única norma que facilite su comprensión y completa regulación.

Además, se debería introducir un protocolo concreto y específico en el caso de menores víctimas de violencia, cómo se intentó en su día con la LO 8/2006, pero de mayor envergadura. Un ejemplo ilustrativo se encuentra en la “*propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables*”⁴³.

En relación con la creación de un protocolo al efecto, es indispensable tener en cuenta:

1.1. El espacio físico adecuado: Cámaras Gesell y las “Casas de los Niños”.

Resulta fundamental que el lugar en el que el menor tome declaración para la prueba preconstituida sea óptimo para: por un lado, garantizar el principio de contradicción; y por otro, crear un ambiente cálido y propicio para que el menor se sienta cómodo y haga una mejor declaración de los hechos, sin sufrir sugestión.

Para conseguir el primer fin, la sala debe estar acondicionada con la correcta separación entre: el menor y el especialista; y los abogados, el fiscal y el juez de Instrucción. Además, el especialista debe contar con algún tipo de pinganillo que le permita conocer las preguntas que quieren hacer ambos abogados, al tiempo que éstos deben poder observar y escuchar el desarrollo del interrogatorio mediante los instrumentos tecnológicos pertinentes. Para ello, se recomienda encarecidamente la creación y propagación de cámaras Gesell, lugares concebidos específicamente con esta finalidad.

⁴³ SOTOCA, A.; MUÑOZ VICENTE, J.M.; GONZÁLEZ, J.L.; MANZANERO, A.L. “Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables”. *Papeles del Psicólogo*. 2013. Pp-227-237.

En cuanto a favorecer el fluido y espontáneo testimonio de la víctima conviene, sobre todo en el caso de menores de corta edad, decorar la habitación con juguetes y muebles que no generen frialdad y desconfianza. En este sentido, es muy interesante no sólo centrarse en la sala del interrogatorio en sí misma, si no en aquellos lugares en los que el menor debe esperar. Desgraciadamente, en la mayor parte de los casos la toma de declaración del menor no es inmediata y, para amenizar y no agobiar al menor, convendría crear una sala de espera que le mantenga calmado y sereno para la posterior declaración.

En este orden de cosas, no sólo para mejorar la ejecución de la prueba preconstituida, si no el proceso completo de denuncia de estos casos de delitos sexuales contra menores; se debería abogar por la creación de “*Barnahus*” o “*Casas de los Niños*”⁴⁴. Éstas son lugares que se rigen por el “*principio de única puerta*”, es decir, no es el menor-víctima el que debe desplazarse por los diferentes profesionales, si no que son éstos los que se encuentran en un mismo lugar para llevar a cabo todo el proceso en el mismo sitio⁴⁵. Así, se consiguen 3 objetivos⁴⁶:

- “*Reducir las evaluaciones y entrevistas a los menores-víctimas (...) mediante la coordinación de equipos multidisciplinares*”: médico forense, pediatra, servicios sociales, psicólogos, policías...
- “*Proporcionar un entorno amigable (...) para realizar adecuadamente la evaluación sin poner en peligro su bienestar emocional*”.
- “*Disponer de profesionales altamente formados y entrenados en la evaluación de niños víctimas*”.

⁴⁴ PEREDA, N; *Bajo el mismo techo. Las Casas de los Niños: un recurso para atender a niños y niñas víctimas de abuso sexual y sus familias en Catalunya*, Save the Children, 2018, pp.27-39. (disponible en: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/bajo-el-mismo-techo-web-doble.pdf>; última consulta: 10/04/2020).

⁴⁵ *Id.*: PEREDA, N... p.34.

⁴⁶ *Id.*: PEREDA, N... p.27.

1.2. Recursos tecnológicos y humanos.

A parte de la victimización secundaria, otra finalidad de la prueba preconstituida era la conservación del elemento probatorio.

Está demostrado que el ser humano cuenta con dos sistemas de memoria: la memoria inmediata (la de corto plazo) “*que retiene información entre 5 y 6 horas*”; y la memoria remota (la de largo plazo) “*que almacena información durante toda la vida*”. Así, el proceso de aprendizaje o formación de la memoria consiste en el traspaso de la información de la primera memoria a la segunda. El problema se plantea porque, como la memoria remota es limitada, hay información que se ve desechada⁴⁷. Por ello, se debe procurar tomar la declaración al menor lo más pronto posible para garantizar obtener al máximo los recuerdos de la memoria inmediata.

