

COLECCIÓN
ESTUDIOS DE GÉNERO Y DIVERSIDAD

PROCESO PENAL Y LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Dirección

Irene González Pulido
Irene Yáñez García-Bernalt

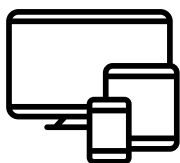




¡Gracias por confiar en nosotros!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



**Acceso desde
cualquier dispositivo con
conexión a internet**



**Idéntica visualización
a la edición de papel**



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:



6

PROCESO PENAL Y LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Obra colectiva derivada del proyecto de investigación «La víctima menor de edad en el proceso penal: especial referencia a delitos sexuales». Concedido en la IX Convocatoria de ayudas de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez. 2023.
IP: González Pulido, Irene; Yáñez García-Bernalt, Irene.



FUNDACIÓN PRIVADA

**MANUEL
SERRA
DOMÍNGUEZ**

COLECCIÓN

ESTUDIOS DE GÉNERO Y DIVERSIDAD

Directora:

MARTA DEL POZO PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Procesal. Coordinadora Académica del Doctorado en Estudios Interdisciplinarios de Género y Políticas de Igualdad. Universidad de Salamanca.

Subdirectores:

SERGIO MARTÍN GUARDADO

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Salamanca.

PABLO RAMOS HERNÁNDEZ

Investigador en Estudios de Género y Políticas de Igualdad. Universidad de Salamanca.

Consejo editorial:

ÁNGELA FIGERUELO BURRIEZA

*Catedrática de Derecho Constitucional.
Universidad de Salamanca.*

JAVIER ELOY MARTÍNEZ GUIRAO

*Profesor Titular de Antropología
Social. Universidad de Murcia.*

CONCHA ROLDÁN PANADERO

*Profesora de Investigación de Filosofía. Consejo
Superior de Investigaciones Científicas. CSIC.*

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho Constitucional. UNED.

FERNANDO PINTO HERNÁNDEZ

*Profesor de Economía Aplicada.
Universidad Rey Juan Carlos.*

MARIAN BLANCO RUIZ

*Profesora de Comunicación Audiovisual y
Publicidad. Universidad Rey Juan Carlos.*

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

*Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Córdoba.*

NORMA FULLER OSORES

*Profesora Principal de Antropología.
Pontificia Universidad Católica del Perú.*

LIZBETH GARCÍA MONTOYA

*Profesora de Criminología. Universidad
Autónoma de Sinaloa, México.*

FERNANDO REY MARTÍNEZ

*Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid.*

CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ

*Profesora Titular de Derecho Constitucional.
UNED.*

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

*Profesor Titular de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid.*

ISABEL VICARIO MOLINA

*Profesora Contratada Doctora de
Psicología Evolutiva y de la Educación.
Universidad de Salamanca.*

SABRINA RAGONE

*Professoressa associata (Profesora Titular)
de Derecho Público Comparado. Alma Mater
Studiorum Università di Bologna, Italia.*

SANTIAGO GARCÍA CAMPÁ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I.*

MARÍA PAZ PANDO BALLESTEROS

*Profesora Contratada Doctora de Historia
Contemporánea. Universidad de Salamanca.*

MARINA SÁENZ

*Catedrática de Derecho Mercantil.
Universidad de Valladolid.*

NOELIA MORALES ROMO

*Profesora Titular de Sociología.
Universidad de Salamanca.*

EULALIA PÉREZ SEDEÑO

*Profesora de Investigación de Filosofía. Consejo
Superior de Investigaciones Científicas. CSIC.*

LAURA NUÑO GÓMEZ

*Profesora Titular de Derecho Constitucional.
Universidad Rey Juan Carlos.*

COLECCIÓN
ESTUDIOS DE GÉNERO Y DIVERSIDAD

6

PROCESO PENAL Y LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Dirección
Irene González Pulido
Irene Yáñez García-Bernalt

COLEX 2025

Copyright © 2025

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Irene González Pulido, Irene Yáñez García-Bernalt

© Lorenzo M. Bujosa Vadell, Lucana Estévez Mendoza, Isabel Huertas Martín, Cristina Díaz Piñas, Irene Yáñez García-Bernalt, Federico Bueno de Mata, Irene González Pulido, Diego González López

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)

A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)

info@colex.es

www.colex.es

SUMARIO

Prólogo	13
---------------	----

CAPÍTULO I MENORES DE EDAD Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Lorenzo M. Bujosa Vadell

1. Introducción	19
2. Infancia, adolescencia y conflicto armado	20
3. El postconflicto. Los dilemas de la justicia transicional	25
4. Parámetros internacionales de la justicia transicional	30
5. La infancia en la transición	35
6. Las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición y los niños, niñas y adolescentes	38
7. La infancia y la necesidad de una reparación integral	40
8. Bibliografía	41

CAPÍTULO II LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA NIÑAS Y MUJERES EN CONFLICTOS ARMADOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CPI

Lucana Estévez Mendoza

1. Introducción	45
2. Algunos conceptos clave	47
3. Delitos que la CPI prevé con relación a niñas y mujeres en conflictos bélicos ..	51
4. Jurisprudencia relevante de la CPI con pronunciamientos sobre violencia sexual	52
4.1. Caso Lubanga: 2012	52
4.2. Caso Ntaganda: 2019	56
4.3. Caso Ongwen: 2021	58
5. Conclusiones	61
6. Bibliografía	62

CAPÍTULO III

TINOS Y DESATINOS DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA DECLARACIÓN PRECONSTITUIDA

Isabel Huertas Martín

1. Introducción	67
2. Fundamentos de la declaración preconstituida	70
2.1. Búsqueda de la verdad material	71
2.2. Evitación de la victimización secundaria o revictimización	72
2.3. Argumento epistémico	76
3. Supuestos de obligatoriedad de la declaración preconstituida	78
3.1. Ámbito subjetivo	81
3.2. Ámbito objetivo	83
4. Requisitos para la validez probatoria de la declaración preconstituida	84
4.1. Requisitos relativos a la forma de practicarse la testifical en la fase de instrucción	84
4.1.1. Requisito subjetivo: la imprescindible presencia judicial	84
4.1.2. Requisito subjetivo: la posibilidad de contradicción	85
4.2. Requisitos relativos a la forma de incorporarse la declaración al juicio oral	89
4.2.1. Requisito formal: introducción del contenido de la declaración ...	89
4.2.2. Requisito material: acerca de la imposibilidad de la reproducción de la declaración en el plenario	93
5. Referencias	103
5.1. Bibliografía	103
5.2. Otros documentos	107

CAPÍTULO IV

LA PROBLEMÁTICA PROCESAL DE LA EXPLORACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL: ¿ESTA NUEVA REGULACIÓN PROTEGE AL MENOR, O EN REALIDAD LO COLOCA EN UNA POSICIÓN DE DESVENTAJA?

Cristina Díaz Piñas

1. Configuración de la exploración del menor como prueba preconstituida en el proceso penal	109
2. Análisis de la STS 690/2021, de 15 de septiembre: su relevancia e interpretación	111
3. La prueba preconstituida y el problema procesal de configurar como tal la exploración y la audiencia del menor en el proceso penal	115

CAPÍTULO V
JUSTICIA PENAL E INFANCIA: LA IMPLEMENTACIÓN
DEL MODELO BARNAHUS EN ESPAÑA

Irene Yáñez García-Bernalt

1. Introducción	117
2. La condición de vulnerabilidad en los menores de edad: el deber de otorgar protección.....	118
2.1. Instrumentos internacionales y vulnerabilidad de los menores.....	120
2.2. Marco normativo nacional.....	122
3. La víctima menor de edad en el proceso penal.....	125
3.1. El proceso de victimización y la participación del menor como víctima-testigo	125
4. El modelo Barnahus: una herramienta de protección para la víctima menor de edad y la práctica de la declaración como prueba preconstituida.....	128
4.1. La obligatoria preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad	128
4.1.1. Principios fundamentales de la práctica de la prueba en el proceso penal	129
4.1.2. Breve referencia a los requisitos para la preconstitución de la declaración de la víctima menor de 14 años	130
4.2. El modelo Barnahus: más allá de una mera herramienta de toma de declaración	131
4.2.1. Estructura y funcionamiento de Barnahus	133
4.2.2. Beneficios de la aplicación del modelo Barnahus	134
5. Conclusiones	136
6. Bibliografía	137

CAPÍTULO VI
MEDIDAS LEGALES Y TECNOLÓGICAS PARA LA PROTECCIÓN DE
MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL: AVANCES LEGISLATIVOS
EUROPEOS Y NACIONALES EN LA ÚLTIMA DÉCADA

Federico Bueno de Mata

1. Un enfoque integral de la protección de la víctima menor de edad desde un prisma tecnológico	141
2. Aspectos específicos en materia de información y protección a la víctima a través de la tecnología	145
2.1. Mecanismos de información a la víctima	146
2.2. Mecanismos de protección a la víctima	148
2.3. Nuevos mecanismos para iniciar el procedimiento: hacia la eficiencia digital	152
3. Reflexiones finales y una mirada al futuro	155
4. Bibliografía	157

CAPÍTULO VII

NUEVA ESTRATEGIA EUROPEA PARA LA DETECCIÓN, INVESTIGACIÓN Y REPRESIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES EN LA ERA DE LA IA

Irene González Pulido

1. Introducción	159
2. Aproximación al contexto: particularidades criminológicas de los delitos sexuales que se cometen contra menores	160
2.1. Tecnologías disruptivas, inteligencia artificial y violencia sexual contra los menores de edad	164
3. Tendencias de la cooperación judicial europea en la lucha contra los delitos sexuales	168
3.1. Nueva estrategia europea: proveedores de servicios y creación del centro europeo	174
4. Reflexiones finales	181
5. Bibliografía	182
5.1. Noticias	185

CAPÍTULO VIII

EL DELITO ONLINE SEXUAL GROOMING OF CHILDREN (ART. 183.1 CP) Y LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA: NUEVO TIPO AGRAVADO DE ENMASCARAMIENTO

Diego González López

1. Introducción	187
2. El delito <i>online sexual grooming of children</i>	188
2.1. Delimitación conceptual	189
2.2. Acción típica	190
2.3. Sujeto activo	192
2.4. Elemento subjetivo	193
2.5. Penalidad y agravantes	193
3. La protección de las víctimas de <i>online sexual grooming of children</i>	195
3.1. Estrategias concretas de protección	197
4. Conclusiones	197
5. Bibliografía	199

PRÓLOGO

El abordaje de la participación de niños, niñas y adolescentes víctimas del delito dentro del proceso penal constituye, desde hace algunas décadas, un desafío tanto para los operadores jurídicos como para los sistemas de justicia en su conjunto. Los convenios internacionales y la normativa europea exigen un trato de especial cuidado para los menores de edad que intervengan en los procesos judiciales. Cada vez es más necesaria adoptar una «perspectiva de niñez», que ponga el centro en aquellos niños, niñas y adolescentes que se vean obligados a participar en los procesos, tanto civiles como penales, dotándoles de toda la protección necesaria para que tal circunstancia no afecte a su desarrollo y tenga siempre en cuenta su especial vulnerabilidad. Esta perspectiva es aún más necesaria si nos encontramos en el proceso penal y si los menores de edad tienen que intervenir en su condición de víctimas.

Lejos de tratarse de un mero aspecto procesal, la intervención de menores de edad en el proceso penal pone en juego múltiples dimensiones: jurídicas, éticas, psicológicas, de fuente probatoria y sociales. Esta obra se propone analizar, de manera rigurosa y multidisciplinaria, el conjunto de mecanismos normativos, institucionales y metodológicos desarrollados para garantizar la adecuada protección de las personas menores de edad que han sido víctimas de hechos delictivos. Se trata de un esfuerzo necesario y urgente para visibilizar y abordar las complejidades que enfrentan los niños y adolescentes que, tras sufrir un delito, deben transitar por un sistema judicial que, en muchos casos, no está diseñado para proteger su fragilidad emocional, su dignidad ni sus derechos fundamentales. A lo largo de estas páginas, se exploran distintos aspectos legales, técnicos y humanos que pueden transformar esta experiencia, asegurando que sean vistos ni tratados solo como víctimas, sino como sujetos de derechos con necesidades específicas que exigen respuestas integrales y coordinadas.

Y es que la victimización de niños, niñas y adolescentes en el contexto penal es una realidad que trasciende fronteras y sistemas legales. Ya sea en casos de agresión sexual, violencia intrafamiliar, explotación o trata, los menores enfrentan no solo el trauma del delito, sino también el riesgo de una revictimización secundaria derivada de procesos judiciales que, en su afán por esclarecer la verdad, pueden descuidar el impacto psicológico y social en estos niños y adolescentes. Procesos configurados desde una perspectiva

«adultocéntrica», que se extienden en el tiempo y que no dotan de la mejor ni de la mayor protección a las víctimas, y, menos aún, a aquellas que son menores de edad.

Con esta obra se propone analizar, desde una perspectiva crítica y propositiva, cómo los sistemas de justicia pueden evolucionar para convertirse en espacios seguros y protectores, donde los menores encuentren justicia sin sacrificar su bienestar incidiendo en una mejora de su intervención en el proceso, en una mayor protección a los mismos y, por qué no, en un cambio de sensibilidad y mentalidad en este ámbito.

En tal sentido, este libro se estructura en torno a seis ejes temáticos que constituyen, en la actualidad, elementos centrales del debate académico y legislativo sobre la protección penal de los menores víctimas: el tratamiento de los menores de edad en contextos de justicia transicional, la prueba preconstituida, la exploración forense de la víctima, los mecanismos de protección integral, el modelo Barnahus, y, finalmente, las innovaciones tecnológicas en el ámbito probatorio conforme a los desarrollos normativos de la Unión Europea.

Comienza el enfoque que se presente con un capítulo dedicado a la inserción de la niñez víctima en procesos de justicia transicional. En estos escenarios —donde los conflictos armados, los crímenes masivos, las violaciones graves a los derechos humanos y la participación estatal en actos de violencia configuran un marco de impunidad estructural— la protección de los menores víctimas plantea desafíos aún mayores. ¿Qué lugar ocupan las voces de los menores de edad en los procesos de verdad y memoria? ¿Cómo se reparan los daños cuando las instituciones encargadas de proteger han sido, precisamente, las responsables de los abusos? La justicia transicional debe incluir mecanismos específicos para garantizar la centralidad de la infancia en los procesos de reparación colectiva y reconstrucción institucional. Es necesaria una reparación integral que tenga en cuenta y comprenda a niños, niñas y adolescentes, el futuro de cualquier sociedad.

Cuando hablamos de menores de edad, ya parece consolidada en nuestro sistema la asociación entre menor de edad, víctima y prueba preconstituida. La figura de la prueba preconstituida ha adquirido especial relevancia como herramienta que permite conciliar dos derechos fundamentales: el derecho del imputado a ejercer una adecuada defensa y el derecho del niño o niña víctima a no ser revictimizado en el marco del proceso judicial. Su utilización —prevista en diversos ordenamientos jurídicos y respaldada por instrumentos internacionales— busca evitar la reiteración innecesaria del testimonio de la víctima durante el juicio oral, asegurando al mismo tiempo la legalidad, contradicción e idoneidad del acto probatorio. Esta posibilidad probatoria no solo reduce el impacto psíquico del proceso en la víctima, sino que mejora sustancialmente la calidad del material probatorio cuando se aplica con rigor técnico y con personal especializado. La discusión jurisprudencial se centra en garantizar el derecho de defensa y que cuando se practique la prueba pre-

constituida la defensa tenga perfecto conocimiento de los detalles y extremos de la acusación que se formula a fin de poder someter al testigo menor de edad a una perfecta contradicción sobre todas las circunstancias. De no ser así, deberá ampliarse la práctica de dicha prueba o practicarse en el plenario con plena contradicción. Circunstancia ésta última que perjudicará considerablemente al menor de edad y que habrá que tratar de evitar con un correcto desarrollo y práctica de la prueba preconstituida. Como se podrá comprobar, la casuística que ofrece la práctica resulta muy variada y compleja en cuanto a las circunstancias que puedan concurrir en cada caso concreto.

Otro aspecto especialmente relevante que se trata es la concreta exploración o entrevista forense de la víctima menor de edad que constituye la prueba preconstituida y que supone un momento determinante en la recolección de información relevante para la investigación penal. Este acto requiere ser realizado bajo estrictas condiciones metodológicas, con participación de profesionales capacitados en entrevistas forenses a menores, y en un entorno que reduzca al mínimo el estrés emocional. La calidad de esta entrevista es decisiva, no solo para la obtención de un testimonio válido desde el punto de vista procesal, sino también para la preservación de la integridad emocional de la víctima. El análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 690/2021, de 15 de septiembre, resulta clave como punto de partida sobre el que ha continuado consolidándose la jurisprudencia.

La protección de los menores víctimas debe ser concebida, por lo tanto, como un principio rector esencial que atraviesa todo el proceso penal. Las medidas de protección deben orientarse no solo a evitar el contacto directo entre la víctima y el imputado, sino también a asegurar condiciones de participación informada, segura y adecuada a la edad y madurez del menor. La noción de protección en este contexto involucra tanto el diseño de entornos amigables como el acceso efectivo a acompañamiento psicológico, asistencia jurídica especializada y continuidad en la atención social y educativa. En este contexto, el modelo Barnahus representa una innovación institucional de gran impacto. Nacido en Islandia en la década del 2000, y replicado en múltiples países europeos, este modelo promueve una respuesta coordinada e interinstitucional en un único espacio físico —la «casa de los niños»— donde se concentran las funciones de entrevista forense, evaluación médica, apoyo psicológico y cooperación intersectorial. Se trata de un modelo que no se contrapone directamente con el denominado «juzgado adaptado a la infancia», en donde encontramos como principal y único exponente, el llamado Juzgado de la Infancia de Las Palmas. Es un modelo por el que está optando nuestro Estado, con el apoyo del Consejo de Europa y la Unión Europea, considerando que es el más idóneo para el tratamiento de las víctimas menores de edad de violencia sexual. Se ha implementado completamente en Cataluña y se trabaja en la actualidad por su desarrollo en otras Comunidades Autónomas. Este enfoque ha demostrado ser eficaz no solo en la mejora de la calidad del proceso penal, sino también en la reducción significativa de la victimización secundaria.

En estrecha relación con lo anterior, los avances legislativos promovidos en el ámbito de la Unión Europea, especialmente a partir de la Directiva 2012/29/UE y otras disposiciones más recientes, han sentado las bases para la implementación de medidas de protección tecnológicas que buscan adaptar el proceso penal a las necesidades específicas de las víctimas vulnerables. Así, el uso de videograbaciones, salas de entrevistas especialmente equipadas, declaraciones por circuito cerrado de televisión y tecnologías de interpretación simultánea, ha permitido consolidar buenas prácticas que resultan replicables en diversos contextos nacionales.

En una sociedad cada vez más digitalizada, los delitos sexuales han encontrado nuevos espacios para manifestarse, transformándose en formas más complejas, sutiles y peligrosas. El delito de online sexual grooming —o acoso sexual infantil a través de medios digitales— representa una de las expresiones más alarmantes de esta evolución delictiva, por su capacidad para vulnerar la integridad de los menores sin necesidad de contacto físico y por la sofisticación creciente de los agresores. En este contexto, el Derecho penal se enfrenta al desafío de adaptar sus categorías tradicionales a nuevas realidades tecnológicas, sin perder de vista la centralidad de la protección de la víctima, especialmente cuando esta pertenece a un colectivo particularmente vulnerable: la infancia. El artículo 183.1 del Código Penal español ha dado un paso decisivo en este sentido, reconociendo el grooming como un delito autónomo. No obstante, la creciente sofisticación de los agresores, incluyendo el uso de técnicas de enmascaramiento digital, plantea la necesidad de profundizar en nuevos tipos agravados que respondan a esta evolución.

Esta obra nace de la convicción de que el abordaje efectivo de estos delitos no puede limitarse al ámbito doméstico. En un mundo interconectado, donde el delito digital trasciende fronteras con facilidad, la cooperación judicial internacional se revela como una herramienta imprescindible. La coordinación ágil entre autoridades judiciales y policiales, el intercambio de pruebas electrónicas, y la armonización legislativa mínima en el marco europeo e internacional son pilares esenciales para garantizar una respuesta eficaz, que no sólo sancione al agresor, sino que ante todo proteja integralmente a la víctima. A través de un enfoque criminológico, jurídico y procesal, se analiza con profundidad el fenómeno del online grooming, su tipificación penal, y las transformaciones recientes en la legislación que apuntan a un mayor reconocimiento de las técnicas de ocultación de identidad como agravantes específicas. Además, se examinan los desafíos prácticos de la cooperación judicial en estos casos, desde las órdenes europeas de investigación hasta los instrumentos de auxilio judicial multilateral.

Estas páginas pretenden ser una herramienta útil para juristas, operadores judiciales, investigadores y académicos comprometidos en la protección de las víctimas menores de edad, en la construcción de una justicia penal verdaderamente garantista, inclusiva y respetuosa de los derechos de la niñez. La justicia penal tiene el deber ético y jurídico de construir entornos procesales

seguros, que no reproduzcan la violencia ya sufrida, sino que se conviertan en espacios de reconocimiento, escucha y reparación, en los que sean efectivas todas las garantías procesales. Este es el objetivo último que guía este trabajo.

Me gustaría cerrar este prólogo agradeciendo la oportunidad que me ha ofrecido el equipo de la Universidad de Salamanca de participar en este relevante debate jurídico e invitando al lector a sumergirse en estas páginas con un espíritu crítico que conduzca a la mejora de su práctica diaria y a la transformación de su entorno más cercano. Solo así podremos construir un sistema de justicia que no solo persiga averiguar la verdad, sino que lo haga con humanidad, sensibilidad, respetando y haciendo efectivas todas y cada una de las garantías procesales, y con un compromiso inquebrantable con los más vulnerables. La justicia además de eficiente debe poder dar ese plus de calidad en el trato de todos los que se ven abocados a participar en el proceso penal.

Jorge Jiménez Martín

Magistrado

CAPÍTULO I

MENORES DE EDAD Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Lorenzo M. Bujosa Vadell

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*

1. Introducción

Entre las más graves consecuencias de los conflictos armados y, entre las más frecuentemente olvidadas, se encuentran las que arrasan a las generaciones más jóvenes. La vulnerabilidad de los niños y adolescentes, y en particular de las niñas y mujeres adolescentes, es objetiva e indiscutible. Con frecuencia se encuentran en medio de un conflicto que ni entienden y que, si no les provoca la muerte, les ocasiona desgarramientos físicos y psicológicos de por vida.

Es fundamental considerar la protección de estos sujetos especialmente delicados durante el conflicto con el fin de aminorar, en la medida de lo posible, los nefastos efectos de la intolerancia, de la guerra, de los crímenes contra la humanidad, de los genocidios... Pero también es importante examinar cómo, una vez superado el clímax, es imprescindible tratar de construir una nueva «normalidad».

En esa etapa siempre larga y compleja, nada lineal, a la que convencionalmente llamamos «transición» son tantos los aspectos a reconstruir y de un calado tan central¹ que nuestros protagonistas suelen quedarse en una

1. Como afirma TEITEL, R. G., *Justicia transicional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 38-39: «En períodos de cambio político substancial, se plantea un dilema sobre la adherencia al Estado de Derecho que se relaciona con el problema de la justicia subsecuente: ¿Hasta qué punto llevar el antiguo régimen a juicio implica un conflicto inherente entre visiones precedentes y subsecuentes de justicia? A la luz de este conflicto, ¿es tal justicia penal compatible con el Estado de Derecho? El dilema planteado por la justicia

posición secundaria. Por ello tal vez no esté de más dedicar un breve análisis a cómo el postconflicto afecta a las niñas, niños y adolescentes y cómo se están planteando las medidas de reparación integral² de los daños que se les han causado, muchos de ellos irreversibles.

Para ello contamos con la última gran experiencia en transiciones de amplio calado, la del larguísimo conflicto armado colombiano, que, a pesar de sus vaivenes e incertezas, consiguió armar una estructura jurídica múltiple, que aprovecha mucha de la experiencia histórica en una gran diversidad de transiciones en múltiples lugares del planeta. Los acuerdos de paz de La Habana, pese a su continuo cuestionamiento por personas de uno y otro bando, nos dan importantes pistas para tratar de dar una respuesta al preocupante problema planteado.

Intuitivamente ya *a priori* hemos introducido una buena carga de relativismo, en el sentido de que los daños producidos en estos casos suelen ser tan enormes que lo único realista es formular propuestas de cuidados paliativos o soluciones parciales ante situaciones humanas para las que cualquier solución jurídica no puede más que declararse impotente. Esta circunstancia difícil de rebatir no debe llevarnos, sin embargo, a tomarla como coartada para no hacer todo aquello que esté en nuestra mano.

2. Infancia, adolescencia y conflicto armado

La situación del menor de edad ante el conflicto armado es poliédrica. La primera idea que se nos viene a la mente cuando pensamos en estas catastróficas situaciones es la de un sujeto vulnerable que sufre las horribles consecuencias de una guerra; por tanto, vemos al niño, a la niña, al adolescente como una víctima más del conflicto mismo³. Víctimas en una situación espe-

penal subsecuente conduce a preguntas más amplias sobre la teoría de la naturaleza y el papel del derecho en la transformación del Estado liberal».

2. Vid. GUERRA MORENO, D., y CLAVIJO CÁCERES, D., *Reparación integral: la justicia restaurativa como tendencia de la reparación directa en Colombia*, Bogotá, 2015.
3. En el *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* [Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo)], en el párrafo 146, la Corte Interamericana señala: «La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción», y en el párrafo 191: «A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo».

cial, qué duda cabe: más delicada que cualquier otra por sus circunstancias de inmadurez psicológica, social e incluso biológica⁴.

Pero en la intrincada realidad de los conflictos armados es frecuente que, con todas las matizaciones que queramos añadir, el niño también se convierte en actor, en sujeto activo de la criminalidad. Todos hemos visto fotografías de niños soldados, reclutados cuando apenas tienen atisbos de uso de razón y que cometen tropelías parecidas a sus mayores⁵. Hay que pensar también en ellos cuando tratamos de considerar cómo podemos encaminarnos hacia una situación de postconflicto y cómo deben ser tratados para enfrentarse a las consecuencias de lo que han cometido.

Esta es una dimensión fundamental que debemos considerar cuando tratamos de los efectos devastadores de los conflictos armados. La situación de vulnerabilidad de una persona en desarrollo nos lleva a considerar su posición delicada en cualquiera de los casos: tanto si es víctima directa de vulneraciones aberrantes de derechos humanos, como si es actor del conflicto mismo, o incluso cuando es simple testigo. Hay, por tanto, una inherente ambigüedad en la posición de los niños, niñas y adolescentes ante los conflictos armados, que nos lleva a considerar su especial situación, también cuando son instrumentos para la comisión de crímenes de genocidio o contra la humanidad. Incluso en los casos en que puedan haber cometido graves

4. En este sentido, STEINBERG, L., «Should the Science of Adolescent Brain Development Inform Public Policy?», *Issues in Science and Technology*, Spring 2012, pp. 67-78. esquematiza en cuatro los cambios estructurales específicos que se dan durante la adolescencia: En primer lugar, hay una disminución de la materia gris en las regiones prefrontales del cerebro, lo que refleja la poda sináptica, proceso mediante el cual se eliminan las conexiones no utilizadas entre las neuronas; en segundo lugar, durante la adolescencia temprana se producen cambios importantes en la actividad que involucran a la sustancia neurotransmisora que conocemos como dopamina, especialmente alrededor de la pubertad; en tercer lugar, hay un aumento de la materia blanca en la corteza prefrontal durante la adolescencia y, por último, hay un aumento en la potencia de las conexiones entre la corteza prefrontal y el sistema límbico y este cambio es especialmente importante para el control de las emociones.

5. Es paradigmática la condena de Thomas Lubanga Dyilo, a catorce años de privación de libertad, por el reclutamiento de niños en un conflicto armado, dictada por una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional, el 10 de julio de 2012: 37. «The crimes of conscripting and enlisting children under the age of fifteen and using them to participate actively in hostilities are undoubtedly very serious crimes that affect the international community as a whole. Additionally, as set out in the Judgment, the crime of conscription is distinguished by the added element of compulsion. The crime of using children to participate actively in hostilities involves exposing them to real danger as potential targets. The vulnerability of children mean that they need to be afforded particular protection that does not apply to the general population, as recognised in various international treaties». (Texto disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_07409.PDF)

La decisión fue confirmada por la Sala de Apelación el 1 de diciembre de 2014.

Vid. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/sentencia-historica-de-la-cpi-sobre-el-uso-de-ninos-soldado/>

crímenes, no están tan alejados de la calidad de víctimas del conflicto, lo cual es determinante de cara a la aplicación de soluciones de justicia transicional y les hace esenciales protagonistas de las eventuales vías de restauración que puedan aplicarse en cada situación.

El Informe de UNICEF «25 años de conflictos armados y la infancia: Actuar para proteger a los niños y niñas en la guerra» se refiere a las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños y niñas: graves violaciones cometidas contra los niños desde 2005⁶, y sintetiza su conclusión afirmando que «Todas las partes en conflicto, tanto los Estados como los agentes no estatales, han cometido graves violaciones de los derechos de la infancia»⁷. Se constata que «los niños y niñas de entornos más pobres y los niños de estatus o características específicas —como los refugiados, los desplazados internos y los niños indígenas, entre otros— siguen corriendo un mayor riesgo de sufrir violaciones graves». Además, se desglosan las graves vulneraciones en asesinatos y mutilaciones, reclutamiento y utilización de niños y niñas, secuestros, violaciones y otras formas de violencia sexual, ataques a escuelas y hospitales y denegación de acceso a la ayuda humanitaria⁸. Es aún más dramática la situación si tenemos en cuenta que los estudios sobre las experiencias reales muestran un aumento de estas vulneraciones masivas de derechos de la infancia⁹.

6. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Junio de 2022. <https://www.unicef.org/media/123041/file/25%20Years%20Children%20in%20Armed%20Conflict%20Spanish.pdf>
7. «En comparación, las niñas representaron una cuarta parte (26 %) de todos los niños y niñas víctimas, aunque esta cifra alcanzó el 98 % entre las niñas cuando se trata de violación y otras formas de violencia sexual».
8. En efecto, conviene no desviarnos de los datos de la realidad, así el Informe de la organización *Save the Children* que lleva como título *Alto a la guerra contra la niñez: Los niños y las niñas deben vivir en paz* de 2023, se destaca que «En 2022, unos 468 millones de niños y niñas —uno de cada seis— vivían en zonas de conflicto. Esta cifra ha ido aumentando de forma constante con el tiempo. En ese año, el aumento fue de un 2,8 % en comparación con el 2021» y que «En general, en 2022 se verificaron 27 638 violaciones graves contra niños y niñas: la cifra más alta desde que se inició la presentación de informes en 2005. Esta cifra se puede traducir en un promedio de 76 violaciones por día, y corresponde a un aumento del 13 % desde el 2021. Sin embargo, dada la subnotificación de casos, es probable que la cifra total sea mucho mayor».
9. Como explica PÉREZ VILLALOBOS, M. C., «Estudio Preliminar: Análisis multidisciplinar de la protección de la infancia en los conflictos armados, en PÉREZ VILLALOBOS, M.C. (Dir.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio multidisciplinar desde la perspectiva de los derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 22: «Las últimas décadas han supuesto un avance en la regulación, planes de acción, información y protocolos de actuación frente a estas situaciones. Se ha conseguido sistematizar las amenazas más importantes contra la infancia en los conflictos armados y se han regulado las formas de intervención para evitar, frenar y paliar estas situaciones. Sin embargo, la magnitud, la gravedad y la cantidad de niños sometidos a estas situaciones ha aumentado exponencialmente situándose en la cifra más elevada de los últimos años».

Son diversos los textos internacionales con eficacia jurídica que contemplan estas situaciones. El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, establece que «los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades». También la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el artículo 38, apartado tercero, que los Estados Parte se deben abstener de «reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Parte procurarán dar prioridad a los de más edad»¹⁰. Además, el artículo 3 del Convenio 182 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999, se refiere a la expresión «las peores formas de trabajo infantil» y en el apartado a) incluye: «todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados».

En la tipificación de los crímenes internacionales, el Estatuto de Roma, en concreto en el de genocidio, incluye el «traslado por la fuerza de niños del grupo (nacional, étnico, racial o religioso) a otro grupo». Entre los hechos que pueden ser considerados crímenes contra la humanidad está el tráfico de personas, en particular el de mujeres y niños. Entre los crímenes de guerra está el reclutamiento o alistamiento de niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

De hecho, en el Estatuto de Roma se pide que los Estados miembros tengan en cuenta la necesidad de que en la Corte Penal Internacional haya jueces especializados en violencia sobre los niños. Y se dispone que el Fiscal de la Corte nombre asesores jurídicos especialistas en temas como la violencia sexual, la violencia por razones de género o violencia contra los niños. También se establece, en el artículo 68 del Estatuto de Roma que la Corte esta-

10. Artículo 38 de la Convención de Derechos del Niño.

«1. Los Estados Parte se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Parte se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Parte procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Parte adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado».

blezca medidas de protección de la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos.

Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando este entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Por supuesto, estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con éstos.

También, como excepción al principio del carácter público de las audiencias, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de violencia sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo¹¹.

Particularmente importante es el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de niños en conflictos armados, de 25 de mayo de 2000 y con entrada en vigor el 12 de febrero de 2002 (Instrumento de ratificación BOE de 17 de abril de 2002)¹², que parte de las necesidades de protección especial de los menores de edad en estas circunstancias dramáticas, especialmente desfavorables para las niñas, los niños y los adolescentes¹³.

Los Estados miembros se comprometen a que ningún miembro de las fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en las hostilidades, y que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún

11. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

12. Vid. UNICEF, *Guía sobre el Protocolo Facultativo relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados*, 2004. <http://acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2007/5521.pdf> y GÓMEZ ISA, F., «La participación de los niños en los conflictos armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre Derechos del Niño, *Cuadernos Deusto sobre Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000. <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho10.pdf>

13. La Corte Constitucional Colombiana en su sentencia C-172, de 2004, afirmó: «[E]n situaciones de conflicto armado los niños y niñas resultan ser blanco de hostilidades y los efectos psicológicos y sociales son profundos. El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes a la confrontación armada vulnera sus derechos a la integridad personal, a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la expresión, a la educación, a la salud, a la familia y a la recreación, entre otros».

menor de 18 años. Se establece que los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años¹⁴.

Por su parte, se insta a que los Estados Parte adopten todas las medidas posibles para que las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades en contradicción con el Protocolo sean desmovilizadas o separadas del servicio de otro modo. De ser necesario, los Estados Parte prestarán a esas personas toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social (art. 6.3).

Se dispone asimismo que los Estados Parte cooperarán en la aplicación del Protocolo en particular en la prevención de cualquier actividad contraria al mismo y la rehabilitación y reintegración social de las personas que sean víctimas de actos contrarios al mismo. En las páginas que siguen deberemos enfocar nuestras reflexiones a la superación de estas enormes dificultades a través de instrumentos creativos que traten de asegurar un futuro en paz.

3. El postconflicto. Los dilemas de la justicia transicional

Más que la protección de los sujetos vulnerables en situaciones de grave conflicto, nos interesan las etapas posteriores en las que se plantean importantes disyuntivas en torno a las exigencias de justicia y las opciones que priorizan el pragmatismo. De este modo, la justicia transicional aparece como cauce pretendidamente equilibrado para superar el conflicto en el que deben concretarse los tiras y aflojas entre la justicia retributiva¹⁵ y la justicia restaurativa¹⁶.

