



**ANÁLISIS DE LA INDAGACIÓN JUDICIAL  
EN LOS SUPUESTOS DE ABUSO SEXUAL  
INFANTIL**

**ANALYSIS OF JUDICIAL INQUIRY IN CASES OF CHILD  
SEXUAL ABUSE**

**Máster Universitario en  
Acceso a la Profesión de Abogado**

**Presentado por: D<sup>a</sup>. VICTORIA COBOS FUERTES**

**Dirigido por: Profesor DON CARLOS GARCÍA VALDÉS**

**Codirigido por: Profesora DOÑA CARMEN FIGUEROA NAVARRO**

**Marzo 2020.**

**RESUMEN:** Se realiza una aproximación a la cuestión de los abusos sexuales infantiles. Se analiza la validez y eficacia de las declaraciones del menor así como las consecuencias de esta, teniendo en cuenta la doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la materia. Se valora la necesaria compatibilidad entre los derechos del menor víctima y los del acusado a un proceso justo con todas las garantías.

Igualmente se analiza la evaluación de credibilidad del testimonio y se hace especial énfasis en la necesidad de que el evaluador tenga la cualificación profesional necesaria.

**ABSTRACT:** an approach to the problema of child sexual abuse. The validity and effectiveness of the child's statements as well as the consequences of this are analyzed, take into account the jurisprudence of the Supreme Court on the matter. The necessary compatibility between the rights of the minor victim and those of the accused to a fair process with all guarantees is valued. The evaluation of credibility of testimony is also value with an special emphasis on the need for the evaluator to hace the necessary professional qualification.

**PALABRAS CLAVE:** Menor, Abusos sexuales, Elemento probatorio, Evaluación de credibilidad

**KEY WORDS:** Minor, Sexual Abuse, Evidence, Credibility assessment

## **INDICE DE CONTENIDO**

<b>INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN</b>	<b>5</b>
-------------------------------------	----------

### **CAPÍTULO I.**

<b>1. DEFINIR EL ABUSO SEXUAL INFANTIL</b>	<b>8</b>
<b>1.1. Como una tipología de maltrato</b>	<b>8</b>
<b>1.2. Como acto de dominación</b>	<b>10</b>
<b>1.3. Como cuestión relativa a la sexualidad de la persona</b>	<b>11</b>

### **CAPITULO II.**

<b>1. MARCO NORMATIVO SOBRE ABUSO SEXUAL A MENORES</b>	<b>13</b>
<b>1.1. Derecho Internacional</b>	<b>13</b>
<b>1.2 Derecho europeo</b>	<b>15</b>
<b>1.3. Derecho nacional</b>	<b>16</b>
<b>1.3.1. Marco normativo penal.</b>	<b>18</b>
<b>1.3.2. Artículo 183 quater</b>	<b>18</b>

### **CAPÍTULO III.**

<b>PROCESO PENAL: DERECHOS DEL MENOR Y COMPATIBILIDAD CON DERECHOS DE LOS ACUSADOS.</b>	<b>23</b>
---	-----------

<b>1. Alcance Jurídico de la Presunción de inocencia e interés superior del menor víctima</b>	<b>24</b>
<b>2. Exigencias y Análisis de algunos elementos en el delito de abuso sexual infantil</b>	<b>26</b>
<b>2.1. Imprecisión de los hechos delictivos</b>	<b>26</b>
<b>2.2. Menores en el proceso penal. Examen de su testimonio como fuente de prueba</b>	<b>28</b>
<b>2.3. Especial Valoración Judicial del Testimonio de las Víctimas</b>	<b>29</b>
<b>2.4. La Prueba Anticipada. Proceso con todas las garantías como derecho</b>	<b>32</b>
<b>2.5. La no presencia del menor en el juicio oral</b>	<b>38</b>

## **CAPÍTULO IV.-**

### **LA INDAGACIÓN JUDICIAL SOBRE LOS HECHOS. - INTERVENCIONES PERICIALES. - METODOLOGIA. - GUIA DE BUENAS PRACTICAS. –**

<b>1. Indagación judicial sobre los hechos.</b>	<b>40</b>
<b>2. Intervenciones periciales</b>	<b>43</b>
<b>3. Metodología y Guía de buenas prácticas.</b>	<b>50</b>
<b>CONCLUSIONES.</b>	<b>53</b>
<b>BIBLIGRAFÍA.</b>	<b>55</b>

## **INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN.**

“Los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, incluida la pornografía infantil, constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Con esta declaración comienza el preámbulo de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Es notorio que en la actualidad los ataques contra la libertad sexual constituyen una de las manifestaciones criminales más censuradas por la sociedad. Cuando se ven involucrados menores, existe una conciencia común de que éstos requieren una protección reforzada por su especial vulnerabilidad y por las graves consecuencias físicas y psíquicas que se les causa, siendo el reproche social mayor.

En este sentido, cabe destacar el importante aumento de denuncias por abuso sexual infantil que en los últimos años se observa en los países desarrollados.

En España, de un total de 10.939 denuncias por delitos contra la libertad sexual en 2018, 5.382 correspondieron a procesos en los que las víctimas eran menores. Esto supone un aumento del 14.7% respecto del año 2017, en el que se registraron 4.542, según comparativa de los Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior 2017 y 2018<sup>1</sup>. En concreto, las denuncias por pornografía infantil aumentaron un 31.1%; por agresiones sexuales con penetración un 30%; siendo la mayoría de las denuncias por otros tipos penales contra la indemnidad sexual del menor, que aumentaron en un 19%.

No está claro si el aumento de denuncias se debe a un aumento real de casos de abuso sexual infantil, a una mayor concienciación del problema, a una mayor voluntad de

---

<sup>1</sup>[http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario\\_estadistico\\_2017\\_126150729.pdf/9947dc22-782a-4c26-b15e-3aea87081331](http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario_estadistico_2017_126150729.pdf/9947dc22-782a-4c26-b15e-3aea87081331)

[http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario\\_estadistico\\_2018\\_126150729.pdf/9e18b1a3-c927-47cf-b2c8-e5192be31f79](http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario_estadistico_2018_126150729.pdf/9e18b1a3-c927-47cf-b2c8-e5192be31f79)

denunciar ante posibles sospechas, o a una mezcla de estos u otros factores. Sean cuales fueren las razones, el aumento del ‘‘interés’’ hacia este problema es evidente.<sup>2</sup>

La obligada protección del interés superior del menor, en conjunción con la conmoción social que causan los sucesos de este tipo, las dificultades probatorias<sup>3</sup> y el temor a la impunidad explica la tendencia que se observa en el tratamiento de los delitos sexuales contra menores<sup>4</sup>: se observa una orientación político criminal expresada en la utilización del Derecho Penal como única ratio, así como un camino que parece conducir hacia la relajación de exigencias acreditativas.

El aumento del aludido interés hacia este tipo de situaciones no está siendo acompañado con la búsqueda de mejores respuestas: hay poca detención, insuficiente e ineficaz evaluación, con un tratamiento casi exclusivamente penal, siendo necesario incidir en tratamiento terapéutico, en formación y prevención educativa así como en la cooperación interdisciplinar e interinstitucional.<sup>5</sup>

El objetivo de este trabajo es precisamente analizar la gestión de esa tensión existente desde el punto de vista de la indagación judicial, examinando algunas de las particularidades probatorias desde distintos planos, teniendo en cuenta que el estigma social vinculado a la comisión de este tipo de delitos, por un lado, así como la necesaria y correcta protección de los menores, por otro, exige un mayor cuidado en la gestión de los elementos probatorios. Se destaca la importancia de profesionales cualificados en el

---

<sup>2</sup> Si bien este aumento de denuncias no tiene por qué llevar aparejado un mayor número de casos, ‘‘no deja de ser significativo que las cifras sean tan altas’’, en declaraciones de Carmela del Moral, analista jurista de derechos de la infancia de Save the Children, para la Agencia EFE.

<sup>3</sup> Cabe destacar que se trata de delitos en los que es frecuente la ausencia de vestigios físicos de lo sucedido.

<sup>4</sup> Si bien se hace referencia a delitos sexuales contra menores, expresión que integra varios tipos penales, el trabajo se centrará fundamentalmente en el abuso sexual.

<sup>5</sup> En este sentido se pronuncia, entre otros, José Manuel Alonso Varea (Psicólogo).

tratamiento de la materia intervinientes en el proceso, en especial, en las entrevistas con los menores presuntas víctimas.

Respecto a la sistemática del Trabajo, y de forma sintética, éste se divide en 4 Capítulos.

El primero de ellos se configura como una toma de contacto con éste fenómeno delictivo, que exige, en primer término y para un correcto examen, delimitar los conceptos. Se analiza en él el concepto de abuso sexual infantil desde distintas perspectivas.

En el Capítulo II se traza de forma general el marco normativo internacional, europeo y nacional que se ha venido configurando sobre la protección contra los abusos sexuales infantiles, y que nos ayuda a entender la tendencia hacia la que nos dirigimos. Se hace un examen de forma más específica del artículo 183 quáter del Código Penal,

En el Capítulo III, se intenta sintetizar la necesaria compatibilidad entre los derechos del menor que participa en el proceso penal, su interés superior a proteger, y los derechos de los encausados, integrados de manera obligada dentro del sistema de garantías consagrado constitucionalmente.

En el Capítulo IV, se intenta una aproximación a las exigencias para una correcta valoración de la indagación sobre el testimonio, así como la buena praxis que exige la jurisprudencia para dotar a la prueba del testimonio del menor de suficiencia.

## **CAPITULO I.**

### **1. DEFINIR EL ABUSO SEXUAL INFANTIL.**

#### **1.1.Como una tipología de maltrato.**

Una de las cuestiones que es necesario poner de relieve en el estudio del maltrato, y del abuso sexual como tipo de maltrato, es la dificultad de su definición, no existiendo en la doctrina una definición unánime. La inexistencia de una definición homogénea de malos tratos y de abuso sexual infantil, dificulta a su vez detectar la existencia de estos casos y la realización de estadísticas de un asunto ya de por sí de difícil detención (Pereda, 2016).

Las causas de esta multiplicidad de definiciones son, por un lado, que las distintas disciplinas que abordan el problema (jurídica, psicológica, médica, etc.) tienden a acoger, e incluso establecer aquella que mejor se adapta a sus propios fines. Por otro lado, la variedad de factores culturales y sociales que inciden en este tema.

Respecto a la primera de las causas, influye en todas las áreas que estudian el problema e imposibilita tanto el entendimiento entre los colectivos de profesionales y como la realización de comparativas de estudios (Shelley).

Respecto a la segunda de las causas, se trata de factores que inciden en la consideración y en la valoración de la magnitud de situaciones como constitutivas de malos tratos (Simón Rueda, López Taboada, & Linanza Iglesias, 2000). Así mismo, el concepto y tipos de maltrato pueden evolucionar en correlativa aparición de nuevas circunstancias y su respuesta social. En este sentido, en la actualidad existen formas emergentes de maltrato (ej. ciberacoso, acoso escolar) cometidas a través de las nuevas tecnologías y redes de comunicación social<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> En relación con el aumento y extensión de delitos sexuales a través de las nuevas tecnologías e Internet cabe destacar el fenómeno de la pornografía infantil. Este fenómeno no es algo nuevo, pues ha estado presente a lo largo de nuestra historia. Sin embargo, aunque muchas de las conductas ya se diesen en nuestra sociedad antes de la gran eclosión tecnológica, ha sido en su seno donde algunas de ellas han adquirido dimensiones impensables.