No obstante, ante la pérdida de información de los recuerdos se plantea la posibilidad de reconstituir y consolidar la memoria mediante la narración sucesiva⁴⁸. Sin embargo, ya que lo que se pretende es reducir la victimización secundaria y este proceso “*puede provocar con el tiempo ciertos tipos de distorsión*” (“*atribución errónea, sugestión y sesgos*”) no es conveniente usar dicha técnica.

En este sentido, se espera que, para poder gozar de más tiempo para mantener la memoria inmediata, se hagan avances en la neurociencia. De hecho, ya en 2013 argumentaban Schacter y Loftus que “*la investigación en neurociencia cognitiva podría informar a los tribunales del difícil problema de distinguir entre recuerdos verdaderos y falsos. Es por esta razón que los neurocientíficos podrían usar técnicas como la fMRI*”⁴⁹.

⁴⁷ ÁLVAREZ DEL BLANCO, R.; *Fusión perfecta Neuromarketing. Seducir al cerebro con inteligencia para ganar en tiempos difíciles*. Pearson. Madrid. 2015. Pp.60-61.

⁴⁸ *Id.*: ÁLVAREZ DEL BLANCO, R...p.62.

⁴⁹ MONLLEÓ GUAL, C.; Neurociencia de la memoria. Repositori UJI. 2015(disponible en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/133427/TFG_Monlle%C3%B3Gual_Carmen.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta: 09/04/2020).

Además, “en la actualidad se ha producido un enorme salto cualitativo en esta trascendental área de la práctica jurídica mediante la aplicación de la inteligencia artificial al desarrollo de tecnologías y métodos”. Destacan los sistemas de “codificación predictiva” que “a partir de una serie de ejemplo proporcionados por un experto humano, son capaces de clasificar automáticamente todos y cada uno de los documentos que componen una colección como relevantes o no relevantes y de priorizarlos mediante la asignación a cada uno de ellos de un grado concreto de probabilidad de relevancia. Esta priorización de todos los documentos en función de su relevancia permite finalmente a los abogados circunscribir la revisión manual”⁵⁰. De forma que, se podrían emplear dichos sistemas para que detecten los recuerdos verdaderos y los falsos en la primera toma de declaración (lo antes posible) y así no tener que repetir la narración en más ocasiones.

Por último, la tecnología es muy útil, pero siempre que se encuentre al servicio del ser humano. De manera que, el personal humano deviene esencial para el correcto desarrollo de la prueba e interpretación de datos. No se debe olvidar que, a la hora de tomar declaración, las personas pueden establecer una conexión más emocional que genere confianza a los menores. Es imprescindible que las personas al cargo de estas funciones sean personas especializadas. La limitación reside en el poco conocimiento sobre esta materia, por lo que otra recomendación es la difusión de la importancia de profesionales preparados en este ámbito. Es necesaria una mayor concienciación para que haya más personas interesadas en ayudar y ponerse a disposición de esta causa.

⁵⁰ Solar Cayón, J.I.; “La codificación predictiva: Inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes”, Universidad de Cantabria. 2018. Pp.82-83.

2. CONCLUSIONES.

La prueba preconstituida se presenta como una excepción procesal teóricamente válida para respetar las garantías del acusado y el interés superior del menor. No obstante, su práctica debe ser mejorada junto con todo el proceso en el que se ven inmersos los menores-víctimas de violencia (como el caso de delitos contra su libertad e indemnidad sexual).

Aún hay muchos aspectos que mejorar y, entre ellos, la concienciación de este problema. Desde luego, tal y como establece la Convención sobre los Derechos del Niño: *"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana"*.

BIBLIOGRAFÍA:

- 1) ÁLVAREZ BUJÁN, M., “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y la prueba anticipada”, Boletín de información: Estudio doctrinal. n. 2180, 2015, p.7.
- 2) ÁLVAREZ DEL BLANCO, R.; *Fusión perfecta Neuromarketing. Seducir al cerebro con inteligencia para ganar en tiempos difíciles*. Pearson. Madrid. 2015. Pp.60-62.
- 3) ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.; CABRERA MARTÍN, M.; CARRILLO MÁRQUEZ, CILLERO BRUÑOL, M.; DÍEZ RIAZA, S.; GARCÍA-MORALES OSORIO, L.; GISBERT POMATA, M.; MARTÍNEZ GARCÍA, C.; MOLINA BLÁZQUEZ, M.C.; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.; RAPOSO OJEDA, R.; SOLÍS DE OVANDO SEGOVIA, R., *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Aranzadi, 2018.
- 4) BECERRIL, S. “La escucha del menor, víctima o testigo”, *Estudio del Defensor del Pueblo*, 2015, p.45 y 47. (disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/Ver-estudio.pdf>).
- 5) DEL CASO JIMÉNEZ, MT., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018.
- 6) DE LAMA AYMÁ, A., “La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad”, p.14-15. (disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5207/ala1de1.pdf?sequence=1>).
- 7) DEL MORAL GARCÍA, A. “Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual”, *Revista de jurisprudencia* n.2, 2014, p.2. (disponible en: <http://agamme.org/wpcontent/uploads/2011/10/DECLARACION-XUDICIAL-MENOR-ABUSADO.pdf>).
- 8) FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La ley, Madrid, 2005, p.116.