14. Sobre el reclutamiento forzado de niños en Colombia, *vid.* el *Reporte sobre casos de reclutamiento conocidos por la Defensoría del Pueblo durante 2024*: <https://www.defensoria.gov.co/-/reporte-sobre-casos-de-reclutamiento-conocidos-por-la-defensor%C3%A1-del-pueblo-durante-2024> y, asimismo: el *Informe del Centro de Estudios sobre la Paz y la Seguridad. Reclutamiento de niños y niñas en Colombia*, elaborado en la Universidad Externado de Colombia en noviembre de 2024: https://www.uxternado.edu.co/wp-content/uploads/2024/11/Una-tragedia-que-no-cesa_Informe-completo.pdf

15. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la equiparación entre justicia penal ordinaria y la justicia retributiva no es correcta, *vid.* SEILS, P., «La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional», en ALMQVIST, J; ESPÓSITO, C. (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 30-32: «En términos empíricos, sabemos que los propósitos políticos de la justicia penal son mucho más complejos que la simple retribución. Es posible que la retribución sea un sentimiento muy fuerte para las víctimas o incluso para elementos más amplios de la sociedad, pero en términos de política estatal no es, claramente, sino un propósito más».

16. Las principales posiciones del debate las expresa en síntesis MORALES NIETO, J., *¿Qué es el postconflicto? Colombia después de la guerra*, Ediciones B, Bogotá, 2015: «Para unos,

Obviamente, la justicia transicional es un concepto amplio aplicable a circunstancias políticas y sociales bastante heterogéneas¹⁷, entre las que destacan los momentos posteriores a los conflictos armados. Las transiciones políticas son momentos de cambios más o menos radicales en sociedades complejas que plantean numerosas incógnitas y requieren delicados contrapesos, derivados de las particularidades específicas de cada caso¹⁸. Son diversas las modalidades que nos muestra la historia reciente para encauzar de manera formalizada estas necesidades de cambio, con consecuencias muy diversas.

Entre los diversos modelos comparados, que han ido perfeccionándose con el aprovechamiento de las experiencias ajenas, en ocasiones se han retomado algunos medios de resolución de conflictos que aparentan ser novedosos, pero que no son más que actualizaciones virtuosas de cauces antiguos. La necesidad de hablar, de ceder, de resarcir daños, entre componentes de grupos enfrentados, son exigencias elementales en la pacificación de conflictos de cualquier época.

postconflicto es seguir como estamos ahora, pero sin convivir con la lucha armada insurreccional cualquiera sea la suerte de las poblaciones víctimas y desmovilizadas. Para otros, postconflicto es un proceso de reparación de víctimas y reintegración de exmilitantes a la vida civil mediante inversiones de capital humano e infraestructura física para mejorar las condiciones de bienestar social de las poblaciones y territorios afectados por el conflicto armado y acelerar el crecimiento de la economía. Para un último grupo, digamos, más exigente, dentro del cual se encuentra el autor, postconflicto es una oportunidad que nos ofrece la historia a los colombianos para emprender una gran transformación social e institucional que deje atrás y para siempre un pasado trágico y doloroso de confrontación humana violenta y a la vez elimine las causas estructurales que originaron el conflicto armado y se corrijan sus nefastas consecuencias para así hacer irreversible y sostenido el proceso de reconciliación y transición hacia la paz».

17. Sobre las dificultades para encontrar ámbitos de consenso entre las posiciones liberal, social-demócrata y crítica sobre la justicia transicional, *vid.* OLÁSALO ALONSO, H., *Derecho Internacional Penal, justicia transicional y delitos transnacionales: Dilemas políticos y normativos*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 227-255: «Como las diferencias entre las posiciones liberal, social-demócrata y crítica sobre la justicia transicional son realmente importantes, se requiere de mucho diálogo y apertura para poder alcanzar un mínimo grado de consenso».
18. Como nos dice, GARCÍA RAMÍREZ, S., «Justicia transicional y jurisprudencia interamericana», en AGUDELO MEJÍA (Coord.), *Justicia transicional*, Universidad de Medellín, 2017, pp. 43-44: «Un juicio de mayor profundidad, atento a determinada experiencia nacional —no son pocos los escenarios en que ha aparecido y avanzado alguna expresión de justicia transicional— requiere, desde luego, un examen detallado y penetrante acerca de diversos extremos: las condiciones del conflicto interno —sea relevo democrático, sea contienda civil— en que se plantea la adopción de fórmulas de justicia diversas de las ordinarias, el debate internos en distintos foros —social, político, legislativo, nacional e internacional— y con la concurrencia de varias corrientes de opinión, la operación práctica de la justicia transicional, tomando en cuenta sus actores, escenarios y procedimientos, y los resultados de esta actuación —analizados en diversas etapas: corto, mediano y largo plazo— a la luz de los objetivos que se pretende alcanzar».

Las limitaciones de la realidad actúan como condiciones en la aplicación de los cauces de pretendidas reconciliaciones tras guerras civiles u otras convulsiones sociales y políticas en contextos determinados. No parece mala idea aplicar a estos escenarios flexibilizaciones jurídicas que favorezcan el objetivo perseguido: en la medida de lo posible, la pacificación real, y la consecución de suficientes garantías para evitar que vuelvan a repetirse las situaciones de vulneración masiva de derechos humanos.

Metodologías como las que agrupamos en torno al concepto de «justicia restaurativa» son especialmente importantes porque pueden ayudar a superar las dificultades que afronta la jurisdicción ordinaria para contribuir a la estabilización de estas intrincadas situaciones sociopolíticas, con una adecuada dosis de castigo, pero sobre todo con medidas tendentes a la pacificación a largo plazo¹⁹.

El punto de partida es una situación real de cambio en la que se pretende dejar atrás una situación de graves vulneraciones de derechos humanos, de violencia más o menos masiva, de cambio radical social y, sobre todo, político. El contexto es, por tanto, de transformación del orden social y político que exige a su vez la adopción de decisiones para afrontar lo ocurrido en el período anterior y encauzar la convivencia de un modo equilibrado en el futuro inmediato.

Más que tratar de equilibrar las tensiones entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa en las experiencias transicionales se trata de afrontar la espinosa realidad del postconflicto con un afán integrador de los valores de la justicia y de la paz, en un evidente contexto político, al que sin embargo hay que dar forma jurídica razonable²⁰. Pero ello no debe significar abandonar al arbitrio de los Estados la concreción de estos cauces jurídicos para evitar la impunidad y tratar de asegurar la pacificación en el futuro, pues existen parámetros internacionales bastante consolidados que suponen limitacio-

19. JOBSON, M.D., «Commentary on Transitional Justice after Transition», *Critical Perspectives in Transitional Justice*, (ED. N. Palmer, P. Clark and D. Granville), Intersentia, Cambridge, 2012, p. 489: «But the notion of historical justice that is needed to facilitate post-conflict transitions requires additional mechanisms to provide for the drawing of a clear line between the past and the future. These are the more unique tools of transitional justice -truth-telling opportunities for victims so that a more accurate historical record can be created, and decisions about how perpetrators will be dealt with so that some form of accounting for the crimes of the past can take place. To the present day, these processes have remained clearly separated- the one treated as a special quasi-judicial mechanism while the other is an example of the use of a normal justice mechanism to provide for a conventional understanding of justice, in which the establishment of the rule of law becomes the primary strategic objective».

20. BERNAL CUÉLLAR, J.; PARRA QUIJANO, J., y otros, *Reflexiones jurídicas sobre el proceso de paz*, ICDP – Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 19: «Un proceso político que tiene que ser concretado jurídicamente no puede ser comprendido de manera unilateral, totalitaria o maniquea».

nes ciertas a la discrecionalidad interna. En particular, respecto a los países comprometidos con el Estatuto de Roma, debe resaltarse la posibilidad de activar la jurisdicción de la Corte Internacional en los casos en que se descuide la suficiente exigencia de responsabilidades en el ámbito doméstico²¹.

El profesor colombiano Rodrigo UPRIMNY²², especialista destacado en esta materia, resalta justamente que «los procesos de justicia transicional enfrentan importantes dilemas, originados todos en la compleja necesidad de equilibrar los objetivos contrapuestos de justicia y paz» y añade que, en las últimas décadas, han ganado relevancia los imperativos jurídicos internacionales que garantizan la protección de los derechos de las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos ocurridas en las etapas previas a las transiciones, con el fin de evitar la repetición de tales hechos. Ciertamente estos derechos se materializan en el conocimiento de la verdad de los eventos, en la obtención de una reparación y en la judicialización de los responsables de los crímenes cometidos.

Pero es cierto que es preciso conjugar diversos elementos que no siempre operan en el mismo sentido; el objetivo de la pacificación complica la implementación de estos cauces y, como dice UPRIMNY, las necesidades de paz y reconciliación nacional, inherentes a los procesos transicionales, tienden a contradecir estos derechos. El origen político de las transformaciones derivadas de una situación transicional, fruto de negociaciones y cesiones, condiciona todos estos desarrollos y crea inevitables tensiones, que deben ser necesariamente encauzadas y limitadas para lograr por lo menos algunos de los objetivos planteados.

Así, numerosa doctrina, a partir de los diversos instrumentos supranacionales, constitucionales y legales, junto con las experiencias comparadas que se analizan en extensos estudios bibliográficos y en relevantes sentencias de tribunales supranacionales, se ha formado un amplio acervo que enmarca la senda del desarrollo normativo de las situaciones transicionales.

Los cauces procesales tradicionales, con todos sus defectos para afrontar toda la litigiosidad contemporánea, está claro que son insuficientes para encauzar enfrentar el monumental reto de la pacificación de conflictos tan graves. Pero eso no significa que deba rechazarse el ejercicio de la potestad jurisdiccional, porque entonces habría un riesgo muy evidente de caer en las impunidades. El objetivo de una paz estable y duradera debe evitar en todo

21. Vid. LOYO CABEZUDO, J., *Estudio de la justicia transicional desde el prisma del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Especial referencia a las cuestiones de admisibilidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

22. UPRIMNY YEPES, R., «¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia», en *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pp. 13-16. Vid. <https://www.dejusticia.org/publication/justicia-transicional-sin-transicion-verdad-justicia-y-reparacion-para-colombia/>

lo posible dejar resquicios que puedan suponer embriones de la reactivación del conflicto. Pero, como es evidente, la complejidad del reto es enorme: se trata de llevar a cabo la ardua tarea de conciliar la paz con un nivel razonable de justicia²³.

Por tanto, el proceso penal ordinario no puede ser excluido de manera absoluta en todos los casos, aunque con frecuencia se acompañe con la creación de órganos específicos, bien extrajurisdiccionales, bien propiamente jurisdiccionales, aunque conformando una jurisdicción especial, con un régimen jurídico, orgánico y procesal, propio, capaz de atender de manera equilibrada las necesidades de la transición, con los riesgos y oportunidades que ello conlleva. En esta jurisdicción especial, se prioriza habitualmente la concentración en los casos más graves y representativos, conforme a las prioridades establecidas, acumulando casos y organizando secuencias, al mismo tiempo que se adoptan criterios de selección y descongestión²⁴. El reconocimiento de los hechos desempeña un papel crucial para acceder a estas vías específicas de exigencia de responsabilidad en relación con las vulneraciones de derechos humanos con repercusiones políticas²⁵.

En situaciones de superación de conflictos armados a gran escala o de regímenes autoritarios o totalitarios que logran evolucionar hacia sistemas

23. UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano», en *¿Justicia transicional sin transición?...*, *Op. cit.*, pp. 11-44, traza unas clasificaciones útiles, dependiendo de las dosis de los diversos elementos que deben conjugarse en la justicia transicional: por un lado, distingue los procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición adoptada (perdones «amnésicos»; perdones «compensadores»; perdones «responsabilizantes» y transiciones punitivas), y por otro lado, según el procedimiento de la fórmula de transición adoptada (justicia impuesta, autoamnistías, perdones «recíprocos» y transiciones democráticamente legitimadas).
24. En Colombia es en el punto 5 del Acuerdo sobre las víctimas del conflicto, de los Acuerdos de Paz de La Habana entre Gobierno de la República de Colombia y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) de 24 de agosto de 2026, donde tiene su origen el llamado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición, integrado por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas Desaparecidas en el Contexto y en razón del Conflicto y la Jurisdicción Especial para la Paz. *Vid.* BERNAL CUÉLLAR, J.; PARRA QUIJANO, J., y otros, *Reflexiones jurídicas...*, *op. cit.*, pp. 162-222, y RUIZ RICO RUIZ, G.; SZEGEDY-MASZÁK, I., y PRIETO SANJUÁN, Rafael (Eds.), *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, Tirant lo Blanch, Valencia-Bogotá, 2018. *Vid.* asimismo: <https://www.comisiondelaverdad.co/acuerdo-final-para-la-terminacion-del-conflicto-y-la-construccion-de-una-paz-estable-y-duradera>
25. Para una completa apreciación de la concreción de la justicia transicional en el caso colombiano, especialmente a través de la creación de una compleja jurisdicción especial, *vid.* CASTRO CUENCA, C.G.; MARTÍNEZ VARGAS; J.R., QUIJANO ORTIZ, L., *Introducción a las Jurisdicción Especial para la Paz*, Universidad del Rosario – Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022. También RAMÍREZ BARBOSA, P.A., y MORENO SANJUÁN, M.A., (Dirs.), *Desafíos y avances de la implementación de la jurisdicción especial para la paz en Colombia*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2024.

más democráticos, surge, entre otras cuestiones, el tratamiento de las víctimas. Dada la evolución del Derecho Internacional Humanitario²⁶, con todas sus limitaciones, ya no parece viable aplicar modelos transicionales en los que las víctimas sean excluidas. Esta opción, por supuesto, no es cómoda ni está exenta de consecuencias. Una transición que busque enterrar los hechos en el olvido puede parecer tentadora, pero conlleva el riesgo de que el tiempo no cure las heridas, lo que podría generar reclamaciones de reparación que algunos considerarían tardías. Sin embargo, nos encontramos en un contexto en el que las víctimas deben ser escuchadas para consolidar el nuevo régimen político o la situación integradora que se proponga, sin que queden elementos conflictivos que puedan amenazar la convivencia lograda.

Es fundamental considerar las reclamaciones colectivas (*mass claims*) de víctimas de violaciones masivas de derechos humanos. Estas reclamaciones se caracterizan por dos elementos principales: en primer lugar, la evidente cantidad de reclamaciones involucradas, y, en segundo lugar, el hecho de que las demandas planteadas sean similares entre sí, lo que facilita un enjuiciamiento más eficiente que si se tramitara a través de procesos individuales. Por lo tanto, se trata de las características inherentes a los procesos colectivos²⁷.

Pero, como ya avanzaba, normalmente hay una pluralidad de cauces transicionales, sobre todo en las experiencias más recientes en que se combinan los mecanismos estrictamente jurisdiccionales, con otros mecanismos que, a través de otras vías, complementan las diversas necesidades de aplicar criterios de justicia a conflictos de gran escala²⁸. La dimensión colectiva, que la mayoría de los casos es inseparable de estos crímenes con dimensión internacional, se refleja en los diversos informes aprobados tras un largo proceso de reconstrucción, lo que también implica una forma de restaurar la memoria histórica como una satisfacción social después de largos periodos de dictadura, totalitarismo o graves conflictos internos.

4. Parámetros internacionales de la justicia transicional

Conviene recordar que, desde la perspectiva jurídica, tenemos ya ciertos parámetros, contruidos en diversas instancias, pero al más alto nivel —par-

26. RAMELLI ARTEAGA, A., *Derecho Internacional Humanitario y estado de beligerancia*, Universidad Externado de Colombia, 2.ª ed., 2004, y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., (Coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

27. Para mayores consideraciones, permítaseme remitirme a BUJOSA VADELL, L.M., «Víctima colectiva y postconflicto», *Revista Italo-española de Derecho Procesal*, vol. 1, 2018, pp. 89-108.

28. Vid. FREEMAN, M., *Truth Commissions an Procedural Fairness*, Cambridge University Press, New York, 2006, y IBÁÑEZ NAJAR, J.E., *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, Instituto Berg, Madrid, 2014.

tualmente en el ámbito de las Naciones Unidas— y, asimismo, a través de un amplio desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos parámetros pueden operar no sólo como límites de las experiencias transicionales, sino también como inspiradores del propio contenido de las medidas de transición.

La Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 2023²⁹ tuvo, como fruto principal, la Declaración y Programa de Acción de Viena³⁰, en que se manifestó la preocupación ante la impunidad de los responsables de la comisión de vulneraciones graves de los derechos humanos. En este contexto fue donde surgieron los llamados «cuatro pilares de la justicia transicional»³¹. El conocido como Informe Joinet sobre *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*³² configura una serie de principios básicos en esta materia, reiterados en diversas declaraciones oficiales posteriores de las Naciones Unidas³³:

1. El derecho a saber, en cuyo contenido se incluye, entre otros, «el derecho inalienable a la verdad».
2. El derecho a la justicia.
3. El derecho a obtener la reparación.
4. Las garantías de no repetición de las violaciones.

Para lo que más nos interesa, se detallan diversas medidas de reparación, en la línea que se recogen en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados, sin votos en contra, el 19 de abril de 2005 por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³⁴ y, finalmente, por la Asamblea General por consenso en 2006.

29. Vid. <https://www.ohchr.org/es/about-us/history/vienna-declaration>

30. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g93/142/36/pdf/g9314236.pdf>

31. Vid. más ampliamente, GARCÍA CASAS, M., *El Derecho internacional de la justicia transicional. La construcción del marco normativo de las transiciones*, Wolters Kluwer, 2022, pp. 138-145.

32. Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, de 2 de octubre de 1997: <https://docs.un.org/es/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1>

33. En particular la Resolución 60/147, que adopta los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, de 16 de diciembre de 2005. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>

34. Se trata del Anexo a la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/3 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4330.pdf>

En este documento se formula la obligación, para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario; se proclama que las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del Derecho internacional humanitario constituyen crímenes en virtud del Derecho internacional; se dispone la imprescriptibilidad de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del Derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del Derecho internacional, cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales³⁵. Se añaden disposiciones sobre el trato a las víctimas³⁶, se declara el derecho de las víctimas a disponer de recursos y al acceso a la justicia y se dispone que «Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario»³⁷. Se exige asimismo que los Estados garanticen el acceso a la información pertinente sobre violaciones y mecanismos de reparación y se formulan principios de no discriminación, de no restricción ni suspensión de la validez de cualquiera de los derechos u obligaciones dimanantes del Derecho interno y del Derecho internacional, así como el respeto a los derechos de otras perso-

35. BASSIOUNI, M.C., «International Recognition of Victims' Rights, *Human Rights Law Review*, 2006, vol. 6, núm. 2, p. 205, afirma que: «A significant gap exists between international human rights law and international criminal law. The parallel nature of these two bodies of law limits the reach of international criminal law to punish fundamental human rights violations. These rights generally remain without effective enforcement, except as provided for in the European Court of Human Rights (ECtHR) and the InterAmerican Court of Human Rights (IACtHR). If the concept of victims' redress continues to develop in a compartmentalised fashion with gaps and overlaps, victims' rights will never be effectively addressed.

36. A su vez, se incluye una definición del término «víctima:

«8. A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

9. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima».

37. Sin embargo, como comenta BASSIOUNI, Mc., «International Recognition.., *op. cit.*, p. 259: «Countries opposed specific wording that would create classes of victims, including the child victim, because of the financial and social implications. They did not want to be responsible for implementing specific measures for redress such as the hiring of legal advocates to represent the child.

nas, incluido el derecho de las personas acusadas a beneficiarse de las normas aplicables relativas a las garantías procesales.

Es importante añadir que la reparación plena y efectiva se concreta en cuatro formas:

- En **primer lugar**, la *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del Derecho internacional humanitario³⁸.
- En **segundo lugar**, la *indemnización* que ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del Derecho internacional humanitario.
- En **tercer lugar**, la *rehabilitación* se dice que ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.
- En **cuarto lugar**, la *satisfacción* ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, toda una serie de medidas que se especifican, como las que se dirigen a evitar que continúen las violaciones, la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas, disculpas públicas, ...
- Y, en **quinto lugar**, se establece la necesidad de *garantías de no repetición*, que han de incluir, entre otros, el control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; el fortalecimiento de la independencia judicial; o la promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales.

En 2007 se publicó el importante documento *Principios de Chicago de la Justicia Transicional*³⁹, que enmarcan los elementos esenciales de la justicia transicional:

38. Se añade que «La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes».

39. BASSIOUNI, M.C.; ROTHENBERG, D., *Facing atrocity: the importance of guiding principles on post-conflict justice*. The Chicago Principles of Post-Conflict Justice, International Human Rights Law Institute, 2007: «The Chicago Principles on Post-Conflict Justice present the search for accountability in the aftermath of conflict as a complex, multifaceted, interdisciplinary process that extends beyond a formal legalistic approach» (p. 3). https://law.depaul.edu/academics/centers-institutes-initiatives/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/chicago_principles.pdf

- Principio 1
 - Los Estados enjuiciarán a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho humanitario.
- Principio 2
 - Los Estados respetarán el derecho a la verdad y fomentarán las investigaciones formales de violaciones pasadas por parte de comisiones de la verdad u otros órganos.
- Principio 3
 - Los Estados reconocerán la condición especial de las víctimas, garantizarán el acceso a la justicia y desarrollarán recursos y reparaciones.
- Principio 4
 - Los Estados deberán aplicar políticas de investigación de antecedentes, sanciones y medidas administrativas.
- Principio 5
 - Los Estados deben apoyar los programas oficiales y las iniciativas populares para conmemorar a las víctimas, educar a la sociedad en relación con la violencia política del pasado y preservar la memoria histórica.
- Principio 6
 - Los Estados deben apoyar y respetar los enfoques tradicionales, indígenas y religiosos en relación con las violaciones del pasado.
- Principio 7
 - Los Estados deben emprender reformas institucionales para apoyar el Estado de Derecho, restablecer la confianza pública, promover los derechos fundamentales y apoyar la buena gobernanza.

Nos interesa especialmente el principio 3, en el que se alude más directamente a las víctimas y a la exigencia de imponer reparaciones. En concreto, se desmenuzan en el texto cuatro bloques de posibles reparaciones: restitución, compensación, rehabilitación y, conjuntamente, satisfacción y garantías de no repetición, con referencias importantes a las exigencias de proporcionalidad, a las reparaciones morales y a la emisión de disculpas como vía de fomento del entendimiento social, facilitación del proceso de reconstrucción nacional y favorecimiento del perdón de las víctimas y sus familias.

Por su parte, como señala GARCÍA RAMÍREZ⁴⁰, «(l)a jurisprudencia interamericana, emanada de la Corte de San José, ha abordado el problema y aportado respuestas en diversas sentencias, que formalizan una jurisprudencia muy apreciable, e incluso constante con respecto a varios puntos». Como

40. GARCÍA RAMÍREZ, S., «Justicia transicional y ...», *Op. cit.*, p. 46.

recuerda BASSIOUNI⁴¹, el caso pionero en este ámbito de la Corte Interamericana fue el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, donde se concluyó que las vulneraciones de derechos humanos fueron cometidas por personas vinculadas a las fuerzas armadas o que actuaban en cumplimiento de órdenes de las mismas. Pero han sido muchas las resoluciones en las que la Corte ha afrontado la problemática de la justicia transicional, respecto a países como Perú, Chile, Paraguay o Colombia, aplicando lo que se ha dado en llamar una «interpretación expansionista» del sistema de protección de los derechos humanos, incluso más allá de una aplicación estrictamente limitada a los extremos temporales de vigencia del Pacto de San José para cada Estado miembro implicado. La doctrina de la obligación de los Estados a investigar, perseguir y sancionar a los responsables de los abusos de derechos humanos ha sido considerada una de las principales aportaciones de la Corte a la justicia transicional⁴².

5. La infancia en la transición

Especialmente dramático resulta cuando las víctimas de los graves conflictos son niñas, niños y adolescentes, lo cual ocurre con mucha frecuencia. Las transiciones deben preocuparse también de los derechos de la niñez, con una mirada restaurativa y componedora.

Los derechos del menor son un aspecto esencial del marco internacional de justicia. Como afirmó la Corte Interamericana, en su sentencia del *Caso María y otros vs. Argentina*⁴³: «Si bien los niños, niñas y adolescentes cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos judiciales o administrativos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye el artículo 19, de forma en que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño, niña o adolescente. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreducible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos».

41. BASSIOUNI, M.C., «International Recognition...», *Op. cit.*, p. 226.

42. Así, GARCÍA CASAS, M., «El Derecho internacional...», *op. cit.*, p. 221, como derivación del derecho a un recurso judicial efectivo y al debido proceso. *Vid.* también SERSALE DE CERISANO, F., «Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 57, pp. 115-136.

43. Pár. 120. Sentencia de 22 de agosto de 2023. Fondo, Reparaciones y Costas.

Por su parte, en el *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*⁴⁴, la Corte interamericana determinó que «correspondía al Estado la protección de la población civil en el conflicto armado y especialmente de las niñas y los niños, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y riesgo de ver afectados sus derechos. Por el contrario, en el presente caso los agentes estatales actuaron totalmente al margen del ordenamiento jurídico, utilizando las estructuras e instalaciones del Estado para perpetrar la desaparición forzada de las niñas y los niños, a través del carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población considerados como subversivos o guerrilleros, o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno».

En muchos contextos, los menores han sido afectados de múltiples formas: desplazamiento forzado, muerte o desaparición de familiares, destrucción de su entorno comunitario, violencia sexual y género, instrumentalización para tareas logísticas o de inteligencia, y afectación a su acceso a la educación y salud. En estos casos, los niños no son solo víctimas directas, sino también víctimas estructurales de un entorno que ha erosionado las condiciones básicas para su desarrollo integral.

En el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, de 3 de junio de 2024⁴⁵, se afirma que durante el año anterior «la violencia contra los niños en los conflictos armados alcanzó niveles extremos, tras registrarse un impactante aumento del 21 % en las violaciones graves. Los niños se llevaron la peor parte de crisis que se multiplicaron y agravaron, marcadas por un desprecio absoluto de los derechos de la infancia, especialmente del derecho inherente a la vida. El número de muertes y mutilaciones aumentó en un alarmante 35 %».

En la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002⁴⁶, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana recuerda que «la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño». Conviene recordar, además, la Observación General núm. 14 (2014) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo). La centralidad de este concepto hace que sea considerado en ese documento como un derecho sustantivo, como un principio y como una norma de procedimiento⁴⁷.

44. Pár. 111. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Fondo, Reparaciones y Costas.

45. <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/unsecgen/2024/es/148091?prevPage=/es/node/148091>

46. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

47. <https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/crc/2013/es/95780>

El interés superior del menor debe aplicarse también a los contextos transicionales⁴⁸, con posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes puedan tener una participación en el ejercicio de sus derechos en las medidas de justicia restaurativa que se vayan aplicando, con la importante particularidad de que a través de ellos se puede encauzar una más efectiva restauración dado que los menores de hoy van a formar la comunidad de adultos del futuro próximo, por tanto las medidas que se apliquen, si son efectivas, lo van a poder ser durante más tiempo⁴⁹.

En este contexto, debe recordarse el artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño, cuando establece que «Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño»⁵⁰.

«Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales».

48. Vid. SALERNO, F., «El interés superior del niño en el derecho de los conflictos armados», en *Los conflictos armados y la protección de la infancia...*, Op. cit., pp. 71-97.

49. FAJARDO MAYO, M.A., y otras, «Más allá de la victimización de niñas y niños en contextos de conflicto armado: potenciales para la construcción de paz», *Universitas Psychologica*, vol. 17, núm. 1, 2018, pp. 8- que aluden a la socialización política y a la constitución de subjetividad de los niños, niñas y jóvenes, pero también al paso de la victimización a las potencias con importantes consecuencias para el futuro.

50. Es pertinente mencionar asimismo que la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en el apartado primero del artículo 1 dispone que «La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida».

6. Las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición y los niños, niñas y adolescentes

La presencia de menores en escenarios de conflicto armado no puede abordarse únicamente como una cuestión de seguridad o de orden público, sino como un problema de derechos humanos que requiere una respuesta jurídica diferenciada, integral y transformadora. La justicia transicional, en tanto instrumento normativo y político para la reparación de las víctimas y la reconstrucción de sociedades en paz, está llamada a incorporar esta perspectiva con urgencia y profundidad.

La participación efectiva de los menores en los procesos de justicia transicional representa uno de los principales desafíos tanto jurídicos como prácticos en escenarios postconflicto. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de todo niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, y a que sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta. Sin embargo, la concreción de este derecho en los mecanismos transicionales ha sido desigual y en muchos casos simbólica.

Es necesario el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, lo que implica tratarlos como ciudadanos con capacidad de emitir su opinión, proponer medidas restauradoras, e incluso participar activamente de medidas de satisfacción. En la mayoría de los casos, los procedimientos están diseñados para adultos y no consideran aspectos fundamentales como la adaptación del lenguaje, la confidencialidad, el acompañamiento psicosocial o la adecuación cultural. La falta de protocolos específicos para la participación infantil puede traducirse en una revictimización, o incluso en la exclusión de los niños de los espacios de verdad y justicia.

La participación infantil en la justicia transicional no solo tiene valor simbólico⁵¹, sino también jurídico y transformador. Incluir sus voces permite construir una verdad más completa y legítima, diseñar reparaciones acordes a sus experiencias y garantizar medidas de no repetición que respondan a sus realidades. Además, empodera a los menores como sujetos de derechos y fortalece su papel en la construcción de una paz duradera.

Para lograr una participación significativa se requiere un enfoque interseccional que considere factores como la edad, el género, el origen étnico o la discapacidad. También es crucial contar con marcos normativos claros, capacitación adecuada para los operadores de justicia y recursos institucionales suficientes. Solo así podrá asegurarse que los procesos transicionales no solo hablen de la infancia, sino también con la infancia.

51. El simbolismo en el ámbito de la justicia transicional y en la aplicación de los cauces restaurativos y de reparación integral debe ser tenido en cuenta. *Vid.* HOYLE, C., «Can International Justice Be Restorative Justice? The Role of Reparations», *Critical Perspectives...*, *op. cit.*, pp. 203-206.

Las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición son principios fundamentales en los procesos de justicia transicional y en la protección de los derechos humanos⁵². Estos principios buscan garantizar que las víctimas de violaciones graves de derechos humanos no solo obtengan justicia, sino también medidas para prevenir que esos crímenes se repitan⁵³. En el contexto de los niños, niñas y adolescentes, estos principios adquieren una relevancia aún mayor, debido a la vulnerabilidad específica que presentan estos grupos en situaciones de conflicto armado o violaciones graves de derechos humanos.

El derecho a la verdad⁵⁴ implica que las víctimas y sus familias, en este caso, los menores afectados, tengan acceso a la información sobre los crímenes cometidos en su contra, las circunstancias y los responsables. Esto es esencial para la recuperación emocional y social de los menores y para garantizar que se reconozcan las injusticias sufridas, especialmente cuando se trata de niños que pueden haber sido reclutados forzosamente o víctimas de violencia.

El derecho a la justicia busca que los responsables de violaciones graves de derechos humanos sean llevados ante la justicia. Para los niños y adolescentes, esto también implica que aquellos que hayan sido explotados, abusados o reclutados en conflictos armados no queden impunes. Las medidas judiciales deben estar adaptadas a su edad y necesidades, utilizando tribunales especializados y respetando sus derechos en todo momento.

El derecho a la reparación implica que las víctimas, en este caso, los niños y adolescentes, reciban medidas de reparación adecuadas, que pueden incluir

52. El artículo transitorio 66 de la Constitución Colombiana, introducido por el Acto Legislativo 1 de 2012, dispone en su primer párrafo: «Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo». <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Acto/1000074>

53. Como explica VARGAS ORTIZ, A., *El derecho fundamental a la reparación integral a las víctimas de homicidio en el conflicto armado interno colombiano*, Ed. Díké – Ed. USC, Medellín, 2021, p. 81: «... se asume la reconciliación como aquel proceso en el que las partes en conflicto llegan a un acuerdo basado en el respeto mutuo, la tolerancia y una visión complementaria de sociedad, pero sobre todo, esta se toma como el producto de una negociación vinculante entre las partes en el que el cumplimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación hace parte de la agenda de negociación que se desarrolla y consigue a partir de las reglas de la democracia participativa, representativa, pluralista y con enfoque de derechos».

54. LÓPEZ ULLA, J.M., *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 37-47, califica el derecho a la verdad como un concepto emergente. Sobre sus características *vid.* pp. 57-65.

compensación económica, rehabilitación, y otras formas de apoyo para su bienestar físico, emocional y psicológico. En el caso de menores de edad, la reparación debe tener un enfoque integral que también contemple su reintegración en la sociedad, garantizando su acceso a la educación, atención médica y apoyo psicosocial.

Las garantías de no repetición se refieren a las medidas tomadas para evitar que los crímenes o violaciones se repitan en el futuro. Para los niños y adolescentes, esto puede incluir reformas estructurales en las instituciones encargadas de su protección, como el sistema educativo, las fuerzas de seguridad, y las políticas de protección infantil. Además, es fundamental promover la sensibilización y educación sobre los derechos de los niños para prevenir futuras violaciones.

Es fundamental que estos principios se apliquen de manera adaptada a la situación específica de los menores, dado que su proceso de desarrollo y su vulnerabilidad requieren un enfoque especial en los mecanismos de justicia y reparación.

7. La infancia y la necesidad de una reparación integral

Uno de los principales desafíos en la justicia transicional es garantizar que el daño sufrido por los menores sea reconocido de forma integral, incluyendo las dimensiones física, psicológica, social y cultural. La reparación debe ir más allá de medidas económicas y contemplar programas de rehabilitación especializados, atención psicológica y reintegración social, acorde con los estándares internacionales⁵⁵.

La justicia transicional debe incorporar un enfoque interseccional que reconozca las diferencias entre niños y niñas⁵⁶, y las múltiples formas de discriminación que afectan a ciertos grupos, como pueblos indígenas, niños en situación de pobreza o con discapacidad. Las políticas deben adaptarse para responder a estas realidades específicas, evitando homogenizar la experiencia infantil.

55. Ciertamente, como señala ELSTER, J., *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz, Buenos Aires, 2006, p. 196: «La idea de deshacer los daños es extremadamente esquivia. Dado que la vida no cuenta con un botón de ‘deshacer’, se podría intentar volver al estado de cosas que imperaría en el presente de no haber ocurrido el daño en cuestión. Sin embargo, si lo pensamos bien, vemos que el criterio del estado final resulta inadecuado, dado que no toma en cuenta los daños que han tenido lugar entre la comisión del crimen y el presente».

56. Vid. BLANCO VIZARRETA, C., «El enfoque interseccional de la niña en los conflictos armados: Un balance en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Los conflictos armados y la protección de la infancia...*, op. cit, pp. 262-293.

La justicia restaurativa representa una vía fundamental para atender las necesidades de los menores, privilegiando su reparación y la reconstrucción de vínculos sociales. Sin embargo, su implementación debe garantizar protocolos que prevengan la revictimización, proporcionando espacios seguros, apoyo psicosocial y respeto por la autonomía de los menores. Se propone la reparación integral y transformadora desde el enfoque de la justicia restaurativa⁵⁷, que supone, entre otras, la vinculación de la comunidad y los victimarios a los procesos de reparación, permitiendo así la reconstrucción social de los territorios y la superación comunitaria de la vulnerabilidad.

El éxito de la protección infantil en justicia transicional depende de la capacidad institucional para diseñar y ejecutar políticas inclusivas, sostenibles y con recursos adecuados. Esto requiere formación especializada, coordinación interinstitucional y el compromiso de actores estatales y de la sociedad civil. Es necesario, además, asegurar que la participación de los menores sea auténtica y tenga impacto real en la toma de decisiones, fortaleciendo su agencia y promoviendo su empoderamiento como sujetos políticos y sociales.

