

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO**

**DOBLE GRADO EN DERECHO  
Y CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**LA VÍCTIMA MENOR EN LOS  
DELITOS SEXUALES:**

**LA PRUEBA**

**Y**

**LA APELACIÓN PENAL**

**Alumno:** Jesús Antonio Dextre Ramírez

**Tutores:** Dra. Sabela Oubiña Barbolla y Dr. Alfonso Egea de Haro

**Curso académico:** 2020-2021

**Fecha de entrega:** Junio, 2021

Yo, Jesús Antonio Dextre Ramírez, identificado (a) con documento de identidad (DNI) N° 72652469, domiciliado en Jirón Coronel Alfonso Ugarte 159, Dpto. 505, Magdalena, Lima, de la casa de estudios “Universidad Autónoma de Madrid”, que en mérito del procedimiento de Revalidación del grado / título obtenido en el extranjero, declaro que el trabajo de investigación denominado “La víctima menor en los delitos sexuales: la prueba y la apelación penal”, cumple con todos los puntos mencionados a continuación:

1. Se ha mencionado todas las fuentes utilizadas, identificando correctamente las citas textuales o paráfrasis provenientes de otras fuentes.
2. No he utilizado ninguna otra fuente distinta de aquella señalada en el trabajo de investigación.
3. Mi trabajo de investigación es original.

Así mismo asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión en la información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en la normativa vigente de la Universidad Privada Norbert Wiener S.A.



.....  
Firma de autor

Nombre completo: Jesús Antonio Dextre Ramírez  
DNI: 72652469

Lima, 14 de febrero de 2025

# INDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>2. EL PROCESO DE ELABORACIÓN NORMATIVA</b> .....	<b>7</b>
2.1 HACIA EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA Y LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.....	7
A. <i>De la iniciativa legislativa y la naturaleza de las leyes</i> .....	7
B. <i>De la aprobación y tramitación de las iniciativas legislativas</i> .....	8
2.2 EL IMPACTO DE LAS DECISIONES MULTIGOBIERNO .....	9
A. <i>España: la obligación de transponer el EDV</i> .....	9
B. <i>Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a la Ley 41/2015</i> .....	10
2.3 FACTORES EXPLICATIVOS DEL SURGIMIENTO DEL EDV Y LA REFORMA DE LA LECRIM.....	12
<b>3. EVOLUCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: HACIA EL EDV</b> .....	<b>16</b>
3.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR .....	16
A. <i>Origen del concepto y su establecimiento en la agenda internacional</i> .....	16
B. <i>Realidad jurídica del interés superior del menor en las políticas públicas</i> .....	17
C. <i>La realidad de los menores de edad víctimas de delitos sexuales</i> .....	18
<b>4. PRUEBA Y APELACIÓN PENAL: LA VÍCTIMA MENOR DE DELITO SEXUAL</b> .....	<b>19</b>
4.1 LA REFORMA DE LA APELACIÓN PENAL Y SU INCIDENCIA EN LOS DELITOS SEXUALES.....	19
A. <i>Los delitos sexuales en el Código Penal</i> .....	19
B. <i>El recurso frente a condenas en delitos sexuales</i> .....	19
C. <i>La apelación: error en la valoración de la prueba</i> .....	20
4.2 LA SINGULARIDAD DE LA DECLARACIÓN DEL MENOR VÍCTIMA: LA PRECONSTITUCIÓN. ....	21
A. <i>La regla general en las testificales: declaración en el juicio</i> .....	21
B. <i>La preconstitución de la prueba en los delitos sexuales</i> .....	21
C. <i>Preconstitución vs Derechos Fundamentales</i> .....	22
D. <i>Los requisitos de validez</i> .....	24
E. <i>El controvertido umbral mínimo de credibilidad</i> .....	25
4.3 EL ROL DEL PERITO EXPERTO EN PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO.....	26
A. <i>La victimización del menor</i> .....	26
B. <i>La importancia del psicólogo forense</i> .....	27
<b>5. ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LA APELACIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES</b> .....	<b>28</b>
5.1 JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO EMPÍRICO.....	28
5.2 DESCRIPCIÓN DE LA BASE DE DATOS .....	30
5.3 PROCESO DE CODIFICACIÓN: LAS SENTENCIAS Y SU CONTENIDO.....	30
5.4 MAGNITUDES SELECCIONADAS.....	32
A. <i>Dibujo de género de los condenados en primera instancia</i> .....	32
B. <i>Edad de las víctimas en los delitos sexuales</i> .....	33
C. <i>Tipo de relación entre el condenado y la víctima en los delitos sexuales</i> .....	34
D. <i>Tipo de recurrente</i> .....	35
E. <i>Motivos del recurso en apelación</i> .....	32
<b>5. ASPECTOS CONCRETOS DEL RECURSO DE APELACIÓN EN DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES</b> .....	<b>34</b>
5.1 HIPÓTESIS.....	34
5.2 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.....	35
5.3 ANÁLISIS Y RESULTADOS .....	36
<b>6. CONCLUSIONES</b> .....	<b>40</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>43</b>

<b>8. RELACIÓN NORMATIVA.....</b>	<b>45</b>
<b>9. RELACIÓN JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>46</b>
<b>9. ANEXOS.....</b>	<b>48</b>
9.1 ANEXO 1: LIBRO DE CÓDIGOS.....	48
9.2 ANEXO 2: RELACIÓN TABLAS.....	53

## 1. INTRODUCCIÓN

El Código Penal<sup>1</sup> español castiga los delitos de abusos sexuales contra menores de edad con penas privativas de libertad superiores a 5 años. El derecho a la tutela judicial efectiva de acuerdo a distintos postulados internacionales comprende el derecho al recurso de todo condenado. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español no garantizaba hasta finales de 2015 que toda sentencia condenatoria pudiese efectivamente recurrirse en apelación. Lo más paradigmático, es que las condenas por delitos de menor gravedad si eran apelables y, en cambio, no disponían de tal recurso los condenados por delitos de mayor gravedad como ocurre en los abusos sexuales. Estos delitos de mayor gravedad eran recurribles en casación, pero no en apelación. Sin embargo, la casación es un recurso extraordinario por motivos tasados.

La reforma de la LECrim de 2015<sup>2</sup> generaliza la apelación contra cualquier sentencia recaída en primera instancia, aunque con algunos límites dependiendo de si el recurrente pretende la absolución/la disminución de la pena o, al revés, la condena o la agravación de ésta. Uno de los motivos por los que expresamente puede interponerse apelación es el error en la valoración de la prueba. Las condenas en los delitos sexuales a menores, muchas veces suelen fundarse principalmente en las declaraciones del menor. Es la testifical el medio de prueba de mayor valor en los procesos contra delitos sexuales. Por eso, con la introducción de la Ley 41/2015, se abre un campo de posibilidades para el condenado en torno al cuestionamiento de la declaración de la víctima y sus posibles contradicciones.

Para ello, se ha considerado oportuno realizar un estudio acerca de la repercusión de la reforma de 2015 en la práctica procesal. Sin embargo, este trabajo más allá del análisis cualitativo, abarca también un análisis empírico a partir de una base de datos de 1008 sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y recurridas en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Dichas sentencias han sido facilitadas por el Centro de Documentación Judicial (Cendoj). Para su elaboración, se ha contado con la colaboración participativa y conjunta de un grupo de 5 estudiantes. Cada uno de ellos, a partir de una ficha de variables y un libro de códigos, ha realizado la codificación de 100 sentencias, extrayendo información

---

<sup>1</sup> En adelante CP.

<sup>2</sup> Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Boletín Oficial del Estado. En adelante Ley 41/2015

pertinente según lo previsto en un esquema prefijado por los tutores del área de trabajo. El esquema diferencia un conjunto de variables divididas en tipos de información: 1) exclusiva de la sentencia, 2) exclusiva del recurrente y 3) compartida. Posteriormente, para la consolidación de la base de datos, se anexó al conjunto de 500 sentencias el trabajo de los alumnos del curso pasado para obtener una muestra mayor, a fin de precisar las estimaciones y su representatividad. Con todo ello se logró obtener la base de datos de 1008 sentencias.

A raíz de la lectura de sentencias se observó que, frente a los derechos consagrados en el art. 24 de la Constitución Española<sup>3</sup>, estaba la realidad política-social de los menores víctimas. El mismo año de la Ley 41/2015, se aprobó un novedoso Estatuto de la Víctima<sup>4</sup> que pretendía ser una respuesta garantista a dicha problemática. Por ello, el objeto de este trabajo fin de grado es analizar el desarrollo de la apelación en los delitos sexuales contra menores de edad y estudiar de qué manera influye el motivo de error en la valoración de la prueba cuando ésta es principalmente la declaración de la víctima. Para ello consideraremos la posible ponderación entre, el interés superior del menor dentro del proceso penal como condición esencial de víctima, y el derecho al recurso del condenado.

En tal sentido, la primera parte del presente trabajo se centrará en realizar un diagnóstico parlamentario de los posibles factores explicativos en los cambios normativos en apelación y víctimas, analizando el comportamiento tanto de los actores políticos intervinientes como de la injerencia normativa internacional. Se proyectará, además, la realidad que aqueja a los menores víctimas de delitos sexuales y cómo esta se conecta con la necesaria protección del interés superior del menor. Se realizará una evolución histórica del concepto para aterrizar en la declaración del menor víctima.

La segunda parte dispondrá de un estudio jurídico acerca de la declaración del menor víctima en el proceso penal. Se analizarán las condiciones para su preconstitución y con ello el valor probatorio, mayor o menor, de la testifical preconstituida del menor en la condena. Por último, se establecerá el rol del perito especializado y cómo se contrapone este a todos los demás elementos de prueba referenciales, para verificar la valoración final realizada por el juez en apelación.

---

<sup>3</sup> Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978. En adelante CE.

<sup>4</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. *Boletín Oficial del Estado*. En adelante EDV.

Finalmente, para evaluar el impacto de las reformas, se procederá a desgranar cualitativamente las sentencias de tal forma que se obtengan datos de importancia para comprender la naturaleza del delito en cuestión. Con tales datos obtenidos, se plantearán una serie de hipótesis, que pretenden estudiar si existe relación de causalidad entre las reformas en análisis y la efectiva protección del menor, garantizando su declaración en condición de víctima. Por ello, las conclusiones tenderán a dar respuesta a las cuestiones planteadas.

## 2. EL PROCESO DE ELABORACIÓN NORMATIVA

### 2.1 Hacia el estatuto de la víctima y la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal.

#### A. De la iniciativa legislativa y la naturaleza de las leyes

Tanto la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima, como la Ley 41/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son de autoría gubernamental y de naturaleza ordinaria.

El art. 87 de la Constitución Española otorga el mecanismo de la iniciativa legislativa al Gobierno, Congreso y Senado. La autoría normativa podría corresponder a cualquiera de las instituciones mencionadas. Sin embargo, la posición del gobierno como *Primus Movers* del sistema parlamentario le otorga, en la práctica, casi el monopolio sobre la proliferación de proyectos de ley (Santaolalla, Derecho parlamentario español, 2019). De las 48 leyes aprobadas en el 2015, todas tuvieron de promotor al Gobierno<sup>5</sup>.

En cuanto a la naturaleza de las leyes, los arts. 81-92 de la CE conciben 2 tipos de leyes: orgánicas y ordinarias. Las orgánicas contienen previsiones más estrictas tanto en su tramitación como en la naturaleza de su contenido. Por ejemplo, respecto al contenido y a interés del presente trabajo, el art. 81.1 CE establece reserva de ley orgánica<sup>6</sup> para cualquier norma que afecte al desarrollo de los derechos fundamentales (arts. 14-29 de la CE). Ha precisado el Tribunal Constitucional<sup>7</sup> que dicho artículo debe entenderse de manera restrictiva pues no es posible concebir norma que no tenga al menos conexión remota con algún derecho fundamental<sup>8</sup>. Por lo tanto, para dotar de carácter orgánico a un conjunto de disposiciones legales, la jurisprudencia constitucional exige que la modificación se trate del desarrollo directo del derecho fundamental. En cuanto a la tramitación de leyes orgánicas, el art. 82.1 CE impone mayorías absolutas en el Pleno para cualquier aprobación, modificación o derogación.

No obstante, frente a todas las exigencias constitucionales en torno a las leyes orgánicas, la CE concibe un panorama más laxo para las leyes ordinarias. Su aprobación se puede

---

<sup>5</sup> Información propia extraída de la web del Congreso de los Diputados.

<sup>6</sup> En adelante LO.

<sup>7</sup> En adelante TC.

<sup>8</sup> STC 127/1994, de 5 de mayo; STC 22/1986, de 14 de febrero.

dar por mayorías simples y el contenido de los mismos puede abarcar todo lo no previsto expresamente para las leyes orgánicas

### ***B. De la aprobación y tramitación de las iniciativas legislativas***

La tramitación normal es lo que el Reglamento del Congreso<sup>9</sup> reconoce como procedimiento legislativo común (arts. 109-129). Es aquella que, presentada por el Gobierno, se remite a la Mesa del Congreso. Ésta ordenará su publicación abriendo el plazo de enmiendas, para posteriormente derivarlas a las pertinentes Comisiones especializadas de su tratamiento. Después de los dictámenes de las Comisiones, se debatirá y votará en sesión plenaria. Dentro de las 48 leyes ordinarias aprobadas el año 2015, solo 4 siguieron el proceso de tramitación normal; descartando del análisis la Ley de Presupuestos Generales por obvias razones. De ese modo, únicamente 3 fueron las aprobadas vía dicha tramitación<sup>10</sup>. Dentro de ellas se encuentra la Ley 41/2015. El EDV, por el contrario, siguió la vía de la Competencia Legislativa Plena.