- 9) GISBERT POMATA, M.; ADROHER BIOSCA, S.; ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.; DE LA ROSA CORTINA, M.; SERRANO MOLINA, A.; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.; SUÁREZ SANTOS, R. *Los menores en el proceso judicial*. Tecnos, Madrid, 2011. 102. pp.139-157.
- 10) MARTÍN RÍOS, M.P., *Víctima y justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2012, p.134.
- 11) MONLLEÓ GUAL, C.; Neurociencia de la memoria. Repositori UJI. 2015(disponible en:
http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/133427/TFG_Monlle%C3%B3%20Gual_Carmen.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta: 09/04/2020).
- 12) PEREDA, N; *Bajo el mismo techo. Las Casas de los Niños: un recurso para atender a niños y niñas víctimas de abuso sexual y sus familias en Catalunya*, Save the Children, 2018. (disponible en:
<https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/bajo-el-mismo-techo-web-doble.pdf>; última consulta: 10/04/2020).
- 13) SEGURIDAD PÚBLICA, “Declaración sobre justicia y asistencia para las víctimas de la Sociedad Mundial de Victimología” (disponible en:
<https://www.seguridadpublica.es/2008/05/declaracion-sobre-justicia-y-asistencia-para-las-victimas-de-la-sociedad-internacional-de-victimologia/>; última consulta: 08/04/2020).
- 14) SOLAR CAYÓN, J.I.; “La codificación predictiva: Inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes”, Universidad de Cantabria. 2018.
- 15) SOTOCA, A.; MUÑOZ VICENTE, J.M.; GONZÁLEZ, J.L.; MANZANERO, A.L. “La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica”. *La Ley Penal*. 102. Pp.112-122.

- 16) SOTOCA, A.; MUÑOZ VICENTE, J.M.; GONZÁLEZ, J.L.; MANZANERO, A.L. “Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables”. *Papeles del Psicólogo*. 2013. Pp-227-237.
- 17) VILLAMOR MONTORO, P., *La víctima y el proceso penal. La responsabilidad civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004, pp.283-332.

LEGISLACION:

- 1) Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal.
- 2) Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de los Delitos.
- 3) Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.
- 4) Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 5) Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 6) Constitución Española.
- 7) Código Civil.
- 8) UNICEF. “Convención sobre los Derechos del Niño” (disponible en: <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>; última consulta 08/04/2020).

- 9) La Declaración Universal de los Derechos Humanos:
<https://www.un.org/N.es/universal-declaration-human-rights/>
- 10) Declaración de los Derechos del Niño:
<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
- 11) Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional: (BOE 1 de agosto de 1995).
- 12) Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños: (BOE 2 de diciembre de 2010).
- 13) La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 14) Convenio de Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007: (BOE 12 de noviembre de 2010).
- 15) Código Penal.
- 16) Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Referencia: FIS-C-2009-00003 (BOE: 10 de noviembre de 2009).
- 17) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: (disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/119871/Pacto_Internacional_de_Derechos_Civiles_y_Politicos.pdf; última consulta: 10/04/2020).

18) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE 10 de octubre de 1979).

COMPENDIO DE SENTENCIAS:

- 1) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 96/2009, de 10 de marzo de 2009, REC 10808/2008 (versión electrónica – base de datos de Iberley. Ref. ROJ: STS 1804/2009). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 2) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 742/2017, de 16 de noviembre de 2017, REC 10259/2017 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 3989/2017). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 3) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 680/2016, de 26 de julio de 2016, REC 1847/2015 (versión electrónica – base de datos de Iberley. Ref. ROJ: STS 3892/2016). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 4) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 735/2015, de 26 de noviembre de 2015, REC 641/2015 (versión electrónica – base de datos de Iberley. Ref. ROJ: STS 5089/2015). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 5) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 7/2008, de 26 de junio de 2008, REC 5/2008 (versión electrónica – base de datos de Iberley. Ref. ROJ: STSJ GAL 8774/2008). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 6) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 177/2010, de 3 de marzo de 2010, REC 10799/2009 (versión electrónica – base de datos de Iberley. Ref. ROJ: STS 1004/2010). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 7) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 11/2019, de 9 de octubre de 2019, REC 9/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STSJ MU 2052/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