La justicia transicional enfrenta el reto de garantizar una protección integral, diferenciada y efectiva de los menores de edad, reconociéndolos como sujetos plenos de derechos y actores fundamentales en la reconstrucción en el período de postconflicto. Aunque se han logrado avances normativos y prácticas innovadoras, persisten brechas importantes en la implementación y en el diseño de políticas sensibles a la infancia. Solo a través de un compromiso decidido con estos principios podrá avanzarse hacia procesos transicionales verdaderamente inclusivos y transformadores, que garanticen la justicia y la reparación para los menores afectados por la violencia y el conflicto.

8. Bibliografía

- BASSIOUNI, M.C.; ROTHENBERG, D.**, «Facing atrocity: the importance of guiding principles on post-conflict justice». *The Chicago Principles of Post-Conflict Justice*, International Human Rights Law Institute, 2007.
- BERNAL CUÉLLAR, J.; PARRA QUIJANO, J.**, y otros, *Reflexiones jurídicas sobre el proceso de paz*, ICDP – Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- CASTRO CUENCA, C.G.; MARTÍNEZ VARGAS; J.R., QUIJANO ORTIZ, L.**, *Introducción a las Jurisdicción Especial para la Paz*, Universidad del Rosario – Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022.

57. No es correcto, sin embargo, equiparar del todo la justicia transicional con la justicia restaurativa, *vid.* UPRIMNY YEPES, R.; SAFFON SANÍN, M.P., «Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades», *¿Justicia transicional...*, *op. cit.*, pp. 109-138.

- FAJARDO MAYO, M.A.**, y otras, «Más allá de la victimización de niñas y niños en contextos de conflicto armado: potenciales para la construcción de paz», *Universitas Psychologica*, vol. 17, núm. 1, 2018.
- FREEMAN, M.**, *Truth Commissions an Procedural Fairness*, Cambridge University Press, New York, 2006, y IBÁÑEZ NAJAR, J.E., *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, Instituto Berg, Madrid, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, S.**, «Justicia transicional y jurisprudencia interamericana», en AGUDELO MEJÍA (Coord.), *Justicia transicional*, Universidad de Medellín, 2017.
- GUERRA MORENO, D.**, y **CLAVIJO CÁCERES, D.**, *Reparación integral: la justicia restaurativa como tendencia de la reparación directa en Colombia*, Bogotá, 2015.
- JOBSON. M.D.**, «Commentary on Transitional Justice after Transition», *Critical Perspectives in Transitional Justice*, (ED. N. Palmer, P. Clark and D. Granville), Intersentia, Cambridge, 2012.
- LÓPEZ ULLA, J.M.**, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- LOYO CABEZUDO, J.**, *Estudio de la justicia transicional desde el prisma del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Especial referencia a las cuestiones de admisibilidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- MORALES NIETO, J.**, *¿Qué es el postconflicto? Colombia después de la guerra*, Ediciones B, Bogotá, 2015.
- OLÁSULO ALONSO, H.**, *Derecho Internacional Penal, justicia transicional y delitos transnacionales: Dilemas políticos y normativos*, Tirant lo Blanch, 2017.
- PÉREZ VILLALOBOS, M. C.**, «Estudio Preliminar: Análisis multidisciplinar de la protección de la infancia en los conflictos armados», en PÉREZ VILLALOBOS, M.C. (Dir.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio multidisciplinar desde la perspectiva de los derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- RAMELLI ARTEAGA, A.**, *Derecho Internacional Humanitario y estado de beligerancia*, Universidad Externado de Colombia, 2.ª ed., 2004, y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., (Coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- RAMÍREZ BARBOSA, P.A.**, y **MORENO SANJUÁN, M.A.**, (Dirs.), *Desafíos y avances de la implementación de la jurisdicción especial para la paz en Colombia*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2024.
- RUÍZ RICO RUÍZ, G.**; **SZEGEDY-MASZÁK, I.**, y **PRIETO SANJUÁN, R.** (Eds.), *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, Tirant lo Blanch, Valencia-Bogotá, 2018.

- SEILS, P.**, «La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional», en ALMQVIST, J; ESPÓSITO, C. (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.*
- SERSALE DE CERISANO, F.**, «Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 57.
- STEINBERG, L.**, «Should the Science of Adolescent Brain Development Inform Public Policy?», *Issues in Science and Technology*, Spring 2012.
- TEITEL, R. G.**, *Justicia transicional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.
- UPRIMNY YEPES, R.**, «¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia», en *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.

CAPÍTULO II

LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA NIÑAS Y MUJERES EN CONFLICTOS ARMADOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CPI

Lucana Estévez Mendoza

Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

1. Introducción

El 25 de noviembre es la fecha designada por Naciones Unidas para denunciar la violencia que se ejerce sobre las mujeres en todo el mundo, para reclamar políticas en todos los países para su erradicación y sensibilizar a la población a través de la celebración de actos conmemorativos de diversa índole¹.

La realidad refleja que la violencia contra las mujeres en general y las niñas en particular, a nivel nacional o internacional, constituye un problema actual, aunque no nuevo, en el que se debe seguir trabajando desde diversas perspectivas jurídicas, políticas, sociales y económicas, para tratar de prevenirlo, reprimirlo, eliminarlo y concienciar de su existencia. Si bien esto es una tarea que, en los Estados sociales y democráticos de Derecho, habitualmente en situación de paz, se realiza con mayores o menores tasas de éxito según el país al que se mire, sigue siendo una cuestión olvidada o imposible de ejercitar si trasladamos la mirada a Estados en que se dan situaciones de conflictos armados.

La propia naturaleza de un conflicto armado conlleva actos violentos, entendidos como actuaciones o manifestaciones realizadas con ímpetu y

1. NACIONES UNIDAS: «Antecedentes, *Día Internacional de la Violencia contra la Mujer. 25 de noviembre*, <https://www.un.org/es/observances/ending-violence-against-women-day/background>.

fuerza, incluso influenciadas por la ira. Si tenemos en cuenta que las filas de las partes en conflicto en estos contextos incluyen no solo varones, sino también féminas, y es así desde la antigüedad², los conflictos armados constituyen un escenario en que la posibilidad de que las mujeres sean objeto de actos de violencia genérica y/o sexual presenta unos niveles de riesgo altísimos, pues se trata de un colectivo especialmente vulnerable por las características innatas de su propio ser. Pero, es más, el riesgo de ser víctimas de estas conductas se incrementa cuando la vulnerabilidad es mayor, como es el caso de las menores de edad que se ven involucradas o participan directa o indirectamente en estas contiendas.

En 2022, se verificaron 27.180 violaciones graves en 24 situaciones de conflictos armados, de las que 18.890 afectaron a menores de edad, en concreto 4.638 a niñas y 783 a personas menores de sexo desconocido (el resto, 13.469 a niños), siendo las violaciones más graves cometidas contra ellos la matanza (2.985), la mutilación (5.655), el reclutamiento y utilización en el conflicto (7.622) y el secuestro (3.985). Además, 2.496 menores fueron detenidos por su vinculación real o presunta a grupos armados, aunque no se dispone de datos segregados por sexo³. En los últimos dos años, las cifras aumentan a niveles extremos y sin precedentes, siendo ejemplo de ello que, en 2023, el número de menores víctimas en 25 conflictos asciende a 22.557, siendo niños 15.847, niñas 6.252 y 458 de sexo desconocido⁴ y, en 2024, se verifican 41.370 incidentes en los que se detectan 22.495 menores sólo como víctimas directas⁵.

De ahí que la violencia sexual, que incluye violación, esclavitud sexual, matrimonio forzado o embarazo forzado⁶, sea considerada una de las violaciones más graves cometidas contra menores de edad en situaciones de conflicto armado según Naciones Unidas, junto con el reclutamiento o utilización como soldados de niños y niñas, la matanza o mutilación, los ataques

2. ESTÉVEZ MENDOZA, L.: «El uso de menores de edad en conflictos armados: Problemática derivada del reclutamiento a través de las tecnologías de la información, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* n.º 7, 2021, p. 2-3, <https://www.ejc-reeps.com/numeros-anteriores/numero-extraordinario-7-2021>
3. NACIONES UNIDAS, «Los niños y los conflictos armados, *Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad*, 5 de junio de 2023, p. 2, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/144/99/pdf/n2314499.pdf>
4. UNITED NATIONS: *Children and armed conflict Report of the Secretary-General*, General Assembly Security Council, A/78/842-S/2024/384, 3 June 2024, p. 2 <https://docs.un.org/en/S/2024/384>
5. NACIONES UNIDAS, «Récord de violaciones graves de los derechos de los niños en conflictos armados en 2024, *Noticias ONU*, 19 junio 2025, <https://news.un.org/es/story/2025/06/1539651>
6. ALCÁZAR ESCRIBANO, M.A., «El matrimonio forzado: violencia de género más allá del libre consentimiento, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25, febrero 2023, p.2, <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-02.pdf>

a las escuelas u hospitales, la denegación del acceso a la ayuda humanitaria y el secuestro⁷.

El especial interés que representa la protección de niñas en contextos de conflictos armados justifica el objetivo de este trabajo, que se centra en analizar alguna de la jurisprudencia más reciente de la Corte Penal Internacional (CPI) que se pronuncia sobre delitos de violencia sexual contra ellas. Para abordar este tema, el trabajo se estructura en diversas partes en las que se realiza, en primer lugar, una aproximación conceptual a algunos términos específicos del ámbito de estudio que se considera deben ser clarificados; en segundo lugar, una determinación de las conductas que, de acuerdo con el Estatuto de Roma podrían ser delitos con connotaciones de violencia sexual susceptibles de tener como víctimas a mujeres y niñas, con el fin de entender los comportamientos sobre los que se puede pronunciar la Corte; y, en tercer y último lugar, se abordan tres sentencias en que este tema es objeto de debate y pronunciamiento.

2. Algunos conceptos clave

«Para combatir un mal hace falta determinar, en primer lugar, su naturaleza y sus orígenes», sostenía Chevallier-Govers⁸, motivo por el cual abordar el objeto de estudio en este trabajo exige aclarar algunos conceptos y su alcance.

De forma genérica, un conflicto armado comprende cualquier disputa entre dos partes que conlleva la intervención de miembros de las fuerzas armadas de una o de ambas partes⁹. De forma más estricta, este mismo término es equivalente a la existencia de un enfrentamiento violento entre dos grupos humanos de tamaño masivo y que generalmente tendrá como resultado muertes y destrucción material.

De acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario reflejado en los Convenios de Ginebra de 1949¹⁰, se distinguen dos modalidades de conflictos armados: los internacionales y los no internacionales.

-
7. Vid. Con relación a la violencia sexual, concepto y tipos, MAZURANA, D. and CARLSON, K.: «The girl child and armed conflict: Recognizing and addressing grave violations of girls' human rights, United Nations Division for the Advancement of Women (DAW), EGM/DVGC/2006/EP.12, September 2006., p. 6-12.
 8. CHEVALLIER GOVERS, C. (1999). *De la Coopération à l'intégration policière dans l'Union Européenne*. Ed. Bruylant, Bruxelles, p. 88.
 9. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: ¿Cuál es la definición de «conflicto armado» según el derecho internacional humanitario?, *Documento de opinión*, marzo 2008, <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/es/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>
 10. Se trata de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; para aliviar la

Los primeros enfrentan a dos o más Estados entre sí, incluyendo los casos de guerra declarada o cualquier otro conflicto armado entre dos o más partes, aun cuando el Estado de guerra no sea reconocido por una de las partes.

Los segundos, también denominados guerras civiles, implican sólo a un actor estatal y suelen enfrentar a fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales, o sólo a estos grupos entre sí, lo que complica poder diferenciar estos conflictos de otras formas de violencia de menor intensidad que se susciten entre dichos actores. Con la intención de aclarar cuando se está ante un conflicto armado interno, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia dispone que deben cumplirse dos requisitos: existir un estado de violencia armada prolongada y que alguno de los grupos armados no estatales cuente con cierto nivel de organización para que se le pueda considerar parte en el conflicto de acuerdo con el Derecho internacional¹¹.

Ahora bien, ¿qué es un grupo armado? En Derecho Internacional no existe una definición única en este sentido, sino sólo una referencia a ellos en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y en el artículo 1 del Protocolo II adicional a éstos, pero sin que se aclare el concepto, que algunos consideran sinónimo de grupos insurgentes, grupos opositores armados, rebeldes, guerrillas o actores no estatales armados, términos que para otro sector doctrinal responde más a ciertas tipologías de grupos armados¹². Si facilita su conceptualización la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA)¹³, que los considera aquellos grupos que pueden emplear las armas en el uso de la fuerza para lograr objetivos políticos, ideológicos o económi-

suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra) y sus Protocolos adicionales (Protocolo adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 8 de junio de 1977; Protocolo adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977 y Protocolo adicional III relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional, de 8 de diciembre de 2005). Cfr. <https://www.icrc.org/es/derecho-y-politicas/los-convenios-de-ginebra-y-sus-comentarios#text944895> y <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/es/assets/files/publications/icrc-003-0321.pdf>

11. PINTO, M.: «La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia», en PABLO VALLADARES, G. (Coord.), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos n.º 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, p. 308. https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/es/assets/files/other/11_la_nocion_de_conflicto_armado.pdf
12. Vid. THOMPSON, P.G.: *Armed groups. The 21st century threat*, Rowman & Littlefield Publishers 2014, <https://archive.org/details/armedgroups21stc0000thom/page/n6/mode/1up>
13. NACIONES UNIDAS: *Humanitarian Negotiations with Armed Groups. A Manual for Practitioners*, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), 2006 <https://www.unocha.org/publications/report/world/humanitarian-negotiations-armed-groups-manual-practitioners>

cos, que no están dentro de las estructuras militares de los Estados, de alianzas estatales o de organizaciones intergubernamentales y tampoco están bajo el control del Estado en el que operan¹⁴.

Desde otra óptica, el artículo 4 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵, los define, por exclusión, como «grupos distintos a las fuerzas armadas de un Estado», siendo las fuerzas armadas «la institución militar de un Estado con base legal y apoyada por una infraestructura institucional (sueldos, prestaciones, servicios básicos, etcétera)»¹⁶.

En base a esta aproximación, diferenciar un grupo armado no organizado de uno organizado puede no resultar tampoco tarea sencilla, aunque para que se entienda como organizado la doctrina considera que será necesario contar con un nivel de organización suficiente para constituirse en parte en un conflicto armado, o lo que es igual, un cierto elemento de organización, aunque no concreta éste más allá de contar con un mando que ejerza cierta dirección¹⁷.

Es obvio que el vocablo mujer es un término relativo al ser humano de sexo femenino. Ahora bien, las féminas presentes en estos conflictos pueden ser niñas o adultas. En la sociedad internacional no existe consenso en cuanto al momento en que una niña pierde su condición de infante o adolescente para convertirse en adulta, pues hay diversos factores de biológicos, físicos, psíquicos e incluso culturales que pueden influir en esta diferenciación. A efectos de este trabajo, se entenderá que es niña la menor de 18 años, por ser esta la edad que marca la regla general de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (artículo 1) y la mayoría de edad a partir de la cual se puede exigir responsabilidad penal ante el órgano cuyas sentencias se van a estudiar, según dispone el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 (artículo 26). *A sensu contrario*, se considerará adulta a aquella mujer de más de 18 años.

Un concepto que un escenario como el que se toma de referencia no puede pasarse por alto es el de niña soldado, con el que se alude a toda «persona menor de 18 años, que forma parte de cualquier tipo de fuerza o grupo armado

14. ÍÑIGO ÁLVAREZ, L.: «Los grupos armados ante el Derecho Internacional contemporáneo. Obligaciones y Responsabilidad», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 31, 2016 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5626663.pdf>

15. NACIONES UNIDAS: *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, de 25 de mayo de 2000. Asamblea General, Resolución A/RES/54/263, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-involvement-children>

16. ACNUR: «Reclutamiento de niños y niñas», *Nota informativa sobre protección infantil*, septiembre 2013, <https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/acnur/2013/es/95989>

17. KLEFFNER, J.K.: «La aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los grupos armados organizados», *International Review of the Red Cross* n.º 882, junio 2011, https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-882-kleffner_0.pdf

regular o irregular en cualquier función distinta a la de ser únicamente miembro de la familia», según se desprende de los Principios de Ciudad del Cabo de 1997 y de los Principios de París de 2007. El concepto, por tanto, incluye las niñas (y niños) utilizados como combatientes, cocineros, portadores, espías, operadores de radio, reclutadores, traductores, recolectores de agua o leña, tareas propias de las mujeres como lavar la ropa, cuidar de los niños de los combatientes, enfermeras, parteras, asistentes médicas, encargadas de la tesorería o con fines sexuales, sin que sea ésta una lista de funciones limitadas, sino ejemplificadora¹⁸. Conviene recordar que esta edad se rebaja a los 15 años para prohibir el reclutamiento y/o adiestramiento en conflictos armados regionales o de carácter interno, de acuerdo con el Protocolo II de la Convención de Ginebra¹⁹. Por otro lado, se debe destacar que, a pesar de la existencia de estas niñas en los conflictos, las normas de *soft law* se refieren, de manera general, al niño, sin hacer distinción de sexo.

En cuanto a la violencia sexual, la Organización Mundial de la Salud la define como «todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo»²⁰. En este sentido, se aclara que por coacción se puede entender el uso de grados diversos de fuerza, la intimidación psicológica, la extorsión o las amenazas, entre otras conductas.

Si se relaciona esta conceptualización con la esencia de la violencia, que implica uso de fuerza, también encaja en la violencia sexual la actuación consistente en forzar físicamente a una mujer a tener relaciones sexuales contra su voluntad, en mantener relaciones sexuales contra su voluntad por temor a lo que le pudiera hacerle su pareja, entendida ésta en sentido amplio, y ser obligada a realizar un acto sexual que considere degradante o humillante²¹.

18. UNICEF: «Funciones y responsabilidades de las niñas, en *Niñas asociadas a fuerzas y grupos armados: Lecciones aprendidas y buenas prácticas para la prevención del reclutamiento y la utilización, la liberación y la reintegración*, Diciembre 2020, p. 8 <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/unicef/2020/es/148820> y DUBE, D.: *Invisible survivors girls in armed groups in the Democratic Republic of Congo from 2009 to 2015*, Monusco, 2015, p. 18 y 21.
19. AGUADO MAÑAS, M.I., «El drama de los niños soldado: la protección de la infancia en los conflictos armados, *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, n.º 37. 2017, p.26, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6556437.pdf>
20. OMS: *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres*, Washington, DC : OPS, 2013. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf
21. GARCÍA-MORENO, C. et al.: *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer: primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia*. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2005.

El mero sentido común permite imaginar, sin mucha dificultad, que, en contextos de conflictos armados, las féminas son, al menos potencialmente, víctimas de este tipo de conductas, bien porque tales comportamientos formen parte de la estrategia o actuación bélica de los combatientes, bien porque sean éstos a título individual quienes las lleven a la práctica, durante la actuación bélica o tras ella, a modo de desahogo, empleando para ello a las niñas y mujeres del grupo o a las que se han visto incluidas en él de manera forzosa.

3. Delitos que la CPI prevé con relación a niñas y mujeres en conflictos bélicos

La Corte Penal Internacional, de carácter permanente, constituida por el Estatuto de Roma de 1998, en vigor desde 2002, tiene competencia para procesar a las personas responsables de los crímenes más graves de trascendencia internacional cometidos bajo el Derecho internacional, con el fin de evitar su impunidad (artículo 1). Estos crímenes básicos o clave (*International Core Crimes* –ICC–, en terminología anglosajona) son los enumerados en el artículo 5 del Estatuto: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

Entre las conductas tipificadas bajo estas denominaciones hay algunas que hacen pensar de manera específica en víctimas mujeres, con independencia de su edad, y que implican, por sí mismas o por sus efectos o medio de comisión violencia sexual contra ellas. Por orden de regulación en la normativa de la Corte, son las siguientes.

- Delitos de lesa humanidad, esto es actos parte de un ataque generalizado o sistemático contra población civil y con conocimiento de dicho ataque, en concreto los consistentes en:
 - Por un lado, la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable (artículo 7. 1.º letra g) y el embarazo forzado entendido como el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional (artículo 7. 2.º letra f).
 - Por otro lado, la esclavitud, en tanto que sinónimo de ejercitar los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños (artículo 7. 2.º letra c).
- Crímenes de guerra, específicamente al perpetrar violaciones graves de las leyes y usos aplicables tanto en los conflictos armados internacionales (artículo 8. 2.º letra b) como en los de índole no internacio-

nal (artículo 8. 2.º letra e), consistentes en cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual (párrafo XXII y VI respectivamente). En caso de conflictos armados no internacionales, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a personas que no participen directamente en las hostilidades (artículo 8. 2.º c), prevé conductas de carácter más general, como los atentados contra la vida y la integridad corporal, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios (apartado a de este artículo 3) y los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes (apartado c), pero entre los que encajan los de naturaleza sexual.

4. Jurisprudencia relevante de la CPI con pronunciamientos sobre violencia sexual

El hecho de que se cometa alguno de los crímenes internacionales que implican violencia sexual sobre la mujer, no supone una actuación inmediata por parte de la CPI, ya que, en base al principio de complementariedad²², ésta carece de potestad de oficio para investigarlos y juzgarlos. Su intervención depende de los Estados, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o de la opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares respecto a la propuesta del Fiscal (artículos 13 y 15 del Estatuto de Roma). De ahí que, ante un delito de las características descritas, es posible que el mismo sea finalmente estudiado y enjuiciado por la CPI, pero también que quede bajo la responsabilidad de los sistemas jurisdiccionales de los Estados parte competentes en el caso concreto.

En los asuntos que han llegado a ser conocidos por la CPI, destacan tres de la última década en que, juzgando a autores sospechosos de haber cometido algunos de los crímenes internacionales más graves, se encuentran pronunciamientos relevantes sobre violencia sexual contra mujeres y niñas soldados, en contextos de conflictos armados.

4.1. Caso Lubanga: 2012

Thomas Lubanga Dylo fue el líder de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC), brazo armado de la Unión de Patriotas Congoleños (UPC), presuntamente fundada y presidida por él. Su caso llega a la CPI

22. ICC: *Política relativa a los niños*, The Office of the Prosecutor, noviembre de 2016, p. 29 párrafo 56.

para que se le juzgue por los hechos cometidos entre septiembre de 2002 y agosto de 2003, en el marco del conflicto armado no internacional que tuvo lugar en Ituri (República Democrática del Congo)²³.

El proceso seguido contra él fue largo, la fase de vista duró 204 días y en ella comparecieron 67 testigos, de los cuales, 36 fueron presentados por la acusación, además de 3 expertos citados por la Fiscalía, 24 fueron llamados por la defensa, 3 fueron convocados por los representantes legales de las víctimas participantes en el proceso y 4 expertos fueron llamados por la sala de la CPI. Del total de 129 víctimas autorizadas, representadas por dos equipos legales, 34 eran mujeres²⁴.

La sentencia que lo resuelve, de 10 de julio de 2012 (confirmada por la sala de apelación el 1 de diciembre de 2014), fue la primera sentencia condenatoria dictada en la historia de la CPI y lo hace por crímenes de guerra consistentes en reclutar, alistar o utilizar niñas y niños soldados menores de 15 años para su participación activa en las hostilidades y secuestro masivo de niños, imponiendo un total de 14 años de prisión al acusado. Si bien se habían denunciado otros crímenes, incluidos los de violencia sexual contra niñas secuestradas, niñas soldado entre ellas, y otros civiles²⁵, sobre ellos el fiscal de la CPI no actuó, a pesar de que parecía que habían tenido lugar²⁶, lo que fue objeto de críticas por sectores feministas²⁷.

Así, el tratamiento jurídico de los actos de violencia sexual cometidos durante el conflicto armado en Ituri se convirtió en una de las cuestiones más controvertidas que la Sala de Primera Instancia de la CPI tuvo que resolver. Dado que la estrategia de la Fiscalía se centró en el reclutamiento, alistamiento y uso de menores en las hostilidades, la existencia de crímenes sexuales no se incluyó en la acusación de manera específica, aunque posteriormente, durante el juicio oral, ésta trató de demostrar que se habían cometido. Pronunciarse al respecto de manera autónoma resultaba imposible, pues no existía base para ello, de manera que la mayoría de la sala decidió no pronunciarse sobre la violencia sexual, para hacerlo había que plantearse si cabía o

23. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>

24. ICC: Case Information Sheet, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, ICC-PIDS-CIS-DRC-01-07/21_Eng, July 2021, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo - Case Information Sheet*.

25. MEROPE, S., «Recharacterizing the Lubanga case: regulation 55 and the consequences for gender justice at the ICC», *Criminal Law Forum*, vol. 2, n.º 3, 2011, p. 314-315.

26. Así se recoge en AMNISTIA INTERNACIONAL: Sentencia histórica de la CPI sobre el uso de niños soldado, 14 de marzo de 2012, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/sentencia-historica-de-la-cpi-sobre-el-uso-de-ninos-soldado/>

27. ENGLE, E.A.: «The International Criminal Court and Lubanga: the Feminist Critique and Jus Cogens», *Bocconi Legal Papers, Rivista giuridica edita dagli studenti della Bocconi School of Law*, November 2013, p. 7.

no en el concepto de participación activa en las hostilidades que sustentaba la acusación de la fiscalía.

En tanto que en una opinión disidente la jueza Elizabeth Odio Benito consideró los actos de violencia sexual como constitutivos del crimen de utilización activa de menores en las hostilidades, aquí radica la relevancia del caso Lubanga para este trabajo²⁸. Por ello, se hace necesario analizar la polémica planteada, que gira en torno a si era válida una interpretación amplia de lo que supone la participación activa en las hostilidades, que podría incluir la violencia sexual²⁹, con el añadido de que tal decisión podría suponer el riesgo de pérdida de protección del sujeto que llevara a cabo la conducta activa al amparo del principio de distinción entre combatientes y civiles del Derecho internacional humanitario³⁰. En este sentido, se hace obligatorio aclarar que las niñas suelen participar directamente en las hostilidades con funciones de combate y, de manera indirecta, a través de funciones de apoyo³¹ y con fines sexuales «que reflejan los roles de género y el modo en que se valoriza o desvaloriza a las mujeres»³². Si bien es cierto que «activa» y «directa», con relación a una participación en un conflicto armado se suelen emplear como sinónimos, el Derecho internacional humanitario únicamente alude a la participación activa.

Hasta este momento, la doctrina considera que en conflictos armados no internacionales, como el del contexto del caso Lubanga, quienes solo apoyan o acompañan a las combatientes, sin que su función los involucre de modo directo en las hostilidades, deben ser considerados personas protegidas, quizás los niños y niñas soldado que integran el grupo para ser sometidos a fines sexuales, mientras que quienes son reclutados, entrenados y equipados para dirigir o participar en las hostilidades, incluso cuando no hayan llevado a cabo ningún acto hostil, serían participantes directos y, por ello, perderían su protección³³.

28. Vid. ICC: Trial Chamber. Judgement pursuant to article 74 of the Statute. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito, p. 608, párrafo 21, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF

29. DIAS, L.: «Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución», *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, p. 4-7.

30. Vid. OLASOLO A., H., *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados en situación de combate*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 35.

31. ENGLE, E.A.: «The International Criminal... cit. p. 15-16.

32. UNICEF: «Funciones y responsabilidades de las niñas, en *Niñas asociadas a fuerzas y grupos armados: Lecciones aprendidas y buenas prácticas para la prevención del reclutamiento y la utilización, la liberación y la reintegración*, p. 8.

33. MELZER, N., *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross (ICRC), mayo 2009, p. 44-46 y . 69-73, <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>

El resultado de la sentencia fue que se admitió solo parcialmente esa conceptualización amplia de participación activa³⁴, al establecer que para determinar su alcance se debe tener en cuenta:

- Que la realización de una valoración del riesgo que la participación activa implica no es una cuestión de Derecho Internacional.
- Si existe una relación de actividades que puedan considerarse de participación activa en las hostilidades.
- Que cuanto más alto sea el riesgo para los intereses del menor, se presupone una relación más directa y cercana entre las actividades realizadas por los niños y las hostilidades.

Con ello, esta resolución conlleva el establecimiento de una lista de conductas que, a los ojos de la CPI, suponen una participación activa en las hostilidades, remitiendo para ello al artículo 4.3.c del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, en las que no se incluye la violencia sexual. Además, supone la constatación de que elevar el estándar de protección en general de los niños, en particular de manera indirecta de las niñas, bajo el paraguas del Derecho penal internacional, no debe suponer necesariamente una disminución del estándar de protección para las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario.

Este criterio corría el riesgo de quebrar ante la interpretación de la jueza Odio Benito, para quien la violencia sexual encajaba en la participación activa en las hostilidades dado que las niñas utilizadas como esclavas sexuales, a su parecer, proveían un apoyo esencial al grupo armado (párrafo 21 de su opinión disidente), si bien entiendo que se podría tratar de salvar en base a la consideración de que al analizar la existencia de actividades de apoyo del menor al grupo que generen su exposición a un peligro real era necesario tener en cuenta que su uso como esclavas sexuales les causaba un daño irreparable como consecuencia directa e inherente de su involucramiento con el grupo. Además, resulta en mi opinión difícil de sostener que el acto sexual al que se ve sometida la niña sea una participación, directa y activa, en las hostilidades, a pesar de que en este voto particular se afirme que debe calificarse como participación activa el apoyo a los combatientes a través del uso de los cuerpos de los menores con el fin de realizar actos de violencia sexual (párrafo 18).

A la luz del debate generado en este caso, hay que ser conscientes de que una interpretación amplia de participación activa, que incluya a las mujeres objeto de violencia sexual, genera el riesgo de flexibilizar un concepto que debe ser entendido en sentido estricto³⁵ para poder velar por la protección

34. REYES MÉNDEZ, V.: «Los niños y las niñas en la guerra: Respuestas desde el Derecho Internacional frente a los crímenes de reclutamiento de niñas y niños soldados y violencia sexual, *Revista Ius et Veritas*, n.º 55, diciembre 2017, p.52.

35. DIAS, L.: «Violencia sexual ... *cit.* p. 120.

de los menores frente a actos de violencia cometidos por los grupos armados, para que éstos no pierdan la protección en el momento que más la necesitan, que es precisamente mientras duran las hostilidades.

En definitiva, a pesar de las críticas feministas que sostienen que Lubanga parece ignorar el género, comparto la opinión de quienes sostienen que «en lugar de una negación de justicia para las mujeres, Lubanga sienta las bases para futuras victorias legales feministas»³⁶, por cuanto permitirá incluir en las prohibiciones de *ius cogens* conductas como la violación en tiempos de guerra, la prostitución forzada y el uso de niños como soldados.

4.2. Caso Ntaganda: 2019

Bosco Ntaganda era el segundo mando de Thomas Lubanga, pertenecía pues también al Grupo armado Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo (FPLC). Los motivos que le llevan ante la CPI son los hechos acontecidos entre agosto de 2002 y diciembre de 2003, en el contexto del conflicto armado no internacional de Ituri (República Democrática del Congo)³⁷.

Su proceso supuso 248 días de vista, en la que intervinieron 105 personas entre testigos y expertos, por parte de la acusación 80, de la defensa 19 y en representación de las víctimas 3 iniciales más 5 adicionales³⁸, ascendiendo el número de víctimas total autorizadas a participar a 2.129. Todo ello supuso un expediente con 69.000 páginas de pruebas³⁹.

La sentencia de 7 de noviembre de 2019 (confirmada por la Sala de apelaciones el 30 de marzo de 2021) condena a Ntaganda por 18 cargos distintos, 13 de ellos por crímenes de guerra y 5 por delitos de lesa humanidad, a un total de 30 años de prisión.

Entre las conductas consideradas crímenes de guerra, se le condena expresamente por violación y esclavitud sexual de niños y niñas soldados, así como por violación y esclavitud sexual de mujeres civiles, además de por otros comportamientos como alistar y reclutar menores de 15 años, usar a tales menores haciéndoles participar activamente en las hostilidades, asesinatos, ataques contra la población civil, saqueo, transferencia forzada de población, ataque contra objetos protegidos, destrucción de la propiedad y destrucción de la propiedad enemiga.

36. ENGLE, E.A.: «The International Criminal... cit. p. 19.

37. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, <https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda#icc-timeline>

38. Summary of Trial Chamber VI's sentencing judgment in the case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, issued on 7 November 2019, párrafo 5.

39. ICC: Case Information Sheet, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, ICC-PIDS-CIS-DRC-02-019/23_Eng, July 2023, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-08/NtagandaEng.pdf>

Por ilícitos de lesa humanidad, le consideran culpable también de esclavitud sexual y violación de mujeres, además de por asesinato, persecución y transferencia forzada de población.

Teniendo en cuenta las diferentes consideraciones fácticas relativas a los dos tipos de víctimas, la Sala de la CPI analizó ambos tipos de víctimas por separado y dictó sentencia en base a esa diferenciación, condenando por violación y esclavitud sexual como crímenes de guerra para las víctimas civiles y para las víctimas soldados, esto es, pertenecientes a la UPC/FPLC.

Se trata de una sentencia en la que, por primera vez, la CPI condena a alguien por usar esclavas sexuales⁴⁰, además de admitir que las niñas soldado, así como los varones, pueden ser víctimas de los crímenes de guerra de violencia sexual y basados en género cometidos por sus propias fuerzas armadas, es decir, intrafilas.

La polémica de interés para este estudio que se suscitaba en este caso era precisamente si el crimen de guerra de violencia sexual intrafilas era competencia de la CPI. La Fiscalía consideraba que sí, que las niñas incorporadas a las filas del grupo armado, en ocasiones no por fuerza física, sino por la fuerza del entorno o las circunstancias personales, familiares y sociales en que se encontraban requerían que se les aplicara el sistema de protección especial que les corresponde conforme al Derecho Internacional Humanitario y que ese amparo debía dispensárseles a pesar de que ellas hubieran participado activamente en hostilidades. Entendía que protegerlas solo cuando los hechos fueran cometidos por integrantes de grupos armados distintos a aquel al ellas que pertenecen (protección *ad extra* o extrafilas) es sostener una interpretación limitada de la protección, no posible dada la especialidad requerida por la vulnerabilidad intrínseca que conlleva el hecho de ser niñas, de necesaria dispensa según el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y el artículo 4 del Protocolo Adicional II.

La defensa de Ntaganda, en cambio, sostenía la postura contraria, alegaba que solo podría juzgarse en base al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho interno congolés, dado que el Derecho Internacional Humanitario no pretende proteger a los combatientes de delitos cometidos por otros combatientes de su mismo grupo. La clave de su razonamiento, incluso en fase de apelación, se basaba, además, en que la pertenencia de las niñas al grupo armado resultaba incompatible con no participar activa-

40. En concreto, se consideró a Ntaganda responsable como coautor indirecto del delito de esclavitud sexual respecto de una mujer y de una niña de 11 años en Kobu y Buli, en el contexto de la Segunda Operación por la que se le juzgaba y de dos niñas menores de 15 años miembros de su grupo armado. Pero, es más, según la sentencia, el número de víctimas civiles de violación fue considerable («substancial, en la terminología inglesa original), mientras que el número de mujeres menores de 15 años víctimas de la UPC/FPLC fue menor, aunque sus violaciones fueron sistemáticas y, en el caso de las víctimas de la UPC/FPLC sometidas a esclavitud sexual, la privación de libertad duró más que la de las víctimas civiles. Vid. ICC: *Summary of Trial Chamber VI's... cit.* párrafos 24, 25 y 27.

mente, es decir, sostenía que esa inclusión dentro del grupo las hacía partícipes de sus actividades, considerándolas en lugar de víctimas, victimarias.