La Competencia Legislativa Plena es otro de los mecanismos de aprobación de proyectos y proposiciones de ley. El art. 75 CE faculta a las Comisiones para tal propósito. Consiste en la delegación de facultades resolutorias, a una determinada Comisión, para la aprobación de un anteproyecto obviando el debate en Pleno. La aprobación de la iniciativa es como si hubiera sido otorgada por la propia Cámara, asemejándose en la práctica a un procedimiento ordinario por su constante uso (Santaolalla, 2019, pág. 295). En este mismo sentido, las Comisiones Legislativas Permanentes suelen ser el “punto neurálgico de la actividad parlamentaria” porque concentran casi todas las iniciativas legislativas (Senen, 2018). Con ello se excluye el cuello de botella que muchas veces ocurre al intentar incluirse temas en los asuntos del día para el pleno.

En definitiva, no solo supone un acortamiento o eliminación de fases, es también una diferencia cualitativa al procedimiento común porque quien resuelve es un órgano distinto al Pleno (Férrandez, 2001).

---

<sup>9</sup> Reglamento del Congreso de los Diputados. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de febrero de 1982.

<sup>10</sup> Éstas son: Proyecto de Ley por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior. (121/000135); Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (121/000131) y Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. (121/000138).

## 2.2 El impacto de las decisiones multigobierno

### A. España: la obligación de transponer el EDV

La diferenciación en la tramitación de ambas normas no solo surgió de un tratamiento interno dispar, sino también supranacional. Nacieron de exigencias internacionales distintas que anteceden a la normativa nacional y por tanto con consecuencias diferentes.

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001<sup>11</sup> sobre el Estatuto de las víctimas en el proceso penal, es un punto de inflexión a nivel europeo para entender y tratar la situación de la víctima en el ámbito penal. Las disposiciones previas establecieron conceptos como la victimización secundaria o la necesaria armonización práctica y normativa de la declaración de la víctima. El “estándar Pupino” se produjo dentro del marco normativo de la 2001/220/JAI. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>12</sup>, en su sentencia de 16 de junio de 2006, también conocido como “caso Pupino”<sup>13</sup>, estableció que: “el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta”.

Las Decisiones Marco a nivel europeo estaban regulados en los arts. 31 y 34 del Tratado de la Unión Europea<sup>14</sup>. Eran el instrumento por el cual los Estados Miembros debían armonizar sus políticas. Sin embargo, no tenían efecto directo. Además, su incumplimiento no suponía acto que diera inicio al procedimiento de infracción<sup>15</sup> por parte de la UE.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> En adelante 2001/220/JAI.

<sup>12</sup> En adelante TJUE.

<sup>13</sup> En adelante caso Pupino.

<sup>14</sup> Dicho Tratado es ratificado por España el 29 de diciembre de 1992. En adelante TUE.

<sup>15</sup> El procedimiento de infracción viene recogido en los actuales arts. 258-260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La Comisión detecta e investiga las posibles infracciones a la legislación europea de los Estados Miembros. Pueden denunciar ciudadanos, empresas y cualquier parte interesada. La Comisión también puede iniciar procedimiento formal contra el Estado Miembro que no haya notificado las medidas adoptadas para transponer las directivas.

<sup>16</sup> Información extraída de la web de la Unión Europea desde: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure\\_es](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_es).

Tras la eliminación de las Decisiones Marco en la reforma del TUE, mediante el Tratado de Lisboa en 2007<sup>17</sup>, se aprobó la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012<sup>18</sup>, la cual sustituyó directamente la previa Decisión Marco. Esta es la directiva que, tras su transposición, dio origen al EDV. Las directivas, según los actuales arts. 82 y 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>19</sup>, son normas mínimas de obligatorio cumplimiento para los Estados Miembros. Su incumplimiento, a diferencia de las Decisiones Marco, sí da inicio al procedimiento de infracción. El art. 27 de la Directiva 2012/29/UE otorgo plazo de transposición hasta el 16 de noviembre del 2015 para su incorporación a las normativas internas. El 28 de abril del 2015, España publicó el EDV en el BOE, cumpliendo con lo previsto.

En definitiva, si bien España accedió explícitamente a la armonización del sistema procesal en favor de las víctimas, esta se da en un contexto de falta organizativa. La no existencia de un *marco regulativo claro* (énfasis propio) en la década de los 80, produjo que algunas decisiones judiciales causaran indignación y perplejidad por la evidente falta de previsiones especiales en la protección de las menores víctimas de abusos (Pérez-Mata & Diges, 2017).

### ***B. Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a la Ley 41/2015***

El art. 24 de la CE establece que “todas las personas tienen derecho a obtener tutela judicial efectiva de jueces-tribunales en ejercicio de derechos-intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. La tutela judicial efectiva como derecho fundamental la integran, sumados entre sí, varios derechos reconocidos tanto por jurisprudencia y doctrina. Forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a obtener una resolución judicial de fondo motivada y fundada o, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, entre otros. Al presente interés, es de mayor relevancia el derecho al recurso en ámbito penal.

---

<sup>17</sup> Tal modificación es ratificada por España el 15 de Julio de 2008.

<sup>18</sup> En adelante Directiva 2012/29/UE.

<sup>19</sup> En adelante TFUE.

La STC 42/1982, de 5 de julio, en el FJ 3 sostiene que atendiendo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>20</sup>, habrá que asegurar “el derecho a toda persona declarada culpable por un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior”. En España sí existía la posibilidad de una segunda instancia, pero solo para delitos con penas privativas de libertad menores a los 5 años o penas de distinta naturaleza que no superasen los 10 años, y no para los delitos más graves con penas privativas de libertad mayores o penas de distinta naturaleza superiores a 10 años. Éstos estaban cubiertos por el paraguas del recurso de casación (López, 2017).

España fue sancionada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU<sup>21</sup> por no garantizar el derecho a una segunda instancia. El CDH es el órgano de expertos que supervisa la aplicación del PIDCP. El art. 14.5 del PIDCP dispone que cualquier persona sometida a un fallo condenatorio tendrá la posibilidad de recurrir frente a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por ley. Entendiendo la falta de un recurso no extraordinario para los delitos más graves, el CDH concluyó<sup>22</sup> que España violó el párrafo 5 del art. 14. No obstante, las decisiones del CDH no son vinculantes, pero sí suponen un compromiso internacional y afectan directamente a la imagen institucional del país. Sin consecuencias legales directas, se consignó la designación de un Relator para el seguimiento de las recomendaciones (Ripoll, 2002). El informe de la CDH estableció que "en cualquier reforma procesal futura que se lleve a cabo, se tomarán en consideración los dictámenes del Comité"<sup>23</sup>

A nivel europeo, el art. 2 del Protocolo n.º 7<sup>24</sup> del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>25</sup>, establece que “toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por jurisdicción superior”. El incumplimiento, por parte de cualquier Estado, abre la ventana de interposición de una demanda. Tiene legitimación cualquier interesado afectado directamente por la violación de sus derechos reconocidos en el Convenio o sus

---

<sup>20</sup> Ratificado por España el 27 de abril de 1977. En adelante PIDCP.

<sup>21</sup> En adelante CDH.

<sup>22</sup> Véase la resolución de 20 de julio del 2000 (Caso Cesáreo Gómez c. España)

<sup>23</sup> Epígrafes 198 y 199 del Informe del Comité de Derechos Humanos (2001).

<sup>24</sup> Protocolo que entró en vigor de forma general el 1 de noviembre de 1988 y para España el 1 de diciembre de 2009.

<sup>25</sup> Ratificado por España el 10 de octubre de 1979. En adelante CEDH.

Protocolos. El órgano encargado de emitir una sentencia será el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>26</sup>. En ese sentido, si bien España ha sido condenada por otros motivos procesales también ligados directamente a la segunda instancia<sup>27</sup>, nunca lo ha sido por la ausencia efectiva de la misma.

### **2.3 Factores explicativos del surgimiento del EDV y la reforma de la LECrim**

El Anteproyecto del EDV siguió un camino parlamentario más sencillo que el anteproyecto de reforma de la LECrim sobre la segunda instancia, al poder sortear el embudo de la Cámara principal. Sin embargo, el debate de la Comisión<sup>28</sup> mostró una situación polarizada entre los Grupos Parlamentarios y que se asemeja a los contrapesos que se ejercen desde la oposición en los debates del Pleno. Por ejemplo, se plantearon un total de 113 enmiendas, de las cuales se aceptaron solo 11<sup>29</sup>. Asimismo, el Grupo Socialista pretendió la inserción de la figura de víctima, en una concepción amplia, por delitos contra la seguridad vial. Sin embargo, el punto álgido de la confrontación a interés del presente trabajo, se produjo en torno a la propuesta del Grupo *Convergència i Unió*. Se discutió la necesidad de trasladar, desde la exposición de motivos al articulado, el interés superior del menor víctima. A pesar de que contó con el apoyo explícito del Grupo Parlamentario *Unión Progreso y Democracia*<sup>30</sup> y con el reconocimiento del Grupo Popular<sup>31</sup>, en la votación final se rechazó<sup>32</sup>. La aparente posición dialogante del GP no se tradujo en la realidad. Gracias al apoyo de GUPyD, el GP logró consolidar mayoría en todas las votaciones<sup>33</sup> y así decidió el contenido final del anteproyecto.

Si bien el EDV surge como una norma garantista en favor de las víctimas, no pudo recoger las especialidades que incumben a cada una de éstas. El ponente del Grupo Parlamentario

---

<sup>26</sup> Reconocido en el art. 19 del CEDH. En adelante TEDH.

<sup>27</sup> Véanse las resoluciones de 10 de marzo de 2009 (Caso *Coll c. España*) y 16 de noviembre de 2010 (Caso *García Hernández c. España*).

<sup>28</sup> Debate en la Comisión de Justicia del 17 de diciembre de 2014.

<sup>29</sup> No hubo enmiendas a la totalidad del texto. Solo a cuestiones específicas del articulado y dentro de la exposición de motivos.

<sup>30</sup> En adelante GUPyD.

<sup>31</sup> En adelante GP.

<sup>32</sup> No se llegó a incorporar en el EDV, pero se incluyó posteriormente en el art.2 de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En adelante LO 8/2015.

<sup>33</sup> En cualquier caso, las votaciones al conjunto de enmiendas y a la totalidad del texto, se dividieron todas en 24 contra 16.

Vasco, Olabarria Muñoz, sostiene que: “puede resultar un tanto reduccionista porque víctimas son muchas y víctimas no son solo aquellas en las que se está pensando, en lo que podría uno pensar que es el inconsciente ontológico o psicológico o filosófico de esta ley, sino que hay otras víctimas”. Tales declaraciones explican las principales discrepancias internas de la Comisión. Ello desencadenó en la ausencia de medidas específicas para víctimas de delitos concretos, entre las que se encontraba la figura del menor. Por ejemplo, El EDV apenas introdujo cuestiones relativas a la declaración del impúber en sede de instrucción. La nueva redacción del art. 433 de la LECrim garantizó al menor que su declaración, durante la instrucción, se haga solo a través de peritos expertos y en presencia del Ministerio Fiscal. El art. 448 apenas se modificó y únicamente para introducir 2 precisiones con poca relevancia procesal.<sup>34</sup>

Por otro lado, la reforma de la LECrim se desarrolla en 2 leyes: el Anteproyecto de la LO 13/2015 y el Anteproyecto de la Ley 41/2015. El proyecto de la Ley 41/2015 se desarrolla mediante tramitación normal<sup>35</sup>. Es poco común que la tramitación de leyes ordinarias se haga mediante esta vía. Era necesario el tratamiento conjunto e integral, no solo por nacer ambas de un mismo anteproyecto<sup>36</sup>, sino también por la necesidad de armonizar la norma. Esta condición se crítica abiertamente en el reciente proyecto para una nueva LECrim<sup>37</sup>, afirmando que no hubo voluntad política alguna para contemplar un sistema procesal coherente y armonizado. Es sorprendente la dureza con la que se señala la dejadez de los actores políticos para la reforma total de la norma, al mencionar que, tras setenta y siete modificaciones, uno de los textos más brillantes del pasado jurídico español ahora es un cuerpo normativo irreconocible. Considera que la actual LECrim es una “maraña de normas fragmentarias, encajadas unas con otras por razones coyunturales.” Sin embargo, paradójicamente frente a todo lo mencionado, la Ley 41/2015 incurre en el mismo error pues decide abordar las cuestiones más inmediatas, a falta de hallar voluntad política para

---

<sup>34</sup> Se convierte en dispositivo la declaración del menor evitando confrontación visual con el imputado: “se llevará a cabo” a “podrá llevarse a cabo”. Sin embargo, la práctica judicial va a seguir considerando primordial la no confrontación entre victimario y víctima. Se introduce la figura de la persona con capacidad judicialmente modificada dentro de otras previsiones necesarias de protección.

<sup>35</sup> Vid. supra.

<sup>36</sup> El 25 de febrero de 2013, la Comisión Institucional por Acuerdo del Consejo de ministros, realizó una propuesta conjunta para reformar la LECRIM. Termina por dividirse en los 2 anteproyectos mencionados.

<sup>37</sup> Ministerio de Justicia. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de noviembre de 2020 [Consultado el 3 de mayo de 2021]. Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/ocuments/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>.

la reforma total de la ley<sup>38</sup>. En cualquier caso, es la volátil realidad social la que se impone al ritmo político. Sin consensos en todo el espectro institucional era imposible sacar adelante una nueva LECrim.

Otro de los motivos por el cual podría el Gobierno haber optado por dar trámite al anteproyecto mediante el procedimiento común, es que gozaba con mayoría absoluta en el Pleno. En aquella fecha, el Partido Popular<sup>39</sup> contaba con 183 diputados frente a los 110 del Partido Socialista Obrero Español<sup>40</sup>. En cualquier caso y frente a todos los anteproyectos con trámite frente al Pleno, era el PP quien tenía la última palabra en la aprobación<sup>41</sup>, al poseer tanto mayoría simple como absoluta. En ese sentido, era indiferente el procedimiento a seguir si a *veto players* se refiere.