Apuntaban Ochotorena y Arruabarrena que “si preguntamos a cada uno de los lectores cómo definiría de manera concreta lo que entiende por maltrato infantil, creemos no equivocarnos al pensar que nos encontraríamos con multitud de criterios diferentes. Quizá sea este uno de los problemas de más difícil solución de éste y otros temas de estudio. Cada sujeto, en función de su forma de entender la educación, la infancia y las relaciones familiares, tiene unos criterios particulares con los que definir lo que entiende por malos tratos. Este problema se agudiza si tenemos en cuenta que en cualquier revisión bibliográfica que se haga sobre el tema ocurre lo mismo (de Paúl Ochotorena & Arruabarrena Magariaga, 1987)”.

En cualquier caso, de la multiplicidad de definiciones se pueden extraer una serie de conceptos base que debe contener una definición de maltrato infantil (Pereda Beltrán, Guilera Ferré, & Abad Gil, 2012):

- a) Puede ser en forma de acción u omisión de conducta o negligencia.
- b) La víctima debe ser menor de 18 años.
- c) Los posibles victimarios deben incluir todos los casos: personas físicas o jurídicas, normas y reglas sociales.
- d) Debe ser una conducta intencionada.
- e) Las consecuencias de la victimización para la víctima deben contemplar el daño real como el potencial

En cuanto a la tipología de maltrato infantil, aceptan los autores (Botello & Díaz, 2011) cuatro tipos de abusos/maltrato en función de la acción u omisión concreta que afecte al niño; en el mismo sentido la OMS describe esos cuatro tipos de maltrato infantil:

1. Abusos físicos: Cualquier acción no accidental que cause daño físico o enfermedad en el menor o le coloque en grave riesgo de sufrirlo.
2. Abusos sexuales: Cualquier comportamiento en el que el menor es utilizado para obtener satisfacción sexual.

3. Abusos emocionales y psicológicos: caracterizados por hostilidades verbales, ausencia de interacción y/o contactos o bloqueo de estos (puede ir desde la evitación hasta el encierro)
4. Desatención: Situación en la que las necesidades físicas básicas del menor como son la alimentación, vestido, higiene, protección... no son cubiertas temporal o permanentemente por ningún miembro del grupo que convive con el menor. Esta definición se centra en las necesidades del menor que no son cubiertas y no tanto en los posibles comportamientos de los padres (de Paúl Ochotorena & Arruabarrena Magariaga, Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento, 1994).

Cabe señalar que en un porcentaje muy amplio se produce un cierto solapamiento entre los distintos tipos de maltrato. En este sentido, un informe realizado por la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, en colaboración con el Centro Reina Sofía para el estudio de la Violencia evidenció como prácticamente todos los tipos de maltrato aparecen acoplados con otro u otros, excepto en el caso de la negligencia (Centro Reina Sofía para el estudio de la Violencia, 2000).

## **1.2. Como acto de dominación.**

El abuso sexual es una forma de violencia que va más allá de una cuestión de índole puramente sexual. El abusador, a través del abuso sexual, se sitúa en una posición de dominación sobre la víctima. En este sentido, Horno afirma que:

*“el abuso sexual infantil es, sobre todo, una forma de maltrato interpersonal que elige el sexo como una forma fácil y clara de dañar a la persona en lo más íntimos y de someterla a la voluntad de quien la agrede. Dicha persona eligió la agresión sexual porque la sexualidad es uno de los ámbitos de intimidad y mayor fragilidad del ser humano, donde está más garantizado el daño a la víctima y la sensación de poder del agresor o agresora (Horno, 2013)”.*

A esta nota de control también hace referencia el National Center of Child Abuse o Neglect (1978) que define el abuso sexual infantil como:

*“Contactos o interacciones entre un niño y un adulto, que usa al menor para estimularse sexualmente él mismo, al menor o a otra persona. El abuso puede ser*

*producido por una persona menor de dieciocho años, cuando éste sea significativamente mayor respecto a la víctima o cuando el agresor está en una situación de poder o control”* (SAVE THE CHILDREN, 2001).

Podemos establecer dos criterios para dar una definición de abuso sexual desde esta perspectiva:

1. Coerción: el agresor se aprovecha de su posición de dominio respecto del menor para mantener contactos de índole sexual con el mismo.
2. Asimetría de edad: existe una diferencia de edad relevante o significativa entre la víctima y el agresor, que no necesariamente ha de tener más de 18 años.

Esta asimetría de edad determinará a su vez otras asimetrías: en cuanto a la anatomía, las experiencias sociales y sexuales...

Por ello, ante una diferencia de edad significativa no se garantiza una verdadera libertad de decisión representando esta asimetría en sí misma una coerción (López & del Campo, 1997).

Señala la organización ‘Save the Children’:

*“es fundamental no concebir el abuso sexual como una cuestión únicamente concerniente a la sexualidad del individuo, sino como abuso de poder fruto de esa asimetría. Una persona tiene poder sobre otra cuando le obliga a realizar algo que ésta no deseaba, sea cual sea el medio que utilice para ello. La persona con poder está en una situación de superioridad sobre la víctima que impide a ésta el uso y disfrute de su libertad. Pero igualmente importante es entender que el poder no siempre viene dado por la diferencia de edad, sino por otros factores”* (SAVE THE CHILDREN, 2001).

### **1.3. Como una cuestión relativa a la sexualidad de la persona.**

Establecido que el abuso sexual es una forma de maltrato y que éste maltrato supone un acto de dominación sobre el menor, es necesario de cara a la conceptualización del abuso sexual infantil abordar sus particularidades.

El abuso sexual es una forma de abuso que afecta a la sexualidad de la persona.

En este sentido se ha de diferenciar entre sexualidad y genitalidad. La sexualidad afecta a la intimidad de la persona y la genitalidad hace referencia a los órganos genitales de la misma.

Se dice que el abuso sexual infantil afecta a la sexualidad del menor pues no se limita a la realización de conductas genitales con el menor sino que incluye un conjunto de conductas más amplio (SAVE THE CHILDREN).

## **CAPÍTULO II.**

### **MARCO NORMATIVO SOBRE ABUSO SEXUAL A MENORES.**

En materia de protección de los derechos de los menores en general, y contra el abuso sexual en particular, la normativa procede fundamentalmente de tres ámbitos: Tratados y Declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España; normativa vinculante en el ámbito europeo; y la legislación española tanto sustantiva como procesal.

#### **1. Derecho Internacional.**

El tratamiento de niños como objetos sexuales ha existido desde siempre (de la Rosa Cortina, 2011). Ante lo que podemos denominar "viejo-nuevo" peligro, los instrumentos nacionales se revelan ineficaces, de ahí que se hayan intentado desplegar instrumentos internacionales y de ámbito europeo con la finalidad de intentar una armonización de los ordenamientos nacionales de los Estados (García Noguera, octubre 2014).

Dentro del ámbito internacional ahora examinado, la primera idea de formular una Declaración reconocedora de derechos básicos de los menores fue de Eglantyne Jebb, fundadora de Save the Children, a la que se le puede atribuir no sólo la fundación de una de las organizaciones de desarrollo más importantes, sino que su labor contribuyó a la promulgación de la Declaración de los Derechos del Niño.

A partir de este momento se suceden una serie de Declaraciones, Resoluciones, etc., de alcance universal que han conformado un marco normativo internacional relativo a la protección de la infancia, y que se han ido introduciendo en el marco normativo interno de gran número de países, entre los que se encuentra España.

Se puede afirmar, por tanto, que los cambios legales en relación con la concepción de los menores como sujetos merecedores de derechos y con necesidades individuales, se inicia a finales del Siglo XIX y se consolida en la Segunda Mitad del Siglo XX. La Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>7</sup>, en su artículo 25.2 señala: “Que la

---

<sup>7</sup> Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948.

infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

El 20 de noviembre de 1959 la Asamblea General actualiza la Declaración del Niño de 1924, pasándose a denominar Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y considerándose para algunos el primer instrumento relevante de las Naciones Unidas en materia de protección de los derechos de la infancia, en la medida en que ha servido de base para la adopción de posteriores instrumentos internacionales (Marcos Martín, 2006). Esta Declaración amplía los principios de desarrollo, atención, formación y educación, ya contemplados en el Texto de 1924, y se introducen los de protección, tratamiento y unidad familiar (Morillas Fernández, 2005).

Treinta años más tarde, la Convención de los Derechos del Niño<sup>8</sup>, de 20 de noviembre de 1989 recopila lo consagrado en los documentos anteriores y pasa a ser el primer documento cuyo objeto de protección son en exclusiva los derechos de los menores, con gran aceptación y ratificado por 191 países. Para ello impone a la Comunidad Internacional la obligación de garantizar el reconocimiento y disfrute de los derechos de los niños en su totalidad, instando a los Estados a reevaluar sus sistemas jurídicos teniendo en cuenta los principios fundamentales recogidos en ella.

Por lo que se refiere a menores y a su contacto con la Administración de Justicia, se aprueban una serie de Directrices aplicables en asuntos en los que se vean implicados menores como víctimas y testigos de delitos por parte del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (2005). Se recogen en las mismas lo que denominan “prácticas adecuadas”, basadas en los siguientes derechos de los menores:

- a) Derecho a la intimidad
- b) Derecho a no ser discriminado

---

Disponible en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/normativa/acuerdos-y-convenios/declaracion-universal-de-derechos-humanos-de-10-d>

<sup>8</sup> Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España mediante instrumento de ratificación, Boletín Oficial del Estado núm. 313, 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904. BOE-A-1990-31312

- c) Derecho a la seguridad
- d) Derecho a ser informado
- e) Derecho de reparación
- f) Derecho a una asistencia eficaz
- g) Derecho a ser escuchado y a expresar libremente sus opiniones
- h) Derecho a medidas preventivas especiales
- i) Derecho de reparación
- j) Derecho a ser protegido de sufrimiento durante el proceso
- k) Derecho a un trato digno

## **2. Derecho europeo.**

Por su influencia en nuestro contexto legal y su aportación de instrumentos normativos para la protección de la infancia son de interés: el Consejo de Europa y la Unión Europea.

En el marco del Consejo de Europa destacan los siguientes instrumentos:

- una serie de Recomendaciones, en particular:

Recomendación (85) 4, sobre violencia dentro de la familia, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en fecha 26 de marzo de 1985

Recomendación (85)11, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en fecha 28 de junio de 1985.

Recomendación (87) 21, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en fecha 17 de septiembre de 1987

-Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

-Convenio CETS 201 del Consejo de Europa sobre la protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual.

Dentro del ámbito de la Unión Europea deben mencionarse igualmente:

-La Acción Común 97/154/JAI, del 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual.

-Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal.

-La Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía. Fue sustituida por la Directiva 2011/93/UE, y ha sido la figura clave para armonizar al realización una aproximación de legislaciones de los distintos Estados miembros en la lucha contra la pornografía y contra la prostitución infantil mediante un marco común de disposiciones a nivel europeo (regulando penas y sanciones, agravantes, enjuiciamiento, protección y asistencia de víctimas...)

Vinculante, en cuanto a los resultados que debían alcanzarse, para los Estados miembros, siendo la decisión sobre los medios de las instancias nacionales.

Fue precisamente la necesidad de trasponer esta Decisión Marco lo que determinó a través de la LO 5/2010 (Rodríguez Mesa, 2012) la reforma de nuestro Código Penal.

- Dando un paso más en la protección de los menores, se aprueba en el 2011 por el Parlamento y el Consejo, la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Como ya hemos adelantado, esta Directiva sustituye la Decisión Marco 2004/68, ampliando sus disposiciones.