La CPI resuelve el interrogante competencial con lo que, a mi entender, se puede considerar una decisión excesivamente prudente, al determinar que las niñas susceptibles de ser amparadas por la protección especial del Derecho Internacional Humanitario perdían tal derecho si participaban activamente en las hostilidades, me atrevería a añadir que, en perspectiva procesal sería así si tal participación era demostrada. No obstante, la CPI matiza su postura al aclarar que no perdían la protección vinculada en el momento en que eran abusadas sexualmente, o, en otras palabras, que durante el tiempo exacto que duraba el abuso sexual, con independencia de que tuviera un carácter más o menos violento, no se encontraban participando activamente en ninguna hostilidad, algo que además la lógica nos demuestra absolutamente imposible.

A pesar de la tibieza de la decisión, en ella se aprecia, en primer lugar, que la CPI trata, de esta forma, de dar una respuesta contundente, desde el Derecho penal internacional, para dispensar protección a las niñas soldado frente a los riesgos de violencia sexual que por su reclutamiento se ciernen sobre ellas. Además, como se ha indicado, se admite la existencia de delito cuando los comportamientos de violencia sexual, entendida en sentido amplio, se comenten dentro del grupo armado, por militantes del propio grupo, dando cabida así a la competencia de la Corte para juzgar estos delitos cuando son perpetrados *ad intra* del grupo armado. En concreto la sentencia indica que era una práctica común que las mujeres miembros del grupo armado, en este caso UPC/FPLC, fueran violadas y sometidas a otras formas de violencia sexual durante su servicio⁴¹. Consecuencia de ello, las niñas y mujeres objeto de tales violaciones, soldados o no, entran dentro del plan de reparación de la CPI y del Fondo Fiduciario de Beneficio a las Víctimas.

Esta sentencia resulta particularmente relevante porque la violencia sexual intrafilas ha sido ignorada históricamente a pesar de su prevalencia en múltiples conflictos armados alrededor del mundo.

4.3. Caso Ongwen: 2021

Dominic Ongwen es miembro del Ejército de Resistencia del Señor (*Lord's Resistance Army* –LRA–), comandante de la Brigada Sinia y presenta la peculiaridad de que durante su infancia fue niño soldado reclutado por grupos armados. Los hechos que justifican la apertura de este caso contra él⁴²,

41. ICC: Summary of Trial Chamber VI's judgment in the case of *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, issued 8 July 2019, párrafo 30.

42. ICC: Case Information Sheet, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, ICC-PIDS-CIS-UGA-02-020/21_Eng, 4 February 2021.

en su edad adulta, se sitúan temporalmente entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre 2005, período en que llevó a cabo una rebelión armada contra el gobierno de Uganda y, en particular, contra la población civil y, espacialmente en el Norte de Uganda (zona septentrional). Se trata de ataques contra campamentos de desplazados internos (*IDP Camps*), en concreto en cuatro de ellos⁴³:

El ataque al campamento de Pajule, el 10 de octubre de 2003, en el que se constató el secuestro de 7 menores de 15 años, 4 de ellas niñas, de las cuales, las más jóvenes fueron destinadas a desempeñar el rol de «*ting-tings*» (sirvientes domésticas) y las menos jóvenes a ser esposas («*wifes*») de los miembros del grupo armado atacante⁴⁴. También se acredita la participación de menores de 15 años en las hostilidades.

El dirigido contra el campamento de Odek, el 29 de abril de 2004, en que se contó con la participación de mujeres y niñas en un asalto que concluye con el secuestro de menores de 15 años, en concreto de 11 y 12 años, aunque no se concreta su sexo, que fueron obligados a desempeñar, dentro del grupo armado liderado por Ongwen, tareas diversas susceptibles de dar lugar a considerarlas reflejo de una participación activa en las hostilidades, entendida ésta en sentido amplio⁴⁵. Además, fruto de esta incursión, una de las niñas (*Ajok*, según el párrafo 38 del resumen del veredicto) es convertida en esposa de uno de los combatientes.

La irrupción en el campamento de Ludoki, el 19 de mayo de 2004, donde con participación de menores de 15 años, se secuestró a 29 civiles, de los cuales parece ser que 17 eran de sexo femenino, siendo las niñas mantenidas en las filas del grupo armado, según se desprende del párrafo 54 del resumen del veredicto.

Similar es la ocupación de Abok, el 8 de junio de 2004, en tanto que también tuvo como resultado el secuestro de 6 mujeres de un total de 14 personas, contando en la actuación con la participación de menores de 15 años (párrafo 71 del resumen del veredicto).

Investigar y juzgar a una persona por tales actuaciones requiere tiempo, motivo por el que el juicio duró 5 años, celebrándose 234 días de vista en los que participaron 179 testigos y otros expertos, de los cuales 109 pertenecían a la acusación, 63 a la defensa y 7 eran representantes de las víctimas⁴⁶.

La polémica que se planteaba en relación al caso Ongwen giraba en torno a dos cuestiones, de un lado, el reconocimiento de que las niñas soldado podían,

43. Sentencia Resumida en El Fiscal versus Dominic Ongwen, Sala de Apelaciones, 15 de diciembre de 2022, párrafos 4 y 6. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-01/2022-12-15-ongwen-judgment-summary-spa.pdf>

44. ICC: *Ongwen case: summary of the verdict*, 4 February 2021, párrafos 5 y 20.

45. *Ibidem* párrafo 30.

46. ICC: Case Information Sheet, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, cit. p. 2.

con las tareas que se les encomendaban, ser partícipes activas de las hostilidades del conflicto, lo que suponía la pérdida de la protección internacional que las ampararía como menores víctimas, y, de otro lado, que por cometer tales hechos siendo menores de edad, estas niñas soldado eran impunes ante la CPI, por su falta de competencia para juzgar a menores de 18 años.

Sin embargo, lo interesante para este trabajo deriva más bien de los delitos que la Corte considera existentes y por los que condena a Ongwen, ya que entre los 61 crímenes que entiende que cometió, reconoce:

- En tanto que delitos de lesa humanidad, delitos sexuales y con base de género a 7 mujeres (Art. 7.1.º k), en concreto admite probado el matrimonio forzado de 5 mujeres y el embarazo forzado de 2 mujeres, que dieron a luz, una a un niño y a una niña, y otra a una niña, al margen de los ataques contra la población civil⁴⁷.
- Como crimen de guerra, diversos delitos sexuales y de género, tales como matrimonio forzado, violación y esclavitud sexual contra niñas y mujeres dentro de la Brigada Sinia, además del reclutamiento de menores de 15 años, entre ellas niñas y el uso de estos con participación activa en las hostilidades.

En este caso se plantea la interpretación de los elementos de ciertos crímenes sexuales y por razón de género, en particular del matrimonio forzado y del embarazo forzado, dado que la defensa de Ongwen consideraba que éstos no constituían un crimen según el Estatuto de Roma y que entenderlos como tales suponía una violación del principio *nullum crimen sine lege*⁴⁸. De ahí que, al responder, la sentencia de 6 de mayo de 2021, que condena a Ongwen a 25 años de prisión, confirmada por la sala de apelación en sentencia de 15 de diciembre de 2022, defina por primera vez el matrimonio forzado.

Para ello, se parte de que toda persona goza del derecho fundamental a contraer matrimonio con el libre y pleno consentimiento con otra persona, creando el matrimonio un estatus basado en una relación consensual y contractual. Ahora bien, cuando este vínculo o unión conyugal se impone y no se elige, es decir, es independiente de la voluntad de las féminas, el matrimonio es forzado, generando a pesar de la falta de consentimiento, la condición de cónyuge y la imposición de deberes y expectativas que generalmente van asociadas al matrimonio, según establece tanto la Sala de Primera Instancia como la Sala de Apelación⁴⁹. Se configura así el matrimonio forzado como acto de violencia sexual contra mujeres y niñas y otro tipo de acto inhumano, caracterizado por la imposición a éstas de un vínculo matrimonial con un varón con independencia de su voluntad.

47. Vid. Párrafos 79, 80 y 85 del resumen del veredicto del caso Ongwen.

48. CPI: *Sentencia Resumida en El Fiscal versus Dominic Ongwen, Sala de Apelaciones*, 15 de diciembre de 2022, párrafos 41 y 42.

49. *Ibidem* párrafo 43.

Es más, la sentencia reconoce también que tal conducta es posible dentro de las filas del mismo grupo armado, es decir, contra niñas y mujeres que, como miembros del grupo, en este caso del LRA, ejercen participación activa en las hostilidades. Las pruebas del caso demuestran que la violencia sexual contra las mujeres del grupo era algo sistemático e institucionalizado⁵⁰.

De la misma manera, es la primera ocasión en la que se acepta el delito de embarazo forzado en contexto de conflicto armado como delito de lesa humanidad y crimen de guerra, entendiendo por éste aquel fruto de un matrimonio forzado o de una relación sexual, violenta o no, no consentida por la mujer, sino impuesta con independencia de su voluntad. Se fundamenta este tipo penal sobre el derecho de la mujer a la autonomía personal y reproductiva, así como al derecho a la familia, pretendiendo por tanto proteger la salud de las féminas, su autonomía reproductiva y el derecho a la planificación familiar.

Para llegar a esta conclusión que revela la existencia de una violencia sexual extrema, en formas hasta ahora no acreditadas, resultaron clave diversos testimonios. Especialmente llamativo en cuanto certifica la existencia de violencia sexual cometida contra una mujer por otra mujer es el siguiente: durante el ataque, una atacante del LRA violó a una civil residente en el campamento, con un peine y un palo utilizado para cocinar, mientras el marido de la víctima era obligado a mirar. La violación se cometió con tal fuerza que la víctima empezó a sangrar (párrafo 24 del resumen del veredicto del caso).

5. Conclusiones

La violencia sexual contra las niñas soldado en contextos de conflictos armados ha sido y seguirá siendo objeto de análisis y discusión por la CPI en tanto que constituye un delito a la luz del Estatuto de Roma, ya sea por estar tipificado como conducta punible bajo el paraguas de los delitos de lesa humanidad y/o los crímenes de guerra, ya sea por su catalogación como otro tipo de trato inhumano.

En la jurisprudencia analizada, se aprecia una evolución innegable, positiva y esperanzadora en la consideración del género a la hora de valorar los crímenes internacionales, especialmente si tenemos presente que en los poco más de veinte años de vigencia de la CPI, tan solo en una década se ha pasado de no atreverse a acusar formalmente por delitos de índole sexual, al reconocimiento de éstos y la imposición de condenas a sus autores mediatos e inmediatos. Es más, se admite que se pueden cometer por parte de combatientes, tanto miembros de un grupo armado contra la población civil y/o

50. El listado de conductas de violencia sexual que se identifican y los testimonios al respecto se recogen de manera amplia tanto en el resumen del veredicto como en la sentencia. *Vid.* Por ejemplo, párrafos 90-96 y 102 -111 del resumen del veredicto.

las mujeres y niñas integrantes de otros grupos armados contrarios, como por parte de éstos sobre las féminas de su mismo grupo armado. Si me permiten la comparación, a mi entender, se pasa, de cero a cien en diez años, de la nada a la admisión de tres modalidades de delitos de violencia sexual y de género, lesa humanidad, crimen de guerra y delito autónomo de matrimonio forzado y embarazo forzado, tanto *extra* como *intra* filas.

Ahora bien, el camino no ha sido sencillo y quizás la estrategia seguida para poner en valor la perspectiva de género tampoco ha sido la más adecuada, pues ha estado vinculada a la interpretación de qué implica participar activamente en las hostilidades, con los riesgos que del alcance que se le dé a este término se derivan, cual es la pérdida de la protección al amparo del Derecho internacional humanitario si la víctima es partícipe directa en las hostilidades.

Es significativo el criterio de la CPI de que, desde la perspectiva de la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, la participación activa en las hostilidades debe ser entendida en sentido amplio y las conductas susceptibles de reflejar tal participación una lista *numerus apertus*. Del mismo modo que, con respecto a las niñas y mujeres sobre las que se llevan a cabo actos de violencia sexual, tipo violaciones, agresiones, abusos, mutilaciones, matrimonios forzados, embarazos forzados y esterilizaciones forzadas, entiendo que no puede sostenerse, a la luz de la jurisprudencia, que personifiquen un apoyo a los grupos armados, pues solo ellas, por su naturaleza femenina pueden desempeñar tal papel.

Al contrario, en contextos armados, las mujeres, combatientes o civiles, y las niñas, soldados o no, representan un colectivo especialmente vulnerable, precisamente por su condición de féminas, que se incrementa en el caso de las menores de edad, lo que justifica que la CPI haya reconocido el riesgo de violencia sexual que se cierne sobre ellas por el mero hecho de encontrarse en un escenario de conflicto, y que se incrementa en el caso de las niñas por su mero reclutamiento.

Por todo ello, lo relevante es que se hace valer la necesidad de poner en marcha el sistema de protección especial que ampara a las niñas en este tipo de conflictos, internacionales o no, valorando qué mecanismos utilizar caso a caso, sin que en ningún supuesto se pueda plantear una pérdida inmediata de la protección por considerar que la pertenencia a un grupo armado y una aplicación amplia del concepto de participación activa les provoque la pérdida de la protección en momentos en que más la necesitan.

6. Bibliografía

ACNUR: «Reclutamiento de niños y niñas», *Nota informativa sobre protección infantil*, septiembre 2013, <https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/acnur/2013/es/95989>.

AGUADO MAÑAS, M.I., «El drama de los niños soldado: la protección de la infancia en los conflictos armados», *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, n.º 37, 2017, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6556437.pdf>.

ALCÁZAR ESCRIBANO, M.A., «El matrimonio forzado: violencia de género más allá del libre consentimiento», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25, febrero 2023, <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-02.pdf>.

AMNISTIA INTERNACIONAL: Sentencia histórica de la CPI sobre el uso de niños soldado, 14 de marzo de 2012, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/sentencia-historica-de-la-cpi-sobre-el-uso-de-ninos-soldado/>

CHEVALLIER GOVERS, C.: *De la Coopération à l'intégration policière dans l'Union Européenne*. Ed. Bruylant, Bruxelles, 1999.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: ¿Cuál es la definición de «conflicto armado» según el derecho internacional humanitario?, *Documento de opinión*, marzo 2008, <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/es/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

DIAS, L.: «Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución», *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 2, 2014.

DUBE, D.: *Invisible survivors' girls in armed groups in the Democratic Republic of Congo from 2009 to 2015*, MONUSCO, 2015.

ENGLE, E.A.: «The International Criminal Court and Lubanga: the Feminist Critique and Jus Cogens», *Bocconi Legal Papers, Rivista giuridica edita dagli studenti della Bocconi School of Law*, November 2013.

ESTÉVEZ MENDOZA, L.: «El uso de menores de edad en conflictos armados: Problemática derivada del reclutamiento a través de las tecnologías de la información», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* n.º 7, 2021, <https://www.ejc-reeps.com/numeros-anteriores/numero-extraordinario-7-2021>

GARCÍA-MORENO, C. et al.: *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer: primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia*. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2005.

ICC: Case Information Sheet, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, ICC-PIDS-CIS-DRC-02-019/23_Eng, July 2023, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-08/NtagandaEng.pdf>

- ICC:** Case Information Sheet, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, ICC-PIDS-CIS-UGA-02-020/21_Eng, 4 February 2021.
- ICC:** Case Information Sheet, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, ICC-PIDS-CIS-DRC-01-0°7/21_Eng, July 2021, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo - Case Information Sheet
- ICC:** *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06 <https://www.icc-cpi.int/drc/ntagand#icc-timeline>
- ICC:** *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>
- ICC:** Trial Chamber. Judgement pursuant to article 74 of the Statute. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF
- ICC:** *Política relativa a los niños*, The Office of the Prosecutor, noviembre de 2016.
- ICC:** Sentencia Resumida en el *Fiscal versus Dominic Ongwen*, Sala de Apelaciones, 15 de diciembre de 2022, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-01/2022-12-15-ongwen-judgment-summary-spa.pdf>
- ICC:** Summary of Trial Chamber VI's judgment in the case of *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 8 July 2019.
- ICC:** Summary of Trial Chamber VI's sentencing judgment in the case of *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 7 November 2019.
- ÍÑIGO ÁLVAREZ, L.:** «Los grupos armados ante el Derecho Internacional contemporáneo. Obligaciones y Responsabilidad», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 31, 2016 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5626663.pdf>
- KLEFFNER, J.K.:** «La aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los grupos armados organizados», *International Review of the Red Cross* n.º 882, junio 2011, https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-882-kleffner_0.pdf
- MAZURANA, D. and CARLSON, K.:** «The girl child and armed conflict: Recognizing and addressing grave violations of girls' human rights», *United Nations Division for the Advancement of Women (DAW)*, EGM/DVGC/2006/EP.12, September 2006.
- MELZER, N.,** *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross (ICRC), mayo 2009, <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>

MEROPE, S., «Recharacterizing the Lubanga case: regulation 55 and the consequences for gender justice at the ICC», *Criminal Law Forum*, vol. 2, n.º 3, 2011.

NACIONES UNIDAS, «Los niños y los conflictos armados», *Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad*, 5 de junio de 2023, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/144/99/pdf/n2314499.pdf>

NACIONES UNIDAS: «Antecedentes», *Día Internacional de la Violencia contra la Mujer. 25 de noviembre*, <https://www.un.org/es/observances/ending-violence-against-women-day/background>.

NACIONES UNIDAS: *Humanitarian Negotiations with Armed Groups. A Manual for Practitioners*, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), 2006, <https://www.unocha.org/publications/report/world/humanitarian-negotiations-armed-groups-manual-practitioners>

NACIONES UNIDAS: *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, de 25 de mayo de 2000. Asamblea General, Resolución A/RES/54/263, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-involvement-children>

NACIONES UNIDAS, «Récord de violaciones graves de los derechos de los niños en conflictos armados en 2024», *Noticias ONU*, 19 junio 2025, <https://news.un.org/es/story/2025/06/1539651>

OLASOLO A., H., *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados en situación de combate*, Tirant lo Blanch, 2007.

OMS: *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres*, Washington, DC: OPS, 2013. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf

PINTO, M.: «La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia», en PABLO VALLADARES, G. (coord), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos n.º 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/es/assets/files/other/11_la_nocion_de_conflicto_armado.pdf

REYES MÉNDEZ, V.: «Los niños y las niñas en la guerra: Respuestas desde el Derecho Internacional frente a los crímenes de reclutamiento de niñas y niños soldados y violencia sexual», *Revista Ius et Veritas*, n.º 55, diciembre 2017.

THOMPSON, P.G.: *Armed groups. The 21st century threat*, Rowman & Littlefield Publishers 2014, <https://archive.org/details/armedgroups21stc-0000thom/page/n6/mode/1up>

UNICEF: «Funciones y responsabilidades de las niñas», en *Niñas asociadas a fuerzas y grupos armados: Lecciones aprendidas y buenas prácticas para la prevención del reclutamiento y la utilización, la liberación y la reintegración*, diciembre 2020, <https://www.refworld.org/es/ref/infor-tem/unicef/2020/es/148820>

UNITED NATIONS: *Children and armed conflict Report of the Secretary-General*, General Assembly Security Council, A/78/842-S/2024/384, 3 June 2024, <https://docs.un.org/en/S/2024/384>

CAPÍTULO III

TINOS Y DESATINOS DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA DECLARACIÓN PRECONSTITUIDA¹

Isabel Huertas Martín

*Profesora Titular de Derecho procesal
Universidad de Salamanca*

*Sagrada es sin duda la causa de la sociedad,
pero no lo son menos los derechos individuales*

Manuel Alonso Martínez²

1. Introducción

En una primera aproximación, puede decirse que la declaración se preconstituye cuando es practicada durante la fase de instrucción y, siempre que se observen de manera escrupulosa ciertos requisitos, puede alcanzar ulteriormente —si se satisfacen también determinadas exigencias en el juicio oral— valor probatorio, habitualmente de cargo, aunque no cabe excluir que pueda ser de descargo.

-
1. Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «La víctima menor de edad en el proceso penal: especial referencia a los delitos sexuales», financiado por la Fundación Manuel Serra Domínguez. Investigadoras responsables: Irene GONZÁLEZ PULIDO e Irene YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT.
 2. Exposición del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El vigente texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim.) adopta la denominación de «prueba preconstituida»^{3 4}. Por consiguiente, y si bien no faltan discusiones doctrinales al respecto⁵, viene a seguir, como

3. Expresión que es cuestionada por algún autor, como Jordi NIEVA FENOLL: «La prueba preconstituida: un concepto erróneo e imposible», *Diario La Ley*, núm. 10532, 24 de junio de 2024, p. 3, por considerar que destaca «por su reluciente apariencia, pero esconde tras de sí una insólita vacuidad».
4. Cabe reseñar que, por el contrario, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 no se utiliza (salvo error u omisión mías) ni una sola vez la expresión «prueba preconstituida», aunque sí se prevé el denominado incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba (arts. 591 y ss.) en los supuestos de peligro de pérdida de una fuente de prueba personal, de confesión judicial urgente de la persona investigada y de declaración de personas vulnerables; estos dos últimos casos se caracterizan por estar, desde un principio, orientados a acceder al juicio oral, sin depender del riesgo de pérdida de la fuente de prueba (*vid.* también apartados LXVI y LXVII de la Exposición de Motivos del Anteproyecto).
5. Expresiva es en este sentido María Victoria ÁLVAREZ BUJÁN: «Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2180, julio de 2015, disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/6270/6203> (fecha de última consulta: 4 de junio de 2025) que, tras exponer ampliamente la problemática delimitación de la prueba preconstituida y de la prueba anticipada (pp. 18 y ss.), concluye (p. 48) que «el panorama que circunda los institutos de la anticipación y la preconstitución probatoria es verdaderamente arduo, amén de tortuoso. Existe una amalgama de opiniones diversas y argumentos enfrentados en relación con la práctica totalidad de las cuestiones que rodean esta temática y tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial. En definitiva, nos hallamos ante una de las materias del terreno procesal en las que reina mayor turbación y desacuerdo». Indica Vicente MAGRO SERVET: «Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal», *La Ley Penal*, núm. 92, abril 2012, p. 9, que: «A veces se le denomina prueba "anticipada en sentido impropio", para reservar el término de "preconstituida" a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral [*sic*] por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica —como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias— es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra forma, este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún [*sic*] ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarlas en el Juicio Oral [*sic*]». Julián SÁNCHEZ MELGAR: «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021», *LA LEY Derecho de Familia*, núm. 32, octubre-diciembre 2021, pp. 4 y 5, distingue entre prueba preconstituida propia y asimilada; la primera, «se practica porque el acto procesal es irrepetible en el plenario (por ejemplo, el hecho [*sic*] exhalar aire espirado en la investigación de un delito contra la seguridad vial, o la propia mecánica de un registro domiciliario, puesto que no pueden repetirse, aunque sí introducirlo en el plenario mediante los funcionarios que lo practicaron, documentado en acta, o el caso también de inspecciones oculares, reconstrucción de hechos, etc.)». La asimilada, «es la prueba practicada en la instrucción, con plenas garantías de contradicción y, generalmente, videograbada, que accederá al juicio oral en las condiciones legales que veremos, dispuesta para casos de testigos menores, discapacitados o en aquellos supuestos en que la presencia del testigo en el juicio oral sea dudosa (para los casos de ausencia del territorio nacional de un testigo, o cuando hubiere motivo para temer

señala ARANGÜENA FANEGO, la línea del sector doctrinal mayoritario —que además se había afianzado en la jurisprudencia— que refiere que la prueba preconstituida es aquella cuya práctica no se desenvuelve ante el órgano competente para el enjuiciamiento y fallo, sino ante el órgano judicial instructor; con ello, y pese a que se adopten las medidas precisas para salvaguardar la contradicción⁶, e incluso la publicidad, «la intermediación desaparece, al menos como intermediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje»⁷.

Se opta aquí, en cambio, por designarla como declaración preconstituida o testifical preconstituida, atendiendo justamente al dato crucial de que el valor de prueba no se adquiere en el mismo momento en que se realiza —en la fase de instrucción— sino, en su caso, y cumplidos los requisitos exigidos en aquella fase, cuando se observan asimismo los que se precisan para su incorporación al plenario; solamente entonces será prueba, que en su momento se preconstituyó, por tanto, ya sí prueba preconstituida.

Antes del año 2021, nuestro ordenamiento jurídico procesal no regulaba expresamente la —se insiste, en palabras de la LECrim.— prueba precon-

su muerte, o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral)». Para Joaquín SÁNCHEZ-COVISA VILLA: «Preconstitución prueba testifical de la víctima de trata de seres humanos. Valoración de la declaración de la víctima de trata de seres humanos» (*Ficha extranjería. delito de trata de seres humanos. Síntesis de jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo*), *reunión de fiscales especialistas en extranjería* (Madrid, 25 y 26 de octubre de 2021), disponible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/bf3ddd48-db71-f9f6-404f-1bbf2cd94d4c> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2025), p. 12, la diferencia entre la prueba preconstituida (arts. 448 y 777.2 LECrim.) y la anticipada (arts. 657.3.º, 781.1 y 784.2 LECrim.) estriba en que esta última se realiza ante el órgano de enjuiciamiento, mientras que la primera se realiza en la fase de instrucción. Por su parte, Diana MARRERO GUANCHE: «La prueba testifical anticipada como instrumento para reducir la victimización secundaria de menores de edad en el proceso penal», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 38, septiembre de 2021, disponible en <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2021.38.05> (fecha de última consulta: 21 de abril de 2025), pp. 119 y 120, afirma que, siguiendo al profesor Gimeno Sendra, emplea la expresión prueba anticipada para referirse a la declaración de los menores en fase de instrucción, puesto que los actos de anticipación probatoria se caracterizan por la realización del medio de prueba, tal como sucede con la grabación de la exploración de los menores en dicha fase, a diferencia de la prueba preconstituida, que consiste en el aseguramiento de la fuente de prueba. En fin, como destaca Andrea JAMARDO LORENZO: «La preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 8906, 23 de enero de 2017, pp. 4 y ss., la dificultad del concepto de prueba preconstituida se hace patente también en la ausencia de unanimidad doctrinal en torno a su concreción, distinguiéndose, como seguidamente desarrolla, varias posturas en la construcción del concepto.

6. Esta contradicción, como se verá más adelante, no es absoluta, sino ciertamente limitada.
7. Coral ARANGÜENA FANEGO: «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3, 2022, pp. 1104 y 1105.

tituida, sino que era una construcción doctrinal y jurisprudencial⁸. Ya desde la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 80/1986, de 17 de junio, (ECLI:ES:TC:1986:80) se aceptó. La posibilidad de integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias de investigación, tales como, en particular, las declaraciones testificales, mientras, entre otros requisitos, al acusado se le hubiera dado la posibilidad de someter tal testimonio a contradicción (FJ 1). En esta línea, también el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante TEDH) ha reiterado que la incorporación al proceso de declaraciones tomadas en la fase de instrucción no vulnera por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 1 y 3 d) del art. 6 Convenio Europeo de Derecho Humanos de 4 de noviembre de 1951 (en lo que aquí interesa, derecho a un proceso equitativo y derecho a interrogar o a hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra), siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, es decir, siempre que se dé al acusado una oportunidad adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se presta, bien con posterioridad⁹.

A partir de la reforma de la LECrim. llevada a cabo por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se introduce ya legalmente esa expresión de prueba preconstituida en nuestro ordenamiento jurídico-procesal (arts. 449 bis, 449 ter, 703 bis, 730, 777.3 y 778.2 LECrim.). Nos encontramos actualmente, por tanto, ante una locución de previa elaboración jurisprudencial y doctrinal que tiene, a partir del año 2021, su reflejo legal; no obstante, como acaba de indicarse, aquí se empleará la denominación de declaración o testifical preconstituida.

2. Fundamentos de la declaración preconstituida

Se trata de una solución que supone una excepción a la regla general en materia de prueba que impone su práctica, con todas las garantías, en las

-
8. Si bien, como se señala, por ejemplo, en VV. AA.: *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, Consejo General del Poder Judicial, primera edición, noviembre de 2018, p. 153, dos preceptos de la LECrim. han servido de base para tal construcción pese a que no se utilice en momento alguno la locución «prueba preconstituida»: el art. 448 en relación con el procedimiento ordinario, y el art. 777 respecto del abreviado.
 9. *Vid.* la *Guía* precitada, pp. 153 y 154, y las SSTEDH allí referidas. Por lo demás, también la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo se refirió ya hace muchos años, admitiendo su validez, a la prueba preconstituida; así, entre otras muchas, en la STS 96/2009, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1804) (FFDD 1.º a 6.º) (Sentencia del Tribunal Supremo, en adelante STS, y si no se hiciera ninguna otra especificación, la referencia seguirá siendo a la Sala Segunda: de lo Penal).

sesiones del juicio oral ante el órgano encargado del enjuiciamiento¹⁰, por lo que ha de tener unos sólidos cimientos. Pues bien, los fundamentos en que se asienta la declaración preconstituida son varios.

2.1. Búsqueda de la verdad material

Uno de esos cimientos es la sujeción del proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material. Como se ha afirmado, el proceso penal se caracteriza «por la indeclinable vocación o propósito de buscar la verdad material orientando todos los esfuerzos investigadores hacia la consecución de este fin»¹¹. De esta forma, ese principio demanda que, cuando las

-
10. Se afirma en la STC 59/2023, de 23 de mayo (ECLI:ES:TC:2023:59), que «debemos comenzar recordando la consolidada doctrina de este tribunal, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, acerca de los requisitos constitucionales de validez de las pruebas de cargo capaces de desvirtuar la presunción de inocencia. Conforme a esta doctrina, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues es en este donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad con fines de valoración probatoria (...)». Añadiendo, a reglón seguido, que: «La anterior regla no puede entenderse, sin embargo, de una manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales de investigación practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que hayan sido traídas al juicio oral y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción» (FJ 4).
 11. José Antonio MARTÍN PALLÍN: «Actuación policial ante la averiguación de la verdad en el proceso penal. Especialidades de la prueba ante el jurado», *EGUZKILORE*, núm. 12, diciembre 1998, p. 114. No obstante, como apunta Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ: «La función de las garantías en la actividad probatoria», en VV. AA., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 219 y 220, el proceso no puede concebirse ya —tal como ocurría con el proceso inquisitivo— como «garantía exclusivamente de verdad», y por tanto, descartada la posibilidad de aspirar a alguna categoría de verdad absoluta, es indudable que hoy la verdad procesal es una verdad necesariamente relativa o una verdad probable; debiendo tenerse presente, de otra parte, que solamente cabe hablar de verdad en el proceso considerando que su obtención está sujeta a determinadas reglas y consiste, en esencia, en la comprobación de si realmente tuvieron lugar ciertos hechos jurídicamente relevantes, por lo que, en este sentido, hay que entender que se trata igualmente de una verdad formal o, como señala Winfried HASSEMER: *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, p. 190, de una «verdad obtenida por vías formalizadas». No es objeto de este trabajo el análisis de la verdad en el proceso penal, pero sobre ello, pueden verse, además, por ejemplo, Juan Carlos USTARROZ: «Algunas reflexiones sobre el concepto de “verdad” en el proceso penal», *Revista pensamiento penal*, marzo de 2019; Aneta PETROVA: «Sobre la problemática en torno a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal», *Revista general de derecho público comparado*, núm. 19, 2016 y Miguel ZAMORA-ACEVEDO: «La búsqueda de la verdad en el proceso penal», *Acta académica*, vol. 54, mayo 2014.

diligencias o actuaciones de investigación sean de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral y se hayan practicado con todas las garantías, se admita traerlas al plenario a fin de evitar que se pierdan datos o elementos de convicción¹².

2.2. Evitación de la victimización secundaria o revictimización

Al anterior fundamento, y en atención a las nuevas corrientes de la victimología, se ha añadido otro, especialmente relevante cuando estamos ante menores de edad: evitar la victimización secundaria¹³, que, en palabras de la STS 3/2024, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2024:101), «nace fundamentalmente de la necesaria intersección entre un sujeto y el complejo aparato jurídico-penal del Estado, y se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige a él pidiendo justicia y porque afecta al prestigio del propio sistema» (FD 1.º 1)¹⁴. Para impedir esa revictimización, uno de los ajustes esenciales que se han desarrollado en el ámbito procesal es limitar el número de intervenciones y declaraciones de la

12. SSTC 59/2023, de 23 de mayo (ECLI:ES:TC:2023:59), FJ 4; 29/2008, de 20 de febrero (ECLI:ES:TC:2008:29), FJ 5; 92/2006, de 27 de marzo (ECLI:ES:TC:2006:92), FJ 2; 32/1995, de 6 de febrero (ECLI:ES:TC:1995:32), FJ 4 y 10/1992, de 16 de enero (ECLI:ES:TC:1992:10), FJ 2.

13. Acerca de la victimización secundaria, *vid.* Diana MARRERO GUANCHE: «La prueba testimonial anticipada...», *op. cit.*, pp. 107 y ss. Sobre la prevención de la victimización secundaria, pueden verse, entre otros muchos documentos, VV. AA.: *Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: intervención desde la psicología forense, en particular en la prueba preconstituida*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2022, *passim* y Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y María José GARRIDO ANTÓN: «La prueba preconstituida. Evitando revictimizar a los menores víctimas de delitos sexuales», *Diario La Ley*, núm. 10026, 10 de marzo de 2022, *passim*. En relación con los diferentes factores que contribuyen a la victimización secundaria, incluido el relativo a la repetición de la declaración a lo largo del proceso, Cristina CAJA MOYA y Elio QUIROGA RODRÍGUEZ: «Alrededor de la revictimización en el proceso judicial: hacia un enfoque más humano en la declaración de las víctimas de violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 10689, 21 de marzo de 2025, *passim*.

14. También, entre otras muchas, la STS 558/2023, de 6 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3050), había señalado que: «Ese mecanismo jurídico de protección adquiere, si cabe, un sentido reforzado cuando el menor es también la víctima de un delito que afecta a su indemnidad sexual. La necesidad de que el paso de un menor de edad por una sala de justicia no se convierta en el escenario de una lacerante vivencia a evocar durante el resto de su vida es incuestionable. Es esta idea la que justifica que el ordenamiento jurídico arbitre unos mecanismos de protección. De lo que se trata es de impedir que su colaboración con la justicia tenga como contrapartida un daño irreversible para su futuro» (FD. 2.º 2).

En relación con la victimización secundaria o revictimización, asevera la STS 482/2022, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2032), que son expresiones, que, aunque de gran fuerza expresiva e incluso justificables en el marco de otras áreas de conocimiento, repelen al sistema de enjuiciamiento criminal porque comportan una especie de entendimiento prejuicioso, censurablemente precipitado, puesto que otorga ya el papel de víctima (que no debe revictimizarse o victimizarse por segunda vez) a quien sólo tiene, en ese momento y en atención al derecho fundamental a la presunción de inocencia, la condición de testigo. En cualquier caso —añade la sentencia— dejando a un lado el acierto de aquellas expresiones, que de todos modos han hecho fortuna en el lenguaje forense, lo que se trata legítimamente de evitar es que quien haya podido ser víctima de un delito de cierta gravedad sea sometido, además, a reiterados interrogatorios cuando su práctica conlleve un riesgo de eventual progresión de sus posibles padecimientos derivados del hecho que va a enjuiciarse. Se trata, pues, «de la legítima prevención de un riesgo, serio y atendible, que debe ser evitado» (FD 2.º 2). Reconociendo el tino de esta sentencia cuando enfatiza el respeto al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y que ciertamente no es absolutamente excluible que haya algún supuesto en que la aparente víctima finalmente no lo sea, no puede por ello desconocerse que en otro sinnúmero de supuestos, independientemente de que, a la postre, se declare o no la responsabilidad penal del sujeto pasivo del proceso, sí existen verdaderas víctimas, por lo que el recurso a la declaración preconstituida puede resultar un instrumento muy útil en orden a evitar aquel riesgo.