- 8) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 191/2019, de 9 de abril de 2019, REC 10649/2018 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 1231/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 9) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 17/2005, de 24 de octubre de 2015, REC 18/2005 (versión electrónica – base de datos de Iberley. Ref. ROJ: STSJ CAT 7628/2005). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 10) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 470/2013, de 5 de junio de 2013, REC 1745/2012 (versión electrónica – base de datos de Iberley. Ref. ROJ: STS 2887/2013). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 11) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 223/2019, de 27 de marzo de 2019, REC 1335/2017 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP M 2692/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 12) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 568/2019, de 30 de abril de 2019, REC 299/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: ATS 6234/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 13) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 828/2019, de 19 de septiembre de 2019, REC 3767/2018 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: ATS 10086/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 14) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1220/2018, de 4 de octubre de 2018, REC 1776/2018 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: ATS 11598/2018). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.
- 15) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 579/2019, de 26 de noviembre de 2019, REC 2104/2018 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 3857/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

- 16) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 570/2019, de 30 de noviembre de 2019, REC 741/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP M 9111/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

- 17) Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 26/2020, de 22 de enero de 2020, REC 43/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP CC 26/2020). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

- 18) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 19/2019, de 23 de enero de 2019, REC 925/2018 (versión electrónica – base de datos de Iberley. Ref. ROJ: STS 153/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

- 19) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1147/2017, de 6 de julio de 2017, REC 358/2017 (versión electrónica – base de datos de Iberley. Ref. ROJ: ATS 8735/2017). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

- 20) Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 30/2019, de 15 de febrero de 2019, REC 7/2018 (versión electrónica – base de datos de Iberley. Ref. ROJ: SAP CC 116/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

- 21) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 598/2015, de 14 de octubre de 2015, REC 10389/2015 (versión electrónica – base de datos de Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 4426/2015). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

- 22) Sentencia de la Audiencia Provincial de Cartagena núm. 165/2019, de 25 de octubre de 2019, REC 21/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP MU 2119/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

- 23) Caso Gani contra España. Disponible en:

https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427043791?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_Gani.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH. Última consulta: 10/04/2020.

24) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 44/2020, de 11 de febrero de 2020, REC 2528/2018 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 449/2020). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

25) Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián núm. 155/2019, de 11 de julio de 2019, REC 3010/2017 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP SS 903/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

26) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 46/2020, de 19 de diciembre de 2019, REC 3026/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: ATS 14169/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

27) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 19/2013, de 9 de enero de 2013, REC 10694/2011 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 173/2013). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.

28) Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 319/2019, de 12 de julio de 2019, REC 31/2012 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP T 1101/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

29) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 543/2019, de 6 de noviembre de 2019, REC 10413/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 3623/2019). Fecha de la última consulta: 9 de abril de 2020.

30) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2005: “CASO PUPINO”. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

<content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0105&from=NL>. Última consulta:
10/04/2020.

- 31) Sentencia de la Audiencia Provincial de León núm. 697/2012, de 3 de diciembre de 2012, REC 3/2011 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP León 1599/2012). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 32) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 632/2014, de 14 de octubre de 2014, REC 466/2014 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 3916/2014). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 33) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 796/2018, de 26 de noviembre de 2018, REC 917/2018 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP M 15536/2018). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 34) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 704/2019, de 30 de septiembre de 2019, REC 406/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP M 12949/2019). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 35) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Albacete núm. 30/2019, de 7 de octubre de 2019, REC 25/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STSJ CLM 2217/2019). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 36) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Albacete núm. 17/2019, de 9 de octubre de 2019, REC 18/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STSJ CLM 1559/2019). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.

- 37) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 925/2012, de 8 de noviembre de 2012, REC 406/2012 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 7931/2012). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 38) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 965/2016, de 21 de diciembre de 2016, REC 506/2016 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 5534/2016). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 39) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 171/2019, de 4 de marzo de 2019, REC 1426/2018 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP M 3557/2019). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 40) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Albacete núm. 6/2019, de 27 de marzo de 2019, REC 3/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STSJ CLM 1075/2019). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 41) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 666/201, de 14 de enero de 2020, REC 10238/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STS 52/2020). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 42) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Albacete núm. 19/2019, de 27 de junio de 2019, REC 13/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: STSJ CLM 1777/2019). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.
- 43) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 254/2019, de 18 de septiembre de 2019, REC 573/2019 (versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ROJ: SAP VA 1066/2019). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2020.