La Directiva impone el mandato a los Estados miembros de asegurar la punibilidad de una serie de conductas relativas a los abusos y explotación sexuales a menores y a la pornografía infantil, así como el castigo de la inducción, complicidad y tentativa de las conductas recogidas en sus artículos 3 a 6.

### **3. Derecho nacional.**

En España, el núcleo central de esa armonización entre el derecho internacional convencional y el derecho interno se encuentra en los artículos 10.2 y 96.1 del Texto Constitucional.

En virtud del artículo 10.2 de la Constitución, “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Respecto a

este artículo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991<sup>9</sup>, de 14 de febrero declaro que:

*“esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios”.*

Por su parte, el artículo 96.2 del Texto Constitucional establece que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

Por lo tanto, los tratados citados en el artículo 10.2, publicados oficialmente en España, se consideran como parte del ordenamiento jurídico interno y teniéndose en cuenta también a efectos interpretativos.

En nuestro país, pues, las políticas y servicios de protección de menores no comenzarán en la década de 1980, tras la entrada en vigor de nuestra Constitución. Cambios legislativos que resaltar son:

-la Ley 21/87, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos de Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras reformas de protección de menores

-la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que en su artículo 9.1 señala que en relación a las comparencias del niño en sede judicial, éstas “se realizan de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo del menor, cuidando de preservar su intimidad”. Se reconoce al menor como titular de derechos y se establece el principio del interés superior del menor como principio rector.

Destaca igualmente el Convenio de Lanzarote, que recoge una serie de disposiciones relativas a la protección de los derechos de la infancia y se recoge el delito

---

<sup>9</sup> Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1675>

de abuso sexual a menores, y los Planes de Acción contra los abusos sexuales. Así, entre otros, el Protocolo Básico frente al Maltrato infantil.

### **3.1. Marco normativo penal.**

El encuadre de esta materia se encuentra en el Título VIII del Libro II “de los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, de nuestro Código Penal.

A partir de la reforma del Código Penal de 2010, introducida por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, estos delitos dejan de ser un subtipo agravado dentro del genérico de abusos y agresiones sexuales, y adquieren una regulación independiente. El Preámbulo de la Ley menciona “la necesidad de transponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas.” Se incorpora el Capítulo II bis denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años” y un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el acoso sexual a menores por Internet, también denominado child grooming, previéndose además penas mayores cuando el acercamiento al menor se realice mediante coacción, intimidación o engaño.

El referido Título VIII ha sido reformado por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, introduciendo una serie de modificaciones derivadas directamente de la transposición a nuestro Ordenamiento de la Directa 2011/93/UE relativa a la Lucha Contra los Abusos Sexuales y la Explotación Sexual de Menores y la Pornografía Infantil. Se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. Así, “la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considera, en todo caso, como delito, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”, según tenor literal del nuevo artículo 183 quater

### 1.3.2 Artículo 183 quater.

Introducido tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que “el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

El preámbulo de la citada Ley Orgánica, recalca que la elevación de la edad del consentimiento sexual se circunscribe en la determinación observar las recomendaciones del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, subrayando que, “de esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

Como ya se ha mencionado, éstas modificaciones derivan directamente de la transposición de la Directiva 2011/93/UE. La Directiva especifica en sus considerandos que “no regula las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación”.

Con anterioridad a la reforma, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº411/2006, de 18 de abril de 2006 (Cendoj: 28079120012006100463) ya había señalado que el Código Penal recogía una presunción *iuris et de iure* sobre ausencia de consentimiento en el menor de trece años, que

*“es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido”.*

[...]

*“Este límite de edad ha de referirse a la edad física resultando censurable la equiparación de tal edad de la edad mental, lo que quebraría el principio de seguridad jurídica”.*

Tras la reforma se entiende en el Código Penal la falta de capacidad de los menores de dieciséis años<sup>10</sup> para prestar su consentimiento en las relaciones sexuales como una presunción *iuris tantum* para consentir relaciones sexuales, siendo necesario para destruir la presunción, acreditar, además de la madurez del menor, la proximidad en grado de madurez y edad del adulto en cuestión. Se ha optado, por lo tanto, por un criterio mixto, cronológico (examen de la diferencia de edad) y biopsicosocial (examen de características individuales de desarrollo).

En relación con los límites de edad, y circunscribiéndonos a la posible aplicación del artículo 184 quater, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas Resoluciones.

El Auto del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº67/2016, de 21 de enero (Cendoj: 28079120012016200092), recoge un supuesto de relaciones sexuales entre una menor de 11 años y un hombre de 46, señalando que

*... “Es evidente que en el caso de autos no será de aplicación la regla prevista. Aun siendo muy generosos a la hora de interpretar los conceptos no puede extenderse a supuestos como el presente; en el que el adulto tiene en el momento de cometer los hechos 46 años y la menor 11 años. La diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor -cuya edad se aleja tanto del actual límite del consentimiento sexual, como del anterior fijado en los 13 años-, y menos que exista una proximidad entre él y la menor por razones de edad o de desarrollo”.*

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº782/2016, de 19 de octubre (Cendoj: 28079120012016100771) contempla un supuesto de relación sexual consentida entre menor de 14 años y adulto de 29. Señala la Sentencia que se inicia la unión en fechas en las que no eran punible los hechos, al tratarse de una decisión libre, espontánea y voluntaria.

*“Los contactos sexuales mantenidos durante el primer semestre del año 2015 eran, por tanto, totalmente ajenos al derecho penal. Es a partir del 1 de julio de ese año*

---

<sup>10</sup> Respecto de los menores situados en la franja de edad 16-17 años, gozan de protección penal, pero limitada a supuestos del artículo 182 del Código Penal, a los delitos relativos a exhibicionismo o provocación sexual regulados en los artículos 185 y 186, y a los delitos relativos a prostitución y corrupción de menores previstos en los artículos 188 y 189 del Código Penal.

cuando el legislador lleva a la práctica una decisión de política criminal que eleva la barrera de la protección de la indemnidad sexual de los menores, pasando de 13 a 16 años. Se produce así la paradoja de que una relación sentimental que Laura sentía por el acusado y de su deseo de mantener una relación de noviazgo, permitida por el derecho penal, se convierte en delictiva a raíz de la publicación de la reforma de 2015 en el Boletín Oficial del Estado. De este modo, una decisión de política criminal - cuya legitimidad formal no es objetable- condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente al derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad” (STS 782/2016).

En las Sentencias del Tribunal Supremo 1001/2016, de 18 de enero (Cendoj: 28079120012017100027) y 946/2016, de 15 de diciembre (Cendoj: 28079120012016100941), el Tribunal concluye que se trata de supuestos en los que la diferencia de edad es casi de 9 años, debiendo añadirse que ello se produce entre personas de más de 20 años y niñas de menos de 12 años a fecha de los hechos, “lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada”. En consecuencia, no se considera de aplicación el artículo 183 quater.

Por lo que se refiere al concepto madurez, la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, (relativa a protección de los derechos al honor, propia imagen e intimidad de los menores<sup>11</sup>) apuntó que “la inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la

---

<sup>11</sup> Disponible en [https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS\\_02\\_2006.html](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_02_2006.html)

necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate”.

De lo anterior se puede inferir que la capacidad para una adecuada y libre comprensión de la sexualidad y de los actos sexuales, así como de las consecuencias de dichos actos, no necesariamente guarda una unión directa con la edad cronológica, interviniendo otros matices.

En consecuencia, será necesario concretar caso por caso, teniendo en cuenta que la similitud en cuanto a desarrollo o madurez exigirá una mayor acreditación en aquellos supuestos en los que la diferencia de edad es más relevante.

### **CAPÍTULO III.**

#### **PROCESO PENAL: DERECHOS DEL MENOR Y COMPATIBILIDAD CON DERECHOS DE LOS ACUSADOS.**

*“La relevancia del castigo no puede anteponerse al sistema de garantías”.*

Del análisis normativo expuesto con anterioridad, se puede colegir que las diferentes reformas producidas en la materia hasta el vigente Código Penal, obedecen a una orientación político criminal, de tendencia expansionista, instaurada en Europa y que llega a España a través de los instrumentos internacionales, y que en ocasiones, bajo el soporte del interés superior del menor, puede chocar contra derechos fundamentales de los encausados.

Esta tendencia político criminal seguida, nos obliga a reflexionar sobre la importancia de no olvidar que la normativa, así como su aplicación en sede judicial, han de tener presentes los principios limitadores del ius puniendi.

De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia postulan que, desde el punto de vista jurídico, para poder calificar una decisión como justa será preciso que el razonamiento y proceso seguidos para llegar a esa decisión pueda ser calificado también de justo.

Por ello, sin duda es obligado hacer concomitantes derechos y seguridad de los menores víctimas y garantías jurídicas de los acusados.

En este campo, es exigible en primer lugar, preservar el derecho de defensa, posibilitando, de una parte, que pueda analizarse, e incluso cuestionar, el testimonio, durante o tras su realización.

Y desde luego, serán necesarias unas reglas ordinarias para la evaluación de credibilidad y fiabilidad, conforme a las cuales se realice la ponderación judicial del contenido de dicho testimonio, debiendo primar el derecho fundamental a la presunción de inocencia cuando se detecte una prueba de cargo insuficiente o que no consiga destruir la hipótesis de la acusación.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº782/2016, de 18 de Julio de 2017 (Cendoj: 28079120012016100771) es clara, pues si bien reconoce que los delitos contra la libertad sexual de los menores merecen un castigo penal proporcionado a su gravedad y a la relevancia del bien jurídico en juego (y lesionado), el carácter despreciable de los hechos no puede suponer una degeneración del sistema de garantías propias de un Estado de Derecho, propias de nuestro proceso penal, en especial del derecho fundamental a la presunción de inocencia, *“que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de las demás garantías del proceso”*.

De ahí que haya de analizarse el conjunto de derechos en juego, tanto los de los encausados en el proceso, como su compatibilidad con los derechos e intereses del menor.

### **1. Alcance Jurídico de la Presunción de inocencia e interés superior del menor.**

Desde algunos sectores de la doctrina se mantiene que la protección del principio del interés superior del menor no puede quedar relegado por una sobreentendida presunción de inocencia (Dolz Lago, 2017).

Sin embargo, ambos principios operan en planos diversos. Procedamos a argumentar esta afirmación.

El derecho a la presunción de inocencia, consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución Española, es de naturaleza epistemológica. Coloquialmente se puede resumir en *“todo el mundo es inocente mientras no se demuestre lo contrario”*. Es, por tanto, un estándar probatorio.

El principio de protección del interés superior del menor, por su parte, se encuentra consagrado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, y se configura, al igual que en la mayor parte de los sistemas normativos vecinos, como una cláusula general o concepto jurídico indeterminado. Se plantea el problema de la interpretación personal, que puede ocasionar desviaciones considerables sobre aquello que la percepción social considera aceptable en un momento determinado (Ballesté, 2012). Se entiende fácilmente, por lo tanto, que el estándar probatorio no puede ser el interés superior del menor, sin perjuicio de su obligada observancia.