Impedir la victimización secundaria es, por lo demás, un objetivo declarado de la preconstitución de la declaración conforme se afirma en el Preámbulo de la LO 8/2021. Ahora bien, como apunta ETXEBERRIA GURIDI, ha de subrayarse que normativamente la preconstitución de la testifical no está vinculada necesariamente a la suma de la condición de testigo y de víctima de quien ha de declarar, ya que los preceptos reformados o incorporados a la LECrim. mediante aquella ley emplean repetidamente el vocablo «testigo», pero no hacen referencia a que el mismo sea, también, víctima del delito¹⁷. Habida cuenta de que tanto nuestros tribunales como el TEDH la mayoría de las veces anudan la restricción del derecho del acusado a confrontar la declaración testifical en un juicio público a la evitación del padecimiento que puede irrogar a la víctima su declaración en la vista, concluye aquel autor que

boletin-novedades/xx-la-declaracion-de-la-victima-de-delitos-sexuales-como-prueba-preconstituida-ventajas-e-inconvenientes-to19-723-595/ (fecha de última consulta: 28 de mayo de 2025), haciendo también un largo recorrido por los diversos instrumentos internacionales que han tenido influencia en nuestro ordenamiento y que dieron los primeros pasos para reforzar el papel de la víctima y la salvaguarda de sus intereses.

17. José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: «Protagonismo probatorio de la víctima en el proceso penal: inconvenientes y ¿posibles soluciones? (al hilo del Convenio de Estambul)», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, p. 354.

estamos ante un error que ha de enmendarse, y que, pese a que la referencia al testigo-víctima se sugiere en el articulado, habría de hacerse una mención expresa al respecto¹⁸.

Desde luego se trata de una reflexión certera, esto es, impedir la revictimización es un fin de la declaración preconstituida que tiene sentido si el testimonio proviene de la víctima, y esa es la finalidad que se manifiesta en el Preámbulo de la LO 8/2021, aunque en el articulado se menciona, sin mayor matización, al testigo, en cuyo caso la preconstitución podrá tener otros fines, pero no este que ahora se trata.

Con todo, no parece que nos encontremos ante un descuido únicamente del legislador de 2021, pues hay que tener presente que, años más tarde, la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, añade un apartado 4 al art. 23 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en el que introduce explícitamente —con igual dicción que en 2021, esto es, prueba preconstituida— la declaración preconstituida en el proceso penal de menores, señalando que: «4. El Ministerio Fiscal, de oficio o a petición de cualquiera de las partes personadas, instará al Juzgado de menores, la práctica de la declaración de la víctima o de un [sic] cualquier otro testigo, con las garantías de la prueba preconstituida, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, asegurando en todo caso el principio de contradicción...»¹⁹ ²⁰. Por consiguiente, el legislador se refiere de nuevo, y en este caso muy claramente al contener una formulación disyuntiva —declaración de la víctima o de cualquier otro testigo— tanto a una como a otro, sin que, en consecuencia, deban concurrir cumulativamente ambas condiciones en la persona declarante.

Y es que es cierto que, en ocasiones, la declaración preconstituida será una herramienta adecuada para llevar al juicio oral testimonios que no puedan ser vertidos directamente de nuevo en el mismo, o también para proteger a testigos que no sean víctimas²¹. Pero en estos casos, desde luego, no se tratará de soslayar la victimización secundaria (pese a que así se haya acentuado en el Preámbulo mencionado, ante todo en relación con menores de catorce años

18. José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: «Protagonismo probatorio de la víctima...», *op. cit.*, p. 357.

19. Añade el precepto que ello habrá de hacerse en estos supuestos: a) cuando exista riesgo de imposibilidad de concurrir al juicio oral y b) cuando se trate de una persona especialmente vulnerable. En todo caso, tendrá esa consideración toda persona menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

20. Aunque escritas con anterioridad a la reforma mencionada, tienen interés las consideraciones que sobre el tema hace Irene YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT: *Fundamentos del sistema de justicia penal del menor*, *op. cit.*, principalmente en las pp. 111 a 115 y 248 a 251.

21. Por ejemplo, art. 4.5. de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

o personas con discapacidad necesitadas de especial protección)²², elementalmente, porque no estamos ante la declaración de una víctima.

Desde otra perspectiva cabe señalar, finalmente, que no puede descartarse absolutamente que el interés de la víctima pase por su declaración en el juicio oral²³ si manifiesta, con las cautelas que sean precisas, su voluntad en tal sentido; esto es, en ocasiones la declaración directa de la víctima en el plenario puede ser también expresión de sus derechos a la reparación moral y a la participación activa en el proceso penal (art. 3 de la LO 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

2.3. Argumento epistémico

Siguiendo con los objetivos de la testifical preconstituida, puede encontrarse un tercer propósito, este de carácter epistémico: preconstituir la declaración soslaya el riesgo que conlleva la demora en su realización si se aplazara al juicio oral, puesto que los recuerdos se vuelven más imprecisos

-
22. Respecto de la protección de las personas menores y las personas con discapacidad, no hay que olvidar que la Constitución Española establece, en los arts. 39 y 49, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral y el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad, respectivamente, en condiciones de libertad e igualdad; también la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, consagran el interés superior del menor, señalando el art. 2.4.2.º de esta última que: «En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, abordan también esta materia. Asimismo, se ocupa tanto del interés del menor como de las personas con discapacidad, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Sobre la necesaria tutela de las personas menores de edad y personas con discapacidad como víctimas en sus relaciones con el sistema de justicia penal, puede verse el amplio recorrido que realiza Manuel José GARCÍA RODRÍGUEZ: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida...», *op. cit.*, pp. 9 y ss., por los diferentes instrumentos normativos internacionales y europeos; todos ellos, señala el autor, «tienen como fin principal el poderles ofrecer una respuesta adecuada a sus necesidades durante su participación en los procedimientos penales y paliar los riesgos de sufrir una doble victimización, garantizándoles de este modo una efectiva protección de sus derechos en sede judicial» (p. 9). En cuanto al derecho comparado, se hace eco el autor (pp. 17 a 19) de las interesantes referencias que se contienen en la STS 632/2014, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:3916). Exponen también Andrés SOTOCA, José Manuel MUÑOZ, José Luis GONZÁLEZ y Antonio L. MANZANERO: «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil...», *op. cit.*, pp. 2 y ss., las diversas directrices de Naciones Unidas, así como otros marcos jurídicos internacionales de interés por su influencia en nuestro contexto legal, citando al efecto distintos instrumentos normativos del Consejo de Europa y de la Unión Europea de especial interés para la protección de los menores.
23. En igual sentido, Ana GONÇALVES: «El equilibrio entre el acusado y la víctima a la luz de la estrategia nacional para los derechos de las víctimas de delitos 2024-2028 (portuguesa)», *Diário La Ley*, núm. 9489/2025, 18 de junio de 2025, p. 10.

y, además, pueden estar sometidos a influencias externas que propicien su alteración o deformación²⁴. Se asegura así, por tanto, la calidad del testimonio, pues su recogida en el momento más inmediato posible al tiempo de los hechos, y sin reiteraciones en distintas instancias por diferentes profesionales, desarrollada, en su caso, por personal especializado (psicóloga/o forense, equipo psicosocial) en un entorno legal con todas las garantías y grabada, permite evitar su sustitución, alteración, contaminación o destrucción²⁵. Atendiendo a las investigaciones de la psicología del testimonio, uno de los factores que pueden afectar a la huella de memoria es el número de veces

24. En este sentido, Coral ARANGÜENA FANEGO: «Declaración de personas vulnerables...», *op. cit.*, p. 1097. En la misma línea, subrayando la necesidad de que —refiriéndose a los menores— no olviden o alteren su relato de los hechos ocurridos, sea por sí mismos, sea por la influencia de terceros (particularmente de sus familiares o del entorno próximo), Silvia BADIOLA COCA: «Criterios jurisprudenciales para declarar la validez de la prueba preconstituida realizada en fase de instrucción frente a la retractación de la víctima menor realizada en el juicio oral. Conforme a la STS, Sala de lo Penal, Sala 2.ª, Sentencia 3/2024 de 10 de enero de 2024, Rec. 6636/2021», *La Ley Probática*, núm. 16, 2024, p. 11; *vid. también* Manuel José GARCÍA RODRÍGUEZ: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida...», *op. cit.*, p. 29; Ana Isabel LUACES GUTIÉRREZ: «La prueba preconstituida en menores de edad...», *op. cit.*, p. 11 y Ana María GALDEANO SANTAMARÍA: «La minoría de edad y el proceso penal», *op. cit.*, p. 4. Añade esta última autora (p. 21), que «la ciencia del testimonio y una de las razones importantes que justifican la existencia de la preconstitución tiene su fundamento en la pronta recogida de aquel. La doctrina científica establece que la declaración del menor debe de realizarse lo antes posible y lo más inmediato al momento en que se produce el hecho para: (i) que el recuerdo sea lo más fresco y espontáneo; (ii) no se produzcan alteraciones del recuerdo; (iii) el recuerdo no se contamine al narrarlo a otras personas que interactuaran con la víctima y (iv) para evitar interferencias en el recuerdo ante una eventual psicoterapia».
25. *Cfr. Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal...*, *op. cit.*, p. 17. Advierten en este sentido Andrés SOTOCA, José Manuel MUÑOZ, José Luis GONZÁLEZ y Antonio L. MANZANERO: «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil...», *op. cit.*, p. 5, que contrariamente a lo que comúnmente se piensa, la memoria no es infalible ni funciona como una videocámara que registra con fidelidad lo sucedido y con la posibilidad de reproducirlo tiempo después sin variación, sino que los recuerdos se transforman continuamente y se deterioran por el paso del tiempo y la interferencia de información ajena. Ilustran tal razonamiento del siguiente modo: «En general, estaríamos de acuerdo en que no tendría sentido acudir a la escena del crimen a recoger muestras transcurrido un tiempo suficientemente largo, y que cada vez que alguien acude allí puede contaminar las pruebas. Además, todo el material recogido susceptible de sufrir efectos de trasferencia o contaminación debe custodiarse en óptimas condiciones para ser protegido y minimizar su deterioro. De igual modo, el indicio cognitivo (el recuerdo) se deteriora transcurrido un plazo de tiempo, y se reconstruye cada vez que el testigo (víctima o imputado) recuerda los hechos, con la posibilidad de que se contamine con información del entorno, las preguntas formuladas, los medios de comunicación o los comentarios de otros. La degradación y contaminación de los recuerdos será especialmente grave cuando se trate de testigos vulnerables (menores o personas con discapacidad intelectual o alteraciones mentales), cuanto más tiempo haya pasado, y en sucesos de especial transcendencia mediática». Y concluyen que: «Los estudios sobre el funcionamiento de la memoria muestran que no existe ningún procedimiento que permita recuperar los recuerdos originales una vez que éstos se han transformado. Tampoco parecen existir pruebas para evaluar la credibilidad de los testimonios lo suficientemente válidas como para ser admitidas sin problemas».

que se ha abordado a la víctima acerca de los hechos denunciados y la forma en que se han llevado a cabo los distintos abordajes; la investigación, en este sentido, indica que a mayor número de veces que la víctima haya tenido que recuperar el recuerdo, existe mayor probabilidad de su distorsión^{26 27}.

3. Supuestos de obligatoriedad de la declaración preconstituida

Inicialmente, establece el art. 448 LECrim. determinados supuestos en la fase de instrucción —que el testigo manifieste la imposibilidad de concurrir por tener que ausentarse del territorio nacional²⁸ y también cuando haya

26. Cfr. *Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal...*, op. cit., p. 18.

27. También la jurisprudencia del TS se ha ocupado de los fundamentos victimológico y epistémico de la declaración preconstituida; así, entre muchas otras, en la STS 178/2018, de 12 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1374), FD 2.1.º, se afirma que «no se trata sólo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes» —en idénticos términos, la STS 750/2016, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4521), FD 1.º 3 a), y más recientemente, la STS 558/2023, de 6 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3050), FD 2.º 2—; y la STS 194/2022, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1029), que, aunando también el fundamento victimológico y el epistémico, asevera que: «En efecto, razonan con todo acierto los jueces “a quibus” que precisamente por ello la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene una regulación específica para recibir declaración a los menores con la finalidad de protegerles y evitar su victimización secundaria en un proceso judicial y también el hecho de que el menor, cuando es de corta edad, puede olvidar los hechos, modificar su recuerdo a medida que progresa su desarrollo madurativo o incluso alterar su relato por influencias externas. Permite la ley recibirle una única declaración que puede serlo en fase de instrucción como prueba preconstituida, con participación del juez y de las partes, en una sala apropiada y con la intervención directa de un especialista, mediante la llamada Cámara Gesell, que posibilita a través de la utilización de diversos medios técnicos (como puede ser la videoconferencia), el disponer de la posibilidad de observar cómo se desarrolla la entrevista que realiza un especialista con un menor, sin que aquel sea consciente de que está siendo observado. Tal actuación no solamente ha tenido el respaldo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, sino hoy también en la LO 8/2021, de protección del menor (infancia y adolescencia)» (FD 3.º).

28. En este supuesto, no obstante, el testimonio del ausente del territorio nacional, si el testigo está localizado o localizable, bien podría realizarse en el juicio oral mediante videoconferencia (art. 731 bis LECrim., que se remite al art. 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). También advierte Julio MUERZA ESPARZA: «Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 39, 2016, p. 8, que la jurisprudencia recuerda que la falta de obligación de comparecer del testigo en el extranjero no equivale a su imposibilidad, ya que ni imposibilita su citación mediante las normas de asistencia recíproca internacional, ni impide su declaración en el extranjero acudiendo al auxilio judicial, de modo que sólo en el caso de que se ignore el paradero del testigo o,

motivo racionalmente bastante para temer su muerte²⁹ o su falta de capacidad física o intelectual antes de que se abra el juicio oral— en que la autoridad judicial ha de mandar que se practique de modo inmediato la declaración, garantizando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y ajustándose a los requisitos que seguidamente se detallan en el precepto³⁰.

si habiendo sido citado, no comparece o bien si su citación produce dilaciones indebidas, «cabe utilizar el excepcional mecanismo del artículo 730 de la LECrim. Así pues, no se justifica la aplicación directa de este último precepto a partir del mero dato de la residencia del testigo en el extranjero. Para ello será necesario acreditar el fracaso de su citación intentada o de su declaración en el país de residencia, es decir, la sentencia deberá exponer las razones por las que la situación de “ausencia” en el acto del juicio oral era previsible al tiempo de la declaración en la instrucción y cuáles fueron las concretas diligencias tendientes a la localización y disponibilidad del testigo».

29. Puntualiza el art. 449 LECrim. que: «En caso de inminente peligro de muerte del testigo, se procederá con toda urgencia, a recibirle declaración en la forma expresada en el artículo anterior, aunque el procesado no pudiese ser asistido de Letrado»; apunta acertadamente Pablo GARCÍA MOLINA: «Valor probatorio de las declaraciones de los testigos prestadas sin contradicción en la fase de instrucción del proceso penal», *LA LEY Unión Europea*, núm. 113, abril de 2023, p. 8, que esta previsión es adecuada sólo en los casos en que haya realmente ese inminente peligro de muerte, si bien sería preferible, tal como se preveía en el art. 511 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en el art. 598 del de 2020, que cuando por la urgencia no fuera posible que asistiera el abogado defensor designado, la asistencia lo fuera por un abogado de oficio. Tal es el sentido del vigente art. 449 bis, apartado segundo, de la LECrim.
30. Entre otros, que el letrado/a de la Administración de Justicia haga «saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio»; pues bien, ha perdido el legislador, en las sucesivas reformas que ha sufrido la LECrim., la oportunidad de sustituir el vocablo «reo» por otro más acorde con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), máxime tras la que se llevó a cabo mediante la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, puesto que, según se afirmaba en su Preámbulo (apartado V), la reforma también tenía «por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible». No parece muy discutible que la palabra «reo» tiene —en términos del citado Preámbulo— unas «connotaciones negativas y estigmatizadoras» más acentuadas que el término «imputado» (que fue sustituido por «investigado» y «encausado» según la fase procesal) que, por lo demás, como ya he señalado en alguna ocasión, era un término académico y consolidado en la doctrina procesal, *vid.* Isabel HUERTAS MARTÍN: «Las partes acusadas», en obra colectiva *Nociones preliminares del Derecho Procesal Penal*, Jordi Nieva Fenoll y Llorenç Bujosa Vadell (dirs.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 58 y 59. Añadía allí que la supuesta benignidad del cambio terminológico, en fin, queda empañada porque con la sustitución de la palabra imputado se diluye en cierto modo un específico estatus procesal por un término —investigado— que trasluce una cierta vaguedad, sin que se obtenga por ello ninguna ventaja más allá de la dudosa y, en todo caso, pasajera evitación de las connotaciones de que habla aquel Preámbulo. Sobre ello, avisaba Juan MONTERO AROCA y otros: *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 23.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 92, que: «Con la palabra

El art. 449 bis atiende a las garantías que han de respetarse «[c]uando en los casos legalmente previstos, la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida». Y el siguiente precepto (art. 449 ter LECrim., también añadido por la disposición final primera de la LO 8/2021) establece un supuesto en el que la práctica de la declaración preconstituida es ineludible; como afirma SÁNCHEZ MELGAR, «no hay margen para una decisión personalizada, en tanto que el precepto refiere un “en todo caso” a los efectos de practicar la declaración mediante el sistema de preconstitución»³¹. Se trata de los supuestos en que deba intervenir en la condición de testigo³² una persona menor de catorce años³³ o una persona discapacitada necesitada de especial protección, siempre que el proceso tenga por objeto el enjuiciamiento de alguno de los delitos que la propia norma detalla.

Por consiguiente, antes del año 2021 se regulaba (aunque, como se ha dicho, no con esa denominación) la posibilidad de practicar la que actual-

investigado se ha querido suavizar. El titular del poder político, en el colmo de su prepotencia, quiere dominar el diccionario e imponer al Derecho las palabras que políticamente le parecen más correctas para sus fines. Parte de nuestra responsabilidad como juristas consiste en no dejar que nos impongan palabras». Afirman también Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y María José GARRIDO ANTÓN: «*La prueba preconstituida...*», *op. cit.*, p. 12, que «... “imputados”, terminología que nos gusta más por ser nuestra tradición jurídica y ser más exacta que el término “investigado”».

31. Julián SÁNCHEZ MELGAR: «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados...», *op. cit.*, p. 4. En igual sentido, observa Ana Isabel LUACES GUTIÉRREZ: «La prueba preconstituida en menores de edad...», *op. cit.*, p. 12, en relación con las personas menores de edad, que la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, no diferencia tramos de edad, pues se refiere solamente a los menores de dieciocho años, mientras que la LECrim. señala a los menores de catorce años para establecer preceptivamente en estos casos la práctica preconstituida de la prueba, como lo muestra el empleo, en el texto del párrafo 1.º del art. 449 ter, de la expresión «acordará en todo caso».
32. Recuérdesse aquí lo que antes se trató acerca de la necesidad, o no, de la concurrencia de la doble condición de víctima y testigo; en relación con este precepto, señala Julián SÁNCHEZ MELGAR: «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados...», *op. cit.*, p. 8, que la condición de testigo que se requiere se dará tanto si el menor o discapacitado es víctima como si es testigo de los hechos.
33. Advierte —como también, según se ha señalado en la nota precedente, hace Ana Isabel LUACES GUTIÉRREZ: «La prueba preconstituida en menores de edad...», *op. cit.*, p. 12— Manuel José GARCÍA RODRÍGUEZ: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida...», *op. cit.*, p. 32, que, frente a la referencia genérica a los menores de edad que realiza del art. 26, del Estatuto de la víctima del delito, el art. 449 ter LECrim. delimita su aplicación a las personas menores de catorce años; tal acotación no se argumenta en el Preámbulo de la LO 8/2021, pero opina que se ha querido determinar una edad a partir de la cual se pueda presumir la madurez, siguiendo además la jurisprudencia del TS, que en la S. 329/2021, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1405), entendió razonable «residir la presunción de madurez en la horquilla de edad que oscila entre los 12 y los 14 años, a salvo de que concurran especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura» (FD 1.º). Concluye que la edad de catorce años se ha adoptado por la norma procesal como umbral por debajo del cual el legislador parece interpretar que la comparecencia en el plenario comporta para tales menores un riesgo de revictimización.

mente la LECrim. denomina prueba preconstituida. En la regulación vigente, en cambio, se fija como obligatoria —«en todo caso»— dicha práctica cuando se trata de la declaración de menores de catorce años o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, siempre que se enjuicien ciertos tipos delictivos, quedando así delimitados los ámbitos subjetivo y objetivo (art. 449 ter LECrim.). De esta forma, la práctica de la testifical preconstituida en estos supuestos es siempre preceptiva y, como más adelante se verá, su utilización en el plenario será la norma general, puesto que la declaración en juicio de estas personas tiene carácter excepcional.

Observa ARANGÜENA FANEGO que, con la regulación anterior, se interpretaba que la preconstitución era una mera posibilidad ceñida a que, atendiendo a la evaluación individual de las particulares necesidades de protección de la víctima o del testigo, se estimara que, debido a su falta de madurez, su declaración en el plenario le podría irrogar graves perjuicios psicológicos o emocionales³⁴. En la legislación vigente se parte, en cambio, como advierte PINO PÉREZ³⁵, de una «presunción de revictimización» de las personas menores de catorce años y de las personas con discapacidad, por el hecho de declarar en juicio.

Conviene hacer alguna apreciación adicional acerca de estos marcos subjetivo y objetivo.

3.1. Ámbito subjetivo

El art. 449 ter LECrim. se refiere en su inicio tanto a menores de catorce años como a personas con discapacidad necesitadas de especial protección para, unas líneas más adelante, después de enumerar los tipos de delictivos, referir el «en todo caso» a la «audiencia del menor»; se omite aquí, por tanto, la referencia a la persona con discapacidad. Sobre ello, considera SÁNCHEZ-COVISA VILLA, que —salvo mejor criterio que pueda ser establecido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo o de la Fiscalía General del Estado si se pronuncia en la correspondiente circular—, en el caso de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, la práctica de la prueba preconstituida no viene exigida por ministerio de la ley, si bien el que su práctica no venga impuesta *ope legis* no comporta que no deba resolverse su aplicación como norma general³⁶.

34. *Vid.*, Coral ARANGÜENA FANEGO: «Declaración de personas vulnerables...», *op. cit.*, p. 1108.

35. María de los Ángeles PINO PÉREZ: «La declaración de la víctima de delitos sexuales como prueba preconstituida...», *op. cit.*; asimismo, señala Ana María GALDEANO SANTAMARÍA: «La minoría de edad y el proceso penal», *op. cit.*, p. 4, que hay una franja de edad en la que «se presume que un menor sufrirá una victimización secundaria por su paso por el sistema judicial penal y, en consecuencia, su declaración judicial ha de ser preconstituida».

36. Joaquín SÁNCHEZ-COVISA VILLA: «Preconstitución prueba testifical...», *op. cit.*, p. 19, ciñéndose, pues tal es la materia que aborda, al delito de trata de seres humanos.

A mi juicio, aquella omisión puede explicarse como un descuido, un olvido involuntario, del legislador. Si atendemos al art. 777.3, en sede del procedimiento abreviado, la indicación de obligatoriedad de declaración preconstituida (que, por cierto, menciona de nuevo al testigo, no a la víctima) abarca tanto a la persona menor como a la persona con discapacidad³⁷ y, desde luego, no se encuentra sentido alguno a una diferencia de tratamiento en estos casos atendiendo únicamente a la clase de procedimiento. Por lo demás, el propio párrafo 1.º del art. 449 ter, concluye con el inciso «[e]ste proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios», lo que parece englobar tanto al menor como, tal vez con mayores motivos, a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección³⁸. Por otra parte, el apartado 2.º de este mismo art. 449 ter comienza mencionando únicamente al menor de catorce años para, en la misma frase, incorporar después a las personas con discapacidad («la persona menor o con discapacidad»). En fin, existen indicios plurales sobrados para poder concluir que estamos ante una omisión no deliberada del legislador, y haciendo una interpretación sistemática, contextual y atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, estimo que, parafraseando a SÁNCHEZ-COVISA VILLA, pero en sentido inverso, salvo mejor criterio, la práctica de la testifical preconstituida en los tipos delictivos establecidos, es obligatoria tanto en el caso de menores de catorce años como en el de personas con discapacidad necesitadas de especial protección^{39 40}.

37. Art. 777.3 LECrim: «3. Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 449 ter, debiendo la autoridad judicial practicar prueba preconstituida, siempre que el objeto del procedimiento sea la instrucción de alguno de los delitos relacionados en tal artículo».
38. Así, en el art. 109 LECrim., se establece que: «En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios. Dichas adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. Se deberá garantizar que...», recogiendo en el apartado b), expresamente que ha facilitarse «a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender», empleando, pues idéntica expresión que el art. 449 ter, esto es, «apoyos necesarios».
39. Respecto a la determinación de si estamos ante una persona con discapacidad necesitada de especial protección, Julián SÁNCHEZ MELGAR: «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados...», *op. cit.*, p. 7, tras aludir al art. 25 del Código Penal, indica que, en estos casos, lo habitual será que el médico forense, a instancia del órgano judicial, explore a la persona y emita un informe en el que concluya el grado de capacidad observado desde la perspectiva médica, lo que servirá posteriormente a la autoridad judicial para tomar la decisión jurídica conveniente al caso, concediéndole, o no, aquel estatuto a efectos de tomarle la declaración preconstituida.
40. Observa Joaquín SÁNCHEZ-COVISA VILLA: «Preconstitución prueba testifical...», *op. cit.*, pp. 18 y 19, que, en los casos en que hubiera que preconstituir la declaración de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, es recomendable el auxilio de un facilitador, figura que tiene reconocimiento explícito en el art. 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que es norma supletoria, art. 4 de esa misma Ley), aunque ya tenía larga y constatada trayectoria en los procesos penales. Añade que las fuerzas y cuerpos de

3.2. Ámbito objetivo

El ámbito objetivo que determina la práctica obligatoria de la testifical preconstituida viene fijado en el art. 449 ter en forma de enumeración: delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo. Sobre esta lista, cabe realizar alguna observación.

De una parte, que aquel precepto cierra con la previsión de que: «Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve»; en estos casos, el procedimiento carece de fase de instrucción, no obstante lo cual el legislador ha previsto la conveniencia de que la declaración se practique antes del juicio oral, si bien con carácter potestativo, no preceptivo^{41 42}.

De otro lado, pese a que, según se ha afirmado, estamos ante un amplio listado de delitos que incluye los de más gravedad y en los que la declaración en el juicio oral presenta mayor riesgo de victimización secundaria^{43 44}, se ha advertido también que el catálogo podría perfeccionarse, ya que se han dejado fuera otros delitos de igual o mayor entidad punitiva tales como un robo con vio-

seguridad han elaborado unas guías de intervención policial con personas con discapacidad intelectual que desarrollan un modo respetuoso y efectivo de realizar una prueba preconstituida. Finalmente, existe un convenio de colaboración entre la Fiscalía General del Estado y la Federación Plena Inclusión (de 9 de setiembre de 2021), mediante el cual se ponen a disposición de los/las fiscales valiosos instrumentos para el apoyo a las personas con discapacidad. Sobre la figura del facilitador, apunta Ana María GALDEANO SANTAMARÍA: «La minoría de edad y el proceso penal», *op cit.*, p. 14, que: «Cuando la persona testigo/víctima fuera menor de edad y además una persona con discapacidad y necesitara algún tipo de apoyo, la figura del facilitador es importante para señalar los apoyos y ayudas individuales que precisa el testigo para declarar».

41. *Vid.* Coral ARANGÜENA FANEGO: «Declaración de personas vulnerables...», *op. cit.*, p. 1110, que pone como ejemplo algunos tipos de lesiones, y agrega «que en estos supuestos la declaración se producirá fuera del juicio oral, pero ante el propio órgano competente para el enjuiciamiento constituyendo por ende un supuesto de prueba anticipada».
42. En cualquier caso, nota José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: «Protagonismo probatorio de la víctima...», *op. cit.*, p. 354 (nota 62) que: «Resulta difícil de entender en este contexto la previsión contemplada en el mismo precepto in fine relativa a que “las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve”».
43. *Vid.* Coral ARANGÜENA FANEGO: «Declaración de personas vulnerables...», *op. cit.*, p. 1110.
44. Señala José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: «Protagonismo probatorio de la víctima...», *op. cit.*, p. 354, que se ha producido una considerable ampliación de los delitos —pues hasta ahora ha predominado el perfil de delitos de agresión sexual— «en los que se pretende, en nuestra opinión, una protección del testigo por motivos distintos a los de evitar la victimización secundaria o a los de evitar los graves perjuicios psicológicos que implica enfrentarse al acto del juicio oral con plenitud de debate», aunque no aclara el autor a qué otros motivos distintos se refiere.

lencia, salvo supuestos de organización delictiva⁴⁵. Debe tenerse en cuenta, con todo, que este y otros delitos no están excluidos legalmente de la declaración preconstituida⁴⁶, aunque sí sujetos a la decisión judicial, en este caso nuevamente facultativa, no obligatoria.

4. Requisitos para la validez probatoria de la declaración preconstituida

La actual normativa plasma, en esencia, pero —valga el juego de palabras— con una diferencia esencial, las exigencias que se han establecido jurisprudencialmente. Se verán a continuación los requisitos que se han venido exigiendo por la jurisprudencia de nuestros tribunales⁴⁷ para que la testifical preconstituida alcance valor probatorio, subrayando cómo han sido acogidos —o no— por el legislador.

4.1. Requisitos relativos a la forma de practicarse la testifical en la fase de instrucción

4.1.1. Requisito subjetivo: la imprescindible presencia judicial

Dentro los requisitos referidos a la forma en que ha desarrollarse la declaración en la fase de instrucción, el requisito subjetivo radica en la necesaria intervención del órgano judicial instructor. La declaración, pues, ha de llevarse a cabo necesariamente a presencia judicial, lo que comporta un control judicial directo, sin que pueda considerarse válida la declara-

45. Vid. Julián SÁNCHEZ MELGAR: «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados...», *op. cit.*, p. 8.

46. Repara Ana María GALDEANO SANTAMARÍA: «La minoría de edad y el proceso penal», *op. cit.*, p. 5, en que, por ejemplo, en el caso de un delito patrimonial ejecutado con violencia o intimidación, la preconstitución probatoria no operaría automáticamente, aunque no hay obstáculo legal para su práctica si existe «acreditación y motivación en la solicitud y, la resolución judicial que lo acuerde deberá justificar la grave victimización del menor si comparece en el acto de juicio y, en su caso, la pérdida significativa de la calidad del testimonio»; y en igual sentido «se concluye, sí [*sic*] lo pretendido es preconstituir el testimonio de un menor de 18 años, pero mayor de 14. Su fundamento se encontrará en la grave afectación de la vivencia criminal sufrida, que se verá agravada o interferirá negativamente en su sanidad psíquica si se exige la presencia del testigo en el acto del juicio oral para volver a contar lo acontecido».

47. Vid., entre las más recientes, la STC 59/2023, de 23 de mayo (ECLI:ES:TC:2023:59), FJ 4 y las sentencias allí citadas. Del TS, puede verse, entre muchas otras, la sentencia 579/2019, de 26 noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3857), FD 2.º 1.

ción prestada únicamente ante el fiscal o el letrado de la Administración de Justicia u otro funcionario de la oficina judicial⁴⁸. Tampoco son válidas, a estos efectos, las manifestaciones vertidas ante la policía; esto es, como se afirma en la STC 165/2014, de 8 de octubre (ECLI:ES:TC:2014:165), «ni las declaraciones autoincriminatorias ni las heteroinculpatorias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria» (FJ 2)⁴⁹.

4.1.2. Requisito objetivo: la posibilidad de contradicción

El requisito objetivo consiste en que se garantice la posibilidad de contradicción⁵⁰ y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar —o hacer interrogar, art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos— al

48. Cfr. *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos...*, op. cit., p. 155.

49. En igual sentido, SSTC 33/2015, de 2 de marzo (ECLI:ES:TC:2015:33), FJ 4 y 68/2010, de 18 de octubre (ECLI:ES:TC:2010:68), FJ 5. Sobre esta cuestión, cita Manuel José GARCÍA RODRÍGUEZ: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida...», op. cit., pp. 38 y 39, la STS 222/2019, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1413), en cuyo FD 6.º puede leerse que: «Ha sido una constante jurisprudencial la afirmación de que las declaraciones prestadas ante la policía, su grabación audiovisual o su documentación por escrito carecen de valor probatorio alguno, porque no han sido realizadas a presencia judicial. Sólo en el caso de que hayan sido ratificadas a presencia judicial y con intervención de las partes, pueden acceder al juicio oral, bien por el cauce del artículo 730 de la LECrim, en el caso de que el declarante no pueda comparecer en juicio, bien por el cauce del artículo 714 del mismo texto legal, cuando se aprecien contradicciones entre lo declarado en fase sumarial y lo declarado en el juicio. Las declaraciones prestadas en sede policial sin intervención judicial, cuando no han sido ratificadas durante la fase de instrucción, ni siquiera pueden acceder al juicio a través de los testimonios de referencia de los agentes policiales que las tomaron o presenciaron». Esta sentencia, por lo demás, recoge la amplia doctrina del TS —haciendo asimismo referencia a la doctrina constitucional, si bien aprecia ciertos matices, que rechaza, en la antedicha STC 33/2015— acerca de la falta de valor probatorio de las declaraciones realizadas ante la policía.

50. Como recuerda la STC 59/2023, de 23 de mayo (ECLI:ES:TC:2023:59): «Lo que nuestra doctrina garantiza es la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3, y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3), resultando que el principio de contradicción se respeta no solo cuando el acusado goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4, y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3, entre otras)» (FJ 4).

testigo⁵¹. Esta exigencia, que había venido plasmándose en la jurisprudencia, tiene hoy su manifestación normativa en el art. 449 bis, conforme al cual: «La autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la declaración. La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto». Prevenciones, estas últimas, que resultan necesarias para impedir que una incomparecencia estratégica del imputado, o incluso de su letrado, puedan frustrar la práctica de la diligencia⁵².

La posibilidad de contradicción, pues, ha de ser respetada también en el desarrollo de la testifical preconstituida. Ahora bien, y así lo ha destacado el TS, «[p]or más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral»; la contradicción plena «sólo es posible en el juicio oral, pues sólo en

51. Respecto de la ausencia de contradicción, refiere Pablo GARCÍA MOLINA: «Valor probatorio de las declaraciones...», *op. cit.*, pp. 1 y ss., la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2022 (asunto C-348/21) (ECLI:EU:C:2022:965), en la que se decidió la cuestión prejudicial que se había planteado en el sentido de que (p. 4) «un órgano jurisdiccional nacional, cuando no sea posible interrogar a un testigo de cargo en la fase judicial de un proceso penal, no puede basar su decisión sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado en la declaración de ese testigo obtenida en una vista celebrada ante un juez en la fase de instrucción de dicho proceso, pero sin la participación del acusado o de su abogado, salvo que exista un motivo serio que justifique la incomparecencia del testigo en la fase judicial de proceso penal, la declaración de ese testigo no constituya el fundamento único o decisivo de la condena del acusado y existan elementos compensatorios que permitan contrarrestar las dificultades ocasionadas a dicho acusado y a su abogado por el hecho de que se haya tenido en cuenta la referida declaración», pues de otro modo, se «contravendría lo dispuesto en el art. 8.1.º de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, en relación con los arts. 47 párr. 2.º y 48.2.º CDFUE». Además, analiza el autor (pp. 6 y ss.) el conocido como «test de Al-Khawaja y Tahery» —que hace referencia a la STEDH de 15 de diciembre de 2011, *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* (ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605)—, en virtud del cual el órgano judicial «debe determinar si existe un motivo serio que justifique la incomparecencia del testigo y, en la medida en que la declaración de este pueda constituir el fundamento único o decisivo de una eventual condena del acusado, si existen elementos compensatorios, en particular sólidas garantías procesales, que permitan contrarrestar las dificultades ocasionadas al acusado y a su abogado por tomar en consideración la referida declaración, y que garanticen el carácter equitativo del proceso penal en su conjunto», desglosando a continuación aquel autor cada uno de esos elementos; y más adelante (pp. 11 y ss.) las diferentes hipótesis que pueden plantearse acerca de la falta de contradicción.