ANEXO: TABLA DE COMPENDIO DE SENTENCIAS.

ROJ	DELITO	EDAD VÍCTIMA	ACUSADO
STS 3857/2019	Abuso sexual menor de 16 años	13 Años	Amigo íntimo del padre de la menor (Absuelto)
SAP CC 26/2020	Abuso sexual continuado a menor de 16 años	15 años	Pareja de la prima de la menor
STS 3623/2019	2 Abusos sexuales a menores Exhibicionismo continuado	-	No relación familiar.
ATS 6234/2019	Abuso sexual continuado a menor de 16 años	5 años	Abuelo materno
SAP SS 903/2019	Abuso sexual continuado a menor de 16 años	8 años	Pareja de la madre de la menor (Absuelto)
ATS 10086/2019	Abuso sexual continuado a menor de 16 años	8 años	Pareja de la abuela
ATS 14169/2019	Abuso sexual menor	-	(Absuelto)
STS 449/2020	Abuso sexual menor Corrupción de menores	13	Padrino (Absuelto)
SAP MU 2119/2019	3 Abusos sexuales a menores de 16 años (2 continuados)	4, 7 y 13 años	Amigo de la familia
STS 1231/2019	No delito sexual	-	-
STSJ MU 2052/2019	Agresión (continuada) sexual a menor	12 años	Compañero de piso.
SAP T 1101/2019	Agresión sexual a menor	12 años	Un desconocido

SAP M 9111/2019	Abuso sexual a menor de 16 años	11 años	Amigo del cumpleaños donde estaba la menor.
ATS 11598/2018	No delito sexual	-	-
SAP M 15536/2018	Abuso sexual a menor de 16 años	10 años	Pareja de la madre de la menor.
STS 153/2019	Abuso sexual continuado a menor de 16 años	5 años	Abuelo materno
ATS 8735/2017	Abuso sexual continuado a menor de 16 años	6 años	Pareja de la madre
STSJ GAL 8774/2008	No delito sexual	-	-
STS 1004/2010	No delito sexual	-	-
STS 5089/2015	Abuso sexual a menor de 16 años	12 años	Sobrino de la madre de la menor.
STS 3892/2016	Prostitución coactiva adulta	-	-
STSJ CAT 7628/2005	No delito sexual	-	-
STS 2887/2013	Abusos sexuales a menores de 16 años Exhibicionismo	7 y 8 años	Un desconocido
STS 3989/2017	Abuso sexual continuado a menores de 16 años	Niños de primaria	Profesor de primaria
STS 1804/2009	Abuso sexual continuado a menor de 16 años	5 años	Tío de la menor
STS 4426/2015	Abusos sexuales a menores de 16 años	10 y 11 años	Padre de una amiga.

SAP CC 116/2019	Abuso sexual continuado a menor de 16 años	6 años	Padre (Absuelto)
STS 5534/2016	Agresión sexual menor de edad	16 años	Amigo de sus padres.
STS 7931/2012	Abusos sexuales continuados a menores de 16 años	3, 6 y 8 años	tío
STSJ CLM 1559/2019	Agresiones sexuales menores	-	padre
SAP León 1599/2012	Abusos sexuales continuados	5 años	Su tío y también la pareja de su tía
STS 173/2013	Abusos sexuales continuados	3-4 años	padre
Pupino	Lesiones a niños menores de 5 años	Menos de 5 años	Maestra de parvulario
Gani contra España	Delitos contra adulta, entre ellos agresión sexual	-	Expareja y padre de su hijo.
SAP M 2692/2019	Dos Agresiones sexuales Adultos	-	absuelto
STS 3916/2014	Abusos sexuales a menor de 16 años	5 años	Primo de la madre
STSJ CLM 2217/2019	Abuso sexual a menor de 16 años	7 años	Tío de la madre de la menor.
SAP M 12949/2019	Abuso sexual a menor de 16 años	6 años	Padre del niño que cuidaba a la menor todos los días al salir del colegio
SAP M 3557/2019	Abuso sexual a adulta	-	Desconocido sentado a su lado en el autobús. (absuelto)

STSJ CLM 1075/2019	Delito continuado de exhibicionismo y provocación sexual Abuso sexual a menor de 16 años.	Menos de 16 años	Pareja sentimental de la madre (absuelto de abuso sexual)
STS 52/2020	No delito sexual entre adultos	-	(absuelto)
STSJ CLM 1777/2019	Abuso sexual a menor de 16 años	Menos de 13 años	Padre de la menor (absuelto)
SAP VA 1066/2019	No delito sexual entre adultos	-	(absuelto)