El apresuramiento legislativo es también un factor de influencia en la gestación de normativa incompleta. Durante el año 2015 se aprobaron 48 leyes ordinarias y 16 Leyes orgánicas frente a las 17 ordinarias y 8 orgánicas aprobadas el 2012. El tiempo medio de aprobación de la competencia legislativa plena, durante el 2015, fue de aproximadamente 3 meses<sup>42</sup>. A pesar de la agilidad procedimental que otorga dicho procedimiento, la Ley 41/2015 siguió el trámite común. El proceso de aprobación dio inicio el 16 de marzo del 2015 y concluyó el 1 de noviembre del 2015, siendo ley ordinaria que más tardo en ver la luz durante la XI Legislatura.

En cuanto al contenido de ambas leyes, es cuestionable cómo y por qué se doto de naturaleza ordinaria cuando en apariencia afectaban a derechos recogidos en los arts. 14-29 de la CE. El Consejo de Estado, en su Memoria de 1985<sup>43</sup>, estableció que una LO podía contener preceptos tanto de carácter orgánico como ordinario, siempre y cuando estos últimos sean conexos al contenido nuclear. El Dictamen del Consejo de Estado

---

<sup>38</sup> En el apartado I del preámbulo de la norma, se afirma que: "...resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal."

<sup>39</sup> En adelante PP.

<sup>40</sup> En adelante PSOE.

<sup>41</sup> De un total de 350 escaños, la conformación final de los grupos parlamentarios fue la siguiente: el Grupo Popular con 183 escaños, el Grupo Socialista con 110, el Grupo Catalán de Convergència i d'Unió con, el Grupo IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural con 9, el Grupo UPyD con 4, el Grupo Vasco (EAJ-PNV) con 5 y el Grupo Mixto con 18. Para la aprobación de leyes orgánicas, el Grupo Popular no necesitó de pactos. Tenía mayoría absoluta.

<sup>42</sup> Información propia extraída de la Web del Congreso de los Diputados.

<sup>43</sup> Disponible en [https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/MEMORIA-1985\\_4.pdf](https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/MEMORIA-1985_4.pdf).

sobre el expediente relativo al anteproyecto de modificación de la LECrim<sup>44</sup>, concluyó que: “los preceptos de rango ordinario no constituyen, en principio, un desarrollo natural del núcleo orgánico de la regulación”. La generalización de la apelación quedaba fuera del ámbito de conexión y debía constituirse en una norma ordinaria separada. Es la misma conclusión a la que llegó el Dictamen<sup>45</sup> relativo al anteproyecto del EDV, cuando afirma que, frente a todas las modificaciones introducidas<sup>46</sup>, el único precepto efectivamente regulador de los derechos de las víctimas es el art. 8<sup>47</sup>. En definitiva, las cuestiones que competen al presente análisis debían ser abarcadas en normas ordinarias.

Por último, no es posible establecer una correlación, al menos directa, entre el contexto internacional y las reformas en análisis. Si bien la intención del legislador era transponer la Directiva 2012/29/UE a través del EDV<sup>48</sup>, se reafirma la postura de que este texto no es solo cumplimiento de normativa internacional. Ello se evidencia cuando la diputada Rosa Diez sostuvo que, más allá de la simple transposición de normativa europea, el trámite legislativo ha mejorado y ahondado considerablemente su contenido. La situación con la Ley 41/2015 es similar. Si bien el preámbulo considera importante el art. 14.5 del PIDCP, no es este el único parámetro de adecuación normativa que se menciona. Acude también, y con mayor énfasis, a las exigencias constitucionales y jurisprudenciales.

En definitiva, el tratamiento procesal a la declaración de la víctima menor ha sido una cuestión relegada. En la evolución de la normativa interna, solo empiezan a establecerse previsiones legales explícitas a partir del 2009, tras la esclarecedora doctrina del caso Pupino. A pesar de ello, la herramienta más importante para proteger al menor como sujeto especialmente vulnerable continúa siendo el aseguramiento de garantías procesales en su declaración. Evita su revictimización y posibles consecuencias psicológicas graves. El acompañamiento psicológico del menor, desde la revelación del hecho, es tan importante como proteger las sucesivas declaraciones. No será posible garantizar el

---

<sup>44</sup> Ministerio de Justicia. Dictamen al expediente relativo al Anteproyecto de LO del Estatuto de la Víctima del Delito. Número de expediente: 360/2014, del 29 de mayo del 2014.

<sup>45</sup> Ministerio de Justicia. Dictamen al expediente relativo al anteproyecto de LO de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. Número de expediente: 97/2015, del 5 de marzo del 2015.

<sup>46</sup> De interés al presente análisis, las disposiciones finales once y doce, que modifican los arts. 433 y 448 de la LECrim.

<sup>47</sup> Se establece un periodo obligatorio de reflexión en garantía de los derechos de las víctimas. Tanto abogados como procuradores, durante un plazo de 45 días desde producido los incidentes que allí se detallan, no podrán dirigirse a las víctimas directas o indirectas.

<sup>48</sup> La ponente Quintanilla advierte en sesión que el Gobierno ha querido ser rápido en la aprobación del estatuto al encontrarse aun dentro del plazo previsto que establece la Unión Europea, el cual finalizaba el 16 de noviembre del 2015.

interés superior del menor si escapa de la comprensión del legislador la extensión panorámica del problema. Es la declaración, en cualquier momento y en cualquier circunstancia, la que tiene que revestirse de todas las garantías posibles. En ese sentido, será importante delimitar lo que el legislador ha venido entendiendo como interés superior del menor y cómo ha ido evolucionando debido a una problemática tan sensible para la sociedad española: las agresiones sexuales a menores de edad.

### **3. EVOLUCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: HACIA EL EDV**

#### **3.1 Evolución histórica del interés superior del menor**

##### *A. Origen del concepto y su establecimiento en la agenda internacional*

La infancia y la niñez no son concreciones conceptuales que hayan surgido espontáneamente durante la historia, sino que se han ido materializando a través de saltos sociales y culturales. Durante gran parte de los siglos XV - XVI y hasta finales del XIX, los motivos de preservación del niño “tenían que ver con un interés práctico y economicista como era contar con una población y brazos abundantes para trabajar la tierra” (Chacón, 2019). El desarrollo de esta concepción medieval llevo a que se prestará única atención a la prevención de la mortalidad infantil. Posteriormente, el movimiento humanista dotó a la educación infantil de una significación mayúscula para el cambio social. Con la revolución industrial y la ilustración, la niñez adquirió protección social (Maravall, 2019).

A pesar de estos avances, los niños seguían siendo parte de un sistema que aun no los reconocía legalmente. No existían mecanismos nacionales ni internacionales que colocarán la atención en que son sujetos de derechos. La controversia mediática que trajo consigo el caso de Mary Ellen Mc Cormack en Nueva York (1874), una niña de 10 años brutalmente maltratada por sus padres, puso el foco mediático por primera vez en la falta de mecanismos legales de protección a los menores que eran víctimas de abusos<sup>49</sup>. El 24 de septiembre del año 1924, fecha en la que la Sociedad de Naciones aprueba la Declaración de Derechos del Niño, se constituyeron garantías mínimas de protección al menor pero que no son ni mucho menos reconocimiento de derechos. Hay que destacar 2

---

<sup>49</sup> Markel, H. (14 de diciembre de 2009). Case Shined First Light on Abuse of Children. New York Times. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2009/12/15/health/15abus.html>.

hitos adicionales al de 1924: 1) La Declaración de los Derechos del Niño proclamada el 20 de noviembre de 1959 y 2) La Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989<sup>50</sup>. En la declaración de 1959, por primera vez, las Naciones Unidas reconoce a los niños como sujetos de derechos singulares: "The Children is entitled to Receive Education..."<sup>51</sup>. La CDN culminó este largo proceso al introducir el concepto de "interés superior del menor"<sup>52</sup>.

### ***B. Realidad jurídica del interés superior del menor en las políticas públicas.***

El concepto de "interés superior del menor", del que parten muchas legislaciones nacionales, es indeterminado. No obstante, sirve como marco de protección jurídica cuando confronta con otros intereses y derechos en juego. En la legislación española, para dotarlo de contenido, el art. 39 de la CE establece un orden mínimo garantista y rector de las políticas públicas.

En esta línea, la LO 8/2015<sup>53</sup> incorporó tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>54</sup> como los criterios de la Observación general núm. 14, del 29 de mayo del 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, en donde se fija un triple criterio interpretativo: 1) es un derecho sustantivo 2) es un principio general de carácter interpretativo y 3) es una norma de procedimiento (Fernández, 2018).

A interés del presente trabajo, la norma de procedimiento es la que suscita mayor atención. Tal norma fija garantías procesales mínimas y otorga a los menores el derecho a ser oído y escuchado en todos los procesos, siempre que se haga de una manera condescendiente con las cualidades del menor y en estricto respeto del elemento participativo de profesionales cualificados o expertos que determinen las necesidades específicas de cada menor (Fernández, 2018).

A pesar de la falta de desarrollo del concepto en la EDV, sí que se insertan ciertas especialidades en torno a la declaración de la víctima menor de edad. El EDV llegó como

---

<sup>50</sup> Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. En adelante CDN.

<sup>51</sup> Convención de los Derechos del Niño. Resolución 1386 de la Asamblea General. Principio 7.

<sup>52</sup> Vid. Art. 3 CDN: "In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration".

<sup>53</sup> LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En adelante LO 8/2015.

<sup>54</sup> En adelante TS.

un elemento unificador al “notable grado de dispersión en la materia” de protección a las víctimas (Arrom, 2015). Por ejemplo, hasta antes de la llegada del EDV en 2015, España tenía más de 20 normas distintas.

### *C. La realidad de los menores de edad víctimas de delitos sexuales*

No será posible conocer la magnitud del problema si no se cuenta con información acerca de la cruda realidad a la que se enfrentan los niños víctimas. Por eso, se presentarán datos obtenidos del Estudio realizado por la fundación ANAR. Aportará contexto sobre los abusos sexuales a menores de edad en España entre los años 2008 - 2019<sup>55</sup>.

Para la elaboración de este estudio, ANAR recibió en sus líneas de ayuda 89 808 peticiones de auxilio relacionadas con el abuso sexual. Son 6183 los casos confirmados empleados en la estadística del informe. El 43,3%<sup>56</sup> tenía intención firme de denunciar y solo el 10,6% termino denunciando. De las denuncias realizadas, el 18,2% fueron archivadas por falta de pruebas y/o no identificación de daños por parte del profesional. La falta probatoria es consecuencia directa de que alrededor del 80,2% de victimarios no dejan ninguna marca o herida en los menores para poder seguir abusando. Es la declaración de la víctima el único elemento de prueba directo.

Los menores afectados suelen ser mujeres (78,3%) adolescentes, de entre 13 y 18 años (59,1%). Sin embargo, los abusos afectan a todos los niños sin distinción. 1 de cada 5 casos son niños varones de 12 años o menos. La evolución de las tecnologías ha hecho que surjan nuevas formas de perpetuar el abuso: el grooming, la distribución de pornografía infantil, entre otras. Obliga a ampliar el panorama del abuso, para su identificación y denuncia.

Por otro lado, el agresor es un hombre (95%) mayor de edad (70,6%) del círculo cercano de la víctima (80,8%), entre familiares, compañeros, amigos, adultos del entorno de confianza y novios o ex parejas.

Los menores están estigmatizados por su falta de credibilidad narrativa, que se suele tildar de fantasiosa y más aún cuando son de menor edad. Por ejemplo, ANAR descubrió que

---

<sup>55</sup> Fundación ANAR (2021) Abuso Sexual en la infancia y la adolescencia según los afectados y su evolución en España (2008 - 2019). Recuperado de <https://www.anar.org>.

<sup>56</sup> Porcentaje calculado del total de casos reportados a ANAR.

el archivo judicial es mayor en menores de 12 años<sup>57</sup>. En ese sentido, se analizará cuán importante es la declaración del menor para salvaguardar su interés en el proceso penal.

## **4. PRUEBA Y APELACIÓN PENAL: LA VÍCTIMA MENOR DE DELITO SEXUAL**

### **4.1 La reforma de la apelación penal y su incidencia en los delitos sexuales**

#### *A. Los delitos sexuales en el Código Penal*

El Código Penal establece en su art. 183 y modificaciones, las penas correspondientes a los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Las penas privativas de libertad van desde los 6 meses hasta los 15 años, exceptuando los agravantes que pueden disponer penas superiores. Según el art. 14.3 de la LECrim, conocerán los Juzgados de lo Penal<sup>58</sup> de los delitos cuyas penas privativas de libertad no sean de duración mayor a 5 años. La LO 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial<sup>59</sup> dispone en su art. 82.1.1 que las Audiencias Provinciales<sup>60</sup> en el orden penal conocerán, por exclusión, de las causas no atribuidas por ley al JdP y otros tribunales. Por tal motivo, y en consecuente relación con el art. 14.4 LECrim<sup>61</sup>, la AP conocerá y fallará en causas de delitos con penas privativas superiores a los 5 años.

#### *B. El recurso frente a condenas en delitos sexuales*

Previo a la reforma de la LECrim en el 2015, estos delitos conocidos por la AP, no tenían la posibilidad de recurrirse mediante apelación. La introducción del art. 846 ter LECrim establece que, las sentencias dictadas por las AP en primera instancia, son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>62</sup> de su territorio. Esta disposición otorga la posibilidad al condenado de apelar las sentencias de las AP. Es por ello que los delitos contra la indemnidad sexual en menores, cuyo

---

<sup>57</sup> En menores de 12 años, el archivo judicial suele ser del 11,3%, frente al 5% en edades superiores.

<sup>58</sup> En adelante JdP.

<sup>59</sup> En adelante LOPJ.

<sup>60</sup> En adelante AP.

<sup>61</sup> Vid. Art. 14.4 LECrim.