52. *Vid.* Coral ARANGÜENA FANEGO: «Declaración de personas vulnerables...», *op. cit.*, p. 1114. En similar sentido, observa Manuel José GARCÍA RODRÍGUEZ: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida...», *op. cit.*, p. 35, que la previsión legislativa está enteramente justificada para evitar los perjuicios que pudiera sufrir la persona menor de edad si se suspendiera la diligencia, salvaguardando al propio tiempo el derecho defensa.

ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla» (STS 321/2020, de 17 de junio —ECLI:ES:TS:2020:1910—, FD 2.º; en iguales términos, STS 690/2021, de 15 de septiembre —ECLI:ES:TS:2021:3450—, FD 5.º). En la STS 579/2019, de 26 noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3857)⁵³, se añadía que la contradicción en la preconstitución de la prueba es de otra clase, al producirse cuando no hay más que una mera inculpación, por lo general vaga, y además se desconoce el resultado de otras diligencias que se practicarán posteriormente y, por tanto, datos o circunstancias cuya introducción en el interrogatorio podría haber resultado trascendente. Agrega que la posibilidad de intercambio dialéctico que comporta el contradictorio es disímil cuando la declaración se practica en la fase de instrucción respecto de la que tiene lugar en el juicio oral. Ante ello, la propia doctrina de la Sala ha sostenido que, a través de la reproducción de la grabación que documenta la declaración, puede someterse de nuevo a contradicción el testimonio, pero, concluye, «tampoco es equivalente el contradictorio sobre la prueba ya formada, que sólo permite el examen de la prueba por las partes, que el contradictorio en la formación de la prueba, que se produce activamente en el momento mismo de la práctica de la prueba conforme al método de examen cruzado» (FD 2.º). La más cercana STS 458/2025, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2341), recuerda la anterior resolución, insistiendo en que la contradicción en la instrucción es limitada y no equiparable a la del plenario, «porque en éste se conocen la totalidad de las diligencias de investigación, lo que no puede acontecer en la fase de instrucción» (FD 4.º)⁵⁴.

Efectivamente, la contradicción sufre una merma indiscutible con la declaración preconstituida, máxime si la misma se realiza en los momentos iniciales de la instrucción⁵⁵. Para mitigar en alguna medida ese menoscabo

53. Expuesta también por José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: «Protagonismo probatorio de la víctima...», *op. cit.*, pp. 352 y 353.

54. Desde otra perspectiva, indica esta STS 458/2025 que «una de las vías procesales más frecuentes, tanto para la acusación como para la defensa es interrogar a acusados y testigos para evaluar las posibles contradicciones y cambios de criterio o versión, lo que puede resultar determinante para la valoración de la fiabilidad y credibilidad de las distintas declaraciones, con las consecuencias que se deriven para la valoración de la prueba. Por lo tanto, no ofrece duda que la incomparecencia de un testigo de cargo al acto del juicio constituye objetivamente una limitación del derecho de defensa que tiene especial relevancia cuando el testigo es la única prueba de cargo o la prueba fundamental como suele acontecer con mucha frecuencia en las causas en que se enjuician delitos contra la libertad sexual» (FD 4.º).

55. Refiere Ana GONÇALVES: «El equilibrio entre el acusado y la víctima...», *op. cit.*, pp. 6 y 7, en relación con lo que en el ordenamiento procesal penal portugués se denomina declaración para memoria futura (de naturaleza muy similar a la declaración preconstituida), que influirá en la decisión de un órgano jurisdiccional que no la presencié y, además, puede haber sido tomada en un estado prematuro del proceso penal, cuando las fuentes de prueba aún no han sido totalmente recopiladas. Por lo que respecta a la contradic-

de la contradicción, si surgieran nuevos elementos en la investigación que requieran ser confrontados con la versión del testigo o sobre los que haya de ser interrogado, debería tomarse una nueva declaración — pese a que la ley no lo prevé, pero tampoco lo impide⁵⁶— ya sea nuevamente en forma de declaración preconstituida, ya, si fuera procedente, en el acto del juicio oral⁵⁷. Desde luego, si los nuevos datos pueden implicar una alteración o transformación de la dirección que ha de tomar la investigación, habrá de repetirse el interrogatorio en la fase instrucción, esto es, si, como señala GALDEANO SANTAMARÍA, resulta esencial descartar alguna hipótesis y excluir o confirmar la imputación, la víctima será nuevamente citada⁵⁸.

ción, subraya que cabe preguntarse si realmente puede ejercerse con plenitud cuando el sujeto pasivo del proceso aún no sabe los elementos en su contra que han sido o serán recogidos; en suma, concluye que podrían verse afectadas sus garantías de defensa. Cabe aclarar que, como indica la autora (p. 9), la declaración para memoria futura es un mecanismo excepcionalísimo, si bien la Estrategia Nacional para los Derechos de las Víctimas de Delitos 2024-2028, aprobada en el año 2024 (Diário da República, 1.º Série, de 5 de janeiro de 2024), «contempla la posibilidad de que las declaraciones para memoria futura sean obligatorias para todas las personas que sean víctimas de un delito» (entendi, a la vista de la letra de la Estrategia, que la autora se refiere a víctimas especialmente vulnerables: «4.2.4.1 - Avaliar a possibilidade de tornar obrigatória a tomada de declarações para memória futura quanto a vítimas especialmente vulneráveis a definir»).

56. Sobre ello, recoge Julián SÁNCHEZ MELGAR: «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados...», *op. cit.*, pp. 9 y 10, la reflexión de María Mercedes NIETO FAJARDO: «La prueba preconstituida en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Los principios de inmediatez y contradicción», artículo monográfico, noviembre 2021, *SEPIN*, SP/DOCT/114462, pp. 3 y 4, acerca de la posibilidad de repetición de la prueba preconstituida, que señala que «no se regula el supuesto de que la defensa solicite en un momento posterior, a la vista del resultado de otras diligencias, una nueva declaración durante la instrucción, entrando en colisión el derecho de defensa con la protección que se pretende dispensar al menor», e invoca, a tal efecto, la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso *A. S. v. Finlandia*, § 56, en la que se dijo que el imputado ha de tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor en el desarrollo de la primera exploración **o en una ocasión posterior** (negrita en el texto original), pero la nueva regulación persigue evitar la revictimización además del lapso temporal entre la primera declaración y el juicio oral, siendo su finalidad, como se señala en el Preámbulo de aquella ley, que las personas vulnerables realicen una única narración ante el órgano instructor. Por su parte, concluye SÁNCHEZ MELGAR que, si surgen informaciones sustanciales en la investigación y hay que interrogar otra vez al menor para valorar su credibilidad o redirigir el rumbo de la investigación, cabe interesar la repetición de la comparecencia, porque se encuentra concernido el derecho a la presunción de inocencia, que no puede ser vulnerado en modo alguno.
57. Esto mismo se postuló en Isabel HUERTAS MARTÍN: «La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente vulnerables», en obra colectiva *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas* (Marta del Pozo Pérez y Lorenzo Bujosa Vadell —dirs.— y Alicia González Monje —coord.—), Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 60.
58. Ana María GALDEANO SANTAMARÍA: «La minoría de edad y el proceso penal», *op. cit.*, p. 21. Afirma la autora que, atendiendo a la ciencia del testimonio, la declaración del menor debe realizarse lo antes posible de modo que «la instrucción comenzará con la declaración del

4.2. Requisitos relativos a la forma de incorporarse la declaración al juicio oral

4.2.1. Requisito formal: introducción del contenido de la declaración

Se ha venido exigiendo un requisito formal, cual es la introducción en el juicio oral del contenido de la declaración sumarial a través de la reproducción de la grabación o la lectura del acta en que se documenta, conforme a las redacciones anteriores al año 2021 del art. 730 LECrim.; admitiéndose también por la jurisprudencia su introducción a través de los interrogatorios⁵⁹. Tras la reforma de la LECrim. por la LO 8/2021, se elimina la documentación escrita de la declaración y se fija la exclusividad de la grabación audiovisual en soporte adecuado en relación con la declaración de la víctima o testigo que se haya practicado como testifical preconstituida en la fase de instrucción, a tenor de lo dispuesto en el art. 449 bis LECrim⁶⁰.

Esta reproducción posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones

menor y resultará difícil prever todas las cuestiones a preguntar en ese momento tan inicial de la investigación. Por lo general, su exploración se centrará en el hecho nuclear, pero se escapan la confirmación de datos periféricos esenciales que solamente el menor puede corroborar. Circunstancia que puede determinar seguir una hipótesis o línea de investigación u otra». Añade que, si ha de desecharse alguna hipótesis y excluir o confirmar la imputación, debe tomarse nueva declaración al menor, pese a que se incida en la victimización que se trata de soslayar, pero pueden darse supuestos en que haya preguntas relevantes que no se hicieron inicialmente porque se ignoraban elementos de investigación y que podrían aclararse en el plenario si se contara con la presencia física del declarante, pero no si se cuenta sólo con el primer testimonio preconstituido. Respecto de esta materia, observa Raquel CASTILLEJO MANZANARES: «Modelo procesal de adaptación de la víctima menor en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 66, 2025, p. 30, que se enfrentan aquí el derecho de defensa y la protección que se procura dar al menor para evitar su victimización secundaria, debiendo ser posible una comparecencia posterior al encontrarse afectado el derecho a la presunción de inocencia, que no puede ser violentado en forma alguna; sustenta tal posición con la cita de la ya mencionada STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. v. *Finlandia*, § 56: «... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor y, debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior. Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, ha de observarse» (cursiva en el texto original).

59. Así, SSTC 33/2015, de 2 de marzo (ECLI:ES:TC:2015:33), FJ 4, 165/2014, de 8 de octubre (ECLI:ES:TC:2014:165), FJ 4 y 68/2010, de 18 de octubre (ECLI:ES:TC:2010:68), FJ 5.

60. Aunque, con arreglo al art. 730.1 LECrim. podrán reproducirse, pero también leerse, las diligencias practicadas en el sumario cuando, por causas independientes de la voluntad de las partes, no puedan ser practicadas de nuevo en el plenario.

de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral⁶¹, si bien con las limitaciones que se han apuntado más atrás en relación con el principio de contradicción. También, obvio es, se ve mermado el principio de inmediación, que queda transformada en una intermediación de segundo grado o indirecta⁶², pues como se advierte en la STS 206/2020, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1321)⁶³, «queda parcialmente menoscabada la intermediación en la medida en que no se produce un contacto e interacción directos entre el Tribunal y el testigo, sino a través de la grabación. Ésta siempre supone algo distinto a la percepción directa, aunque sitúe un escalón por encima de lo que sería la lectura de unas manifestaciones transcritas. La intermediación de la escritura lleva aparejada un inevitable efecto empobrecedor que se evita en buena medida mediante la grabación en soporte reproducible» (FD 2.º).

El mandato legal de que exista una grabación audiovisual debe ir unido, claro está, a una dotación apropiada de medios materiales, ya que la grabación de las declaraciones demanda un equipamiento audiovisual de calidad, así como personal capacitado para su correcto uso y depósito⁶⁴.

Y es que, ciertamente, la incorrecta documentación de la declaración preconstituida puede generar serios conflictos. Tal es el caso que contempla la STS 482/2022, de 18 de mayo⁶⁵ (ECLI:ES:TS:2022:2032) (FFDD 1.º y 2.º), en la que el recurrente, condenado por un delito contra la libertad sexual, se queja de que la víctima menor de edad no declaró en el juicio oral⁶⁶, pese a haberse solicitado insistentemente por su defensa porque resultaba imposible la reproducción en condiciones aceptables de la declaración preconstituida; la condena se fundó en gran medida en esta declaración, cuya grabación, como reconoce la sentencia impugnada, «presenta sensibles deficiencias técnicas, de tal intensidad que resulta en gran parte inaudible». Opone el recurrente que, con todo, la convicción del tribunal se apoyó en el acta expresiva del resultado de la declaración «en la que, sin

61. Entre las más recientes, STC 59/2023, de 23 de mayo (ECLI:ES:TC:2023:59), FJ 4, con cita de otras varias sentencias.

62. Cfr. Manuel José GARCÍA RODRÍGUEZ: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida...», *op. cit.*, p. 39.

63. Citada también por Manuel José GARCÍA RODRÍGUEZ: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida...», *op. cit.*, pp. 39 y 40.

64. Vid. Cristina CAJA MOYA y Elio QUIROGA RODRÍGUEZ: «Alrededor de la revictimización en el proceso judicial: hacia un enfoque más humano en la declaración de las víctimas de violencia de género», *op. cit.*, p. 10.

65. Analizada asimismo por Ana María GALDEANO SANTAMARÍA: «La minoría de edad y el proceso penal», *op. cit.*, pp. 9 y 10.

66. La declaración de la menor en el plenario fue desaconsejada seriamente por las expertas del equipo técnico, porque ello podía suponer un sacrificio desproporcionado de su interés, incidiendo en su equilibrio emocional y su adecuado desarrollo personal.

embargo, no se consignan las preguntas que formularon los técnicos, ni después las partes, dejándose constancia únicamente, y no de forma literal, de las respuestas ofrecidas por la menor»⁶⁷.

Parte el TS del principio del interés superior del menor como clave en la interpretación de las decisiones que le afectan, reconociendo, al propio tiempo, que este supuesto presenta aristas que lo hacen particularmente delicado⁶⁸, puesto que el interés de la menor y la prevención de su revictimización pueden entrar aquí en conflicto con los derechos fundamentales a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a un juicio justo y a la presunción de inocencia. Retomando la argumentación del órgano de apelación, que confirma la del órgano de enjuiciamiento, observa el TS que se ha ponderado «que la grabación de la prueba preconstituida, con el empleo de auriculares individuales, resultaba parcialmente audible. Aquellos fragmentos de lo declarado por la menor que pudieron recuperarse coincidían, además, con lo reflejado en el acta, extendida por la fedataria judicial, en la que se dejaba constancia de la intervención en su práctica de la autoridad judicial y de las propias partes, consignándose que las mismas dirigieron a la menor distintas preguntas (que no se recogen en el acta literalmente), pero sí las respuestas que la niña proporcionó tanto a éstas como a las propias técnicas». Así las cosas, y aun siendo perfectible la incorporación de la prueba al plenario, lo cierto es que estima el TS que el recurrente no justifica en su impugnación la existencia, ni en qué extremos, de indefensión material, por lo que concluye que «en las referidas circunstancias que la Audiencia Provincial, ponderando debida y razonablemente los intereses en conflicto, resolvió incorporar al acto del juicio oral la prueba preconstituida practicada en instrucción, en las condiciones incompletas pero posibles que ya se han descrito, no advirtiendo la necesidad de someter a la testigo a un nuevo interrogatorio, con los riegos [*sic*] que pericialmente se justificaron para su estabilidad emocional, sin que en nada sustancial padecieran con ello los derechos fundamentales que el acusado invoca en este motivo de impugnación (...). Decisión que respalda, en la sentencia ahora impugnada y resolviendo estas mismas quejas, el Tribunal Superior. Y que también nosotros, por lo hasta aquí explicado, debemos refrendar».

67. La Audiencia Provincial admitió la incorporación del acta como documento, así como la grabación de la exploración, con arreglo al art. 26 del Código Penal; ello, sin perjuicio del valor que se le otorgara en la sentencia tanto a dicha documental como a la prueba indirecta o de referencia de las peritas del equipo técnico.

68. Aunque, afirma el TS: «Desde luego, ninguna objeción razonable podría existir a la práctica de la prueba preconstituida que se llevó a cabo durante la instrucción de la causa; cuya reproducción en el acto del juicio oral no hubiera prestado cobertura a ninguna clase de reproche atendible. Así viene a reconocerlo la parte que ahora recurre», señalando, tras transcribir el art. 703 bis LECrim., que aquí lo sustantivo «sin embargo, es que la forma en que se documentó la prueba preconstituida, presentaba serias carencias en lo relativo a su audición».

En suma, atendidas las circunstancias concurrentes, en el supuesto descrito se mantuvo la validez del testimonio prestado en la fase de instrucción pese a los problemas técnicos que presentaba su audición en el plenario, y ello porque no padecieron sustancialmente los derechos fundamentales invocados por el acusado, máxime, como advierte la sentencia reseñada, cuando no se razonó en el recurso la indefensión material que se hubiera podido soportar⁶⁹.

No se desprende de la lectura de esta sentencia si en el caso se observó o no la prevención del párrafo tercero del art. 449 bis LECrim., pero, desde luego, resulta más que conveniente, tal como allí se prescribe, que el/la letrado/a de la Administración de Justicia compruebe de forma inmediata la calidad de la grabación audiovisual⁷⁰, en orden a evitar este tipo de eventuali-

69. Así, en palabras del TS, el recurrente no señala «en qué concreto aspecto, habría sido vulnerado su derecho de defensa, qué es lo que no conocía de entre los elementos que integraba la acusación, qué concreta pregunta o preguntas no pudo formular a la menor (y habría podido hacerlo para el caso de que ésta compareciera al acto del juicio oral). Lo sostenido por ella, e incorporado al acto del juicio oral en las condiciones posibles para conjurar el riesgo de que la reiteración de su testimonio pudiera provocarle serios daños, con ser muy grave, es también muy simple en su descripción, puntualmente conocida en todos sus extremos por quien ahora recurre. Este pudo formular a la menor, en el desarrollo de la prueba constituida, cuantas preguntas tuvo por conveniente, sin que destaque ningún pasaje relevante del acta que se extendió, ni en el marco de las respuestas a esas interrogantes, ni tampoco en relación con sus demás manifestaciones, que hubiera podido ser omitido o malinterpretado en el acta extendida por la fedataria judicial. Tampoco señala qué otras preguntas pudo haberle realizado, para el caso de que la testigo hubiera comparecido al acto del juicio oral».

70. Valora muy positivamente la actual redacción del art. 449 bis LECrim., cuando preceptúa que se proceda de inmediato a comprobar la calidad de la grabación, Manuel José GARCÍA RODRÍGUEZ: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida...», *op. cit.*, pp. 43 y 44, recordando al respecto la STS 529/2017, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2017:2810), que señaló que «por muy avanzado que sea el sistema utilizado, si se pretende garantizar la integridad de lo grabado, es necesario que alguien, bien sea el Letrado de la Administración de Justicia o el personal que le auxilie en esa tarea, controle su adecuado funcionamiento» y es que, la experiencia ha demostrado «que con frecuencia se producen déficits en la captación de imágenes y, sobre todo, de sonido. Un eficaz control durante el desarrollo de las sesiones permitiría detectar el problema y buscar la solución, tecnológica de ser esta naturaleza la incidencia, o incluso de buenas prácticas (no es extraño que las deficiencias de sonido deriven de un inadecuado uso por parte de los intervinientes en el juicio de los micrófonos)», y añade que «[l]a videograbación es un privilegiado método de documentación en cuanto permite un reflejo fidedigno del desarrollo del acto procesal de que se trate. Ahora bien, a esa incuestionable ventaja se suman también ciertos inconvenientes. Los más relevantes los que afectan a los derechos de las partes, como los que, motivados por fallos técnicos o por un inadecuado control humano sobre el sistema, frustran su propia finalidad» (FD 3.º). Asimismo alude aquel autor a la STS 415/2017, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2245), que en sentido contrario a la resolución que aquí se ha estudiado, concluyó que no pudo ser valorada la exploración de dos menores porque «en las actuaciones consta un informe pericial desaconsejando nuevos interrogatorios de las menores, lo que explica y justifica su ausencia del plenario; y, en segundo lugar, que la mala calidad de la grabación ha impedido su utilización en el juicio oral, haciendo imposible valorar la

dades que pueden llegar a restringir de forma intolerable la ya limitada contradicción y el derecho de defensa.

4.2.2. Requisito material: acerca de la imposibilidad de la reproducción de la declaración en el plenario

El segundo requisito fijado por la jurisprudencia referente al modo de introducir la declaración en el juicio oral tiene un carácter material: la imposibilidad de reproducción del testimonio en ese acto. Es aquí donde se observa una discordancia esencial entre lo que venía exigiendo la jurisprudencia y la vigente regulación legal.

Hasta la reforma de 2021, haber realizado la declaración ante el órgano judicial de instrucción con observancia de las debidas garantías, no eximía a la parte que pretendía hacer valer esa testifical como elemento probatorio de la obligación de promover la contradicción directa del testigo mediante su citación y posterior declaración en la vista oral. En consecuencia, la declaración preconstituida no era un instrumento de sustitución automática de la declaración de la víctima o del testigo en el juicio oral, sino que estaba supe-

exploración de las menores como prueba preconstituida». No obstante, se añade aquí, el TS desestimó el recurso de casación, confirmando la condena del recurrente, al apreciar que la imposibilidad de disponer de un testimonio directo permitía la valoración del testigo de referencia, concluyendo que «el testimonio de referencia, al que es lícito acudir dada la imposibilidad de oír al testigo directo, no aparece como el único elemento probatorio valorable, sino que viene acompañado de otros que corroboran su contenido» (FD 5.º).

71. Afirma la STC 283/1994, de 24 de octubre (ECLI:ES:TC:1994:283) que la declaración sumarial, «para que pueda hacerse valer como prueba de cargo, tiene un carácter excepcional y sólo puede estar fundado “en alguna grave causa justificativa, de carácter absoluto u obstructivo”, que impida la declaración personal del testigo. Pues de no existir tal justificación “habrá que acudir a los mecanismos de suspensión dispuestos en el art. 746.3 LECrim., donde se ordena que procede la suspensión del juicio ‘cuando no comparezcan los testigos de cargo ofrecidos por las partes’”» (FJ 2), con cita de la STC 10/1992, de 16 de enero (ECLI:ES:TC:1992:10), FJ 2. En la STC 29/2008, de 20 de febrero (ECLI:ES:TC:2008:29) se apreció que «una vez examinadas las actuaciones, ha de concluirse que ninguna vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cabe atribuir al órgano judicial de instancia por la forma en que fue traída al proceso e incorporada al mismo la indicada prueba testifical de cargo, ya que, por una parte, la declaración prestada por el Sr. Robinson lo fue ante el Juez de Instrucción y en presencia de los Letrados de los acusados, quienes pudieron interrogar libremente al declarante en dicho momento, gozando así de las debidas garantías de inmediación y de contradicción; y, por otra parte, concurría también respecto de la misma el requisito de ser imposible o muy difícil su reproducción en el juicio oral, dado que el mencionado testigo se encontraba en paradero desconocido, lo que había hecho fracasar los distintos intentos hechos por la Audiencia Provincial para su localización y convocatoria a dicho acto, así como el requisito de que la declaración en

presencialmente, bien a través de videoconferencia. Se precisaba, pues, la proposición como prueba para ser practicada en la vista oral de la declaración del testigo que declaró en la fase de investigación, de modo que el recurso a la declaración preconstituida resultaba excepcional. No bastaba, además, el argumento de la simple dificultad, sino que se requería una seria dificultad o una imposibilidad efectiva⁷².

Esa imposibilidad de reproducción se amplió a los supuestos de menores víctimas, eminentemente de delitos sexuales, para evitar el riesgo de victimización secundaria. Como se ha escrito⁷³, la STS 96/2009, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1804), supuso un referente en este ámbito, ya que, aludiendo a la normativa nacional e internacional que respaldaba tal decisión, realizó una interpretación renovada de la noción de imposibilidad de comparecencia al juicio oral al añadir los casos en que existiera cierto riesgo de causar consecuencias a la indemnidad psíquica de menores de edad víctimas de delitos sexuales⁷⁴.

cuestión fuese leída en ese momento al efecto de posibilitar el correspondiente debate contradictorio. En consecuencia la indicada prueba testifical reunía todas las condiciones constitucionalmente establecidas para ser elevada a la categoría de prueba preconstituida susceptible de ser valorada como prueba de cargo» (FJ 5).

72. Esa imposibilidad, además, debía mantenerse en el momento del plenario; esto es, la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario para comparecer a dicho acto, legitimadora de su práctica adelantada en aquella fase procesal, debe subsistir después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir a la vista oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada en la fase sumarial, *vid.* STS 167/2017, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1045), FD 1.º, que cita, entre otras, la STS 686/2016, de 26 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3920), FD 8.º 2. Ejemplo de ello es la STS 545/2015, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:4059), en la que se asevera que se cumplen todos los requisitos de la prueba preconstituida porque la víctima no puede comparecer al estar en Rumanía y no ha podido ser localizada en dicho país; a la declaración ante el juez de instrucción asistieron los letrados y el testimonio se ha oído en el juicio, y cuando un agente manifestó en el plenario su paradero, la Sala, actuando con diligencia, intentó localizarla a través de la embajada sin éxito (en igual sentido, STS 738/2015, de 26 de noviembre —ECLI:ES:TS:2015:5114—).
73. Andrés SOTOCA, José Manuel MUÑOZ, José Luis GONZÁLEZ y Antonio L. MANZANERO: «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil...», *op. cit.*, pp. 4 y 5, añadiendo que la sentencia pone especial énfasis en la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, de 16 de junio de 2005, asunto *Pupino*.
74. También el TC avaló tal exégesis; así, en la STC 174/2011, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:2011:174) tras afirmar que «en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones inculpativas que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral», señala que en «casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido inculpativo de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado», y, además, aludiendo a la doctrina del TEDH, «siempre que exista una causa legítima que

Ahora bien, en estos supuestos —se reitera, antes de la reforma de 2021— el órgano de enjuiciamiento debía motivar cumplidamente la denegación del interrogatorio en el plenario basándose en informes periciales o en otras razones objetivables que acreditaran el perjuicio que irrogaría a la persona menor acudir a declarar nuevamente⁷⁵.

impida la declaración en el juicio oral». Pues bien, en el supuesto «del testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal. En cualquiera de los numerosos pronunciamientos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la conformidad al Convenio de las medidas de protección de la víctima adoptadas durante el desarrollo de los procesos penales, ha reconocido que frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como “una auténtica ordalía”; no se trata sólo de la obligación jurídica de rememorar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril de 2007, caso W. contra Finlandia; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia; 27 de enero de 2009, caso A.L. contra Finlandia; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia)» (FJ 3). En la STC 57/2013, de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:2013:57) se alude a la doctrina fijada en la antedicha sentencia, reiterando que el supuesto de testigos menores de edad víctimas de delitos sexuales es uno de los constitucionalmente relevantes que justifica «la modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado» (FJ 4).

75. Cfr. STS 107/2022, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:448), FD 2.º, que menciona, en este sentido, la STS 579/2019, de 26 de noviembre, si bien la lectura de esta última aclara que la referencia ha de serlo a la STS 470/2013, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2013:2887) en la que se dijo que «los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores» (FD 10.º). Pero también es cierto que la STS 579/2019, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3857), se refiere a la cuestión, aunque en estos términos: «siendo cierto que se debe cuidar no revictimizar a los menores, no es menos cierto que no puede existir un permanente derecho de no comparecer en el plenario cuando su interrogatorio ha sido propuesto por la defensa, ya que ese derecho de no comparecer existe y puede aplicarse cuando se acredite la afectación a los menores, pero este extremo no puede presumirse, sino que debe venir amparado, o bien por un informe que avale que la presencia en el plenario de la menor puede afectarle seriamente, o bien por cualquier otra circunstancia que permite objetivar y avalar la existencia del perjuicio del menor de declarar en el plenario, por lo que no existe una especie de “presunción de victimización secundaria”, sino que ésta debe reconocerse cuando el Tribunal pueda “ponderar” y valorar las circunstancias concurrentes en cada caso y estar en condiciones de que, objetivamente, quede constancia de que prima esta vía por encima del principio de contradicción mediante el interrogatorio en el plenario, y no solo con la prueba precon-

Con la actual regulación —que es, cuando menos, confusa—, sin embargo, parece no ser necesaria en ningún caso, aunque sea posible, la asistencia de la víctima o del testigo a la vista. Pero, es más, la declaración en el juicio de personas menores de catorce años o con discapacidad necesitadas de especial protección es, en general, una imposibilidad legal, salvo supuestos excepcionales; al mismo tiempo, lo que se ha de motivar ahora son las razones por las se estima necesaria la intervención en el acto del juicio y no, como se había hecho previamente, las que justificaban la inasistencia.

En primer lugar, establece el art. 703 bis LECrim⁷⁶ en su párrafo primero que, si en la fase de instrucción, en aplicación de los arts. 449 bis y ss. LECrim., se ha practicado la testifical preconstituida se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción de la grabación audiovisual en el juicio, «sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista». Se remite el precepto al art. 730.2 LECrim. (que contiene, en cambio, una referencia dual: víctima o testigo, no estrictamente testigo), obviando entonces la disposición del apartado 1 del mismo art. 730, que se refiere a la lectura o reproducción

tituida» (FD 2.º). Se especificaba en esta STS 579/2019, en cuanto a la edad, que el dato importante a tener en cuenta es el tiempo de la celebración del juicio oral, no el momento en que ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento. Insiste en esta materia la STS 153/2022, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:679), aclarando no se avalaba «el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima fuera un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTs 96/2009, de 10 de marzo; 593/2012, de 17 de julio; 743/2010, de 17 de junio y ATS 1594/2011, de 13 de octubre» (FD 1.º A.1.). Por su parte, recoge la STS 558/2023, de 6 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3050), FD 2.2.º, la doctrina de la STS 44/2020, 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:449), que enunció los presupuestos que justifican la práctica adelantada de la declaración del menor y su posterior valor probatorio, «con cita y apoyo de la jurisprudencia del TEDH: a) quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor; b) debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; c) debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta a través del experto, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior, indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados; d) para la incorporación del resultado probatorio preconstituido al juicio oral la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo en el que se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias; e) exige también que en el mismo se acredite la causa legítima que impida que los menores sean oídos en el plenario y que su declaración vaya a ser sustituida por la prestada en durante la fase de investigación».

76. El art. 788.2 LECrim., se remite a este mismo precepto para el procedimiento abreviado: «Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 703 bis en cuanto a la no intervención en el acto del juicio del testigo, cuando se haya practicado prueba preconstituida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 449 bis y siguientes».

de las diligencias que, practicadas en el sumario, no pueden ser reproducidas en el juicio oral por causas independientes de la voluntad de las partes⁷⁷.

Expresado en tan amplios términos («sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista»), sin contemplar —en palabras de la STC 57/2013, de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:2013:57), FJ 4— supuesto alguno constitucionalmente relevante que justifique la excepcional modulación de los derechos de defensa y contradicción del acusado, el precepto es difícilmente asumible desde la perspectiva de sus garantías procesales.

En estos supuestos, y para soslayar tan dificultoso encaje constitucional, habrá de entenderse, ante todo a la vista de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 703 bis LECrim. —que delimita rigurosamente la posibilidad de la presencia del testigo en el plenario— que efectivamente no será exigible la asistencia del testigo en el juicio oral, pero ello salvo que el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias (cualquier circunstancia, no únicamente las excepcionales que describe el precepto a continuación) lo estime necesario. Se tratará de ponderar, de este modo, la proporcionalidad del sacrificio de los derechos del acusado en relación con, sobre todo, la victimización secundaria o los efectos perniciosos que la presencia en la vista puede irrogar al o la testigo⁷⁸.

77. Observa María de los Ángeles PINO PÉREZ: «La declaración de la víctima de delitos sexuales como prueba preconstituida...», *op. cit.*, que «la nueva regulación, con un enfoque estrictamente tuitivo, regula la preconstitución de una prueba que, en principio, no tendría obstáculo para practicarse en el acto del juicio. Por tanto, en los supuestos que ahora estudiamos, encontramos una primera excepción a los requisitos que, de acuerdo con el artículo 730 de la LECrim, son exigidos para preconstituir prueba, por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral».

78. Al respecto, analiza la STS 172/2024, 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:1108), un supuesto en que la objeción de la defensa se basaba en la concurrencia del requisito material no en el momento en que se practicó la declaración preconstituida (riesgo de desaparición o indisponibilidad futura de la fuente de prueba), sino al tiempo de su reproducción en el juicio; «esto es, en términos del TC, sobre la existencia de “alguna causa justificativa, de carácter absoluto u obstativo” que impidiera la declaración personal de los testigos en juicio». La cuestión, así planteada, «sería fácil resolverla por simple aplicación de lo dispuesto en el artículo 703 bis LECrim., introducido por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Siendo así que la prueba testifical se había preconstituido de forma irreprochable durante la instrucción y que los testigos habían regresado a su país, este sería un caso claro en el que, conforme a la norma citada, podía prescindirse de su declaración en la vista, fuera presencial o por videoconferencia. Sin embargo, la solución no es tan sencilla, porque los derechos y principios en juego no permiten una interpretación y aplicación tan mecánica del precepto, que vendría a limitar el requisito material de la prueba preconstituida al momento de su producción, haciendo prescindible la declaración en juicio del testigo incluso aunque no se haya acreditado su efectiva indisponibilidad para el tribunal, consecuencia que no puede ser aceptada» (FD 3.º.1). Tras ponderar los factores concurrentes (las víctimas lo eran de un delito de trata de seres humanos, merecedoras por tanto de especial protección; la perspectiva del rendimiento probatorio —su testimonio en juicio no hubiera significado una aportación valiosa o útil sobre lo ya relatado en la decla-

En cualquier caso, y si finalmente comparece en la vista, atendido el art. 707 LECrim. (que al comienzo se refiere a las personas menores de dieciocho años o con discapacidad necesitadas de especial protección, pero finaliza ampliando su aplicación a cualquier víctima de cuya evaluación se derive la necesidad de estas medidas de protección), cuando sea necesario para impedir o minorar los perjuicios que de ello pueda derivarse, la declaración se practicará evitando la confrontación visual con la persona acusada⁷⁹.

El mentado párrafo segundo del art. 703 bis, por el contrario, no deja espacio a la valoración judicial, sino que sienta una presunción legal de revictimización o, en caso de testigo no víctima, habrá de considerarse que es una presunción de lesividad, si esas personas intervinieran en la vista. Esto es, si antes de la reforma de la LECrim. por la LO 8/2021 era exigible una justificación de esa posible revictimización o lesividad para evitar la declaración en el juicio, ahora, como señala la STS 107/2022, de 10 de febrero, la ley ha objetivado de modo imperativo que, en los casos de personas menores de catorce años o con discapacidad necesitadas de especial protección, en los procesos por los delitos mencionados más atrás, su declaración se realizará siempre a través de la reproducción en el juicio de la grabación audiovisual de su testifical preconstituida⁸⁰. Ello salvo que, con carácter excepcional, la intervención de aquellas personas —aquí la ley vuelve a hacer referencia al

ración preconstituida—; y las dificultades especiales del caso para la localización de los testigos), se determina que no fue reprochable que el órgano jurisdiccional resolviera continuar el juicio sin haber agotado todos los mecanismos en principio disponibles para la localización y citación de los testigos (FD 3.º.2). Se añade que tampoco la parte recurrente desplegó toda la diligencia posible para obtener el testimonio en juicio que le interesaba, no advirtiéndose, además, que haya existido indefensión (FD 3.º 3 y 4).