El juego de ambos principios en planos diversos se observa en la siguiente jurisprudencia:

-En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 181/2015 de 1 de abril (Cendoj: 28079120012015100157), que desestima recurso contra la sentencia absolutoria del acusado por un delito de abuso sexual a una menor de cuatro años, acusado pareja de la madre de la menor, se establece lo siguiente:

*“Que, además, en delitos como los de que aquí se trata, vendrían a sumarse a los costes personales de las correspondientes acciones, si es que, en efecto, se hubieran producido. Ahora bien, lo cierto es que todas estas circunstancias se inscriben en el campo del proceso penal, que pesa especialmente sobre el acusado; al que asiste un derecho fundamental, la presunción de inocencia, virtualmente absoluto, en el sentido de que, a diferencia de otros derechos, no admite atenuaciones”.*

*[...] “El interés del menor es, sin duda, relevante en esta clase de procesos. Pero no puede perderse de vista que atenderlo en la forma que ya suele hacerse, puede comportar un déficit de contradicción y una limitación del derecho de defensa. Incluso del derecho a la presunción de inocencia”*

De la Sentencia se desprende que si bien el interés superior del menor ha de respetarse, siendo de especial relevancia en procesos de este tipo, la función judicial es valorar si la tesis de la acusación, objeto del proceso, resulta acreditada más allá de la duda razonable que permita destruir la presunción de inocencia, lo que en la consideración del órgano judicial, no ocurre en el caso concreto.

-En la Sentencia del Tribunal Supremo 480/2016, de 2 de Junio<sup>12</sup> (Cendoj: 28079120012016100477), que estima parcialmente recurso contra sentencia condenatoria por un delito continuado de agresión sexual a una menor, si bien no se alude directamente al interés superior del menor si se observa una protección tácita al estimar que:

*...”en el caso actual la declaración de la víctima, unida al reconocimiento sustancial de los hechos por el acusado y a la tenencia de las fotos y mensajes que le*

---

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 480/2016, de 2 de junio.

*fueron ocupados, constituye prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia”.*

Valora la Sentencia que la usual ausencia de rastro físico, unido al “*al secreto que suele revestir esta clase de conductas*”, exige invocar la declaración de la víctima como prueba de cargo.

Conviene no marginar en esta materia, el contenido de la Directiva 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (García Molina, 2018).

Así pues, es necesario añadir que el respecto a la presunción de inocencia exige dictar resolución absolutoria en los supuestos de ausencia de prueba (la hipótesis de acusación no está acreditada por el análisis del conjunto de pruebas, esto es, no hay prueba que ratifique el relato acusatorio, en los supuestos de existencia de prueba que contradice el relato fáctico acusatorio, e igualmente en los supuestos de prueba de cargo insuficiente, por existir tantas hipótesis inculpatorias como exculpatorias, lo que conduce a la existencia de una duda fundada).

Y en tales supuestos es necesario señalar que, procediendo una absolución, nunca podría diferenciarse los supuestos de falta prueba con los de prueba insuficiente. Así se pronuncia ya desde antiguo Andrés Ibáñez, 2015 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº277/2015, de 3 de Junio (Cendoj: 28079120012015100329).

## **2. Exigencias y Análisis de algunos elementos en el delito de abuso sexual infantil.**

### **2.1. Imprecisión hechos delictivos.**

En este tipo de supuestos es habitual la imprecisión de los hechos constitutivos de delito. Esto se debe fundamentalmente a la prolongación de los abusos en el tiempo, y a la construcción de la acusación sobre el apoyo de los recuerdos, frecuentemente incompletos e inexactos, relatados por el menor en su declaración (o declaraciones, lo que genera mayor imprecisión), o incluso, por la existencia de declaraciones referenciales.

También es posible que en el plenario se planteen hechos que tengan su reflejo en las conclusiones definitivas (Ramírez, 2018).

Con independencia de las causas de la imprecisión, es importante tener presente la perspectiva del acusado desde su derecho de defensa.

-Si la imprecisión fuera de tal magnitud que no existiera ningún elemento espacio-temporal concreto, habría de rechazarse la apertura de juicio oral pues del abanico de garantías que componen el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Constitución española, se encuentra el derecho a ser informado de la acusación, a su vez conectado directamente con el derecho de defensa. Señala la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 33/2003, de 13 de febrero de 2003) que la información, cuyo acceso constituye un derecho para el acusado, tiene por objeto los hechos punibles, recayendo la acusación principalmente sobre ellos y sobre ellos ha de versar el juicio contradictorio en la vista oral.

-La inclusión de hechos con reflejo en el trámite de conclusiones definitivas no pueden suponer una alteración sustancial del objeto de enjuiciamiento. En este sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº58/2018, de 1 de febrero de 2018 (Cendoj: 28079120012012100581 que:

*“Las conclusiones provisionales pueden ser modificadas tras la práctica de prueba. En principio, las partes gozan de la mas absoluta libertad para realizar en sus conclusiones todas las alteraciones que estimen convenientes. Tratándose de las partes activas han de fijarse algunos límites. No caben mutaciones tan esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores de la pretensión penal tal y como quedó plasmada provisionalmente en los previos escritos de acusación evacuados en la fase de preparación del juicio oral”.*

Señala la Sentencia que si en el acto del juicio oral, se modificaran los términos de la acusación se concedería a la defensa la posibilidad de solicitar una suspensión. Ello en aras de la salvaguarda del derecho a ser informado que goza el acusado y, por ende, su derecho de defensa.

-Si existiere imprecisión en cuanto a la fecha del abuso o agresión sexual, haciendo referencia la víctima a periodos temporales con variaciones legislativas en la regulación de los delitos en cuestión, en virtud del principio in dubio pro reo deberá

aplicarse la regulación más favorable. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº437/2017, de 15 de junio de 2017, resolviendo una formulación de esta naturaleza señala que:

*[...] “respecto de los hechos de abusos con acceso carnal, la sentencia declara probado que tuvieron lugar en cuatro o cinco ocasiones, no pudiendo determinar la concreta fecha de cada una de ellas. Partiendo de ese relato, y en aplicación del principio in dubio pro reo, deberá de considerarse que esos episodios se produjeron con anterioridad al día 22 de diciembre de 2010, y, en consecuencia que la normativa aplicable es la vigente con anterioridad a la reforma del Código Penal por la LO 5/2010”.*

## **2.2. Menores en el proceso penal. Examen de su testimonio como fuente de prueba.**

El derecho del menor a concurrir en el proceso habrá de tener en cuenta algunas variables como su edad, su evolución personal o su madurez. Atendiendo a la concurrencia de esas y otras variables, la doctrina viene señalando la necesidad de valorar las cuestiones a tener en cuenta para dicha participación. En primer lugar, será necesario resolver si procede que los menores participen en el proceso judicial. En segundo término, habrá de decidir en qué momento (si procede) han de participar, cuántas veces y de qué manera.

La incapacidad del menor para declarar sirve de justificación para la incomparecencia de éste en el juicio oral como así se fundamenta normativamente en los artículos 2.4 y 2.5 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y 417.3 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tales extremos han sido avalados por las Sentencias del Tribunal Constitucional 74/2011 y 57/2013.

Igualmente existe fundamento para su no presencia en el juicio oral, cuando de dicha comparecencia se pueden derivar daños psíquicos relevantes. En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo 965/2016 de 21 de diciembre (Cendoj: 28079120012016100958 y 26/2017, de 25 de enero (Cendoj: 28079120012017100061).

De igual manera se puede producir la comparecencia del menor antes del juicio oral, a través de la práctica de prueba anticipada, práctica llevada a término en el momento

psicológico oportuno a fin de evitar una revictimización del menor. Fundamenta esta posibilidad los artículos 21.1 a) y b) y 26 de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, e igualmente de las previsiones de los artículos 433, 448, 730, 777.2 y 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Avalan esta circunstancia numerosas resoluciones, entre las que se citan las Sentencias del Tribunal Supremo 1/2016 de 19 de enero y 675/2016, de 22 julio<sup>13</sup>.

Finalmente, cuando no existe prueba anticipada, y tampoco condicionante psicológico, resultará obligada la comparecencia en el juicio oral, de conformidad con lo establecido en el artículo 707 de la Ley Procesal Penal.

### **2.3. Especial Valoración Judicial del Testimonio de las Víctimas.**

La presunción de inocencia, derecho de formulación constitucional, impone de un modo restringido que quien acuse acredite los hechos que constituyen su atribución, esto es, la carga de la prueba recae en la acusación. Ello exige una acreditación fuera de toda duda razonable. Ello genera que, cuando en el marco probatorio, la única prueba de cargo venga conformada por la declaración de la presunta víctima del delito, la jurisprudencia haya remarcado el riesgo que ello puede suponer para el citado derecho a la presunción de inocencia.

Es cierto que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido elaborando una doctrina de la cual se infiere que *“el testimonio de la víctima es una prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia”*. Respecto a esta afirmación la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al analizar la valoración del testimonio de las víctimas, no diferencia entre menores y mayores de edad. Por ello, la doctrina ha señalado que en materia de habilidad de la prueba de cargo *“no existe una disciplina autónoma para los menores víctimas, lo que significa que la valoración de su testimonio nunca será menos rigurosa”*, y su comparecencia en el proceso, tampoco permite que por su presumible mayor vulnerabilidad, las garantías de la valoración de la prueba se vean atenuadas.

Destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 454/2017, de 21 de junio (Cendoj: 28079120012017100457).

En todo caso, la doctrina jurisprudencial sí ha señalado que para desvirtuar la presunción de inocencia es apto el testimonio de la víctima, también si es menor, y en consecuencia, a priori, podría ser idóneo para una condena.

Expuesta esta consideración general, es necesario matizar que lo que se exige para justificar una sentencia de condena es que se fundamente de forma racional el relato de la misma, no pudiendo basarse la resolución condenatoria en la mera creencia del testimonio del que dice ser víctima de abuso sexual, sea menor o no.

En este sentido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de enero de 2014 (Cendoj: 28079120012014100173), con base en otras Resoluciones anteriores, manifiesta que:

*“el derecho a la presunción de inocencia se configura, en su perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica un mínimo de actividad probatoria realizado con las garantías necesarias y referido a todos los elementos esenciales del delito, del que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos”* (STS 198/2014).

Por lo tanto, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando el órgano judicial al valorar, el resultado de esa valoración no esté motivado o cuando el iter del relato que parte de la prueba del hecho probado sea ilógico o no suficiente.

Continúa la Sentencia señalando que, la declaración de la víctima *“puede servir como prueba capaz de desvirtuar por sí misma la presunción constitucional de inocencia (por todas, STS núm. 339/2007, de 30 de abril, y las que en ella se mencionan)”* y añade que ello *“no quiere decir que ante la sola existencia de una declaración de este tipo concurra, automáticamente y por esa sola condición de testigo con obligación de decir verdad, prueba de cargo suficiente para entender desvirtuada la presunción de inocencia de manera que, invirtiéndose la carga de la prueba, incumbiera al acusado desvirtuar una suerte de presunción de certeza de la acusación formulada: únicamente significa que dicha prueba no es inhábil a los efectos de poder ser valorada como una más por el tribunal sentenciador”*.

La Sentencia precisa que no bastaría la sola afirmación de una confianza plena en el testimonio; esa afirmación ha de argumentarse de forma sólida y, al mismo tiempo, esa argumentación ha de ser racional por apoyarse en determinados circunstancias o datos objetivos.

En otros términos, y como señalan Subijana y Echeburúa, “no es suficiente creérselo sino que es necesario explicar por qué es racionalmente creíble lo que se dice” (Echebarria & Subijana, 2008). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 29/2017, de 25 de enero (Cendoj: 28079120012017100050).