<sup>62</sup> En adelante TTSSJJ.

enjuiciamiento corresponde a las AP y que por tanto antes no podían recurrirse mediante apelación, tendrán ahora la posibilidad de recurrirse en segunda instancia a través de los TTSSJJ. Ello es debido a que dichos delitos se encuentran en el grupo cuyas penas son mayores a las previstas en el art. 14 LECrim.

### ***C. La apelación: error en la valoración de la prueba***

La redacción del art. 790 que procede de la reforma de la LECrim, constituye los motivos taxativos para optar por vía de la apelación. Es de especial relevancia la introducción del párrafo tercero al apartado 2 del propio artículo. Declara que cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba, deberá justificar: 1) la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, 2) el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o 3) la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

Es el error en la valoración de la prueba, sobretodo solicitado por el condenado, el que guiará los principales intereses de las hipótesis en el presente trabajo. En los delitos contra la indemnidad sexual en menores, al ser delitos que se realizan en prevalimiento de una posición de confianza y al darse únicamente en la esfera privada tanto de victimario como de víctima, se da la situación de que en casi la totalidad de los escenarios posibles se cuente solo con la declaración de la víctima como único elemento de prueba directo.

En definitiva, con la introducción del recurso de apelación, se brinda la posibilidad al condenado en primera instancia de recurrir la sentencia por error en la valoración de la prueba. La prueba es un elemento esencial dentro del proceso y será la declaración del menor la que se va a poner en tela de juicio.

## **4.2 La singularidad de la declaración del menor víctima: la preconstitución.**

### ***A. La regla general en las testificales: declaración en el juicio***

El TS mantiene que la regla general es el examen de testigos en el acto del juicio<sup>63</sup>. En esa línea, se ha considerado tradicionalmente que la presencia de los testigos en el plenario, incluidos menores víctimas, es una obligación (Viguer, 2018). El simple hecho de ser la víctima menor de edad, no avala el desplazamiento de las garantías procesales que acompañan al acusado.<sup>64</sup> El TC ha admitido que la regla general puede decaer siempre y cuando existan circunstancias que ameritan la incorporación de la prueba en fase de instrucción y se someta la práctica al principio de contradicción<sup>65</sup>. Esa excepción es lo que se conoce como preconstitución de la prueba.

### ***B. La preconstitución de la prueba en los delitos sexuales***

La prueba preconstituida es aquella que debe practicarse en fase de instrucción, por la dificultad que implica tener que llevarla al plenario (Aguilar, 2017). En el caso de los delitos contra la indemnidad sexual del menor, las condiciones de riesgo por las cuales deben constituirse las declaraciones como pruebas preconstituidas, son: 1) Evitar que el transcurso del tiempo condicione la memoria de la víctima (Manzanero, 2010). 2) Evitar la revictimización por su constante sometimiento al proceso penal.

El caso Pupino establece un precedente histórico en la concepción de la declaración del menor dentro del proceso penal. El TJUE concluye que, al niño de corta edad víctima de malos tratos, debía asegurarse su declaración fuera de la audiencia pública y antes de su celebración, para otorgarle un nivel de protección adecuado. En esa misma línea garantista, el TC, a partir del 2011<sup>66</sup>, avala la exploración del menor en manos de un experto, en sede de instrucción, como modalidad de prueba anticipada y con la grabación y posterior reproducción en la fase oral de tal diligencia. A la luz de estos criterios jurisprudenciales, el EDV ha establecido ciertos parámetros en la aceptación de la prueba

---

<sup>63</sup> Véanse las SSTs 274/2015 de 30 de abril de 2015 y 526/2014 de 18 de junio de 2014.

<sup>64</sup> STS 579/2019, de 26 de noviembre de 2019.

<sup>65</sup> STC 80/1986, de 17 de junio de 1986.

<sup>66</sup> STC 174/2011, de 11 de noviembre de 2011.

preconstituida en los casos mencionados. Sin embargo, no existe una disposición concreta y obligatoria de entender la declaración del menor víctima como prueba preconstituida.

### ***C. Preconstitución vs Derechos Fundamentales***

A pesar de lo mencionado, es posible afirmar que la prueba preconstituida puede afectar el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, en donde se hallan los principios de inmediación y contradicción en el proceso penal.

El TC<sup>67</sup> ha establecido que el art. 24 CE debe entenderse como el derecho a no ser condenados sin pruebas de cargo validas, es decir, que pueda inferirse, a partir de los hechos, la participación del condenado en la comisión del delito. Por ello, la actividad probatoria deberá llevarse a cabo con todas las garantías necesarias. En esa línea, señala el TS que se tiene que constatar prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada<sup>68</sup>. Para que decaiga la presunción de inocencia, el órgano competente tiene que realizar esta triple comprobación. En consecuencia, la prueba legalmente practicada implica que debe respetarse el proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba. Es por ello que habrá que atender tanto a los principios de inmediación y contradicción.

*Preconstitución vs Inmediación:* Sostiene el TC que la inmediación forma parte del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías. La valoración de la prueba, que consista en un testimonio personal, sólo podrá llevarse a cabo por el órgano judicial que asista directamente a la testifical. En ese sentido, toda prueba deberá llevarse a cabo siguiendo los principios de inmediación, oralidad y contradicción; salvo los casos de excepcionalidad por imposibilidad ajena a la voluntad de las partes (Torne, 2020)

El EDV establece como una de las excepciones la declaración del menor víctima. El concepto de imposibilidad física o material, de los anteriores arts. 448 y 777 LECrim, eran exclusivos supuestos de inasistencia del testigo. Sin embargo, los menores sí podían estar físicamente presentes, salvo se entendiese el concepto de imposibilidad como dificultad o inconveniencia de la reproducción de la prueba en juicio. La jurisprudencia ha venido entendiendo la imposibilidad, no solo como incapacidad material de estar

---

<sup>67</sup> STC 123/2006, de 24 de abril de 2006.

<sup>68</sup> Véanse, entre otras, las SSTS 274/2015 de 30 de abril de 2015, 881/2014 de 15 de diciembre de 2014 y 761/2014 de 12 de noviembre de 2014.

presente en la fase oral, sino también como una situación de riesgo para el testigo.<sup>69</sup> Por lo tanto, la declaración del menor en la fase oral deviene inconveniente por la situación de riesgo a la que es sometida al tener que confrontar físicamente, llegado el caso, con su victimario.

*Preconstitución vs Contradicción:* El principio de contradicción es una exigencia ineludible del proceso penal<sup>70</sup>. Permite el enfrentamiento entre las partes, pero sobretodo permite al acusado escuchar y rebatir los puntos de hecho sobre los cuales puede ser condenado (López, 2017). Para la acreditación de tales hechos, las partes podrán solicitar la práctica de la prueba y, en consecuencia, poner de relieve todos los aspectos que anulan, alteran o debilitan el valor probatorio de las mismas<sup>71</sup>. La nueva redacción del art. 433 LECrim<sup>72</sup> señala que, en el caso de pruebas testificales en víctimas con falta de madurez, el Juez de Instrucción podrá acordar que se tome la declaración mediante intervención de expertos y del Ministerio Fiscal. Para evitar graves prejuicios durante la exploración del menor, podrán trasladarse, por el experto, las preguntas que las partes consideren pertinentes. Ello debido a que, durante la toma de declaración, la ausencia física in situ de las partes puede ser acordada por el Juez. Por lo tanto, la consecuencia directa del actual 433 LECrim, es la ausencia del testigo menor de edad en el plenario cuando así lo determine el Juez de Instrucción.

En conclusión, para preservar el principio de contradicción, se tienen que establecer garantías procesales mínimas a cumplirse en fase de instrucción. La falta de asistencia directa de las partes, el MF o el Juez, puede desencadenar en el resquebrajamiento del principio de contradicción. Sin embargo, el TEDH declara que la incorporación de la declaración del menor víctima como prueba preconstituida no vulnera los derechos del acusado, siempre que haya causa legítima y se hayan respetado sus derechos<sup>73</sup>. Por tal motivo, para que la declaración del menor sea considerada como prueba preconstituida, necesitará de ciertos requisitos.

---

<sup>69</sup> Véanse, entre otras, las SSTS 96/2009 de 10 de marzo de 2009, 538/2018 de 8 noviembre de 2018 y 750/2016 de 11 de octubre de 2016.

<sup>70</sup> Véanse, las SSTC 162/1997 de 3 de octubre de 1997, 56/1999 de 12 de abril de 1999 y 79/2000 de 27 de marzo de 2000.

<sup>71</sup> STC 2391/2011, de 17 de octubre de 2011.

<sup>72</sup> Modificación introducida por el EDV.

<sup>73</sup> STEDH de 11 de febrero de 2014 (caso González Nájera c. España).

#### ***D. Los requisitos de validez***

El TS ha señalado un conjunto de presupuestos para la preconstitución de pruebas obtenidas en fase sumarial. Son exigibles así requisitos materiales, subjetivos, objetivos y formales.<sup>74</sup>

En cuanto a los materiales, necesariamente debe existir causa legítima que impida la declaración en juicio oral. Tanto jurisprudencia como el EDV, han admitido la excepcionalidad de la declaración del menor víctima de abusos. Sin embargo, no se produce de forma automática, sino que es previa ponderación de las circunstancias objetivas del menor, su interés superior y los derechos del presunto victimario en el proceso. Por ejemplo, la AP de Barcelona señaló que, a fin de preservar la estabilidad psíquica del menor, debe justificarse la preconstitución en los informes médicos y psicológicos que recomendasen no realizar nuevas exploraciones<sup>75</sup>. El informe psicológico determinará los riesgos de la presencia del menor en la fase oral: madurez en el grado de discernimiento, la edad del menor, posibilidad de victimización secundaria, entre otros. En consecuencia, el órgano de Instrucción tendrá que motivar suficientemente la decisión de excluir al menor de la fase oral, atendiendo a las circunstancias objetivas a las que apuntan los informes psicológicos.

El requisito subjetivo impone la necesidad de la intervención del Juez de Instrucción y el Ministerio Fiscal en la exploración del menor. El art. 433 LECrim establece la posibilidad de intervención del experto psicólogo, que solo participará si así lo considera necesario el Juez. Sin embargo, a causa de que el TS ha considerado la testifical como “diligencia de prueba insustituible a practicar por el órgano judicial”<sup>76</sup>, se han rechazado declaraciones prestadas fuera del ámbito judicial, incluso la brindada a psicólogos<sup>77</sup>.

En el ámbito objetivo, se requiere que se garantice el principio de contradicción. El TC fija los requisitos para que se cumpla esta garantía<sup>78</sup>: 1) la exploración puede llevarse a cabo por experto, quien tendrá que guiar la declaración según lo solicitado por el Juez y

---

<sup>74</sup> STS 579/2019, de 26 de noviembre de 2019.

<sup>75</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 44/2005, de 5 febrero de 2007.

<sup>76</sup> STS 226/2014, de 19 de marzo de 2014.

<sup>77</sup> STS 454/2017, de 21 junio de 2017.

<sup>78</sup> STC 174/2011, de 7 de noviembre de 2011.

las partes, pero atendiendo al interés superior del menor. 2) evitar, a través de cualquier medio, la confrontación visual entre víctima y presunto victimario. 3) la exploración debe ser grabada para su posterior reproducción en juicio. 4) la defensa del imputado debe tener siempre la posibilidad, in situ o a posteriori<sup>79</sup>, de redirigir nuevas preguntas a través del experto.

Por último, el presupuesto formal exige que se reproduzca la grabación de la exploración en la fase oral. De este modo, el TS advierte que ello evitará la contaminación del material probatorio<sup>80</sup>.

En definitiva, una vez se establece la declaración del menor víctima de abusos como prueba preconstituida, ésta afronta un nuevo problema. Al ser la única prueba de cargo, ésta tendrá que tener valor suficiente para que decaiga la presunción de inocencia. Para ello, la jurisprudencia del TC y TS exigen un umbral mínimo de credibilidad

#### ***E. El controvertido umbral mínimo de credibilidad***

Para tener como válida la prueba a fin de que decaiga la presunción de inocencia, es necesario alcanzar un mínimo exigible en la credibilidad de la declaración del menor.

El primero de los requisitos es la ausencia de incredibilidad derivada de las relaciones acusador/acusado, que pudieren conducir a un móvil que prive al menor de libertad emocional en su declaración. El ánimo de la víctima puede conducir a una denuncia falsa motivada por circunstancias ajenas al hecho. Por ejemplo, colocar al menor en una situación de conflicto intrafamiliar<sup>81</sup>. A pesar de ello, no debe descartarse la declaración que goce de veracidad y solidez objetiva. Por tanto, la credibilidad dependerá de 2 circunstancias subjetivas: “a) las características físicas y psicoórganicas de la víctima, que llevan a valorar su grado de madurez y la existencia de trastornos mentales o adicciones (alcoholismo, drogas...); b) inexistencia de móviles espurios o de fabulaciones o fantasías, descartando todo ánimo de odio, venganza o resentimiento, lo que no impide que la víctima tenga interés en que se castigue al denunciado” (Méndez, 2013).

---

<sup>79</sup> El TC admite que la falta de contradicción durante la fase de instrucción puede suplirse posteriormente (p.e. si la defensa del imputado no tuvo oportunidad de interrogar al denunciante).

<sup>80</sup> STS 925/2012, de 8 de noviembre de 2012.

<sup>81</sup> STS 1582/2002, de 30 de septiembre de 2002.

La verosimilitud es el segundo de los requisitos. La concurrencia de algún dato, fuera de la prueba testifical en sí misma, incide en la credibilidad y el sustento de la prueba<sup>82</sup>. En tal sentido añade el TS que, la declaración más allá de la mera manifestación subjetiva, debe estar acompañada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo<sup>83</sup>. En los delitos contra la indemnidad sexual en menores, los informes periciales sobre la víctima y su declaración, operan como corroboración periférica de vital importancia. Por el contrario, a efectos de verosimilitud, los testimonios de referencia tienen limitada eficacia probatoria<sup>84</sup>. Por ejemplo, el TS absolvió a un condenado en primera instancia por considerar insuficientes un informe psicológico vago y los testimonios de referencia.<sup>85</sup>

El último de los requisitos es la persistencia en la incriminación. La declaración del menor tiene que señalar en un mismo sentido en todo momento, siendo la narrativa consistentemente prolongada y sin ambigüedades o contradicciones<sup>86</sup>.