79. Indica la STS 153/2022, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:679), que en el caso de menores que tengan entre catorce y dieciocho años, la declaración en la vista del testigo es obligatoria, aunque evitando la confrontación visual con el acusado, y sin perjuicio de que el órgano judicial apruebe fundadamente sustituir la declaración en el plenario por la reproducción de la grabación audiovisual del testimonio preconstituido durante la instrucción de acuerdo con los arts. 703 bis y 730.2 LECrim. (FD 1.º A.2.). En esta línea, Señala Manuel José GARCÍA RODRÍGUEZ: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida...», *op. cit.*, pp. 33 y 34, que —si como seguidamente se verá aquí— cuando la víctima-testigo es menor de catorce años la declaración preconstituida es la norma general obligatoria, las personas de entre catorce y dieciocho años, en cambio, deben declarar personalmente en el juicio oral, aunque con las prevenciones del art. 707.2.º No obstante —añade aquel autor—, de conformidad con los arts. 703 bis y 730.2 LECrim., el órgano judicial puede acordar la sustitución de la declaración en la vista oral por la reproducción de la grabación audiovisual realizada en la instrucción, aunque debe apreciar que existen razones fundadas para ello en el caso concreto; esto exigirá una evaluación individualizada previa y, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos del art. 449 bis LECrim.
80. STS 107/2022, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:448), FD 2.º, que, sin embargo, no emplea el verbo «objetivar», sino «objetivizar»; agrega, respecto del supuesto concreto que: «en el presente caso, tratándose de un menor de 6 años de edad proceder como se actuó fue correcto sin que ello merme el derecho de defensa, como se ha venido admitiendo hasta la LO 8/2021, de 4 de Junio [sic]».

testigo, no a la víctima— sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria por el órgano jurisdiccional en resolución motivada, completándose con las previsiones del apartado tercero: «En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes»⁸¹. Se dota así de cierta flexibilidad —aunque, como enseguida se verá, a juicio del TS, no la suficiente— a la regla general, admitiendo la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada supuesto⁸².

Resulta entonces que, según se ha indicado, con la reforma de la LECrim. por la LO 8/2021, el régimen de la declaración preconstituida es diferente al que se venía sustentando por la jurisprudencia: en el caso de menores de catorce años y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, en los procesos por los delitos —incluso cuando el delito tenga la consideración de leve, art. 449 ter *in fine* LECrim.— detallados en el art. 449 ter LECrim., se ha invertido legalmente la característica exigencia jurisprudencial de practicar la declaración nuevamente en el juicio oral, salvo dificultad seria o imposibilidad manifiesta (incluyendo aquí su sentido lato, esto es, también los supuestos de riesgo acreditado de causar efectos nocivos en la incolumidad psíquica del declarante), de modo que ahora únicamente de forma extraordinaria se procederá a ello cuando se solicite por alguna de las partes y se considera necesaria en resolución judicial motivada. El legislador, como también se apuntó, completa esta previsión indicando un supuesto concreto de esa imperatividad: cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el art. 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes.

La doctrina del TS posterior a la entrada en vigor de la reforma de 2021 ha intentado mitigar ese rigor legal que supone la norma general de supresión de la declaración en el juicio oral de las personas menores de catorce años y de las personas con discapacidad. En esta línea, la STS 558/2023, de 6 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3050)⁸³, señala que la voluntad legislativa de evitar

81. Obsérvese que el párrafo comienza con un tajante «[e]n todo caso» para, a continuación, señalar que el órgano enjuiciador «podrá», lo que resulta ciertamente impreciso. Por lo demás, nota José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: «Protagonismo probatorio de la víctima...», *op. cit.*, p. 356 (nota 66), que la redacción del art. 703 bis resulta confusa, puesto que los «requisitos del primer supuesto (necesidad, resolución motivada, petición de parte) son trasladables, entendemos, al segundo supuesto. En el segundo supuesto, además, no entendemos el empleo de la conjunción copulativa para ambos presupuestos, pues consideramos que con la concurrencia de cualquiera de ellos sería deseable excluir la prueba preconstituida».

82. José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: «Protagonismo probatorio de la víctima...», *op. cit.*, p. 357.

83. Doctrina que se ha refrendado posteriormente, *vid.* los AATS de 11 de julio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:10977A), FD 1.º y de 6 de junio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:9745A), FD 3.º; y la STS 285/2024, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2024:1798), FD 2.º.

siempre y en todo caso la presencia del menor en la vista oral se materializa en el carácter imperativo que se desprende de la literalidad del art. 449 ter («...acordará, en todo caso»)⁸⁴, y refuerza su mensaje en el párrafo segundo del art. 703 bis LECrim. introduciendo el carácter excepcional de la presencia del testigo en el juicio oral. La declaración del menor en el plenario parece que se transforma, así, en un efecto indeseable para el legislador. Pero, advierte el TS, el interés en la protección del menor no puede ser entendido como una traba para la vigencia del principio de contradicción y del derecho de defensa, que son principios estructurales sin cuya concurrencia se quebrantan las bases que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional. Y, añade, corresponde al TS hallar el delicado punto de equilibrio entre los diferentes intereses que confluyen en el proceso penal teniendo en cuenta que la reforzada protección de uno de ellos no ha de desembocar en el innecesario sacrificio del otro⁸⁵.

84. Añade en este punto la precitada STS 558/2023 que: «Más allá del carácter imperativo que se desprende de su literalidad (“...acordará en todo caso”) y del destacado papel que el nuevo precepto atribuye a los equipos psicosociales, lo cierto es que la menor edad de catorce años conoce tramos biológicos que no pueden ser asimilados en su tratamiento. Lo mismo es predicable de los distintos grados de discapacidad que pueden condicionar un testimonio. La voluntad uniformadora del legislador y el rígido tratamiento formal que sugiere la exclusión de cualquier margen de modulación que pueda acordar el Juez no puede ser interpretada como una invitación a desplazar principios estructurales del proceso penal en favor de exigencias formales. De ahí que cualquier desarrollo formal de la prueba que, con vocación adaptativa a las circunstancias del caso, ofrezca un motivado equilibrio entre la protección del menor o discapacitado y la irrenunciable salvaguarda de los principios de contradicción y defensa, debería superar el test de la validez probatoria» (FD 2.2.1). En relación con los tramos de edad, señalaba José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: «Protagonismo probatorio de la víctima...», *op. cit.*, p. 357, que: «A la diferente eficacia de la contradicción plena o limitada hemos de añadir que el legislador ha optado por una franja de edad muy amplia. Menores de catorce años. Dice el Preámbulo que se trata de evitar que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha del juicio oral “afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables”. Pero hemos visto que, por regla general, el riesgo de deterioro de la memoria y de sugestibilidad del testigo infantil se centra en la edad preescolar y que a partir de los cinco años los recuerdos son cualitativamente iguales a los de los adultos. La misma exigencia de ponderación puede derivarse de la particular consideración en cada caso del testigo con discapacidad necesitada de especial protección y de sus circunstancias».

85. La STS 458/2025, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2341) especifica que «se enfrentan dos derechos de singular relevancia. De un lado, el derecho de defensa, central en el proceso penal, dado que el derecho a la presunción de inocencia exige que todas las pruebas que sirvan de soporte a la condena se practiquen ante el tribunal que deba valorarlas y dictar sentencia. La intermediación es capital para la valoración de la prueba y la preconstitución de prueba, mediante su realización ante el órgano de instrucción, por más que se documente mediante una grabación en vídeo, supone una excepción a ese principio. Además y según hemos argumentado en la STS 579/2019, de 26 de noviembre, la contradicción de la fase de instrucción es limitada y no equivale a la del juicio oral, (...) no ofrece duda que la incomparecencia de un testigo de cargo al acto del juicio constituye objetivamente una limitación del derecho de defensa que tiene especial relevancia cuando el

Para ello, interpreta el alto tribunal que el párrafo final del art. 703 bis LECrim. atenúa el mensaje inicial, transformando la excepcionalidad amparada en los preceptos anteriores en una posibilidad que se condiciona a la solicitud de alguna de las partes, de modo que: «En definitiva, la presencia de un menor de edad víctima, como en el presente caso, de un delito contra la indemnidad sexual exigirá del Tribunal un examen ponderativo del impacto que esa presencia en el plenario puede acarrear a su formación integral. El llamamiento judicial a declarar como testigo no puede asumir como efecto inevitable asociado a su práctica la victimización secundaria del menor de catorce años, la que conduce a la constante evocación de un doloroso recuerdo que, a buen seguro, tendrá efectos perjudiciales para su formación integral», y concluye que «ese esfuerzo ponderativo no debería unificar en el mismo tratamiento todos los tramos de edad que preceden a los 14 años. Tampoco puede convertir la excepción —la virtualidad probatoria de lo declarado en fase sumarial— en regla general, frente al significado de la prueba practicada en el plenario. La decisión de declarar la pertinencia del testimonio de un menor en el acto del juicio oral no ha de quedar condicionada, pese a lo que parece sugerir el nuevo precepto, a la petición de parte. Serán las circunstancias del caso las que aconsejen una u otra decisión que, sin perder nunca de vista la indispensable e irrenunciable protección del menor, deberá alzaprimar los principios estructurales del proceso frente a las exigencias formales» (FD 2. 2.º).

De esta exégesis jurisprudencial se desprende, de un lado, que el mandato legal del art. 449 ter en relación con el art. 703 bis LECrim. no impediría siempre y en todo caso la declaración en el plenario de las personas menores de catorce o personas con discapacidad, sino que ha de modularse judicial-

testigo es la única prueba de cargo o la prueba fundamental como suele acontecer con mucha frecuencia en las causas en que se enjuician delitos contra la libertad sexual». En el otro lado de la balanza, «se sitúa el sufrimiento de la víctima que puede derivarse de la comparecencia a juicio, reviviendo el dolor causado por el delito. Esta situación, que puede afectar a cualquier clase de víctima, es de singular relevancia cuando quien debe comparecer a juicio es un menor. (...). Ahora bien, ni en la anterior redacción de la LECrim ni en la actual se veda la posibilidad de que prestado el testimonio como prueba anticipada no deba comparecer el menor a juicio. Puede ocurrir que desde que el menor prestó declaración ante el juez de instrucción haya transcurrido mucho tiempo y ese menor el día del juicio sea mayor de edad o esté próximo a la mayoría. También puede ocurrir que no exista riesgo de victimización alguno por las circunstancias del caso o incluso por la propia personalidad de la víctima. También las condiciones de la declaración son diferentes en función de la edad del menor, ya que no es igual la declaración de un niño de corta edad que un adolescente. Dada la diversidad de situaciones y a fin de ponderar la protección del menor con el derecho de defensa, venimos declarando que debe ser el tribunal el que determine si la comparecencia a juicio del menor es necesaria valorando fundamentalmente el riesgo de victimización secundaria. No se precisa una prueba plena de la existencia del riesgo sino un principio de prueba suficiente que vendrá determinado generalmente por un informe médico o de naturaleza similar en el que es constante la existencia de ese riesgo» (F D 4.º).

mente en cada supuesto concreto, no debiendo, además, unificarse el tratamiento de todas las edades inferiores a los catorce años o los grados de discapacidad⁸⁶; en segundo lugar, que la excepción (la validez de la testifical preconstituida frente a la declaración en el juicio oral) no puede convertirse en la regla general; y, finalmente, que, pese a la dicción legal, no ha de exigirse la instancia de parte para acordar la intervención de aquellas personas en la vista, esto es, que la decisión de pertinencia de la declaración en el juicio oral no puede estar condicionada a la petición de parte.

Sin embargo, la ley no contempla diferencias en los tramos de edad por debajo de los catorce años; sí establece, en cambio, la regla general de no declaración directa en el plenario de las personas menores de tal edad y de las personas con discapacidad; y también exige claramente la instancia de parte para determinar la presencia del declarante en el juicio, por lo que la interpretación judicial no se conjuga bien con la letra de la ley⁸⁷.

Con todo, lo que desde luego revela la doctrina del TS es la preocupación por las garantías procesales del acusado que el enfoque victimocéntrico opaca en cierto grado y no siempre de manera aceptable⁸⁸. La regulación vigente limita considerablemente la inmediatez —de primer grado, esto es, la del órgano de enjuiciamiento—, y, lo que a mi juicio es más relevante, la contradicción de la prueba en el juicio oral —que es, como se adelantó, la verdadera contradicción—, primando la legítima protección de la víctima o del testigo a partir de una presunción de victimización secundaria en el primer caso, o de lesividad en el segundo; todo ello, por tanto, en sentido inverso a la necesidad de acreditar circunstancias justificativas que, como se ha señalado más atrás, había venido exigiendo la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Ahora bien, la enmienda de la ley no ha de provenir de una interpretación jurisprudencial que contradiga o fuerce la letra de la ley, sino, en su caso, de una reforma legal (que siempre dejará espacio para la interpretación judicial, que ha de ser conforme a la ley) que despeje las dudas de la vigente regulación, mantenga y refuerce sus tinos y, en fin, remedie sus desatinos.

86. Cfr. Raquel CASTILLEJO MANZANARES: «Modelo procesal de adaptación...», *op. cit.*, pp. 29 y 30, que añade que, pese a lo manifestado en la STS 558/2023, el legislador delimita con claridad los casos excepcionales en que cabe que la persona menor de catorce años intervenga en el juicio.

87. En palabras de Raquel CASTILLEJO MANZANARES: «Modelo procesal de adaptación...», *op. cit.*, p. 29, el TS concluye «con una aseveración que sólo es fruto de su deseo, pues otra cosa es lo que ha decidido el legislador».

88. Nótese, por ejemplo, que conforme al art. 449 ter LECrim., la testifical preconstituida puede realizarse aun cuando el delito tenga la consideración de leve; y el art. 703 bis no distingue, en su remisión a aquel precepto, unos u otros supuestos, de manera que la declaración en juicio de las personas que indica aquel artículo sería también excepcional en tales casos, lo que, como regla general, no encuentra sustento bastante.

5. Referencias

5.1. Bibliografía

- ALARCÓN CASERMEIRO, Sonia, CORCHETE FIGUERAS, Daniel, y ESCUDERO MORATALLA, José Francisco:** «Casa Barnahus y Letrados de la Administración de Justicia (Prueba preconstituida. Guía orientativa de actuación) (II)», *Diario la Ley*, núm. 10641, 10 de enero de 2025.
- ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria:** «Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2180, julio de 2015, disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/6270/6203> (fecha de última consulta: 4 de junio de 2025).
- ÁLVAREZ SUÁREZ, Laura:** «El control judicial del interrogatorio de testigos menores de edad: difícil equilibrio entre la legalidad y la vulnerabilidad [sic]», *La Ley probática*, núm. 19, 2025.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto:** «La función de las garantías en la actividad probatoria», en VV. AA., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 215 a 242.
- ARANGÜENA FANEGO, Coral:** «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3, 2022, pp. 1093 a 1126.
- BADIOLA COCA, Silvia:** «Criterios jurisprudenciales para declarar la validez de la prueba preconstituida realizada en fase de instrucción frente a la retractación de la víctima menor realizada en el juicio oral. Conforme a la STS, Sala de lo Penal, Sala 2.ª, Sentencia 3/2024 de 10 de enero de 2024, Rec. 6636/2021», *La Ley Probática*, núm. 16, 2024.
- CAJA MOYA, Cristina y QUIROGA RODRÍGUEZ, Elio:** «Alrededor de la revictimización en el proceso judicial: hacia un enfoque más humano en la declaración de las víctimas de violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 10689, 21 de marzo de 2025.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel:** «Modelo procesal de adaptación de la víctima menor en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 66, 2025.
- CORCHETE FIGUERAS, Daniel, ESCUDERO MORATALLA, José Francisco, y ALARCÓN CASERMEIRO, Sonia:** «Casa Barnahus y Letrados de la Administración de Justicia (Prueba preconstituida. Guía orientativa de actuación) (II)», *Diario la Ley*, núm. 10641, 10 de enero de 2025.

ESCUDERO MORATALLA, José Francisco, CORCHETE FIGUERAS, Daniel y ALARCÓN CASERMEIRO, Sonia: «Casa Barnahus y Letrados de la Administración de Justicia (Prueba preconstituida. Guía orientativa de actuación) (II)», *Diario la Ley*, núm. 10641, 10 de enero de 2025.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: «Protagonismo probatorio de la víctima en el proceso penal: inconvenientes y ¿posibles soluciones? (al hilo del Convenio de Estambul)», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, pp. 326 a 363.

GALDEANO SANTAMARÍA, Ana María: «La minoría de edad y el proceso penal», *LA LEY Derecho de Familia*, núm. 43, julio de 2024.

GARCÍA MOLINA, Pablo: «Valor probatorio de las declaraciones de los testigos prestadas sin contradicción en la fase de instrucción del proceso penal», *LA LEY Unión Europea*, núm. 113, abril de 2023.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2.258, diciembre de 2022, disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/9006/9250> (fecha de última consulta: 12 de junio de 2025).

GARRIDO ANTÓN, María José y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: «La prueba preconstituida. Evitando revictimizar a los menores víctimas de delitos sexuales», *Diario La Ley*, núm. 10026, 10 de marzo de 2022.

GONÇALVES, Ana: «El equilibrio entre el acusado y la víctima a la luz de la estrategia nacional para los derechos de las víctimas de delitos 2024-2028 (portuguesa)», *Diario La Ley*, núm. 9489/2025, 18 de junio de 2025.

GONZÁLEZ, José Luis, SOTOCA, Andrés, MUÑOZ, José Manuel y MANZANERO, Antonio L.: «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica», *La Ley Penal*, núm. 102, mayo-junio de 2013.

HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.

HUERTAS MARTÍN, Isabel: «Las partes acusadas», en obra colectiva *Nociones preliminares del Derecho Procesal Penal*, Jordi Nieva Fenoll y Llorenç Bujosa Vadell (dirs.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 57 a 65.

HUERTAS MARTÍN, Isabel: «La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente vulnerables», en obra colectiva *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas* (Marta del Pozo Pérez y Lorenzo Bujosa Vadell —dirs.— y Ali-

cia González Monje —coord.—), Editorial Thomson Reuters ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 51 a 60.

JAMARDO LORENZO, Andrea: «La preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 8906, 23 de enero de 2017.

LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel: «La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021: especial referencia a la utilización de Cámaras Gesell como instrumento para evitar la victimización secundaria», *LA LEY Derecho de Familia*, núm. 34, abril junio (La dignificación de la Justicia Penal de familia), 2022.

MAGRO SERVET, Vicente: «Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal», *La Ley Penal*, núm. 92, abril 2012.

MANZANERO, Antonio L., SOTOCA, Andrés, MUÑOZ, José Manuel y GONZÁLEZ, José Luis: «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica», *La Ley Penal*, núm. 102, mayo-junio de 2013.

MARRERO GUANCHE, Diana: «La prueba testifical anticipada como instrumento para reducir la victimización secundaria de menores de edad en el proceso penal», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 38, septiembre de 2021, disponible en <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2021.38.05> (fecha de última consulta: 21 de abril de 2025), pp. 105 a 129.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio: «Actuación policial ante la averiguación de la verdad en el proceso penal. Especialidades de la prueba ante el jurado», *EGUZKILORE*, núm. 12, diciembre 1998, pp. 113 a 123.

MERCHÁN GONZÁLEZ, Amaya: «El derecho de los menores de edad a ser escuchados en el proceso penal y su práctica tras la LO 8/2021 de 4 de junio», *Diario La Ley*, núm. 10088, 13 de junio de 2022.

MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 23.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

MUERZA ESPARZA, Julio: «Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 39, 2016.

MUÑOZ, José Manuel, SOTOCA, Andrés, GONZÁLEZ, José Luis y MANZANERO, Antonio L.: «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica», *La Ley Penal*, núm. 102, mayo-junio de 2013.

NIETO FAJARDO, María Mercedes: «La prueba preconstituida en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Los principios de inmediatez y contradicción», artículo monográfico, noviembre 2021, *SEPIN*, SP/DOCT/114462.

NIEVA FENOLL, Jordi: «La prueba preconstituida: un concepto erróneo e imposible», *Diario La Ley*, núm. 10532, 24 de junio de 2024.

PETROVA, Aneta: «Sobre la problemática en torno a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal», *Revista general de derecho público comparado*, núm. 19, 2016.

PINO PÉREZ, María de los Ángeles: «La declaración de la víctima de delitos sexuales como prueba preconstituida. Ventajas e inconvenientes», en VV. AA., *Derecho penal 2023*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, disponible en <https://prime.tirant.com/es/boletin-novedades/xx-la-declaracion-de-la-victima-de-delitos-sexuales-como-prueba-preconstituida-ventajas-e-inconvenientes-tol9-723-595/> (fecha de última consulta: 28 de mayo de 2025).

QUIROGA RODRÍGUEZ, Elio y CAJA MOYA, Cristina: «Alrededor de la revictimización en el proceso judicial: hacia un enfoque más humano en la declaración de las víctimas de violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 10689, 21 de marzo de 2025.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo y GARRIDO ANTÓN, María José: «La prueba preconstituida. Evitando revictimizar a los menores víctimas de delitos sexuales», *Diario La Ley*, núm. 10026, 10 de marzo de 2022.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián: «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021», *LA LEY Derecho de Familia*, núm. 32, octubre-diciembre 2021.

SÁNCHEZ-COVISA VILLA, Joaquín: «Preconstitución prueba testifical de la víctima de trata de seres humanos. Valoración de la declaración de la víctima de trata de seres humanos» (Ficha extranjería. delito de trata de seres humanos. Síntesis de jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo), reunión de fiscales especialistas en extranjería (Madrid, 25 y 26 de octubre de 2021), disponible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/bf3ddd48-db71-f9f6-404f-1bbf2cd94d4c> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2025).

SOTOCA, Andrés, MUÑOZ, José Manuel, GONZÁLEZ, José Luis y MANZANERO, Antonio L.: «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica», *La Ley Penal*, núm. 102, mayo-junio de 2013.

USTARROZ, Juan Carlos: «Algunas reflexiones sobre el concepto de “verdad” en el proceso penal», *Revista pensamiento penal*, marzo de 2019.

VV. AA.: *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, Consejo General del Poder Judicial, primera edición, noviembre de 2018.

VV. AA.: *Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: intervención desde la psicología forense, en particular en la prueba preconstituida*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2022.

YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, Irene: *Fundamentos del sistema de justicia penal del menor*, Aranzadi, Madrid, 2025.

ZAMORA-ACEVEDO, Miguel: «La búsqueda de la verdad en el proceso penal», *Acta académica*, vol. 54, mayo 2014, pp. 147 a 186.

5.2. Otros documentos

Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos.

Respuesta del Gobierno de España en el Senado (de 10 de enero de 2022) a la pregunta escrita (684/48703; 24/11/2021; 121667) formulada por MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, Koldo (Grupo Parlamentario izquierda Confederal), disponible <https://www.senado.es/web/expedientdocblobserve-t?legis=14&id=130699> (fecha de última consulta: 12 de junio de 2025).

CAPÍTULO IV

LA PROBLEMÁTICA PROCESAL DE LA EXPLORACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL: ¿ESTA NUEVA REGULACIÓN PROTEGE AL MENOR, O EN REALIDAD LO COLOCA EN UNA POSICIÓN DE DESVENTAJA?

Cristina Díaz Piñas

Profesora de Derecho Procesal

Universidad Europea de Madrid y Universidad Antonio de Nebrija

1. Configuración de la exploración del menor como prueba preconstituida en el proceso penal

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que entró en vigor el 25 de junio de 2021, introdujo diversas reformas en el ámbito del derecho penal, como la que aquí nos ocupa, configurando la exploración del menor víctima del delito como prueba preconstituida en el proceso penal.

Esta reforma modifica los artículos 433, 448 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y viene impulsada por la doctrina establecida por el TEDH en su sentencia del caso María Pupino¹ y la entrada en vigor de la Ley 4/2015,

1. *STJUE (Gran Sala) asunto C-105/03, de 16 de junio de 2005 (ECLI:EU:C:2005:386)*. Dictada en el conocido caso *Pupino*, determina que el órgano jurisdiccional nacional debe

del estatuto de la víctima del delito. La modificación de estos artículos prevé la posibilidad de la lectura de las pruebas preconstituidas respecto de las víctimas menores de edad y personas con capacidad modificada judicialmente, con la finalidad de evitar su victimización secundaria, y paliar los efectos del paso del tiempo en la veracidad de sus declaraciones.

Hay que distinguir, no obstante, la exploración y declaración del menor de 14 años y del menor que supera esta franja de edad. La LO 8/21 establece como regla general practicar la declaración del menor a través de la prueba preconstituida cuando tenga menos de 14 años. Según la exposición de motivos de la norma, el principal fundamento de esta medida es evitar la victimización secundaria, toda vez que la intervención de un menor en un proceso penal declarando primero en instrucción y luego (en la mayoría de los casos, tras mucho tiempo) en otro juzgado supone hacerle recordar el episodio y por tanto revictimizarle, además de contribuir a evitar que el lapso entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato.

En cuanto a la forma de practicar tal declaración como prueba preconstituida el artículo 449 bis LECrim regula su práctica garantizándose el principio de contradicción, si bien se establece que la ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, aunque en todo caso deberá estar presente su defensa letrada, permitiéndose en caso de incomparecencia injustificada del defensor o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, que se sustancie con un abogado de oficio designado al efecto.

Conforme a los arts. 777, 703 bis. y 730.2. LECrim, esta declaración ha de documentarse en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, de manera que su introducción en el acto del juicio oral se verificará reproduciendo la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción, que, como toda prueba preconstituida, debe de ser propuesta por la parte interesada.

Conforme a lo anterior, se convierte en excepcional la declaración de los menores de catorce años en el acto del juicio oral. Solamente, conforme al 703 bis LECrim, se podrá acordar motivadamente esta declaración en el juicio cuando lo solicite alguna de las partes en el supuesto de que lo considere necesario o de que la prueba preconstituida cause indefensión a alguna de las partes por no reunir todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis.

Por su parte, el art. 449 ter permite que la declaración se practique a través de los equipos psicosociales y en tal caso las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a los expertos permitiéndose, en los

poder autorizar que niños de corta edad que alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a los mismos una protección adecuada, no solo en la fase de audiencia sino fuera de ésta y antes de su celebración.

misimos términos, que las partes puedan interesar aclaraciones; y se prevé que se evitará la confrontación visual entre la persona investigada y el menor, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Esta nueva regulación hace necesario dotar a los juzgados de la llamada Cámara Gesell, que posibilita tanto el juez como las demás partes observar cómo se desarrolla la entrevista que realiza un especialista con el menor, en una sala aislada y apropiada, sin que sea consciente de que está siendo observado., a través de la utilización de diversos medios técnicos y a través de una mampara que desde el interior de la habitación donde se encuentra el menor se percibe como un espejo.

Ahora bien, si la declaración con las garantías de prueba preconstituida se erige con carácter obligatorio cuando el testigo es menor de 14 años, tratándose del menor de 14 a 18 años no reviste esta obligatoriedad y sí que deberá declarar personalmente en el acto del juicio oral. Igualmente, se contiene en el párrafo segundo del art. 707 LeCrim la previsión de evitar la confrontación visual con el encausado, siempre que ello resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para el menor se puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia.

No obstante, esta declaración de los menores de entre 14 y 18 años no impide que por razones fundadas y conforme a los arts. 703 bis y 730.2 LECrim, el Tribunal apruebe a sustitución de esta declaración en el plenario por la reproducción de la grabación audiovisual del testimonio recogido como prueba preconstituida durante la instrucción².

2. Análisis de la STS 690/2021, de 15 de septiembre: su relevancia e interpretación³

Aunque quienes han analizado esta sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo han resaltado su importancia porque fija cuáles son los pasos que se deben seguir para evitar que los menores que han declarado durante

2. STSJ de Cataluña (Sección de Apelación Penal de la Sala Civil y Penal) núm. 50/2022, 15 de febrero (ECLI:ES:TSJCAT:2022:1480): pese a que la testigo ya era mayor de 18 años en el momento de la celebración del acto del juicio oral, afirma que se trata de una ponderación de intereses y el tribunal de instancia optó por el interés de preservar la integridad física o psíquica de la testigo, de evitar su revictimización, al decidir que la misma no declarara presencialmente en el acto del Juicio Oral, basándose en el informe psicosocial que de desaconsejaba su intervención personal en el acto del juicio pese haber alcanzado ya la mayoría de edad, y sin que ello afectara de modo relevante al derecho de defensa, preservado porque la exploración judicial preconstituida de la menor se efectuó en el Juzgado ya con efectiva contradicción, al estar presentes todas las partes, que pudieron preguntar a la menor a través del perito psicólogo interviniente, procediéndose al visionado y escucha de la grabación de dicha exploración judicial preconstituida en el acto del juicio oral.

3. STS (Sala de lo Penal) núm. 690/2021, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3450).

la fase de investigación del delito declararen de nuevo en el juicio oral, a mi parecer, en la cuestión que aquí nos ocupa, también es importante esta resolución por los siguientes aspectos que critican en cierto modo que se haya configurado esta diligencia como prueba preconstituida y que se han pasado por alto en su lectura.

- a) Indica el Tribunal en primer lugar que en nuestro derecho procesal es regla general la necesidad de que los Tribunales velen por la observancia del principio de contradicción relacionado con el derecho de defensa, en virtud del cual el letrado de la defensa tiene derecho a interrogar en el plenario a quien alega ser víctima de un hecho delictivo. El derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo y a la víctima es un elemento esencial del principio de contradicción, necesario para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, que se encuentra consagrado en el art.6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos e implícitamente comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24 CE.

Es muy importante la puntualización que hace el Tribunal al indicar que el hecho de que se garantice el principio de contradicción en la fase de instrucción no quiere decir que la defensa renuncie a este principio en la fase de plenario⁴. Por otro lado, la plena contradicción sólo es posible en el juicio oral, pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla.

Por más que en la prueba preconstituida se garantice la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral. Que se haya practicado una prueba preconstituida no quiere decir que se coarte el derecho que asiste a las partes de pedir que esa declaración se lleve al plenario, con base en principio de concentración de la prueba en el plenario y derecho de contradicción aplicable al juicio oral. Si el legislador ha optado por recurrir a la configuración de la exploración y audiencia del menor en el proceso penal como una prueba preconstituida, es imprescindible que en la práctica de la diligencia se respete el principio de contradicción y el derecho de defensa, ya que el mayor número de nulidades procesales han venido suscitadas por esta cuestión.

- b) La declaración de los menores en el juicio debe ser la regla general, con el objetivo de que sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando su derecho de defensa⁵. En

4. FJ. CUARTO.

5. FJ. TERCERO.

principio, el menor debe declarar tanto en fase de instrucción como en el juicio oral como cualquier testigo o víctima, sin perjuicio de que se adopten las medidas de protección que prevén los arts. 25 y 26 del Estatuto de la Víctima, el art. 229 y los arts. 325 y 707 LECrim⁶.

- c) Teniendo en cuenta el contexto de clandestinidad en que se producen algunos delitos, (como por ejemplo los delitos contra la libertad sexual en el caso concreto de esta sentencia objeto de análisis), las declaraciones de los menores víctimas del mismo suelen constituir la única prueba directa de cargo, por lo que es indudable su relevancia. A este respecto, existe una regulación protectora sobre la metodología de la declaración de los menores en los arts. 433, 448, 707, 730 LECRIM, en los arts. 11, 2, 13 y 17 LOPJM y en los arts. 19, y 26 del Estatuto de la Víctima del Delito, así como una normativa europea que propugna evitar la victimización secundaria de la víctima en el proceso penal a la hora de prestar declaración, como la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal o en la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual,
- d) No se avala por parte del Tribunal el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. Este no es un principio o una máxima que por sí misma y considerada objetivamente cercene y altere el derecho de defensa. Solamente cuando existan razones fundadas y explícitas puede prescindirse de la presencia del menor en aras de a su protección. Para ello será preciso un informe que avale que la presencia en el plenario de la menor puede afectarle seriamente, o bien por cualquier otra circunstancia que permita Tribunal apreciar la existencia del perjuicio del menor si declara en el juicio oral, por lo que no existe una especie de «presunción de victimización secundaria», sino que ésta debe reconocerse cuando el Tribunal pueda ponderar y valorar las circunstancias concurrentes en cada caso y que objetivamente se pueda constatar que prima esta vía por encima del principio de contradicción mediante el interrogatorio en el plenario, y no solo con la prueba preconstituida.
- e) Esta apreciación y ponderación del Tribunal sobre la no comparecencia del menor debe motivarse debidamente de forma que éste pueda otorgar a los menores el amparo que les confiere la reforma contenida en el Estatuto de la víctima en el proceso penal referido a los menores. La ponderación exige atender a las circunstancias del caso concreto, muy particularmente la edad del menor, pero también la madurez

6. En el FJ PRIMERO, respecto al fondo del asunto de este caso concreto, el Tribunal indica que la presencia de una menor víctima del delito no supone una derogación de las garantías procesales.

del mismo y demás condiciones concretas de su personalidad. Por ello, es un dato importante la edad del menor no cuando ocurren los hechos que son objeto de enjuiciamiento, sino al momento de la celebración del juicio oral.

- f) Es cierto que se justifica la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, pero ello debe entenderse cuando sea previsible en cada caso que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños o afectación de su presencia en el plenario cuando ya declaró en sede de instrucción. Además, el Tribunal incide en que tal previsión ha de ser debidamente constatada.
- g) En este punto, lo más relevante es que el órgano sentenciador infiere que esta opción de la prueba anticipada no puede serlo «a toda costa» por el único dato objetivo de la razón de la minoría de edad de los testigos sin mayor justificación o fundamento. La forma de acudir a esta viabilidad de prescindir de la presencia de los menores en el juicio y darle carta de naturaleza es la exigencia de razones fundadas y explícitas de «victimización», cuya entidad ha de determinarse en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes en el juicio oral.
- h) Es también especialmente importante como conclusión el fundamento del Tribunal de que es razonable no prescindir de la presencia del menor en la vista del juicio oral, si durante la celebración del mismo cabe adoptar cautelas que garanticen la consecución de la adecuada protección del menor.
- i) Finalmente, el Tribunal indica que, no dándose las circunstancias refutadas en el fundamento y motivación de la sentencia, el letrado de la defensa podrá sostener la indefensión material por indebida denegación de prueba, y la vulneración de la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, es muy importante resaltar que a pesar de la regulación que configura la declaración y exploración del menor en el proceso penal como una prueba preconstituida, en caso de no cumplirse los requisitos expuestos, el Tribunal Supremo establece que será imprescindible la declaración de los menores si ésta es la única prueba de cargo, pues en caso contrario se vulneraría el principio de defensa del acusado.

En esta sentencia se absuelve a un padre de un delito continuado de abusos sexuales a sus hijos menores al considerar que durante el procedimiento no se procedió correctamente respecto a la declaración de los menores. Respecto a la validez de la declaración de los menores como prueba preconstituida, el FJ Tercero dicta: «En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo deci-

siva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral».

No obstante, subraya, el problema que se planteaba en este caso es que, en el sumario, esa declaración contradictoria ante un profesional experto, con intervención judicial y la adecuada contradicción, grabada o no, no se llevó a cabo, por lo que no pudo reproducirse en el plenario, bien por la visualización de la grabación, bien por su lectura, en su caso.

A lo que se añade que ninguna de las partes, ni las acusaciones ni la defensa, solicitó como prueba la exploración de los menores en el acto del juicio oral, por lo que el tribunal de enjuiciamiento nunca se pronunció sobre la posibilidad de practicar dicho interrogatorio formal y contradictorio, bien sea aceptándolo, denegándolo o sometiéndolo a condiciones.