Con este punto de partida será necesario analizar de manera singularmente rigurosa los criterios que sustentan de forma argumental la confianza en la prueba y la veracidad de lo representado por ella, criterios que con la participación de menores cobran una mayor relevancia. Por ello, será exigible, lo que con carácter general se pide en el análisis de credibilidad del testimonio común, (credibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud). Pero, además, el método de indagación de la fuente de prueba, cuando se trata de menores, adquirirá, si cabe, mayor rigor y relevancia, lo que se abordará posteriormente.

Con ello queremos señalar que en la valoración en sede judicial del testimonio de los menores, credibilidad y fiabilidad serán dos elementos elementales para la ponderación judicial del testimonio de aquéllos, aspectos ambos que conllevarán la necesidad de análisis y valoración de la información de lo que relata la presunta víctima en cuanto a calidad. Así lo exige la jurisprudencia, por todas la Sentencia del Tribunal Supremo nº3/2015, de 20 de enero (Cendoj: 28079120012015100008):

*“Así las cosas, lo que resulta del examen de las aportaciones probatorias es que, para llegar a una conclusión como la que se expresa en los hechos probados, hay que proceder por abstracción de todo un cúmulo de datos relevantes que nutren las declaraciones de la denunciante, para quedarse con lo que, al final, sería una supuesta verdad desnuda artificialmente, si no artificiosamente construida, a la que se atribuye un valor de certeza que resulta abiertamente incompatible con la inconsistencia y la labilidad de la fuente. Porque aquello de lo que prescinde el tribunal no puede tenerse por irrelevante ni tampoco por accesorio; debido a que lo existente fueron, en realidad, tres versiones distintas, en boca de una persona que, es evidente tuvo que faltar a la verdad en más de una ocasión. Esto hace su testimonio francamente inatendible, incluso por la vía seguida por la sala de instancia, que, realmente, no pudo fundar la ratio decidendi de su resolución en dato alguno dotado de la mínima consistencia. Y, por tanto, tampoco atenerse, realmente, a los parámetros primeramente enunciados: por la evidente patente incoherencia de las manifestaciones de la afectada, porque su versión, incluso reducida al mínimo aceptado por la sala carece de corroboraciones, y, porque,*

*en fin, el acusado informó de la existencia de un clima de tensión en el marco de relaciones en que ambos estaban inscritos, que no hace implausible la existencia de alguna animadversión en su contra por parte de aquella y de sus familiares” (STS 3/2015).*

#### **2.4. La prueba anticipada. Proceso con todas las garantías como derecho constitucional.**

Ya se ha expuesto la posibilidad de existencia de casos en los que es dificultosa la comparecencia del menor en el juicio oral.

De ahí, que la construcción de la prueba anticipada sea fundamental.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 174/2011, de 7 de diciembre, admite como prueba de cargo en el juicio oral testimonios de menores, *“siendo posible ya en fase de instrucción, la exploración de menores por expertos, en presencia del Ministerio Fiscal y con su grabación para una utilización posterior de la misma y, en todo caso, asegurando la posibilidad de contradicción”*. *“Ello, señala la Sentencia, da protección a los intereses de la víctima sin dejar desatendido el derecho de defensa”*.

Destaca la doctrina que los supuestos en los que el menor tenga capacidad suficiente para declarar y en los que además sea posible su participación en el proceso sin riesgo de una revictimización o victimización adicional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículos 21.1 a) y b) de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, que imponen, si ello es posible, la declaración se produzca en un único momento y sin dilaciones injustificadas.

Así lo sostienen Villacampa y Subijana, que añaden que tras una denuncia, en la que no es necesario que el menor preste declaración en dependencias policiales, corresponde a la autoridad judicial, tras un primer filtro de la verosimilitud del contenido de la denuncia, procede a oír el testimonio de la menor (Villacampa, 2015) y (Subijana, 2018). Y ello, habrá de hacerse en la fase inicial de cualquier procedimiento, para facilitar tanto la protección del menor, como por cuestiones de contenido cognitivo, *“asociadas habitualmente al riesgo existente de debilitamiento del contenido del testimonio, bien por el curso del tiempo, bien por la potencial contaminación por el contacto con terceros, o de terceros”*(Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº26/2017, 25 de enero).

El marco del testimonio de testigos menores, se contempla en los artículos 433, 448, y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo texto recoge garantías para el menor, garantías que básicamente se concretan en crear un ambiente que respetuoso con su intimidad, provoque confianza, y propicie una comunicación en la mayor parte de las ocasiones con un papel fundamental de los psicólogos forenses, que dotados de imparcialidad y conocimientos técnicos, han de propiciar una prueba no contaminada. Cabe mencionar que el Tribunal Supremo, en diferentes resoluciones, se ha pronunciado sobre contaminación, ausencia de imparcialidad y deficiente técnica de especialistas intervinientes.

Fundamental resulta igualmente la posibilidad de contradicción de las partes en el proceso. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº12/2006, de 16 de enero se recoge que *“la posibilidad d contracción es, por tanto, una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso, sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera”*.

Y se afirma de manera prácticamente general por la doctrina, que el cumplimiento de esas garantías permite la constitución de una prueba anticipada en momento anterior al juicio oral y en un ambiente que ayude a reducir significativamente el riesgo de victimización secundaria del menor (Echebarria & Subijana, 2008).

De ahí que se haya postulado que la prueba anticipada tiene dos objetivos fundamentales:

1º- Preservar el recuerdo, evitar su contaminación. Desde la perspectiva de la psicología, la repetición sucesiva de los hechos en distintos contextos produce que el recuerdo se reconstruya y pierda precisión. También influirá la vulnerabilidad o sugestión de la víctima debido a edad o personalidad emocional (Echeburúa & Guerricaechevarría, 2000).

2º- Así como evitar la victimización secundaria del menor víctima de abusos sexuales (González, 2013).

Expuesto lo anterior, se plantea la pregunta de si la prueba anticipada puede coexistir con un proceso con todas las garantías, en los términos en que se lo plantea Serrano (Serrano, 2013).

Desde el punto de vista general, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, viene señalando que el artículo 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950 (del cual es máximo intérprete), implica que, “para que un acusado pueda ser declarado culpable es necesario que todas las pruebas de cargo se practiquen en su presencia en audiencia pública, y en el marco de un debate contradictorio”.

Ahora bien, admite el Convenio que tratándose de delitos sexuales contra menores, durante el proceso penal se puedan adoptar ciertas medidas para la protección de la víctima. Entre las referidas medidas se encuentra la valoración de aquella declaración obtenida como prueba anticipada, que evitará la presencia del menor en el juicio, siempre que se haya respetado el derecho de defensa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (por todas, Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos, caso Przydzial contra Polonia, de fecha 24 de mayo de 2016), exigió la necesidad de ponderar varios requisitos:

1.- Que la defensa haya tenido la posibilidad de practicar el interrogatorio del menor.

2.- Si la única prueba o la prueba determinante para establecer la culpabilidad del acusado ha sido la declaración del menor.

3.- Que pueda compensarse los inconvenientes generados por tal prueba (anticipada)

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, también ha venido señalando tres garantías de inexcusable concurrencia:

a).- Que la exploración del menor sea conocida por la defensa

b).- Que la defensa tenga acceso a su contenido, que principalmente ha de estar grabado.

c).- Que la defensa tenga la posibilidad de impugnar el testimonio, bien durante la práctica del mismo, bien en un momento posterior, impugnación en la que cabe esgrimir aquellos aspectos no contemplados en el testimonio sobre los que considera que pueden ser interrogadas las presuntas víctimas.

Estas garantías constituyen el quid de la contradicción debida en estos casos, pues la contradicción posible en cada caso “se articula atendiendo a las peculiaridades de la prueba de que se trate”.

Un recorrido por la jurisprudencia permite certificar los extremos expuestos:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia Gani contra España, de 19 de febrero de 2013 (Demanda nº61800/08), en un caso en que el interrogatorio contradictorio de la víctima resultó imposible de llevar a término debido a estrés postraumático, médicamente corroborado, precisó que:

*“el alto tribunal es conocedor de las dificultades a las que se enfrentan los tribunales internos cuando tratan de delitos sexuales (ver, mutatis mutandis, Tyagunova c.Rusia, nº 1943/07, de 31-7-2012), que están normalmente rodeados de secretismo y que son frecuentemente, bien sea por temor o por otras razones, denunciados demasiado tarde para que se pueda llevar a cabo un completo examen médico corroborativo. Por consiguiente, en muchos casos como éste, la única o decisiva prueba para la condena del demandado es la declaración de la víctima, la honradez y la credibilidad de quien puede ser cuestionado por la defensa en la vista mediante el interrogatorio contradictorio”.*

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado su criterio en STC 174/2011, de 7 de noviembre, reiterado en la 57/2013, de 11 de marzo, diciendo que:

*“El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia”.*

*“Hemos señalado ya que “en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4)” (STC 57/2013).*

La STC recoge pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“SSTEDH caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril de 2007, caso W. contra Finlandia; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia; 27 de junio de 2009, caso A.L. contra Finlandia; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia; 28 de septiembre de

2010, caso A.S. contra Finlandia”) en los que se destaca la necesidad de evitar una innecesaria repetición de declaraciones de las víctimas de delitos sexuales, por las distintas fases del procedimiento, que sólo acentúan su sufrimiento, aun de forma mayor cuando la víctima es menor. En estos supuestos, se adoptan medidas de protección en favor del menor, incluida la posibilidad de no estar presente en el acto del juicio oral.

Precisa la Sentencia que tales cautelas han de ser compatibles con el correcto ejercicio del acusado de su derecho de defensa, debiendo el órgano judicial, de forma simultánea, tomar precauciones que compensen *“el déficit de defensa derivada de la imposibilidad de interrogar personalmente en el juicio oral al testigo de cargo”*.

*“la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia, S 56, conforme a la cual quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo 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”*.

[...]

En STEDH de 10 de noviembre de 2005 (Asunto Bocas-Cuesta contra Holanda), se señaló que las declaraciones de los niños a la policía no se grabaron, por lo que ni el recurrente, ni el órgano judicial de primera instancia tuvieron posibilidad de observar su comportamiento en el interrogatorio y poder valorar la fiabilidad de esas declaraciones (véase, a contrario, Accardi y otros v. Italia). Se concluye que la parte recurrente no tuvo la posibilidad suficiente de desafiar la declaración de los niños, *“de importancia decisiva para su condena y en consecuencia careció de un juicio justo”*.

En síntesis, lo que se indica es la posibilidad de modificar la forma ordinaria de interrogar al menor se justifica por la protección que ha de dispensarse al mismo, siempre que al tiempo se sometan sus declaraciones a contradicción suficiente.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº19/2013, de 9 de enero (Cendoj: 28079120012013100030), señalaba que *“atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia constitucional y de esta*

*Sala que lo interpreta –cfr. STS 80/2012, 10 de febrero y STC 174/2011, de 7 de noviembre, entre otras- no son ajenos a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECr, 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 entre expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio”.*

En Resolución nº470/2013, de 5 de junio (Cendoj: 28079120012013100447), se precisó que:

*“Los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores” (STS 470/2013).*

Pero en estos supuestos, señala la Sentencia, deberá sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción de la grabación de la exploración realizada en fase previa (en la que la defensa habrá podido realizar a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas consire), a fin de respetar el derecho de defensa del acusado.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº735/2015, de 26 de noviembre (Cendoj: 28079120012015100746), concluye que *“La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria”.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2016<sup>14</sup>, recordaba que *“el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del*

---

<sup>14</sup> Citada en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 1008/2016, de 1 de febrero de 2017.

*bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño”.*

*“el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad, que aleguen 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 audiencia pública y antes de la celebración de ésta”. Y en el caso concluía que “se decidió correctamente (por la Audiencia) proceder al visionado de la grabación en la que constaba la exploración de la menor con todas las garantías, ante el Instructor y con la presencia del letrado defensor del acusado, el representante del Ministerio Fiscal y de los expertos o peritos que también comparecieron en juicio ... la exploración quedó registrada y grabada y en el juicio la grabación fue visionada por el tribunal, destacando que la menor manifestó, haciendo uso de su propio lenguaje y terminología, lo sucedido en términos similares a los hechos antes transcritos resumidamente, ofreciendo detalles suficientes”.*

## **2.5. La no presencia del menor en el juicio oral**

En íntima conexión con lo expresado en los anteriores epígrafes, se sitúa la valoración de la fuente de prueba en los supuestos de ausencia del menor en juicio.

Jurisprudencia ya consolidada establece que únicamente será posible justificar una condena mediante prueba de referencia cuando no exista prueba directa. Con ello se puede afirmar que la prueba referencial siempre será subsidiaria de la directa y no sustitutiva de la misma. Estaría justificado este testimonio de referencia cuando el testimonio del menor no es posible (menores de corta edad, riesgo de victimización secundaria...)

En consecuencia, será contrario a la exigencia de contradicción la sustitución del testigo directo por el referencial sin una causa legítima que lo justifique. Señala así, y en síntesis, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº703/2014, de 29 de octubre de 2014, que aunque acreditar la imposibilidad del testigo directo de acudir a la declaración supedita la validez que se den a los testigos de referencia, es necesario, no obstante, modular esta afirmación. En este sentido, en los delitos sexuales contra menores, a fin de evitar a estos experimentar de nuevo el sufrimiento y padecimientos que, de ser ciertos

los hechos denunciados, “*tendrían que ser particularmente duros y perturbadores para los afectados*”.

La jurisprudencia, como decimos, ha abordado tales circunstancias, que como se adelanta, se concatenan unas con otras. Así se señala en la Sentencia del Tribunal Supremo 1/2017, de 12 de enero, y de manera pormenorizada, y explícita en la Sentencia del Tribunal Supremo 632/2014, de 14 de octubre.

## **CAPITULO IV. LA INDAGACIÓN JUDICIAL SOBRE LOS HECHOS. - INTERVENCIONES PERICIALES.- METODOLOGIA.- GUIA DE BUENAS PRACTICAS.-**

### **1. Indagación judicial sobre los hechos.**

Establecidas las exigencias sobre el elemento probatorio fundamental que definitivamente posibilite la sujeción del proceso al derecho a un procedimiento con todas las garantías, y valorando la especial transcendencia del testimonio de los menores para constituirse como prueba de cargo suficiente, conviene profundizar sobre los mecanismos de indagación de dichos testimonios, las exigencias que han de marcar las pruebas periciales, y las cautelas que han de ser tenidas en cuenta para adoptar una resolución definitiva. No en vano la jurisprudencia, como se viene señalando, predica cautela respecto a los mecanismos de obtención de la prueba. De ahí que, aunque admita el testimonio de referencia como uno de los actos de prueba, no sin recelos, añada la obligación de garantizar el derecho de defensa del acusado de tal suerte que no se impida el examen contradictorio del testigo directo. Y ello, sobre todo teniendo en cuenta que en ocasiones los testigos directos, además de ser menores de edad, son de muy corta edad. Por ello, ya en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1036/2010, de 10 de noviembre, se subrayaba que los testimonios de menores de corta edad presentan connotaciones particulares. Se analiza en la Sentencia la capacidad del menor para el recuerdo y se llega a una serie de conclusiones. Se establece que los recuerdos del menor tienden a centrarse en lo que ha considerado llamativo del hecho, que no necesariamente es lo más relevante. Así mismo, los niños tienden a complacer en sus contestaciones a la persona adulta que interroga por lo que será sencillo una manipulación en este sentido.

Continúa señalando la Sentencia que debido a estas connotaciones cobra importancia la necesidad de operar con criterios restrictivos a la hora de aceptar testimonios de referencia, particularmente de personas cercanas al menor, *“de modo que a los recelos generales a la admisión del testimonio de referencia, hay que añadir ahora los problemas derivados de que el testimonio referido sea el de un menor de edad”*.

A la vista de los recelos y las cautelas, fruto del empirismo jurisdiccional, hemos de compartir la tesis de quien fuera Fiscal del Tribunal Constitucional, hoy fallecido, Manuel Miranda Estrampes (Estrampes Miranda, 2017), cuando señalaba que:

*“La experiencia nos demuestra la enorme complejidad que presenta la investigación y acreditación de las denuncias de abusos sexuales cuando las víctimas son menores de edad, singularmente en el caso de preadolescentes. Varios son los factores que se encuentran en el origen de este carácter complejo. Entre ellos, cabe destacar que, en muchas ocasiones, el niño o la niña es la única fuente de información, al no concurrir otros elementos o datos de carácter corroborante que permitan confirmar la hipótesis del abuso o descartarla. Este tipo de situaciones más frecuentes en la práctica de lo que pueda parecer, obligan a tomar decisiones de enorme trascendencia. Una de ellas, probablemente la más problemática, consiste en decidir si es necesario o no tomar declaración al niño o la niña víctima del abuso. Pues bien, si se opta por la vía penal, una vez ponderado el interés superior del niño, el escenario de parquedad informativa al que antes me referí, nos llevará a concluir que en muchas ocasiones esta declaración devendrá imprescindible, tanto para acreditar el abuso como para desecharlo. Y en este contexto altamente formalizado, el contacto del niño o la niña víctima del abuso con el sistema de justicia penal presenta unos altos niveles de problematicidad. Sin duda alguna, la habitual “hostilidad” del sistema penal se acrecienta cuando la víctima es menor al encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad.*

*En la década de los 80 algunas decisiones judiciales provocaron no solo perplejidad sino también indignación al no tomar en cuenta la protección de los menores víctimas de abusos, propiciando su revictimización institucional. A ello contribuyó la no existencia de un marco regulativo claro que abordara, entre otros aspectos, la forma y el modo en que debía tomarse declaración a los niños y niñas. Afortunadamente esta época de “sombras” ha sido superada. A ello ha contribuido, de forma decisiva, la aprobación de convenios y documentos internacionales que han tenido un impacto directo no solo en la regulación legal nacional sino, también, en las prácticas judiciales. A destacar la labor realizada por la Sala 2ª del Alto Tribunal a través de algunas de sus sentencias. Incluso el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de abordar, desde el plano de las garantías constitucionales, la intervención en el proceso penal de los menores víctimas de abusos sexuales. Aunque, ciertamente, aún es posible detectar prácticas que dejan mucho que desear, el actual marco normativo nacional ofrece un conjunto de estipulaciones que permiten cohonstar las necesidades de protección de los niños y las niñas en casos de denuncias de abusos sexuales y el respeto a las garantías constitucionales, singularmente la regla de contratación (art. 6.3.d) CEDH).*

*La tensión existente entre las exigencias de protección y el respeto a las garantías constitucionales encuentra una solución ponderada a través del procedimiento del anticipo probatorio o, en nuestro marco procesal, de la preconstitución probatoria. Marco procesal que diseña un escenario en donde la entrevista forense al niño o la niña víctima del abuso permite la obtención de información valiosa desde el plano epistemológico, esto es, lo suficientemente amplia y fiable, y, a su vez, respetuoso con las garantías constitucionales que presiden el proceso penal acusatorio. Entrevista que una vez grabada podrá ser utilizada como prueba en el acto del juicio oral, sin necesidad de que el menor esté presente y sea sometido a un interrogatorio contradictorio (STEDH caso S.N contra Suecia) ”.*

Ésta tesis de quien habitualmente ejercía acusación, pero acorde con la defensa del principio de legalidad, y por tanto, atento a la necesidad de obtención de la prueba de manera regular y con rigor científico, sirve de base para señalar la necesidad de que la indagación se produzca con garantías y buena práctica. Ello obliga al análisis de algunos parámetros necesarios en la indagación, y por supuesto, con un mecanismo que elimine al máximo posibles contaminaciones, comenzando por la posible contaminación del indagador. Todo ello orientado, de una parte, a proteger al menor, y de otra, a proteger la declaración de dicho menor como prueba, habilitando así, en su caso, para la sustitución de la declaración del menor en juicio mediante una previa grabación de la misma, con garantías. Por supuesto que la regularidad de la indagación, o su impugnación en caso contrario, protege igualmente las garantías del acusado.

Las buenas prácticas en la indagación, conseguirán superar una mala praxis, que aún hoy pervive, y que ha sido advertida por más de una resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Porque como también advertía Miranda Estrampes, “... A la carencia, en algunos ámbitos territoriales, de espacios físicos adecuados para llevar a cabo las entrevistas forenses, se unen otras que tienen un mayor calado, pues suponen desconocer los estándares y protocolos científicamente aceptados y fijados desde la investigación empírica”. Se estaba refiriendo a la necesidad de evitar la contaminación de la memoria del menor entrevistado. Para ello, es absolutamente imprescindible que el entrevistador adopte una serie de precauciones y cautelas para evitar las preguntas sugestivas y reiteradas. En este sentido, si bien se ha insistido en la historia la

incompetencia del menor como testigo debido a su inadecuado nivel de desarrollo cognitivo (lo que le haría objeto de una mayor sugestionabilidad), estudios de investigación desmontan tal pensamiento. Así, en niños de corta edad, de 3 y 4 años, se ha encontrado que sus recuerdos son en gran medida exactos, aunque menos detallados que el de niños de mayor edad (unos 8 años) cuando se les dan instrucciones de recuerdo libre<sup>15</sup>.

Como afirmación general, se puede decir que la resistencia a la sugestión es mayor cuanto más recuerda el menor, cuanto más generales y menos sugerentes sean las preguntas y cuanto más interesantes le resulten las acciones y objetos por los que se le pregunta (Diges & Alonso-Quecuty, 1993). Resulta evidente, por tanto, la importante labor de un cualificado profesional entrevistador. Esta trascendencia de la sugestión tiene reflejo en la doctrina jurisprudencial y en otros textos que apuntan *“cómo el grado de sugestión de las preguntas que se formulan los menores se asocia con su estructura gramatical y semántica y la actitud y autoridad de quien interroga”*.

La psicología forense dispone de instrumentos que pueden ayudar a resolver estas cuestiones como lo es el Protocolo de Actuación en la atención a menores víctimas en los Institutos de Medicina legal y Ciencias forenses<sup>16</sup> (Ministerio de Justicia, 2018).

## **2. Intervenciones periciales.**

Un testimonio como indica Manzanero *“es un relato de memoria que un testigo realiza sobre hechos previamente acaecido”*. Dado que es un relato de memoria, está dotado de subjetividad, y solamente cuando se inicia un dispositivo jurídico de indagación, propio de un proceso judicial, se convierte en un testimonio objetivizado. Su contenido y expresión dependerá de determinadas aptitudes individuales de la persona y del contexto en el que lo efectúa (Blanes Cáceres, 2009).

---

<sup>15</sup> Así lo apuntan G.Goodman, L.Rudy, y B.Bottoms

<sup>16</sup> Disponible en la siguiente dirección: [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5688\\_d\\_ActuacionAtencionMenoresVictimas.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5688_d_ActuacionAtencionMenoresVictimas.pdf)

Por ello es necesario practicar una buena evaluación del testimonio.