En definitiva, será el juez quien determine si la declaración cumple con los requisitos que la jurisprudencia exige y si el umbral exigido es superado. El incumplimiento, en mayor o menor medida de alguno de los requisitos, no invalida directamente la declaración como prueba. Cuando decaen todos, es que puede considerarse que el testimonio es insuficiente. En cualquier caso, si las pruebas obrantes en una condena no superan el umbral, entonces es posible que se haya violado el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

### **4.3 El rol del perito experto en psicología del testimonio**

#### ***A. La victimización del menor***

En un contexto estrictamente formalizado y poco amigable para un menor, como un proceso judicial, la hostilidad puede hacer que el menor sea víctima de sus recuerdos. A esto se le denomina victimización secundaria. Una sobreexposición a preguntas y entrevistas constantes puede producir en el menor la vívida experiencia del recuerdo traumático, además de las dudas que lo colocan en una situación de inseguridad sobre lo que esta narrando y, en consecuencia, sobre sí mismo. Se cierne sobre el menor un aura

---

<sup>82</sup> Véanse las SSTs 1102/2009, de 5 de noviembre de 2009 y 1033/2009, de 20 de octubre de 2009.

<sup>83</sup> STS 140/2004, de 9 de febrero de 2004.

<sup>84</sup> Véanse, entre otras las SSTC 97/1999 de 31 de mayo de 1999, 79/1994 de 14 de marzo de 1994 y 35/1995 de 6 febrero de 1995.

<sup>85</sup> STS 1008/2016, de 1 de febrero de 2017.

<sup>86</sup> STS 5590/1998, de 18 de junio de 1998.

de cuestionamientos que van desde la presunción de narrativas fantásticas hasta la posibilidad de que estén siendo usados en situaciones de divorcio o separación.

La victimización primaria, por el contrario, son todos aquellos efectos negativos que puede sufrir el menor por la exposición a una situación de victimización sexual (Milner & Crouch, 2004). Es la experiencia traumática en sí.

Sin embargo, más allá del riesgo que corre el menor por someterse al proceso, surgen 2 problemas que pueden entorpecer o invalidar el desarrollo del mismo: 1) determinar que ha existido delito cuando no ha sido así y 2) concluir que no ha habido abuso cuando sí la hubo. Teniendo en cuenta el doble riesgo y para asegurar el interés superior del menor, es el perito psicólogo experimentado en victimología de menores quien debe abordar el problema, considerando todas las especialidades de la exploración en un menor testigo-víctima.

### ***B. La importancia del psicólogo forense***

Es importante diferenciar entre la entrevista forense de las entrevistas clínicas o terapéuticas, o de las entrevistas de detección del abuso. Las primeras son las únicas que se llevan a cabo dentro del proceso. La jurisprudencia del TS ha indicado que el dictamen pericial no es por sí solo un documento que acredite la veracidad de la declaración<sup>87</sup>.

Por lo tanto, el informe no puede sustituir del todo la valoración que el órgano competente realiza sobre la prueba. Es necesario complementarla con la visualización de la exploración en la fase oral, con las preguntas pertinentes a los psicólogos a cargo de la intervención o con las declaraciones referenciales.

Para que la prueba sea verosímil necesitará de garantías internas en el desarrollo de la exploración y es por ello que se han hecho esfuerzos desde la academia para exponer guías prácticas de uso necesario. La entrevista es un proceso delicado en el que la confianza con el menor es de suma importancia para dar inicio con la exploración. Una vez establecido el *rapport* (confianza), el menor accede al recuerdo libre. En el recuerdo libre el menor establece una narrativa sin interrupciones o cuestionamientos<sup>88</sup>. Si a pesar

---

<sup>87</sup> Véanse, entre otras, las SSTS 2016/2004, de 4 de octubre de 2004 y 224/2005, de 24 de febrero de 2005.

<sup>88</sup> Por ejemplo, la elaborada por Pérez-Mata & Diges (Guía de buenas prácticas).

de ello, existen aristas de la narración pendientes de aclaración o concreción, entonces se procede a las preguntas.

Esta es la fase donde pueden surgir problemas. Dentro de los tipos de preguntas a realizar por el psicólogo, están las cerradas y las directivas o sugestivas. Las primeras se emplean cuando el niño se muestra reticente a dar declaración alguna. El niño se mostrará obligado a responder a pesar de que no sepa la respuesta. Las directivas o sugestivas son las de mayor peligrosidad en su uso porque pueden inducir al niño a que preste declaración en un sentido determinado. "Son preguntas inadmisibles, tanto desde un punto de vista jurídico como psicológico" (Pérez-Mata & Diges, 2017).

En consecuencia, cabe la posibilidad de aducir error en la valoración de la prueba cuando la exploración se ha realizado deficientemente. Por ejemplo, el TS evaluó la actuación de la AP de Alicante aduciendo fallos en la valoración de la prueba: 1) las entrevistas al niño fueron semiestructuradas y no libres. 2) inclusión de datos en las preguntas no mencionadas por el menor previamente. 3) inducción del perito a través de premios a las respuestas deseadas; etc.<sup>89</sup>. En conclusión, la fiabilidad del testimonio compete exclusivamente al juez. El informe pericial es un medio de prueba más que deberá valorarse en conjunto.

## **5. ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LA APELACIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES**

### **5.1 Justificación del estudio empírico**

Para comprender la incidencia de la prueba testifical dentro del proceso, es necesario establecer el marco empírico que identifique las circunstancias del delito. La protección de la declaración del menor es la realización de su interés superior. Sin embargo, el sistema judicial no tiene las herramientas necesarias para entender la situación de vulnerabilidad en la que se halla el menor dentro del proceso al momento de declarar. No se puede dar respuesta a un fenómeno de dimensiones desconocidas. La ausencia de datos oficiales impide comprender la magnitud del problema. El Consejo General del Poder Judicial<sup>90</sup> solo cuenta con información desde el 2017. Recoge las características

---

<sup>89</sup> STS 707/2007, de 19 de julio de 2007.

<sup>90</sup> En adelante CGPJ.

descriptivas<sup>91</sup> del condenado por delitos sexuales, sin hacer una distinción entre aquellos cuyas víctimas sean menores de edad. El Instituto Nacional de Estadística repite la misma información brindada por el CGPJ<sup>92</sup>. El MF solo cuenta con las Memorias Anuales que brindan un contexto general de los delitos contra menores. No existe mayor detalle en aquellas realizadas en contra de su libertad sexual. En resumen, el conjunto de datos oficiales disponibles no muestra la realidad del menor, ni dentro ni fuera del proceso. En ese sentido y sin alcances oportunos sobre la situación de la víctima ¿cómo se le puede proteger?

Los datos que consignamos a continuación, son solo aquellos que han podido superar la principal barrera del problema: la formalización de la denuncia. Frente al desconocimiento social y las formas de manifestación psicológica del infante, los principales responsables de comunicar la sospecha son los profesionales de la educación. El 74,4% cree haber detectado un posible abuso y termina notificando solo el 27,6% (Greco, Pereda, & Aguilera, 2017). Los factores que explican esta falta de iniciativa son múltiples: desde la desconfianza por el sistema judicial hasta la confusión que provoca el no saber a quién notificar por la descoordinación inherente al sistema.

En un estudio realizado en Barcelona el 2018, se detectó que, entre la declaración de revelación hasta la culminación del juicio, el menor habría contado el hecho al menos a 10 personas en un lapso de 3 años (Pereda N. , 2018). No existen mecanismos ni de detección temprana ni de tratamiento psicológico conjunto al menor. El sistema judicial español esta pensado en garantizar el enjuiciamiento con todas las garantías antes que la protección del niño víctima. Afirma el mismo estudio que el niño, “a ojos de la justicia, es tratado como un testigo de su propia historia del cual hay que obtener pruebas” (Pereda N. , 2018).

En ese sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina, a falta de herramientas formales y gubernamentales, han asumido parte del compromiso social para frenar la revictimización. Según se ha señalado en apartados anteriores, existen mecanismos de mediana protección a la declaración, elaborados por la interpretación de normas incompletas que han pretendido la preservación del menor en el proceso. Si bien muchas

---

<sup>91</sup> Indican el sexo, la edad, la nacionalidad, el grado de comisión y la Comunidad Autónoma según el lugar de condena. Los informes del CGPJ pueden hallarse en la pagina web de la institución.

<sup>92</sup> Los informes del Instituto Nacional de Estadística pueden hallarse en la sección de Sociedad – Seguridad y justicia, de la pagina web institucional.

veces se asegura el propósito ¿qué ocurre cuando se cuestiona la declaración y el sistema absuelve al acusado? No se han hecho esfuerzos oficiales para revelar cuánta incidencia tienen estos recursos en la extensión de la victimización secundaria. La estimación de recursos, en donde se haya puesto en duda la declaración del menor, generan una situación indeseada para la víctima y su entorno. Es una circunstancia provocada por el propio sistema procesal español, que no despliega todas las garantías en el aseguramiento de la prueba preconstituida y termina obligando al magistrado a realizar un balance estrictamente procesal.

## **5.2 Descripción de la base de datos**

La muestra consiste en un total de 1008 sentencias que han sido seleccionadas de manera aleatoria, en una población de 1393, sobre sentencias recaídas en recursos de apelación y que corresponden a las salas de lo Civil y Penal de los 17 TTSSJJ. El periodo comprendido en el análisis inicia en diciembre del 2015<sup>93</sup> y finaliza en mayo del 2019. Se han excluido las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, los delitos cometidos por aforados y los delitos electorales. Sin embargo, para proceder con la comprobación de las hipótesis, se realizó un filtro mayor: casos en donde concurren delitos contra la libertad e indemnidad sexual y considerando solo la información del recurrente condenado. La muestra final, tras este último filtro, es de 227 casos. No obstante, se emplearán las 1008 sentencias para realizar un análisis comparativo previo.

## **5.3 Proceso de codificación: las sentencias y su contenido**

Para la lectura de las sentencias, se elaboró una plantilla de codificación que recoge las características esenciales de análisis. La clasificación de cada sentencia responde a la necesidad de identificar la realidad jurídica del recurso de apelación e identificar las cuestiones relevantes de cada delito. Por ello, la plantilla introduce un amplio abanico de variables, entre cuantitativas y cualitativas, que describen el conjunto de casos.

Las variables cualitativas adoptan categorías previamente definidas en un libro de códigos. Cada tipo delictivo era codificado a partir de una variable dicotómica (ausencia/presencia) debido a que en algunos casos podría haber concurrencia de tipos

---

<sup>93</sup> Fecha en la que empieza a implementarse la reforma de la LECrim mediante la Ley 41/2015. Cabe destacar que el EDV ya estaba en vigencia.

delictivos<sup>94</sup>. Debido a ello y al presente interés, podemos identificar en todas las sentencias si concurre la efectiva comisión del delito contra la libertad e indemnidad sexual. El ejercicio se repite para otras circunstancias del delito previstas en el CP, como las agravantes o atenuantes. Las variables presentan categorías que no siempre son excluyentes, admitiéndose en algunos casos la existencia de respuestas múltiples como en los motivos de apelación alegados. Dentro del reconocimiento de otras variables cualitativas, se encuentran las de opciones múltiples. Por ejemplo, para determinar el grado de ejecución se contemplan 3 opciones: 1º tentativa, 2º consumado y 3º ambos. Todas las respuestas se encuentran codificadas con un valor.

La identificación de las variables cuantitativas es más sencilla. Las categorías se corresponden con unidades numéricas como por ejemplo la cuantificación en días para todo tipo de penas<sup>95</sup>. Responden también a este tipo de variables el número de víctimas y/o acusados. No obstante, la variable cuantitativa continua de mayor interés para el presente estudio, es la edad de las víctimas. Si bien es información que normalmente no se recoge en las sentencias, sí figura en aquellas en las que la víctima es un menor de edad. A pesar de ello, existe un gran número de casos de la muestra final que carecen de datos en esta variable<sup>96</sup>. Hay otras variables que tampoco cuentan con información completa. En este grupo se halla, por ejemplo, la nacionalidad del victimario o de la víctima.

A pesar de que el análisis de variables se enfoca en la apelación, la mayor cantidad de información disponible en la base de datos es relativa a la primera instancia. Esta información sirve para delimitar la condena y conocer las circunstancias procesales en las que se encuentra el victimario y la víctima. Sin embargo, las sentencias de apelación no suelen referenciar todo el contenido relevante de las condenas en las AP.

Finalmente, se han clasificado las variables según el tipo de información que recogen. Se establecen 3 categorías: 1) variables exclusivas referidas a la sentencia 2) variables compartidas y 3) variables exclusivas referidas al recurrente. Es ese sentido, cada sentencia divide su información en 2 unidades de análisis: sentencia y recurrente. En caso de múltiples recurrentes, se codifica la información para cada uno de ellos.

---

<sup>94</sup> Los delitos contemplados en el Libro II del CP.

<sup>95</sup> El art. 33 del CP establece una distinción básica para el tipo de penas según su naturaleza y duración. La plantilla las contempla según su naturaleza.

<sup>96</sup> Del total de 227 casos seleccionados, solo 123 cuentan con la información de edad de la víctima.

## 5.4 Magnitudes seleccionadas

Antes de establecer las hipótesis entre los casos de la muestra, se analizan cuestiones básicas que explican el recurso de apelación y permiten establecer un acercamiento comparativo a la realidad jurídica que interesa al presente trabajo: la apelación en los delitos sexuales.

### A. Dibujo de género de los condenados en primera instancia

**Tabla 1**

*Dibujo de Género de Condenados en los Casos Totales*

GÉNERO	FRECUENCIAS	%
HOMBRE	885	88,0%
MUJER	63	6,3%
HOMBRE Y MUJER	58	5,8%

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

**Tabla 2**

*Dibujo de Género de Condenados por Delitos contra la Libertad Sexual*

GÉNERO	FRECUENCIAS	%
HOMBRE	223	97,5%
MUJER	6	2,5%

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

Según se desprende de ambas tablas, hay mayor incidencia en la comisión de delitos en manos de hombres. Un total de 93,8% son delitos cometidos con la participación de al menos un hombre. Es una cifra porcentual muy parecida al de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual (97,5%). Coinciden, ambas, además, con el dibujo de género del victimario brindado por ANAR, en delitos contra la libertad e indemnidad sexual en menores (95%). El informe RE-TREAT aporta un dato similar (98,6%) en el mismo parámetro<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Soletó, Helena and Barbolla, Sabela Oubiña and Jullien de Asís, Jessica and Grané Chávez, Aurea and Junco, Margarita Diges and González, Candela Galán and Pérez-Mata, Nieves and Fiodorova, Anna and González Barrera, Federico and Papic, Iván Navarro and Gómez de Liaño, Rosa and López Jiménez, Raquel and Horcajo, Daniel Rodríguez and García-Lozano, Soledad Torrecuadrada and Guajardo, Ignacio de Torres and Moura, Belén Hernández and Morales, Emiliano Carretero and Velado, Irene de Lamo and Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío and Ruiz López, Cristina and Devesa, Miriam Peláez, Drawbacks Faced by the Victims of Sexual Crime at Each Stage of the Criminal Proceeding: Spanish National Report RE-TREAT (2021). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3803114>.

## *B. Edad de las víctimas en los delitos sexuales*

**Tabla 3**

*Dibujo de Edad de las Víctimas*

EDAD	FRECUENCIAS	%
MAYOR DE EDAD	17	13,8%
MENOR DE EDAD	106	86,2%

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

Para simplificar el análisis, se ha generado una variable modificada teniendo en cuenta las edades de las víctimas, sistematizando la variable cuantitativa de la edad en dos opciones cualitativas: mayor y menor de edad. Se han dividido las sentencias en aquellas que al menos tienen una víctima menor de edad y las que no.

Los datos que se muestran son los relativos a información exclusiva de la sentencia. Se ha condensado la condición de multiplicidad de víctimas en una misma condena. Indica que son 106 los casos en los que existe al menos un menor de edad como víctima del delito. No obstante, la ausencia de datos completos en esta variable impide tener un panorama más amplio de la incidencia del delito según edades. De los 227 casos, solo 123 cuentan con esta información.

En definitiva, las condenas en primera instancia, en delitos contra la libertad e indemnidad sexual, son mayores cuando hay al menos una víctima menor de edad (86,2%) que un mayor de edad (13,8%). Sin embargo, no se cuenta con la información de edad en 104 casos. Es muy probable que dichas sentencias contengan, en su mayoría, víctimas en mayoría de edad. Ello se da debido a que el Juez, a efectos de imputación, tiende a consignar la edad en la sentencia solo cuando la víctima es menor de edad y no cuando es mayor. En tal sentido, es posible concluir que la diferencia porcentual, entre condenas de ambos grupos de víctimas, sea inferior a la información mostrada.

### C. Tipo de relación entre el condenado y la víctima en los delitos sexuales

**Tabla 4**

*Vínculo entre el Condenado y la Víctima*

TIPO DE RELACIÓN	EDAD			
	MENORES DE EDAD	%	MAYORES DE EDAD	%
RELACIÓN DE AMISTAD OCASIONAL	24	22,6%	6	35,3%
RUPTURA/DIVORCIO	0	0%	0	0%
RELACION VECINAL	7	6,6%	1	5,8%
RELACIÓN PATERNOFILIAL O EQUIVALENTE	42	39,7%	2	11,8%
RELACIÓN SEXUAL ESPORÁDICA	5	4,7%	0	0%
RELACIÓN AFECTIVA O EQUIVALENTE	9	8,5%	2	11,8%
DESCONOCIDOS	19	17,9%	6	35,3%
TOTAL	106	100%	17	100%

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

La Tabla 4 informa acerca de las posibles relaciones de las que se aprovecha el victimario para la comisión del delito. Por ejemplo, cuando la víctima es menor de edad es más probable que el tipo de relación entre victimario y víctima sea paterno filial o equivalente (39,7%). Los datos que genera mayor sorpresa es la relación de amistad/equivalente entre el menor y el condenado. Dentro de las concepciones sociales en este tipo de delitos, es habitual creer que el prevalimiento se da en un contexto familiar. Sin embargo, la evidencia muestra que el victimario también puede establecer relaciones de confianza en un ámbito amical. El avance de las nuevas tecnologías favorece esta modalidad comitiva. Por otro lado, en ningún caso la comisión del delito se da un contexto de divorcio o ruptura. La conclusión que aporta la presente tabla es que el entorno más cercano de la víctima es aquel de mayor peligro<sup>98</sup>. Cuando la víctima es menor de edad, en el 82,1% de los casos, la amenaza se encuentra en su entorno más cercano. El dato que brinda el informa RE-TREAT<sup>99</sup> es exactamente el mismo. Sin embargo, es mayor el porcentaje (35,3%) de victimarios desconocidos cuando la víctima es mayor de edad. Es posible que

<sup>98</sup> El victimario es un desconocido solo en el 17,9% de los casos en donde la víctima es menor de edad. Ello coincide con los datos obtenidos por ANAR, en donde el victimario se encuentra también dentro del círculo más cercano de la víctima (80,8%), entre familiares, compañeros, amigos, adultos del entorno de confianza y novios o ex parejas.

<sup>99</sup> Vid. supra.

dicho escenario es aquel en donde la víctima es una mujer violentada en situaciones de ocio nocturno o en la calle.

#### *D. Tipo de recurrente*

**Tabla 5**

*Tipos de Recurrente y Sentido del Fallo. Casos Totales*

TIPO DE RECURRENTE	SENTIDO FALLO SAP (1ª INSTANCIA)					
	ABSOLUCIÓN	%	CONDENA	%	ABSOLUCIÓN/CONDENA PARCIAL	%
MINISTERIO FISCAL	17	30,91%	27	2,69%	9	4,76%
CONDENADO	3	5,45%	943	94,02%	156	82,54%
ADHERENTE	3	5,45%	9	0,90%	6	3,17%
DECLARADO EXENTO DE RESP.	1	1,82%	3	0,30%	1	0,53%
ACUSACIÓN PARTICULAR	30	54,55%	20	1,99%	17	8,99%
ACUSACIÓN POPULAR	1	1,82%	1	0,10%	0	0
TOTAL	55	100%	1003	100%	189	100%

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

**Tabla 6***Tipos de Recurrente y Sentido del Fallo en los Delitos Sexuales*

TIPO DE RECURRENTE	SENTIDO FALLO SAP (1ª INSTANCIA)					
	ABSOLUCIÓN	%	CONDENA	%	ABSOLUCIÓN/CONDENA PARCIAL	%
MINISTERIO FISCAL	2	25%	9	4,25%	1	2,63%
CONDENADO	1	12,50%	190	89,62%	33	86,84%
ADHERENTE	0	0%	3	1,42%	0	0%
DECLARADO EXENTO DE RESP.	0	0%	1	0,47%	0	0%
ACUSACIÓN PARTICULAR	5	62,50%	9	4,25%	4	10,53%
TOTAL	55	100%	1003	100%	189	100%

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

De ambas tablas puede observarse que el mayor porcentaje de recurrentes son los condenados en instancia. La absolución, por otro lado, no conlleva que necesariamente el MF recurra en apelación. Por ejemplo, de los 55 casos totales de absolución, solo 30,91% han sido recurridos por el MF. El MF entiende mejor la complejidad de los motivos en apelación y conoce la poca probabilidad estimatoria cuando concurre error en la valoración de la prueba. En los delitos sexuales, son mayores los recurrentes por acusación particular (14) que el MF (11).

***E. Motivos del recurso en apelación*****Tabla 7***Motivos Alegados por todos los Tipos de Recurrentes en los Delitos Sexuales*

TIPO DE RELACIÓN	ALEGACIÓN				TOTAL
	SÍ	%	NO	%	
QUEBRANTAMIENTO NORMAS/GARANTÍAS PROCESALES	146	56,4%	114	43,6%	260 recursos (100%)
ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA/SAP ABSOLUTORIA O AGRAVAR CONDENA	29	11,2%	231	88,8%	
ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA/SAP CONDENATORIA O DISMINUIR CONDENA	153	58,8%	107	41,2%	
INFRACCIÓN PRECEPTO LEGAL/CE O DETERMINACIÓN DE LA PENA	173	66,5%	87	33,5%	

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

La Tabla 7 muestra todos los motivos esgrimidos por los recurrentes cuando se enfrentan a la apelación. Cabe mencionar que se puede alegar más de un motivo a la vez. Por ello, es posible observar que el quebrantamiento de normas y garantías procesales coincide porcentualmente con el error en la valoración de la prueba en sentencias condenatorias. En ese sentido, ambos motivos son, en su mayoría, parte de una estrategia procesal conjunta. Sin embargo, la infracción de precepto legal en la determinación de la pena es la que se coloca por encima de los otros 2 motivos (66,5%).

**Tabla 8**

*Motivos Alegados por todos los Tipos de Recurrentes en el total de Delitos*

TIPO DE RELACIÓN	ALEGACIÓN				TOTAL
	SÍ	%	NO	%	
QUEBRANTAMIENTO NORMAS/GARANTÍAS PROCESALES	646	52,5%	585	47,5%	1234 recursos (100%)
ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA/SAP ABSOLUTORIA O AGRAVAR CONDENA	128	10,4%	1106	89,6%	
ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA/SAP CONDENATORIA O DISMINUIR CONDENA	649	52,6%	585	47,4%	
INFRACCIÓN PRECEPTO LEGAL/CE O DETERMINACIÓN DE LA PENA	850	68,9%	384	31,0%	

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

La Tabla 8 muestra un resultado similar al anterior. No es posible observar diferencias cualitativas entre la estrategia procesal del delito contra la libertad e indemnidad sexual, y la que se sigue para otros delitos. La repetición del uso conjunto de motivos es una constante. En definitiva, no es posible apreciar que los recurrentes intenten apelar por motivos específicos, salvo el MF que direcciona eficientemente sus esfuerzos, según lo señalado en la Tabla 6.

## **5. ASPECTOS CONCRETOS DEL RECURSO DE APELACIÓN EN DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES**

### **5.1 Hipótesis**

*H1: En delitos sexuales, es mayor la probabilidad de desestimación de apelaciones cuando se alega error en la valoración de la prueba respecto a los otros motivos.*

La admisión del error en la valoración de la prueba como causal de apelación es realmente compleja. El principio de inmediación es el principal condicionante. Solo podrá llevarse con plenitud durante la primera instancia. En cualquier caso, la valoración que puede y deba realizar el juez ad quem, con estos elementos de prueba, se circunscribe a lo que se ha podido observar en instancia, entre testificales y corroboraciones periféricas. Mayor es la relevancia de dicha valoración inicial cuando las pruebas en la fase oral son esencialmente testificales. Por todo ello, si se estima la apelación, ésta conllevaría retrotraer las actuaciones al órgano que dictó la sentencia recurrida (art. 792 LECrim). Tener que someter a la víctima a un nuevo proceso, conociendo ya los efectos negativos en los que se incurre, puede ser peligroso por lo ya mencionado en apartados anteriores: revictimización y desgaste de la memoria (prueba con vicios). En tal sentido, se estima que será más fácil para el juez ad quem seguir la valoración inicial de la primera instancia y confirmar lo ya establecido.

*H2: En delitos sexuales, es mayor la probabilidad de desestimación de apelaciones cuando la víctima es menor edad que cuando es mayor.*

La presente hipótesis pretende obviar todas las demás circunstancias valorativas y centrar la atención en el interés superior del menor como herramienta procesal y bien jurídico de importancia dentro del proceso. Frente a todas las demás garantías del imputado, se proyecta el bien jurídico en mención. El juez ad quem tendrá la responsabilidad de ponderar ambas. Por el contrario, el mayor de edad no cuenta con herramientas procesales que garanticen su posición de víctima en el proceso, salvo las generales del EDV o cuando se le considere especialmente vulnerable. En consecuencia, la presente hipótesis pretende demostrar si la diferencia cualitativa de edad influye en el sentido de la sentencia.

*H3: Cuando se alegue el error en la valoración, es mayor la probabilidad de desestimación de apelaciones en los delitos con mayor dificultad probatoria frente a otros menos difíciles de probar*

La naturaleza comitiva de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual implica dificultad probatoria. El prevalimiento permite al victimario no dejar rastro de su intromisión dentro de la esfera privada de la víctima. La situación de indefensión a la que se enfrentan, resta posibilidades de denuncia o de éxito en el seguimiento del delito. Por el contrario, existen otro tipo de delitos, como el de lesiones, cuya naturaleza otorga un mayor abanico de posibilidades probatorias a la víctima: pruebas médicas, declaraciones referenciales, peritajes, etc. Es por ello que, para probar la presente hipótesis, se han empleado delitos cuya naturaleza probatoria difiere: el delito de lesiones frente a los delitos sexuales. En consecuencia, se estima que, a mayor carga probatoria, mayor probabilidad de estimación.

## **5.2 Operacionalización de las variables**

### *Variable dependiente*

La variable dependiente, común a todas las hipótesis presentadas, es el sentido de fallo de la sentencia en apelación. Las opciones cualitativas que se presentan son: 1) estimación 2) desestimación y 3) estimación parcial. A interés del análisis, para H1 y H2 se ha agrupado la estimación y la estimación parcial, en una única opción de estimación. De ese modo solo quedan 2 opciones excluyentes: estimación y desestimación.