### **2.1. Evaluación del Testimonio. Límites y Cautelas.**

Dada la dinámica habitual de los delitos de abuso sexual infantil, en la mayoría de los casos, es precisamente el menor sobre el que ha operado el delito el único testigo de lo acaecido. En un importante porcentaje no existe evidencia física del delito en la víctima, y como se ha adelantado tampoco testigos de los hechos.

Es fundamental entonces la manifestación del menor, a través de la narración, de lo que percibió como realidad en aquel momento, conjugándose para la valoración de dicha narración distintas variables, desde sus capacidades individuales, hasta la presión de su entorno.

Suele ser incluso común que no exista la colaboración del menor en el relato de los hechos, por lo que el evaluador topa con el silencio infantil. Habrá de valorar con cuidado, con cautela y con habilidad, los motivos que posibiliten la negación del menor al relato. Dichos motivos para la negación, no de los hechos sino de lo acontecido, pueden tener origen en muchas causas, que describen los psicólogos y los facultativos (Berlinerblau, 2005): dependencia emocional o económica del menor, miedo ante amenazas, vergüenza o culpa por lo sucedido, poca información en materia sexual, carencia en el menor de habilidades semánticas para explicar el evento...

Destaca nuevamente la necesidad de un experto que evalúe la declaración (o no declaración) del menor. La doctrina afirma que nos encontramos ante un “verdadero reto a la práctica clínico- forense, resultando claro que la función del experto, psicólogo forense, no es la de convertirse en detector de mentira, ni investigar si hubo o no hubo abuso del menor. Se trata de realizar un trabajo profesional que responda a las exigencias científicas existentes en el momento, que aporte información vinculante para la causa judicial y que pueda ser sustentado teórica y metodológicamente”<sup>17</sup> (Cañas & E, 2009).

---

<sup>17</sup> En Propuesta de valoración Psicológica forense de la veracidad del testimonio de víctimas de abuso sexual infantil. V Congreso de Psicología Jurídica del Caribe, 2009. Archivos de [www.psicologiajuridica.org](http://www.psicologiajuridica.org)

Desde este punto de vista conviene, en primer lugar, diferenciar entre credibilidad del testimonio y fiabilidad o veracidad de una declaración.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo, desde finales de los 80, ha sentado en reiterada doctrina, los parámetros desde los cuales ha de valorarse la credibilidad del testimonio de las víctimas: la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud y la persistencia en la incriminación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2017, distingue los siguientes parámetros:

- a) Credibilidad subjetiva. Aquí se incluyen todas las circunstancias personales de la víctima-testigo.
- b) Credibilidad objetiva o verosimilitud. Se tienen en cuenta tanto la lógica intrínseca de la declaración como, aunque en menor medida, datos objetivos periféricos corroboradores o ausencia de estos.
- c) Persistencia en la incriminación. Se examinará la ausencia de modificaciones sustanciales en las sucesivas declaraciones, la concreción en la declaración y ausencia, por tanto, de ambigüedades, y ausencia de contradicciones.

Ahora bien, se trata de pautas que no pueden en ningún caso sustituir el juicio crítico relativo al contenido de la declaración (Andrés Ibáñez, 20009). La concurrencia de estos tres parámetros no puede, ipso facto, traducirse en atribución de la condición de prueba del testimonio. Tampoco puede entenderse, a sensu contrario, que la ausencia de alguno de ellos invalide el testimonio de forma automática. Como matiz, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 marzo, nº179/2013, indica que *“cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre”* (STS 179/2013)

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº833/2017, de 18 de diciembre de 2017 (Cendoj: 28079120012017100826), recuerda que:

*“Esa garantía de presunción de inocencia exige someter a crítica la justificación expresada por la sentencia de condena a fin de constatar si la existencia de los medios probatorios permiten razonablemente (por su sentido incriminatorio) afirmar los*

*enunciados de hechos que son declarados probados. La justificación de la conclusión probatoria establecerá los datos de procedencia externa aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado”.*

*“Cuando estamos ante una prueba directa -aquella que suministra afirmaciones relativas al hecho imputado, sin necesidad de construcciones inferenciales- la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere es en buena medida tributaria de la percepción inmediata de la práctica de la prueba por el juzgador”.*

*“Pero ello no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos”.*

*“Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas”.*

*“La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos”.*

*“Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia”.*

*“Ahora bien el control de la valoración no puede consistir en una revisión o «vuelta a ver (y en su caso oír)» la documentación del acto de deponer el testigo en el juicio oral. Ni siquiera cuando ésta consiste en una total grabación de dicho testimonio”.*

*“El control ha de ser de la valoración -reflejada en la justificación expresada- por el juez y no ha de tener por objeto lo que el juez valora” .*

*“En rigor no existe una diferencia esencial entre el medio probatorio denominado directo y el de indicios. También en aquél ha de valorarse la coherencia interna entre lo que el medio produce informativamente y la credibilidad que respecto del mismo se concluye a partir de aspectos, como los que la sentencia toma en consideración al modo de indicio de dicha credibilidad: presencia del testigo en el escenario, observación directa por éste del acontecimiento, conocimiento de los autores que identifican, declaración de que los mismos son los acusados, asunción del riesgo de la declaración, pese al temor que era perceptible que tenían en relación con los acusados, coherencia entre los plurales testimonios, etc.*

*Así cabe decir aquí que la inferencia llevada a cabo desde aquellos datos puede avalarla afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena.*

*Tanto los elementos objetivos como los subjetivos. Y eso de manera que puede calificarse la conclusión de coherente. Y también de concluyente , lo que implica, a su vez, la exclusión de propuestas alternativas fundadas en justificaciones razonables desde esos mismos parámetros. Así se cabe valorar como concurrente el necesario grado de certeza objetiva , más allá de la convicción subjetiva del tribunal que impone la condena.*

*Y ello sin que frente a tales conclusiones merezca aceptación tesis alternativa alguna que pueda calificarse de razonable.*

Lo que importa es el razonamiento del Tribunal que ha llevado a la condena, precisando que en estos supuestos la garantía de contradicción puede excepcionalmente modularse con justificación.

Además, reconoce la perfecta coexistencia de la debida protección de los menores, víctimas de delitos sexuales, con la serie de garantías que amparan al acusados, fijando o estableciendo los requisitos y condiciones para esa coexistencia o compatibilidad.

A estos efectos, resulta de interés la distinción entre credibilidad y fiabilidad de una declaración.

Una persona resulta creíble en su relato cuando sus conductas, afectos y cogniciones resultan comprensibles y en consonancia con la narración expuesta. Las manifestaciones del sujeto en el momento del relato son interpretables psicológicamente, por lo que esta cualidad de creíble de un testimonio incumbe a la Psicología (Blanes, 2011)<sup>18</sup>.

Sin embargo, al hablar de veracidad de una declaración, nos estamos refiriendo a que su contenido versa además de sobre el hecho acaecido, sobre opiniones propias basadas en la experiencia, o dada la cercanía con el suceso o sus intervinientes. La declaración también puede verse afectada en función de los conocimientos profesionales que se posean..

Respeto a esta distinción entre credibilidad y fiabilidad del testimonio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4), nº232/2017, de 16 de junio, señala, en síntesis que:

*“lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado, por lo tanto más abierto a valoraciones y prejuicios. Lo primero, lo fiable, exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo, lo creíble, favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales”.*

---

<sup>18</sup> Citado en Ayala, I. (enero, 2011). Abuso sexual infantil. Credibilidad o veracidad. Recuperado de <http://psicologiajuridica.org/archives/892>

## 2.2. Pruebas periciales de credibilidad del testimonio<sup>19</sup>.

De lo anterior se desprende de manera evidente que, en la investigación y enjuiciamiento de abusos sexuales contra menores, tiene gran peso la práctica de periciales para evaluar la credibilidad del testimonio del menor. Se trata de averiguar si la declaración es producto de un hecho real o por el contrario es fruto de un hecho inventado por fantasía o por sugestión. Para ello, se parte de un presupuesto metodológico: diferenciación entre declaraciones de acontecimientos reales y declaraciones de fantasías o hechos falsos. Se utiliza para esta diferenciación diversos criterios de observación:

En el procedimiento estándar o tipo se observan dos técnicas:

- Análisis del contenido de las declaraciones basados en criterios o técnica CBCA. Mediante esta técnica se examina la credibilidad del testimonio del menor presunta víctima de abuso sexual. Se realiza mediante examen de una serie de criterios (19) subsumibles en distintas categorías (5), sirviendo cada criterio como indicador de la veracidad de la declaración.
- La técnica SVA o evaluación de la validez de la declaración. Incluye los resultados de la técnica CBCA, biografía del sujeto, resultado de tests que ha de realizar y otros indicadores de conducta.

Existe un elevado riesgo de error en la interpretación de los datos de la evaluación. El empleo de estas técnicas no está exenta de críticas debiendo estar sujetas a restricciones y tomando los resultados que arrojen con cautela.

Las restricciones afectan, como así señala Margarita Diges, por un lado, a la cualificación del profesional que realiza el peritaje utilizando la técnica, y por otro, al valor que su resultado puede tener como prueba en el procedimiento penal. Es necesario un alto grado de especialización para el experto que realiza las evaluaciones de credibilidad del testimonio (preferiblemente conocimientos de la Psicología Forense).

En cuanto a la naturaleza y función de éstas pruebas, la Sentencia del Tribunal Supremo nº742, de 16 de noviembre de 2017 concluye que “*se trata de instrumentos de auxilio a*

---

<sup>19</sup> Siguiendo en este punto a Manzanero, A.

*la función judicial, que no la sustituyen. ... Expresan la opinión del perito pero no pueden responder a la cuestión de si las declaraciones se ajustan a la realidad, siendo esa función del Juez”.*

### **3. Metodología y guía de buenas prácticas**

En la indagación sobre los abusos sexuales infantiles, en la que se precisa una investigación rigurosa, desde el punto de vista del indagador, no siempre la metodología resulta ser correcta, por lo que se ha venido exigiendo una revisión de las prácticas que llevaban a término básicamente los psicólogos. De ahí, que tenga una relevancia excepcional la articulación de guías de buenas prácticas, de la que destacaremos la propuesta por los miembros de la Unidad de Psicología Forense Experimental de la Universidad Autónoma de Madrid, la Catedrática Margarita Diges Junco y la Doctora Nieves Pérez Mata.

Sostienen Diges Junco y Pérez Mata, que *“En la investigación de supuestos delitos sexuales sobre menores, adquiere especial relevancia la obtención de información amplia y fiable de los niños y niñas que pueden ser víctimas y/o testigos de estas acciones. Incluso, en ocasiones la declaración del menor es la única fuente de información, pues los agresores evitan la presencia de otros testigos y muy a menudo no hay ningún otro tipo de prueba corroboradora o refutadora de los supuestos hechos. La declaración del menor se vuelve así imprescindible, y en cierto modo puede dar lugar a consecuencias indeseadas: concluir que ha ocurrido un delito, cuando no ha sido así, lo que suele llevar a acusaciones falsas contra un inocente; o concluir que el supuesto abuso no ha sido tal cuando sí ha ocurrido, lo que deja desprotegidos al menor y a otros menores potenciales víctimas. La entrevista forense o de investigación, bien realizada, trata de evitar esos dos tipos de errores. Para ello, se proponen una serie de pautas que garanticen, en la medida de lo posible, la exactitud de las manifestaciones del niño. De esta manera se puede obtener una declaración fiable y con la suficiente amplitud como para que el niño no tenga que volver a ser preguntado, para que la repetición de las preguntas no le genere malestar ni ansiedad. Y, por otro lado, la repetición de las exploraciones y entrevistas al menor son un riesgo para su memoria, dado que muchas preguntas pueden ser sugestivas y modificar su relato de los hechos añadiendo detalles que no poseía, e incluso a veces, el relato entero, lo que daña considerablemente la prueba.*

Cabe destacar la defensa que realizan de la grabación correcta de la entrevista. Ésta grabación además de evitar sucesivas exploraciones también permite valorar si se han seguido las pautas admitidas internacionalmente a la hora de preguntar al menor, empleando preguntas abiertas, y evitando la reiteración y las preguntas sugestivas.