### *Variable independiente*

En H1, la variable independiente son los motivos de apelación según los recurrentes: 1) quebrantamiento de normas y/o garantías procesales 2) infracción del ordenamiento jurídico 3) error en la valoración de la prueba para revocar sentencia absolutoria o agravar condena y 4) error en la valoración de la prueba para absolver o disminuir condena. Se ha excluido el tercer motivo por simplificación del estudio. Interesa identificar solo los motivos que puede invocar el condenado en instancia ya que es aquel recurrente con mayor inclinación a cuestionar la declaración del menor víctima.

Sin embargo, la evidencia indica que tanto el primer, el segundo y el cuarto motivo suelen ser parte de una estrategia procesal conjunta. El art. 790.2 LECrim permite la acumulación de motivos. La frecuencia de uso, en todas ellas, es casi la misma. En cualquier caso y valiéndose de cualquier de los 3 motivos señaladas, lo que se estima para H1 es que la estrategia del condenado será atacar la declaración del menor como medio probatorio.

En H2 la variable independiente es la diferenciación cualitativa entre mayor y menor de edad. Se ha elaborado una recodificación de la variable cuantitativa EDAD para contener toda la información en dos opciones analizables. En los casos de multiplicidad de víctimas en una misma sentencia, se ha optado por considerar exclusivamente a la de mayor edad. Por lo tanto, la información que se muestra es exclusiva a la sentencia. Las variables independientes serán entonces: 1) Mayor de edad y 2) Menor de edad.

En H3 la variable independiente es el tipo delictivo. La elección de los delitos de lesiones ejemplifica la naturaleza discordante entre el tipo de prueba que se pretende analizar: la declaración de la víctima sexual menor de edad. De tal modo, es posible sostener 2 variables independientes: 1) Delitos de lesiones y 2) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Se ha establecido además un valor constante: el uso del error en la valoración de la prueba para disminuir condena o absolver. En esta hipótesis se examinará si la forma probatoria incide de algún modo en el sentido de la sentencia. Se considerará la sentencia como unidad de análisis.

### **5.3 Análisis y resultados**

Para la comprobación de las hipótesis, se van a disponer principalmente de tablas de contingencia bivariada. Se realizará el cálculo de Chi Cuadrado para verificar si existe relación asociativa entre las variables seleccionadas en todas las hipótesis. Las tablas de contingencia bivariada se emplean para mostrar las frecuencias de las 2 variables cualitativas de elección. Se muestran además las frecuencias esperadas para cada opción. Las frecuencias esperadas son el conteo de observaciones que se esperan en una celda cuando se asegura la aleatoriedad del resultado final. Las opciones de cada variable son excluyentes. El cálculo de Chi Cuadrado sirve para medir si existe asociación entre ambas variables. Se construyen dos hipótesis para verificar tal afirmación: 1) la hipótesis nula que determina la independencia de las variables y 2) la hipótesis alternativa que confirma la relación de dependencia. Si el Chi Cuadrado calculado es mayor al valor crítico de Chi Cuadrado, entonces se rechaza la hipótesis nula. Caso contrario, se acepta.

**Tabla 9***Tabla de Contingencia Bivariada: Sentido del Fallo y Motivos Alegados en 2º Instancia*

FALLO 2º INSTANCIA	ALEGACIÓN		
	INFRACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	QUEBRANTAMIENTO DE NORMAS Y/O GARANTÍAS PROCESALES	ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA
ESTIMACIÓN	33	25	29
%	19,19%	17,24%	19,08%
Frecuencia esperada	31,90	26,90	28,02
DESESTIMACIÓN	139	120	123
%	80,81%	82,76%	80,92%
Frecuencia esperada	140,09	118,11	123,80
Valor crítico = 5,991 > Valor Calculado = 0,24			
$(p) = 0,24 > (\alpha): 0,05$			
Conclusión: No se rechaza la hipótesis nula. No existe relación de dependencia entre ambas variables			

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

En la tabla se observa que las mayores frecuencias de casos observados se encuentran en las de desestimación. No obstante, no se observan diferencias significativas entre los porcentajes de estimación y desestimación. Por ejemplo, las probabilidades de estimación nunca superan el 20%. El motivo que más se alega es el de infracción al ordenamiento jurídico y es a su vez que el mayor probabilidad de estimación presenta, aunque de forma mínima y no significativa.

De las frecuencias esperadas no es posible inferir conclusión alguna debido a que la diferencia entre las frecuencias observadas y esperadas es apenas menor a 2. El valor calculado es menor al valor crítico de Chi Cuadrado o, de otro modo, el valor  $p$  es mayor a la significación estadística (alpha). El resultado de esta comparativa significa que, en cualquier caso, no es posible establecer conexión alguna entre las 2 variables. En tal sentido, no cabría proseguir con el análisis para verificar la influencia de cada uno de los motivos en el sentido del fallo. Solo habría que recurrir a tal calculo si la inferencia estadística de Chi Cuadrado nos indica que son variables relacionadas.

**Tabla 10***Tabla de Contingencia Bivariada: Relación de Edad y Sentido de Fallo*

FALLO 2° INSTANCIA	RELACIÓN DE EDAD	
	MAYOR DE EDAD	MENOR DE EDAD
ESTIMACIÓN	5	15
%	25%	14,15%
Frecuencia esperada	2,49	16,51
DESESTIMACIÓN	12	91
%	75%	89,49%
Frecuencia esperada	13,51	85,85
Valor crítico = 3,84 > Valor Calculado = 1,24		
(p) = 1,24 > (α): 0,05		
Conclusión: No se rechaza la hipótesis nula. No existe relación de dependencia entre ambas variables		

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

La Tabla 10 muestra una limitación estadística evidente: la cantidad de casos significativos es escasa para la mayoría de edad y bastante menor a la relativa a la minoría de edad. En general, la pérdida de casos por falta de consignación de la edad dentro de la sentencia, resta importancia estadística al cálculo realizado. Es una de las limitaciones que se han observado en las comprobaciones de todas las hipótesis.

A pesar de ello, la cantidad de casos observados de desestimación de la apelación cuando la víctima es menor de edad, es mayor a la frecuencia de todas las demás opciones. El dato sería significativo si pudiera establecerse algún grado de asociación entre ambas variables. La repetición de casos no garantiza una conclusión asertiva acerca de la importancia estadística. Otro dato a considerar es el mayor porcentaje de desestimación cuando la víctima es menor de edad (14,49% de diferencia). Sin embargo, a falta de

Respecto al cálculo de chi cuadrado o el valor de p, la tabla pronostica un resultado similar al anteriormente señalado para la Tabla 9. La conclusión es por tanto que no se rechaza la hipótesis nula. Existe independencia entre el fallo en 2° instancia y la relación de edad. No es posible establecer entonces ningún tipo de relación de causalidad entre ambas variables.

**Tabla 11***Tabla de Contingencia Bivariada: Sentido del Fallo y Tipo Delictivo*

TIPOS DELICTIVOS	FALLO 2º INSTANCIA	
	DELITOS SEXUALES	LESIONES
ESTIMACIÓN	14	6
%	70%	30%
Frecuencia esperada	12,36	7,64
DESESTIMACIÓN	123	77
%	61,5%	38,5%
Frecuencia esperada	123,58	76,42
ESTIMACIÓN PARCIAL	15	11
%	57,7%	42,3%
Frecuencia esperada	16,06	9,94
Valor crítico = 5,991 > Valor Calculado = 0,76 $(p) = 0,76 > (\alpha): 0,05$		
Conclusión: No se rechaza la hipótesis nula. No existe relación de dependencia entre ambas variables		

Fuente: elaboración propia a partir de la codificación de las sentencias

Según se observa en la tabla, del conjunto de la base de datos es mayor la incidencia del delito contra la libertad e indemnidad sexual que el de lesiones. Es posible, sin embargo, que ambas sean coincidentes en la misma sentencia. No se descarta que exista repetición de casos observados. No obstante, si así fuese, es mayor el porcentaje de desestimaciones en los delitos sexuales (61,5%) que en el delito de lesiones (38,5%). Paradójicamente, también se estiman más las apelaciones en los delitos sexuales (70%). Cabe afirmar por tanto que, en la presente base de datos, las apelaciones se den con mayor frecuencia en los delitos sexuales.

Respecto de las frecuencias esperadas, no difieren significativamente de las frecuencias observadas. Con una diferencia promedio menor a 2, no puede asegurarse que la aleatoriedad de la muestra pueda garantizar una relación conexa entre ambas variables. La conclusión que se desprende de la tabla es que se rechaza la hipótesis nula. No es posible establecer ningún tipo de relación entre el tipo delictivo y el sentido del fallo en 2º instancia.

## 6. CONCLUSIONES

Según todo lo expuesto y en atención a las hipótesis planteadas, no es posible siquiera establecer una relación de causalidad o una conexión entre las variables seleccionadas. La hipótesis primera explica que no existe conexión entre el sentido del fallo y las motivos de apelación, es decir, no puede considerarse que haya al menos algún nexo de causalidad entre la alegación, por ejemplo, del error en la valoración de la prueba y la desestimación. En general y para todo motivo se desestiman más las apelaciones. Sin embargo, ello no permite extraer ninguna tesis conclusiva.

En cuanto a la segunda hipótesis, se verificó que las frecuencias observadas, en víctimas menores, son superiores incluso a la suma total de las frecuencias de las otras opciones: estimación en menores y mayores y desestimación en mayores. Tal observación puede conducir a la creencia de que sí existe conexión entre la desestimación y la minoría de edad. Sin embargo, la conclusión a la que se llega presenta una gran limitación. Durante la construcción de la base de datos, las sentencias en apelación carecían de información relativa a las edades de las víctimas. Como se observó, se consignaban con mayor frecuencia cuando la víctima era menor de edad, pero no al contrario. Ello condujo a una pérdida estadística importante de 104 casos de los 227, es decir, casi la mitad de la muestra. Por lo tanto, es concluyente que, para un asertivo estudio de las apelaciones en víctimas de delitos sexuales, será realmente necesario fijar la edad de las mismas en las sentencias, a fin de comprender la magnitud del problema. Asimismo, puede facilitar su posterior acercamiento a la realidad estadística para subsiguientes estudios que apunten en esta misma dirección.

Finalmente, la última hipótesis revela que tampoco existe conexión entre el tipo delictivo y el sentido de las sentencias. Se estimó que a mayor carga probatoria podría existir mayor probabilidad de estimación de las apelaciones. No obstante, la inferencia estadística mostró que no es posible concluir en dicho sentido.

En definitiva, la dificultad probatoria en los delitos sexuales con víctimas menores de edad, por las complicaciones a las que se enfrenta la preconstitución de su declaración, no condicionan el sentido del fallo en apelación aun cuando se haya alegado error en la valoración de la prueba. La estimación o desestimación dependerá exclusivamente de lo que el juez entre a valorar con las herramientas con las que cuente.

Por todo lo señalado, la efectiva protección de la declaración del menor dentro del proceso penal requiere gran atención. El desarrollo legislativo reciente, en favor de las víctimas menores, ha demostrado ser incompleto y hasta cierto punto ineficaz. Por ejemplo, no existe una disposición concreta que establezca la obligatoriedad de la preconstitución de la prueba testifical del menor en los delitos sexuales, ni tampoco la participación del perito experto en victimología. Por ello, se ha comprobado que aun con el desacuerdo de diversos actores políticos, el GP sacó a la luz un EDV incompleto. A pesar de ser un instrumento novedoso en favor de las víctimas, parece ser que terminó por imponerse la brevedad y la sencillez por su acortado tiempo de desarrollo. Fue un anteproyecto con tratamiento en la última legislatura de gobierno, apurando los plazos de transposición. Por el contrario, si bien aun no existe consenso entre las fuerzas políticas para llevar a cabo la tan ansiada reforma total de la LECrim, la Ley 41/2015 sí ha garantizado efectivamente la segunda instancia en los delitos sexuales. Por ejemplo, es posible observar que en el lapso temporal de análisis (4 años) se han producido 227 apelaciones en dicha materia. Sin embargo, para posibles estudios posteriores, sería de gran relevancia medir la frecuencia de casaciones después de la Ley 41/2015 y determinar el trasvase efectivo hacia las apelaciones en los delitos sexuales.

La detección temprana de los abusos sexuales y el adecuado tratamiento social podrían ayudar a evitar la revictimización del menor porque ello contribuye a superar la principal barrera del problema: la denuncia. El proceso estrictamente formalizado al que se enfrenta el menor desde que se constituye como víctima, impiden obtener una declaración veraz. Más allá de los esfuerzos autonómicos y provinciales por proveer protocolos de atención, no existe una política pública estatal para el seguimiento de los potenciales casos. Si a pesar de todo ello se detecta el abuso de manera temprana, la participación de muchas personas dentro del proceso, entre los que pueden estar los psicólogos personales encargados del tratamiento del menor o los designados dentro del proceso para la exploración, impiden que la víctima tenga la confianza suficiente para establecer un relato completo. En tal sentido, y sin la adecuada armonización del sistema, la testifical se ve condicionada por muchos factores.

Sin embargo, aun cuando pueda realizarse la exploración del menor y la preconstitución de la prueba, son altos los estándares exigidos para que opere como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. El sistema español es realmente garantista con el proceso y se sitúa fuera de cualquier presunción. Por todo lo

mencionado, es imposible siquiera establecer conexiones de causalidad entre las variables seleccionadas mencionadas previamente. No influyen ni la edad, ni el tipo delictivo, ni el motivo de apelación. Será el juez quien decida, caso por caso y con las herramientas normativas y jurisprudenciales, el sentido de la apelación.

Todos los esfuerzos están encaminados a reforzar el modelo actual, pero la realidad a la que nos enfrenta la literatura al respecto es distinta. Los *Children's Advocacy Centers* o las casas *Barnhaus*, son modelos de éxito en otros países. A diferencia de España, desde la detección del posible abuso sexual, el menor ingresa a centros de atención especializados con profesionales encargados de su seguimiento. Con ello se evita, no solo su revictimización, sino también una mejor calidad del testimonio de la víctima (Pereda, Bartolomé, & Rivas, 2021). Este modelo se rige por el principio de *one door principle*, es decir, que todos los profesionales encargados de la atención del menor se encuentran en un solo lugar y que, por tanto, a diferencia del modelo vigente en España, el menor no tendrá que ir de un lugar a otro durante el proceso. Los esfuerzos actuales del gobierno español tienden a ir hacia este sentido.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, S. d. (2017). La prueba en el proceso penal. Barcelona: J.B.Bosch.
- Arrom, R. (diciembre de 2015). La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Revista internacional de estudios sobre derecho procesal y arbitraje*(3).
- Chacón, A. (2019). *El interés superior del menor: Historia de un reconocimiento jurídico de los derechos humanos para la infancia (Siglos XVIII-XXI)*. (E. d. Publicaciones, Ed.) Murcia: Editum.
- Fernández, A. (2018). Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano de derecho comparado*, I(151), 116-117.
- Fernández, F. (2001). La delegación de la competencia legislativa en las Comisiones (Algunas reflexiones constitucionales desde la perspectiva italiana). *Revista de las Cortes Generales* (53), 53-109.
- Greco, A., Pereda, N., & Aguilera, G. (2017). School staff members experience and knowledge in the reporting of potential child and youth victimization. *Child Abuse & Neglect*(72), 22-31.
- López, A. (2017). El nuevo recurso de apelación competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. *Diario La Ley Digital*, 8907.
- Manzanero, A. (2010). *Memoria de testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide.
- Maravall, I. (2019). *La declaración del menor en el Proceso Penal. Admisibilidad y práctica en el derecho internacional de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Méndez, R. (2013). Comentarios a la sentencia del TS, Sala 2.ª, de 17 de octubre de 2012, rec. 2391/2011, sobre delito de abuso sexual continuado a una menor. *Diario La Ley Digital*(8050).
- Milner, J., & Crouch, J. (2004). *El perfil del niño víctima de violencia. El laberinto de la violencia: causas, tipos y efectos*. Barcelona: Ariel.

Pereda, N. (2018). *Bajo el Mismo Techo. Las Casas de los Niños: un recurso para atender a niños y niñas víctimas de abuso sexual y sus familias en Catalunya*. Save The Children, Barcelona.

Pereda, N., Bartolomé, M., & Rivas, E. (2021). Revisión del Modelo Barnahus: ¿Es posible evitar la victimización secundaria en el testimonio infantil? *Boletín Criminológico*(207), artículo 1/2021.

Pérez-Mata, N., & Diges, M. (10 de febrero de 2017). La entrevista forense de investigación a niños supuestas víctimas de delitos sexuales: guía de buenas prácticas (I). *Diario La Ley Digital, Sección Tribuna*(8919).

Pérez-Mata, N., & Diges, M. (2017). La entrevista forense de investigación a niños supuestas víctimas de delitos sexuales: guía de buenas prácticas (II). *Diario La Ley Digital, Sección Tribuna*(8920).

Ripoll, S. (2002). El dictámen de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el sistema español de casación penal. *Revista Española de Derecho Internacional*(54), 471-475.

Santaolalla, F. (2019). *Derecho parlamentario español*. Madrid: Dykinson

Senen, M. (2018). Comisiones legislativas permanentes. *Revista de las Cortes Generales*, 367-398.

Viguer, P. (2018). Estatuto de la víctima, protección del menor y prueba preconstituida. En *¿Es posible una justicia orientada a la persona? Retos que plantea el proceso penal tras la aprobación del Estatuto de la víctima del delito*. Bilbao: Universidad de Deusto.

## 8. RELACIÓN NORMATIVA

Convenio Europeo de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. *Boletín Oficial del Estado*, de 10 de octubre de 1979, núm. 243, pp. 23564 a 23570.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *Boletín Oficial del Estado*, de 30 de abril de 1977, núm. 103, pp. 9337 a 9343.

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima. *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de abril de 2015, núm. 101, pp. 36569 a 36598.

Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. *Boletín Oficial del Estado*, de 6 de octubre de 2015, núm. 239, pp. 90220 a 90239.

LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de junio de 2021, núm. 134, pp. 68657 a 68730

Resolución de 24 de febrero de 1982 por la que se ordena la publicación del nuevo Reglamento del Congreso de Diputados. *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de marzo de 1982, núm. 55, pp. 5765 a 5779.

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

Dictamen al expediente relativo al anteproyecto de LO de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de marzo de 2015, núm. 97/2015.

Dictamen al expediente relativo al anteproyecto de LO del Estatuto de la Víctima del Delito. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de mayo de 2014, núm. 360/2014.

Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de julio de 1985, núm. 157, pp. 20632 a 20678.

Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la

Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 30 de marzo de 2010, núm. 83, pp. 1 a 388.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 14 de noviembre de 2012, núm. 315, pp. 52 a 73.

## **9. RELACIÓN JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

STEDH, de 20 de julio de 2000. Asunto Cesáreo Gómez contra España

STEDH, de 10 de marzo de 2009. Asunto Coll contra España

STEDH, de 16 de noviembre de 2010. Asunto García Hernandez contra España

STEDH, de 11 de febrero de 2014. Asunto González Nájera contra España

### **Tribunal Constitucional**

STC 22/1986, de 14 de febrero de 1986.

STC 80/1986, de 17 de junio de 1986.

STC 79/1994, de 14 de marzo de 1994.

STC 127/1994, de 5 de mayo.

STC 35/1995, de 6 febrero de 1995.

STC 162/1997, de 3 de octubre de 1997.

STC 56/1999, de 12 de abril de 1999.

STC 97/1999, de 31 de mayo de 1999.

STC 79/2000, de 27 de marzo de 2000.

STC 123/2006, de 24 de abril de 2006.

STC 2391/2011, de 17 de octubre de 2011.

STC 174/2011, de 7 de noviembre de 2011.

STC 174/2011, de 11 de noviembre de 2011.

## **Tribunal Supremo**

STS 5590/1998, de 18 de junio de 1998.

STS 1582/2002, de 30 de septiembre de 2002.

STS 140/2004, de 9 de febrero de 2004.

STS 2016/2004, de 4 de octubre de 2004.

STS 224/2005, de 24 de febrero de 2005.

STS 707/2007, de 19 de julio de 2007.

STS 96/2009 de 10 de marzo de 2009.

STS 1033/2009, de 20 de octubre de 2009.

STS 1102/2009, de 5 de noviembre de 2009.

STS 925/2012, de 8 de noviembre de 2012.

STS 226/2014, de 19 de marzo de 2014.

STS 526/2014 de 18 de junio de 2014.

STS 761/2014 de 12 de noviembre de 2014.

STS 881/2014 de 15 de diciembre de 2014.

STS 274/2015 de 30 de abril de 2015.

STS 750/2016 de 11 de octubre de 2016.

STS 1008/2016, de 1 de febrero de 2017.

STS 454/2017, de 21 junio de 2017.

STS 538/2018 de 8 noviembre de 2018.

STS 579/2019, de 26 de noviembre de 2019.

## **Audiencia Provincial**

Audiencia Provincial de Barcelona 44/2005, de 5 febrero de 2007.

## 9. ANEXOS

### 9.1 Anexo 1: Libro de Códigos

DIBUJO GÉNERO sección TSJ			Todos Hombres	1
			Mayoría Hombres	2
			Todas Mujeres	3
			Mayoría Mujeres	4
GÉNERO PONENTE STJCA			HOMBRE	1
			MUJER	2
PROCED. (instancia)			ABREVIADO	1
			ORDINARIO	2
SENTIDO Fallo SAP (1ª inst)			Absolución	1
			Condena	2
			Absolución/condena parcial	3
TIPO Recurrente			MINISTERIO FISCAL	1
			CONDENADO	2
			ADHERENTE	3
			RECURRENTE DECLARADO EXENTO RESPONSABILIDAD CRIMINAL	4
			ACUSACIÓN PARTICULAR	5
			ACUSACIÓN POPULAR	6
Acusados/condenados SAP (1ª instancia)	Acusados	Número	Insertar número	
		Número de personas jurídicas	Insertar número	

		<b>Género</b>	HOMBRE	1	
			MUJER	2	
			HOMBRE Y MUJER	3	
	<b>Condenados</b>		<b>Número</b>	Insertar número	
			<b>Número de personas jurídicas</b>	Insertar número	
		<b>Género</b>	HOMBRE	1	
			MUJER	2	
			HOMBRE Y MUJER	3	
			<b>EDAD</b>	Forma: núm., núm.	
		<b>NACIONALIDAD</b> (español, extranjero)	Español	1	
			Extranjero	2	
			Español y extranjero	3	
	<b>DELITO CONDENA AL RECURRENTE SAP (1ª instancia)</b>	<b>Homicidio y sus formas</b>		SI/NO	1/0
<b>Contra la salud pública</b>		SI/NO	1/0		
<b>Lesiones</b>		SI/NO	1/0		
<b>Lesiones feto</b>		SI/NO	1/0		
<b>Manipulación genética</b>		SI/NO	1/0		
<b>Contra la libertad</b>		SI/NO	1/0		
<b>Torturas y otros contra la integridad moral</b>		SI/NO	1/0		
<b>Trata seres humanos</b>		SI/NO	1/0		
<b>Contra libertad e indemnidad sexual</b>		SI/NO	1/0		

	Omisión deber socorro	SI/NO	1/0
	Contra intimidad, propia imagen e inviolabilidad domicilio	SI/NO	1/0
	Contra honor	SI/NO	1/0
	Contra relaciones familiares	SI/NO	1/0
	Contra patrimonio/ orden socioeconómico	SI/NO	1/0
	Financiación ilegal partidos políticos	SI/NO	1/0
	Contra Hacienda Pública y SS	SI/NO	1/0
	Contra Dº/s trabajadores	SI/NO	1/0
	Contra Dº/s ciudadanos extranjeros	SI/NO	1/0
	Relativo ordenación territorio y urbanismo, protecc. Patr. Histórico/ medio ambiente	SI/NO	1/0
	Contra seguridad colectiva	SI/NO	1/0
	Falsedades	SI/NO	1/0
	Contra Adm.Pública	SI/NO	1/0
	Corrupción transacciones comerciales internacionales	SI/NO	1/0
	Contra Adm. Jª	SI/NO	1/0
	Contra CE	SI/NO	1/0
	Contra orden púb.	SI/NO	1/0
	Traición y contra Paz, independencia E, y relativos Defensa Nac.	SI/NO	1/0
Contra Comunidad Internacional	SI/NO	1/0	
SAP (1ª instancia)	Arts. TIPO PENAL (forma: núm, núm)	Forma: número, número, número, etc.	
	Grado ejecución	Tentativa	1

		Consumado	2
		Ambos	3
<b>MOTIVOS alegados RECURRENTE apelación</b>	<b>Quebrantamiento normas/garantías procesales</b>	SI/NO	1/0
	<b>Infracción precepto CE/ legal en calificac. jdca de los hechos o determinación pena, medidas seguridad o responsab. civil</b>	SI/NO	1/0
	<b>Error valorac. prueba para <b>revocar SAP absolutoria o agravar</b> condena</b>	SI/NO	1/0
	<b>Error valorac. prueba frente <b>SAP condenatoria para absolver o disminuir</b> condena</b>	SI/NO	1/0
<b>FALLO STSJ (2ª Instancia)</b>	<b>SENTIDO</b>	Estima recurso	1
		Desestima recurso/ confirmación sentencia instancia	2
		Estimación parcial	3
	<b>CONTENIDO</b>	Anula procedimiento/retrotae actuaciones	1
		Revocación de sentencia/dicta nueva sentencia	2
<b>Víctimas (sólo resultado final tras la apelación o 1ª instancia?) (Alfonso)</b>	<b>Núm.</b>	Insertar número	
	<b>Dibujo Género</b>	Todos Hombres	1
		Mayoría Hombres	2
		Todas Mujeres	3
		Mayoría Mujeres	4
		Igual hombres y mujeres	5
	<b>EDAD</b> Forma: núm., núm.	indicar todas separadas por ", " si hay varios	
	<b>NACIONALIDAD</b>	Español	1
		Extranjero	2
		Español y extranjero	3

	<b>VÍNCULO RECURRENTE/condenado -Víctima (sólo CONDENA)</b>	RELACIÓN AFECTIVA o equivalente	1
		RELACIÓN SEXUAL ESPORÁDICA	2
		RELACIÓN PATERNOFILIAL o equivalente	3
		RELACIÓN DE AMISTAD / OCASIONAL	4
		RUPTURA/DIVORCIO	5
		RELACIÓN VECINAL	6
		DESCONOCIDOS	7

## **9.2 Anexo 2: Relación Tablas**

Tabla 1: Dibujo de Género de Condenados en los Casos Totales

Tabla 2: Dibujo de Género de Condenados por Delitos contra la Libertad Sexual

Tabla 3: Dibujo de Edad de las Víctimas

Tabla 4: Vínculo entre el Condenado y la Víctima

Tabla 5: Tipos de Recurrente y Sentido del Fallo. Casos Totales

Tabla 6: Tipos de Recurrente y Sentido del Fallo en los Delitos Sexuales

Tabla 7: Motivos Alegados por todos los Tipos de Recurrentes en los Delitos Sexuales

Tabla 8: Motivos Alegados por todos los Tipos de Recurrentes en el total de Delitos

Tabla 9: Tabla de Contingencia Bivariada: Sentido del Fallo y Motivos Alegados en 2º Instancia

Tabla 10: Tabla de Contingencia Bivariada: Relación de Edad y Sentido de Fallo

Tabla 11: Tabla de Contingencia Bivariada: Sentido del Fallo y Tipo Delictivo