A nivel internacional se viene proponiendo tanto la constitución de la grabación en prueba constituida como que el entrevistador tenga conocimiento y experiencia sobre la materia, a fin de garantizar la calidad de la declaración obtenida y evitar revictimizaciones innecesarias.

En España, muchas entrevistas grabadas se hacen desde servicios institucionales cercanos a los juzgados o a la administración (como las Clínicas Médico-Forenses) y cada vez más con carácter de prueba preconstituida, pero no es infrecuente que en ocasiones los denunciantes aporten informes y/o entrevistas (grabadas o no), justo para fundamentar la denuncia penal.

Afirman en la mencionada Guía de Buenas Prácticas que *debería evitarse el realizar ninguna intervención de este tipo fuera del conocimiento y autorización de la autoridad judicial, en la medida en que este tipo de actuaciones, al no ser profesionales no especializados, contaminan la prueba y además, aunque no menos grave, porque estas actuaciones podrían ser ocultadas si no satisfacen al denunciante, aun cuando es obvio que han podido influir en el recuerdo del menor.*

Tan relevante es la buena práctica en la indagación, que la propia jurisprudencia ha venido rechazando la deficiencia técnica en la obtención de datos, y sus consecuencias. Así se señala en el Auto del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº1246/2015 de 1 de abril:

*“Así las cosas, todos los elementos de juicio a los que hasta ahora se ha hecho referencia, presentan el coeficiente de falta de certeza, la débil calidad informativa que, con buen criterio y de forma razonada, subraya el tribunal. De este modo, quedaría el grupo de fotografías que figuran en la causa, que, en efecto, no han sido objeto de análisis por parte de este, una omisión que cabe reprocharle” [...] “Una imagen, podría decirse, de particular mal gusto, pero de la que, en el cuadro de todos los elementos de convicción analizados de forma suficiente en la sentencia, no presta base bastante para poner a cargo de aquel las acciones que se le atribuyen. O, lo que es lo mismo, no podría suplir un vacío de memoria y la pobreza informativa de las afirmaciones de la pequeña, apreciada por el tribunal. Un vacío que tampoco puede ser cubierto por las*

*manifestaciones de los testigos de referencia aludidos por su más que probable y, desde luego comprensible, parcialidad, y porque se ignora las condiciones y circunstancias en que se produjo su interlocución con la niña”.*

## **CONCLUSIONES.**

Los abusos sexuales a menores pueden generar graves efectos en quienes los sufren, con proyecciones negativas en el proceso psicoevolutivo de niños y niñas. Además, la obligada intervención de la Administración de Justicia en la investigación de este tipo de delitos, genera a su vez riesgos de amplificación de esos efectos negativos así como estrés e incertidumbre en los menores. La existencia misma del proceso puede dar lugar a lo que se conoce como victimización secundaria, que hace referencia a esos efectos perjudiciales asociados al contacto con las Instituciones penales como al choque existente entre exigencias terapéuticas y las jurídico penales.

Pero, del mismo modo, en la sustanciación del proceso puede producirse vulneraciones de los derechos de la persona acusada.

Por ello, doctrina, jurisprudencia y partícipes de la psicología jurídica, convergen en señalar que la investigación a practicar lo haya de ser con garantías de protección de los menores, combinando esta protección con mecanismos de indagación que cumplan con los cánones del rigor, preserven la validez de pruebas, y no limiten las garantías de los encausados en el procedimiento penal.

Dadas comunes circunstancias en cuanto a la ocurrencia de los hechos, como pueden ser la falta de evidencias físicas, la ausencia de testigos y generalmente la clandestinidad, a lo que se suele unir en muchos supuestos la corta edad de los menores, el testimonio de éstos es el factor fundamental en relación con la prueba en el procedimiento. De tal forma, que a fin de evitar victimizaciones secundarias, y a su vez preservar la validez del testimonio, la jurisprudencia ha admitido que pueda darse la incomparecencia del menor en el acto del juicio oral.

En virtud de esas circunstancias se admite la posibilidad de prueba anticipada o preconstituida, que en todo caso ha de practicarse respetando los principios de inmediación y contradicción, y que ha de ser llevada a término, de forma tal que respete las garantías del acusado compatibilizándola de manera muy expresa con el respeto a la presunción de inocencia.

En la práctica de dicha prueba anticipada, resulta de extraordinaria importancia la participación del psicólogo forense, en términos de no contaminación de la prueba,

eliminación de la sugestión, y aplicación de la técnica de indagación mediante un sistema de grabación, que permita con posterioridad el control jurisdiccional.

No se trata del sacrificio de los derechos de una parte frente a los de la otra. Se trata, en definitiva, de reivindicar que se establezcan los medios precisos para conseguir la correcta coexistencia de todos los derechos e intereses que confluyen en el proceso penal, respetando las garantías de nuestro Estado de Derecho.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- Andrés Ibáñez, P. (2009). *Prueba y convicción judicial*. Hammurabi, Buenos Aires.
- Ayala, I. (enero, 2011). *Abuso sexual infantil. Credibilidad o veracidad*. Recuperado de <http://psicologiajuridica.org/archives/892>
- Berlinerblau, V.(2005). *Abuso infantil y malos tratos contra niños y niñas*. Espacio editorial, Buenos Aires.
- Blanes Cáceres, Sergio A. (2009) *Credibilidad vs. Veracidad: un desencuentro Psicojurídico*.
- Botello, B. y Díaz, B. (2011). “Prevención y detección precoz del maltrato infantil: Revisión de estrategias e intervenciones desde los servicios sanitarios.” Sevilla: Junta de Andalucía.
- Cañas, Juan José y Camargo, Edna P.(2009). *Propuesta de valoración Psicológica forense de la veracidad del testimonio de víctimas de abuso sexual infantil*. V Congreso de Psicología Jurídica del Caribe, 2009. Archivos de [www.psicologiajuridica.org](http://www.psicologiajuridica.org)
- Centro Reina Sofía para el estudio de la Violencia, (2000). “Maltrato infantil en la familia. Comunidad Valenciana”. Consejería de Salud.
- de la Rosa Cortina, J. M. (2011), *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, pág. 261.
- de Paúl Ochotorena, P. y Arruabarrena Magariaga, M.I., (1987). “El maltrato infantil. Criterios para su definición y su conceptualización”. *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako addizkaria= Revista de Servicios Sociales*, ISSN 1134-7147, N°4.
- de Paúl Ochotorena, P. y Arruabarrena Magariaga, M.I. (1994). “Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento”. Pirámide, Madrid
- Diges, M y Alonso-Quecuty M.L., (1993). *Psicología forense experimental*. Promolibro. Valencia

-Diges-M, y Pérez Mata, M.N. (2017). *La entrevista forense de investigación niños supuestas víctimas de delitos sexuales: Guía de Buenas Prácticas (I)*. Diario la Ley 8919 de 10 de febrero de 2017.

-Diges-M, y Pérez Mata, M.N. (2017). *La entrevista forense de investigación niños supuestas víctimas de delitos sexuales: Guía de Buenas Prácticas (II)*. Diario la Ley 8920 de 13 de febrero de 2017.

- Dolz Lago, M.J. (2017), '*Abusos sexuales amenores e interés superior del menor: tendencias jurisprudenciales a la luz de la presunción de inocencia*', Diario La Ley 8961. ISSN 1989-6913

-Echeburúa, E. y Guerricaechevarría, C. (2000). *Abuso sexual en la infancia, víctimas y agresores. Un enfoque clínico*. Barcelona: Ariel.

-Echeverria, E. y Subijana, I.J. (2008) *Guía de buen practica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente*. International Journal of Clinical and Health Psychology, 8, 733-749.

-Estrampes Miranda, M., (2017). *Preámbulo entrevista forense de investigación a niños supuestas víctimas de delitos sexuales: guía de buenas prácticas(I)*. en Diges Junco,M. y Pérez Mata,N., Guía de buenas prácticas (I). Diario de Ley N°8919, ISSN 1989-6913

-García Noguera, I. (octubre 2014)''Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la Directiva 2011/92/UE'' en *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*. Núm 19. ISSN 1699-8154

-González, J.L. Muñoz, (2013), *Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables*. Papeles del psicólogo, 34, 227-237

-Horno, P. (2013) *Escuchando mis "tripas": Programa de prevención del abuso sexual en educación infantil*. Madrid: Boira editorial.

-López, F y Del Campo, A. (1997). Prevención de abusos sexuales a menores. Guía para educadores. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Amaru Ediciones.

-Manzanero A., (2008) *Psicología del Testimonio. Una aplicación sobre los estudios de memoria*. Ediciones Pirámide. Grupo Anaya S.A. Madrid

Manzanero A. (2010). *Memorias de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Ediciones Pirámide. Grupo Anaya S.A. Madrid

-Marcos Martín, T. (2006), ‘Pornografía infantil en Internet’, *Los Derechos del niño y su protección internacional* en VILLAGRASA ALCAIDE y RAVETLLAT BALLESTÉ. ISBN 84-344-3262-5, págs. 317-334

-Morillas Fernández, D.L. (2005), *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*. Dyckinson. Monografías de Derecho Penal. pag 31

-Pereda, N.,(2010) ‘El espectro del abuso sexual en la infancia: definición y tipología’. *Revista Psicopatología y Salud Mental del Niño y del Adolescente*, nº16.

-Pereda Beltrán, N., Guilera Ferré, G., Abad Gil, J., (2012). ‘Victimología del desarrollo. Incidencia y repercusión de la victimización y la polivictimización en jóvenes catalanes’. Barcelona: Centro de Estudio Jurídicos y Formación Especializada.

- Ramírez, J.L.,(2018). *La prueba de los delitos contra la indemnidad sexual*. Diario la Ley 9199. ISSN 1989-6913

-Ravetllat Ballesté, I. (2012), *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*. Universidad de Barcelona Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2.

- Rodríguez Mesa, M.J.(2012) "El Código Penal y la explotación sexual comercial infantil", en *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXII. ISSN 1137-7550: 197-246

-SAVE THE CHILDREN (2001). "Abuso sexual infantil: Manual de formación para profesionales.

-Serrano, M. (2013). *Una justicia Europea adaptada del menor: Exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal*. Revista para el análisis del Derecho, 2.

-Shelley, G.A., Child maltreatment activities related to developing uniform definition. Comunicación presentada en la VII International Family Violence Research Conference, Portsmouth, NH, Estado Unidos.

- Simón Rueda, C.; López Taboada, J.; Linanza Iglesias, J.L. (2000). *Maltrato y desarrollo infantil*. Madrid, Comillas.

-Subijana, I.J.,(2018). *Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: El control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados*. Anuario de Psicología Jurídica. Vol.28. Num.1.

-Villacampa, C. (2015) La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de LEVID. En J.M. Tamarit (ED.). *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*. Valencia: Tirant Lo Blacnh.