3. La prueba preconstituida y el problema procesal de configurar como tal la exploración y la audiencia del menor en el proceso penal

La prueba preconstituida existe antes del juicio, mejor dicho, dentro del proceso penal que marca la LECrim, es aquella prueba que está disponible antes de que se inicie la apertura del juicio oral. Evidentemente, estas pruebas están disponibles para las partes con mucha mayor antelación al inicio del juicio y pueden hacer uso de ellas o no, ya que de lo contrario, si no se diese traslado de dichas pruebas a todas las partes implicadas en el proceso, se estaría ocultando información relevante en la configuración del sumario y se estaría vedando la posibilidad de poder usarse y articularse adecuadamente en el plenario, vulnerando el derecho a la defensa y el principio procesal de contradicción.

En mi opinión, que en la práctica de esta diligencia, el abogado de la defensa esté presente cuando un menor sea explorado y escuchado y, además, sea conocedor de su versión definitiva con tanta antelación, puesto que ya no volverá a comparecer mientras dure el proceso, no me parece que sea muy beneficioso para la víctima. El hecho de conocer la versión de la víctima con todos los detalles de un modo en cierto modo, definitivo, permite a la defensa una mejor preparación para poder oponerse a lo declarado. De esta manera, datos como lugares, horas, percepciones, lo que ha escuchado, visto u oído, puede ser rebatido con mayor facilidad en el juicio, así como oponerse con mejores elementos a lo declarado por la víctima desvirtuando su testimonio.

En otro orden de las cosas, tal y como viene sosteniendo el Tribunal Supremo en la sentencia analizada, el derecho a la defensa y a un juicio con todas las garantías reconocido en el art. 24 CE, solamente puede ejercerse con plenitud a través del principio de contradicción mediante el interrogatorio en el plenario y no solo con la reproducción de la prueba preconstituida. Se desprende una dudosa posibilidad de contradicción de la prueba si no puede preguntarse en el juicio oral a la fuente de la misma, lo que además puede suscitar una mayor nulidad de juicios y absoluciones ya que la condena se basa en una prueba preconstituida que también es preciso contradecir en juicio oral y ello no es posible del todo, pues la persona interviniente en la misma, que es la propia fuente, no puede estar presente para ser interrogada, más aún en supuestos en los que la única prueba de cargo es la propia declaración del menor como prueba preconstituida.

Como bien indica el Tribunal Supremo en la sentencia que hemos analizado, puede que sea más razonable para evitar la revictimización del menor no prescindir de su presencia en la vista del juicio oral si durante su celebración se pueden adoptar las cautelas necesarias para garantizar la consecución de la adecuada protección del menor. Tal vez debamos centrarnos, precisamente, en reforzar estas cautelas y medidas de protección del menor en el juicio oral, tales como evitar el contacto visual con el acusado, o facilitar cualquier tipo de ayuda para que responda al interrogatorio con la debida tranquilidad y comprensión en un ambiente óptimo, en lugar de utilizar su exploración o declaración en el sumario como una prueba preconstituida, con los peligros que ello encierra, tanto para la defensa del menor y su igualdad de armas procesales como para el acusado y su derecho a la defensa mediante el principio de contradicción.

CAPÍTULO V

JUSTICIA PENAL E INFANCIA: LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO BARNAHUS EN ESPAÑA

Irene Yáñez García-Bernalt¹

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid*

1. Introducción

En el marco del sistema de administración de justicia penal, pocas situaciones exigen tanta responsabilidad y sensibilidad como el tratamiento de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Sin embargo, la estructura tradicional del proceso penal muchas veces se revela inadecuada para proteger a las víctimas infantiles. ¿Qué ocurriría si el lugar donde el menor cuenta su historia se convirtiera en un escenario más de sufrimiento? ¿Y si se expone al menor a reiterados interrogatorios y entornos intimidantes? ¿Está preparado nuestro sistema procesal para proteger eficazmente a los más vulnerables? Interrogatorios fríos y repetidos, lenguaje técnico incomprensible y presencia de distintos profesionales conforman el escenario al que se enfrentan, lamentablemente, cientos de menores víctimas, entre otros, de delitos sexuales. Cuanto menos, una paradoja, pues este sistema que debe protegerlos y asegurar su bienestar los somete a una importante violencia psicológica.

Como ya señaló en su momento HERMAN, «el testimonio de la víctima es esencial para la justicia, pero el proceso para obtenerlo no debe convertirse a una nueva forma de victimización»². De igual modo la Observación General

-
1. Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «La víctima menor de edad en el proceso penal: especial referencia a los delitos sexuales», financiado por la Fundación Manuel Serra Domínguez. Investigadoras Responsables: GONZÁLEZ PULIDO, I; YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, I.
 2. HERMAN, J.L., *Trauma and Recovery: the aftermath of violence -from domestic abuse to political terror*, Basic Books, 1992.

N.º 12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el derecho del niño a ser escuchado viene a señalar que los procedimientos judiciales han de adaptarse a las necesidades del niño, no el niño a las exigencias del sistema. Así pues, se convierte en un deber de los Estados el adaptar sus sistemas de justicia haciéndolos «amigables» con la infancia, cuestión que se viene reclamado desde hace décadas bajo el lema *Child Friendly Justice*. Hace ya 15 años el Comité de Ministros del Consejo de Europa elaboró las denominadas Directrices para una justicia adaptada a la Infancia en el marco del programa del Consejo de Europa «Construir Europa para y con los niños». Estas Directrices tienen como finalidad abordar el papel, derechos y necesidades de la infancia en los procedimientos judiciales y en procesos alternativos, debiendo aplicarse en todas aquellas situaciones en que los menores son susceptibles, por cualquier razón, de entrar en contacto con el poder judicial en materia civil, penal o administrativa.

En España, la promulgación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPVI, en adelante) ha supuesto, sin duda, un avance normativo significativo. La norma introduce elementos que podríamos considerar claves para, paulatinamente, incorporar un sistema de justicia adaptado a la infancia con el establecimiento, por ejemplo, de la obligatoria preconstitución de la declaración de la víctima menor de 14 años, o la necesaria formación especializada de los operadores jurídicos. Sin embargo, su aplicación práctica evidencia a día de hoy importantes limitaciones tales como las carencias formativas, la escasez de medios técnicos, la falta de coordinación interinstitucional o la aplicación desigual en función de la Comunidad Autónoma en la que nos situemos.

Así, en las próximas líneas trataremos de exponer cómo una justicia adaptada a la infancia no puede limitarse a meros ajustes de carácter formal, insistiendo en la necesaria transformación estructural del sistema judicial en coherencia con los estándares internacionales y el respeto de las garantías del proceso. En este sentido, abordaremos la posible implementación de práctica como el modelo Barnahaus para como herramienta para lograr una preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad, pero siempre con el fin de avanzar hacia un sistema judicial humanizado, garantista y respetuoso, ante todo, con los derechos de la infancia.

2. La condición de vulnerabilidad en los menores de edad: el deber de otorgar protección

Los menores de edad se encuentran inmersos en un mundo de adultos, lo cual acarrea una serie de consecuencias, en muchas ocasiones, negativas. Entre otras, implica, por ejemplo, que tengan una mayor susceptibilidad a la hora de sufrir determinados riesgos, dado que carecen de una autonomía

de la voluntad absoluta y un desarrollo psicoafectivo pleno. Si trasladamos esta situación hasta la óptica del Derecho Procesal, podemos afirmar que los menores de edad vienen siendo considerados como sujetos especialmente vulnerables, pues se encuentran en una etapa de desarrollo físico, emocional y cognitivo. Ello hace, entonces, que se hallen en una posición de desventaja respecto de los adultos. Ahora bien, esta inherente condición de vulnerabilidad que acompaña a los menores no implica el decaimiento, ni mucho menos, de ciertos derechos tales como la vida libre de violencia o el deber de que los ordenamientos jurídicos desarrollen herramientas que permitan protegerlos frente a las posibles violaciones de sus derechos³.

En el marco del proceso penal y del Derecho Procesal en su conjunto, como bien señala RODRÍGUEZ TIRADO, «no existe una definición transversal y general de vulnerable y vulnerabilidad»⁴. Realmente la construcción de este concepto tiene lugar a través de la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia. En el caso de los menores, su inherente vulnerabilidad se ve incrementada cuando el menor resulta ser la víctima de un delito, especialmente cuando es de índole sexual. Y en este sentido, a nivel normativo, y lamentablemente, la convicción sobre la necesidad de otorgar a las víctimas una protección eficaz e integral en el marco del proceso penal, como bien señala LÓPEZ YAGÜES, «no tuvo un reflejo legislativo temprano»⁵. El concepto de vulnerabilidad en el ámbito jurídico tiene un desarrollo reciente, influenciado por la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y la idea de acceso a la justicia como derecho fundamental y hoy en día podemos decir que se trata de un concepto jurídico indeterminado que habrá de concretarse en función del ámbito en que se aplique⁶. Así podemos afirmar que la vulnerabilidad no es una categoría permanente, sino que puede ser dinámica y acumulativa, esto es, puede intensificarse en función de la aparición de múltiples factores como el caso, por ejemplo, de un menor que sea víctima de violencia, sufra una situación de riesgo de exclusión social, o sea discapacitado.

A nuestro entender, podemos decir que existen varios tipos de vulnerabilidad o categorías de vulnerabilidad. Por ejemplo, en primer lugar, encontraríamos la vulnerabilidad estructural que sería la que se deriva de una posi-

3. BELTRÁN MONTOLIÚ, A., «Víctimas vulnerables: especial referencia al estatuto del menor a la luz de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *Revista de la Asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 3, 2021, págs. 108 a 149.

4. RODRÍGUEZ TIRADO, A.M., «Acceso al sistema de justicia penal de las víctimas vulnerables menores de violencia sexual», en HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. (Dir.), *Proceso, garantías y vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, 2024, p. 191.

5. LÓPEZ YAGÜES, V., «Víctimas, vulnerabilidad y proceso penal», en LÓPEZ YAGÜES, V. (Dir.), *Víctimas y especial vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, 2024, págs. 15 a 72.

6. RODRÍGUEZ TIRADO, A.M. «Acceso al sistema...», *op. cit.*, pág. 192.

ción social del individuo —riesgo de exclusión social o pobreza—. Podríamos hablar también, en segundo lugar, de una vulnerabilidad situacional que se originaría por las circunstancias del caso concreto —víctima de un delito—. En tercer lugar, encontramos la vulnerabilidad subjetiva que se encuentra vinculada a condiciones personales como la edad y, por último, en cuarto lugar, una vulnerabilidad interseccional o múltiple que sería el resultado de combinar dos o más de las anteriores. Así, vistas estas categorías, podemos decir que en lo menores coexisten la vulnerabilidad subjetiva, por razón de su edad, con la estructural, por su dependencia económica y jurídica y, en el objeto que nos ataña en este trabajo, con la situacional al ser víctimas del delito, violencia familiar, abandono o al vivir una situación de ruptura matrimonial⁷.

Esta triple vulnerabilidad que confluye en los menores de edad reclama, entonces, una respuesta coherente por parte del sistema de administración de justicia penal. La infancia, a pesar de ostentar esa inherente condición de vulnerabilidad, no puede concebirse como un sujeto pasivo sino como un colectivo que es titular de los derechos, y en especial de los considerados como fundamentales. El reconocimiento de la infancia como un colectivo especialmente vulnerable no ha de implicar la exclusión del proceso, sino todo lo contrario: exige una inclusión activa, pero segura, lo que requiere ajustes estructurales en el diseño y práctica de la administración de justicia. Así pues, el deber de los poderes públicos de otorgar una protección reforzada no puede agotarse en la mera enunciación de principios generales, sino que es imperativo que el ordenamiento jurídico y, en particular el sistema del proceso penal desarrolle instrumentos concretos y protocolos específicos que permitan reconocer, valorar y responder adecuadamente a esta vulnerabilidad.

2.1. Instrumentos internacionales y vulnerabilidad de los menores

A nivel internacional la preocupación por el colectivo de la infancia se ha ido reflejando en diversas disposiciones. Antes de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN, en adelante) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, comúnmente conocidas como las Reglas de Beijing de 1985 ya reconocen expresamente que la infancia, al constituir una etapa inicial del desarrollo humano, requieren una particular atención y asistencia para su desarrollo mental, físico y social, debiendo otorgarse una protección jurídica debida. Así, con ello se llama a los Estados a promover la creación de

7. Vid. RODRÍGUEZ PASCUAL, I., «Infancia, ruptura matrimonial y diversidad familiar», *Portularia: Revista de Trabajo Social*, vol. 2, 2002, págs. 283 a 298.

condiciones que permitan al menor desarrollar una vida en la comunidad fomentando un proceso de desarrollo personal y educación alejado de la delincuencia. Si bien es cierto que estas normas se dirigen más concretamente al colectivo de los menores infractores, no debemos olvidar que el interés superior del menor y su salvaguarda también se da en las víctimas de tal modo que estas previsiones, en cuanto a obligaciones de los Estados, se pueden extrapolar a la posición del menor como víctima.

Especialmente relevantes son las diferentes Observaciones Generales elaboradas por el Comité de los Derechos del Niño. Si bien, nos detendremos aquí en la Observación General n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial⁸, por cuanto este debe regir en todo momento y en cada actuación procesal. El interés superior del niño implica que se le tenga en cuenta, de manera primordial, en cualquier decisión que le pueda afectar, ya sea en la esfera pública como en la privada. Este es un concepto jurídico indeterminado, si bien lo especialmente relevante de esta Observación es la calificación del mismo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Un derecho, por cuanto el menor tiene, valga la redundancia, derecho a que se le tenga en cuenta a la hora de valorar diferentes intereses para tomar una decisión sobre una cuestión que le repercute. Un principio, dado que en aquellos supuestos en que haya diversas interpretaciones sobre una norma, siempre se optará por aquella que mejor satisfaga el interés del menor. Y, por último, estamos ante una norma de procedimiento porque a la hora de tomar una decisión que pueda afectar a un menor o un grupo de menores, se debe llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior valorando todas las repercusiones que la decisión pueda tener sobre ese menor o menores.

Evidentemente, para poder desarrollar la evaluación que nos permitirá determinar qué reclama el interés superior del menor, será necesario contar con la opinión de aquel. En este sentido, la mencionada Observación General viene a recordar que el hecho de que el menor exprese su opinión no es más que una manifestación del derecho a ser oído —tal y como se reconoce en el art. 12 de la CDN—. Y, es más, el que el menor se encuentre en una situación de vulnerabilidad —o más bien doble vulnerabilidad porque ya es vulnerable por razón de su edad—, no implica que se le pueda privar de expresar su opinión ni se ha de reducir la importancia que se le debe conceder a dicha expresión.

A nivel europeo (UE, en adelante) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, en adelante) reconoce expresamente en su art. 24 el derecho de los menores a la protección y cuidados necesarios para su bienestar considerándose su interés como primordial en todos aquellos actos llevados a cabo por autoridades públicas e instituciones pri-

8. Texto disponible en: <https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/crc/2013/es/95780> (Fecha de consulta: 12 de marzo de 2025).

vadas. Por supuesto, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas de apoyo y protección a las víctimas de delitos, es clave para instar a los Estados a mejorar su legislación interna y sus respectivas políticas nacionales para combatir todo tipo de violencia, especialmente en las causas de violencia contra las mujeres. Si bien, ello derivará, en el caso de España, en una norma donde también se reconocerá la vulnerabilidad de las víctimas menores de edad.

De igual relevancia resulta la Recomendación (UE) 2021/1004 del Consejo, de 14 de junio de 2021, por la que se establece una Garantía Infantil Europea. En consonancia con lo establecido en el art. 24 de la CDFUE el objetivo de dicha recomendación es la lucha contra la exclusión social de los menores reconociéndose así la especial vulnerabilidad que concurre en ellos y lo agravada que esta se puede tornar cuando el menor se encuentra en situaciones de riesgo de exclusión social, migratorias o de ausencia de escolarización. El pasado año, se hace pública la Recomendación (UE) 2024/1238 de la Comisión, de 23 de abril de 2024, sobre el desarrollo y refuerzo de los sistemas integrados de protección de la infancia que redunden en el interés superior del niño⁹. De nuevo se hace hincapié en la necesidad de que los Estados miembros, a la hora de diseñar sus sistemas judiciales, tengan en cuenta las necesidades tanto de los menores víctimas como de los menores en conflicto con la ley con el objeto de garantizar y facilitar el ejercicio de sus derechos. Redunda, asimismo, en el hecho de que los Estados deben aportar un enfoque de carácter multiinstitucional específico para poder apoyar y proteger a las víctimas menores de edad y siempre con servicios que se hallen adaptado a su nivel de madurez y a las vulnerabilidades de los niños. Asimismo, no debemos olvidar las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a la infancia y la nueva Estrategia del COE sobre Derechos del Niño (2022-2027)¹⁰ en el que se establece como esfera prioritaria de actuación la justicia adaptada a la infancia para así evitar la revictimización asumiendo, además, el compromiso de impulsar el modelo Barnahus del que hablaremos más adelante.

2.2. Marco normativo nacional

La Constitución Española de 1978 (CE, en adelante) asienta como uno de sus principios rectores el deber de los poderes públicos de asegurar, entre otros, la protección de la familia, previendo, además, que los menores goza-

9. Texto disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-80678> (Fecha de consulta: 12 de marzo de 2025).

10. Texto disponible en: <https://www.coe.int/en/web/children/strategy-for-the-rights-of-the-child> (Fecha de consulta: 11 de marzo de 2025).

rán de la protección que se prevé en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (Art. 39 CE). Así, toda la normativa que se desglosa en materia de menores contiene disposiciones que han de estar inspiradas en la protección del ya mencionado interés superior del menor.

No fue hasta 1996 cuando se promulga la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, donde se aborda una importante reforma de las instituciones de protección que venían recogidas en el Código Civil (CC, en adelante). Esta norma recoge un marco estatal en materia de derechos de la infancia estableciendo el interés superior como principio rector. De vital importancia resulta también la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVD, en adelante), fruto de la ya mencionada Directiva 2012/29/UE. La LEVD pretende ser un catálogo de derechos procesales y extraprocesales que se reconocen a todas las víctimas del delito con especiales remisiones a víctimas con especial vulnerabilidad y con independencia de su mayoría o minoría de edad. A modo de ejemplo, se contemplan refuerzos en la puesta en marcha del derecho a entender y ser entendida, pues en caso de que la víctima sea menor de edad las comunicaciones deberán realizarse a su representante o persona que le asista (Art. 4 LEVD). Se prevé, de igual modo, que la Fiscalía vele por la protección de la víctima cuando esta sea menor, debiendo adoptar medidas adecuadas a su interés para evitar cualquier perjuicio que se derive del devenir del proceso (Art. 19 LEVD). De manera más específica el art. 26 LEVD recoge medidas de protección dirigidas, entre otras víctimas, a los menores, tales como, la declaración por medios telemáticos o la designación de un defensor judicial.

Amén de esta normativa, la clave reside, como adelantábamos en la introducción de este trabajo, en la promulgación de la LOPIVI en 2021. Si bien es cierto que la norma aspira a ser un referente en materia de protección a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, lo cierto es que pareciera que se olvida de las cuestiones de capital humano y económico para poner en marcha todas las novedades que incorpora. Si bien en ella se reconoce como los menores son personas especialmente sensibles y vulnerables frente a la violencia, especialmente la de índole sexual. Para ello la norma regula el modo en que las administraciones públicas competentes deben dotar a los menores de los recursos necesarios para que puedan comunicar las situaciones de violencia de manera fácil, accesible y segura. De igual modo incorpora modificaciones en la LECrim en aras de evitar la peregrinación del menor por distintas instituciones para prestar declaración y ello lo hace a través de la obligatoria preconstitución de esta cuando la víctima tenga menos de 14 años o sea una persona discapacitada necesitada de especial protección (Art. 449 ter LECrim).

Otra de las medidas estrella en la protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, así como la toma en consideración de su especial vulnerabilidad viene de la mano de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de

enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, comúnmente conocida como la Ley de Eficiencia. Esta norma, entre otras cuestiones, viene a reformar la planta judicial de nuestro país optando por la creación de Tribunales de Instancia integrados por diferentes secciones (antiguos Juzgados u órganos de carácter unipersonal). Precisamente una de las reformas ha operado en el art. 89 bis LOPJ donde se crean las nuevas Secciones de violencia contra la infancia y la adolescencia, fruto de las previsiones que ya se contenían en la LOPIVI. Estas se encargarán de las causas de violencia contra menores y su constitución tendrá lugar en función de la carga de trabajo que se determine en cada partido judicial¹¹. Además, estas Secciones no se encargarán únicamente del enjuiciamiento de los delitos contra la infancia, sino que también tienen atribuidas labores de instrucción en casos de violencia vicaria.

A esta normativa de carácter estatal se le deben sumar otros textos de aplicación autonómica, puesto que cada Comunidad Autónoma tiene cedidas competencias en materia de servicios sociales y protección de la infancia, de tal modo que así puede aprobar su normativa propia adaptándola a las características y necesidades de su territorio. A modo de ejemplo contamos con normas como la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León¹², la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia¹³, o la Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid¹⁴. La finalidad de la legislación autonómica no ha de ser otra que acercar la protección a sus respectivos territorios, para así poder atender de una manera mucho más eficaz a las realidades sociales y familiares de cada Comunidad. El gran desafío en esta materia, a nuestro parecer, reside en el aseguramiento de la homogeneidad en la garantía de derechos de los menores. Para ello resultaría imprescindible una cooperación real y efectiva entre las Comunidades y el Estado español, así como una inversión sostenida en recursos humanos especializados y sistemas de información compartida. Así la normativa autonómica no debería ser meramente una descentralización administrativa y un alivio de carga para el poder estatal, sino un auténtico compromiso de cada territorio con la infancia, especialmente, con los menores víctimas.

11. MAGRO SERVET, V., «Las nuevas secciones de violencia contra la infancia y la adolescencia de los tribunales de instancia investigarán la violencia vicaria», *Diario LA LEY*, NÚM. 10647, 2025, págs. 1-11.

12. Texto disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-16590> (Fecha de consulta: 17 de marzo de 2025).

13. Texto disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10213> (Fecha de consulta: 17 de marzo de 2025).

14. Texto disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-14347> (fecha de consulta: 17 de marzo de 2025).

3. La víctima menor de edad en el proceso penal

3.1. El proceso de victimización y la participación del menor como víctima-testigo

Los avances legislativos en materia de protección de la infancia y las novedades sobre su participación en el proceso penal ponen de manifiesto el incremento en la preocupación manifestada por la figura de la víctima menor de edad. Los menores de edad, al igual que los adultos, entran dentro de la noción de víctima que otorga el art. 2 LEVD pudiendo ser tanto víctimas directas como indirectas. El primer concepto englobaría a aquella persona física que ha sufrido un daño o perjuicio sobre su persona o patrimonio —incluyendo daños emocionales—. Y el segundo se refiere a los casos de muerte o desaparición de una persona causadas por el delito.

Definidos los conceptos de la víctima directa e indirecta, hemos de indicar que en el momento en que el menor de edad entra en contacto con el sistema de administración de justicia penal con la posición de víctima, este pasa por un proceso de victimización¹⁵ el cual se conforma de todos los efectos de carácter físico, psicológico y económico que se derivan de la comisión del hecho delictivo. Así, el menor será objeto de una victimización primaria que es la que se produce directamente de la ejecución del delito y que alberga lesiones físicas, pero también el impacto económico, emocional y psicológico¹⁶. No obstante, quizá el mayor de los problemas radica en la aparición,

15. Sobre el proceso de victimización hemos de señalar que actualmente existen importantes avances acerca del conocimiento de la victimización sexual de los menores de edad. Las investigaciones realizadas en el campo de las ciencias salud, como señala GONZÁLEZ TASCÓN «son las que arrojan resultados más importantes para construir una estrategia contra el abuso sexual de menores». Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. «La victimización sexual de las personas menores de edad: prevalencia y consecuencias del abuso sexual infantil», en VV. AA.; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. (Coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y protección*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 151.

16. SORIA VERDE, M.A., «Prevención del proceso de victimización psicológico en víctimas del delito», *Papeles del psicólogo*, núm. 48, 1991. Téngase en cuenta, además, que no solo nos referimos a violencia que se comete en el mundo físico, sino que incluimos aquí el incremento de la ciberviolencia, es decir, aquella que se comete a través de redes sociales y plataformas de comunicación. Cuestiones como la agresión y el acoso virtual generan un proceso de victimización, en ocasiones, más complicado por cuanto las labores de investigación deben sortear dificultades como el anonimato y la complicada persecución del autor lo cual genera en la víctima una sensación de impunidad. Sobre esta cuestión véase LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La ciberviolencia de género: nuevas formas de victimización», en ARANGÜENA FANEGO, C; DE HOYOS SANCHO, M; PILLADO GONZÁLEZ, E., (Dirs.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023, págs. 413 a 436.

frecuente, de la victimización secundaria¹⁷. A mayores de los daños que se derivan directamente de la comisión del delito, en reiteradas ocasiones los menores de edad se enfrentan a otro tipo de sufrimientos, esencialmente psicológicos, que se derivan de la entrada en contacto con las diversas instituciones, ya sea con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con el sistema de salud o con el de administración de justicia, o de las constantes peregrinaciones por todas las mencionadas. Esta revictimización se intensifica cuando la víctima es menor porque sus secuelas psicológicas suelen ser más graves y de difícil superación en comparación los adultos pudiendo marcarles de por vida e influyendo en su proceso de desarrollo cognitivo y emocional, por lo que deviene necesaria una mayor cautela en el devenir de las actuaciones procesales.

En último lugar dentro del proceso de victimización encontraríamos la victimización terciaria que es la que se refiere a las consecuencias que el proceso genera en el investigado y/o posterior encausado y posible condenado. En este sentido GÓMEZ PÉREZ señala que se trata de «aquellas situaciones en las que el detenido o acusado puede resultar victimizado por parte de los operadores del sistema durante las distintas fases del proceso. En resumen, es la que afecta al victimario»¹⁸. Sin embargo, en este trabajo nos centraremos más en la victimización primaria y, especialmente en la secundaria, ello sin voluntad de menoscabar las afectaciones psicológicas que en muchas ocasiones sufre el presunto delincuente que se enfrenta al proceso penal y a una posible «pena de banquillo».

Vistos el proceso de victimización, hemos de continuar diciendo que la finalidad del proceso penal reside en la investigación y enjuiciamiento de un sujeto bajo el paraguas de una serie de garantías y derechos procesales fundamentales constitucionales reconocidos, tales como la presunción de inocencia, la asistencia letrada u obtención de una resolución debidamente motivada y fundada en Derecho. Estos son el eje vertebrador del proceso penal sin una merma de los mismos se ha generado en nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de unos principios de protección del menor víctima. Si bien es cierto que la protección y satisfacción del interés de la víctima no se recoge como uno de los fines del proceso constitucionalmente establecidos, lo cierto es que la participación de aquella en el proceso ha ido

17. Vid. MARTÍN DÍZ, F., «Declaraciones testificales de la víctima especialmente vulnerable: propuestas de reforma legal en el ámbito procesal penal», en VV.AA. BUJOSA VADELL, L, DEL POZO PÉREZ, M. (Dirs.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, págs. 71 a 83; MARTÍN RÍOS, P., «La victimización secundaria del menor», en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El experto universitario en justicia de menores*, Astigi, 2008, págs. 320 a 324; ARRIETA, V., «Diversos escenarios judiciales y su impacto en la victimización secundaria», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 28, 2014, págs.1 a 34.

18. GÓMEZ PÉREZ, A., «Aspectos puntuales de la Victimología», en AGUILAR AVILÉS, D. (Coord.), *Editora Grupo de Investigaciones EUMED*, 2010, págs. 5 a 65.

adquiriendo especial relevancia a lo largo de los años. Especialmente cuando la víctima resulta ser un menor de edad, esta se verá también amparada por una serie de garantías y medidas especiales destinadas a la protección de su integridad, a evitar la ya mencionada victimización secundaria y, por supuesto, al aseguramiento en el respeto de su interés superior, ello conforme a lo dispuesto tanto en la legislación nacional como en los instrumentos internacionales, especialmente en la CDN de 1989.

El menor de edad tiene capacidad, conforme al art. 6 LEC, a ser parte del proceso. Esta consideración también tiene lugar en el proceso penal, pudiendo intervenir como parte perjudicada y, en muchas ocasiones, especialmente en delitos sexuales en el seno de la familia, como víctima-testigo. El menor podrá personarse como acusación particular si bien a través de sus representantes legales, ya sean sus progenitores —o uno de ellos—, tutores, guardadores de hecho y también bajo el amparo del MF. En situaciones de conflicto de intereses entre el menor y sus representantes —por ejemplo, como decíamos, en casos de agresiones sexuales o violencia intrafamiliar—, el juez está facultado para designar un defensor judicial que actúe en su nombre velando en todo momento y exclusivamente por sus derechos e intereses en el proceso. La necesidad de proteger a las víctimas especialmente vulnerables y, concretamente a los menores, ha sido una cuestión que se ha planteado reiteradamente en la jurisprudencia, llegando a considerarse como un principio que ha ido adquiriendo cada vez más relieve en el marco del proceso penal, dadas las incidencias negativas que puede tener en el desarrollo natural de su personalidad¹⁹. Así, si bien es cierto que el reconocimiento de su capacidad para ser parte es una realidad, lo cierto es que su participación en las diferentes fases del procedimiento deberá adaptarse a su edad y nivel de madurez, debiendo contar con mecanismos especiales para su protección. A modo de ejemplo, consideramos que el interrogatorio que pueda tener lugar en diferentes fases deberá hacerse respetando su situación personal y en el caso de menores, en presencia de sus padres, tutores o, cuando sea necesario, del defensor judicial. Para ello sería especialmente interesante la creación de servicios dirigidos a categorías especiales de víctimas —como veremos más adelante—²⁰.

Otra de las cuestiones cruciales de la participación de la víctima menor de edad reside en el ejercicio de su derecho a ser oído, reconocido en la legislación nacional en consonancia con los estándares internacionales (Art. 12 CDN). El artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996 establece que el menor tiene derecho a ser oído en cualquier procedimiento judicial o administrativo en el que esté directamente implicado y que afecte a su esfera personal, familiar o social. Este derecho se extiende al ámbito penal cuando el menor actúa como

19. Vid. STS 1016/2003, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2003:4637).

20. Vid. Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

víctima del delito, reconociéndosele la facultad de manifestar su opinión, siempre en condiciones adecuadas a su edad y madurez. Esta escucha no es meramente formal: debe ser efectiva, significativa y tenerse en cuenta en las decisiones que le afecten. El derecho a ser oído también implica la utilización de medios adaptados y profesionales especializados. La intervención de psicólogos forenses o trabajadores sociales es habitual para garantizar que la declaración del menor se realice en un entorno seguro, con lenguaje comprensible y sin presión. En menores de muy corta edad o en aquellos que presentan discapacidad, se pueden aplicar medidas de apoyo específicas para garantizar la efectividad del derecho a expresarse. El garantizar y hacer efectivo el derecho a ser oído del menor es de vital importancia para poder evaluarlo y determinar su interés superior pues solo de esa manera se hará efectivo, a su vez, el que se le tenga en cuenta para toda decisión que le pueda afectar²¹.

4. El modelo Barnahus: una herramienta de protección para la víctima menor de edad y la práctica de la declaración como prueba preconstituida

4.1. La obligatoria preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad

La prueba se erige como una actividad fundamental del proceso, pues en base a ella se motiva la resolución judicial que decide sobre el litigio, causa penal en el caso que nos acomete. Con carácter general la actividad probatoria se desarrolla en la fase de juicio oral, una vez finalizada la fase de instrucción. El juicio oral no se abrirá, entonces, para investigar, sino para juzgar una vez que se han concretado los hechos en que se fundamenta la acusación frente una o varias personas²². El objeto de la prueba no será otro que las afirmaciones sobre los hechos que las respectivas partes involucradas han presentado en los correspondientes escritos de calificación y se ha de referir a todos los hechos constitutivos de la pretensión punitiva y, para obtener una sentencia condenatoria, la acusación habrá de probar eficazmente los hechos constitutivos de responsabilidad criminal y, en su caso civil, del acusado²³.

21. Vid. DÍAZ DOMÍNGUEZ, P., «El papel del menor en la decisión de su propio interés: su derecho a ser oído y escuchado», *Diario La Ley*, núm. 9542, 2019, págs. 1 a 9.

22. Vid. MORENO CATENA, V., «El desarrollo del juicio oral. La prueba», en MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal (12.ª edición)*, Tirant lo Blanch, 2024, págs. 453 a 486.

23. *Ídem*.

4.1.1. Principios fundamentales de la práctica de la prueba en el proceso penal

Con carácter general en el proceso rigen cuatro principios fundamentales. En primer lugar, el principio de contradicción el cual implica que las partes puedan genera un debate procesal sobre la actividad probatoria así como el derecho del acusado a contraargumentar y rebatir a la parte acusadora que rinde una declaración inculpatória contra él. Este principio se halla íntimamente conectado con el derecho de defensa a través del cual constituye su presupuesto²⁴. Como veremos más adelante, se podrá considerar suficiente la contradicción en fase de instrucción siempre que haya habido un debate contradictorio sobre la fuente de prueba, en la formación o en la adquisición²⁵.

En segundo lugar, nos encontramos con el principio de inmediación, el cual demanda que el juez tenga un contacto directo con la actividad probatoria, pues garantizará que forme la convicción que posteriormente plasmará en la sentencia. La inmediación podría considerarse como la base del juicio oral, pues solamente se podrá dictar la sentencia cuando el juzgador haya presenciado la práctica de la prueba en el juicio oral. Así se desprende del art. 741 LECrim al señalar que «El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».

En tercer lugar, rige el principio de concentración en virtud del cual se requiere la unidad de acto con la que ha de celebrarse el juicio oral. Este principio establece que las actuaciones procesales deben realizarse en el menor número posible de actos y en el tiempo más breve posible, concentrando la mayor cantidad de diligencias en una sola audiencia o en un número limitado de sesiones. Esto es, la actividad probatoria se debe efectuar de manera concentrada de tal modo que en caso de que si el juicio queda en suspenso o se prolonga de manera indefinida, se habrá de celebrar nuevamente anulando la parte que ya se hubiera celebrado (Art. 749 LECrim). El principio de concentración conlleva una protección de las garantías procesales por cuando la unidad de acto evita una prolongación indebida del proceso así como una evitación de la dispersión probatoria al recibir el juzgador toda la prueba de manera continuada, lo que le permitirá obtener una mejor percepción global del asunto.

Por último, en cuarto lugar, rige el principio de oralidad²⁶, que establece que las actuaciones procesales, en particular las relacionadas con el juicio,

24. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., «El principio de contradicción en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 5474, Sección Doctrina, 2002.

25. MORENO CATENA, V., «El desarrollo del juicio oral. La prueba», en MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Derecho procesal...», *Op. cit.*, pág. 463.

26. Vid. BUJOSA VADELL, L., «Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español», *Derecho Penal Contemporáneo: Revista internacional*, núm. 9, 2004, págs. 55-84.

deben realizarse de manera oral, directa y pública, en lugar de limitarse al intercambio de documentos escritos. Así se exige que todo el desarrollo del juicio oral y de la actividad probatoria se manifieste oralmente, ello sin perjuicio de la documentación escrita, lo cual exigirá que ciertos instrumentos probatorios que se incorporen al sumario en soporte documental hayan de ser leídos en el acto de juicio para ser tenidos como pruebas, de modo que la estricta oralidad deviene imposible²⁷.

4.1.2. Breve referencia a los requisitos para la preconstitución de la declaración de la víctima menor de 14 años

Ya anunciábamos en las líneas anteriores que una de las grandes reformas de la LECrim que se incorpora con la entrada en vigor de la LOPIVI de 2021 es la obligatoria preconstitución de la declaración de la víctima menor de 14 años o persona discapacitada necesitada de especial protección, la cual se prevé en un novedoso art. 449 ter LECrim. La preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad no resulta novedosa, pues en el conocido caso «Pupino» (STJUE de 16 de junio de 2005) se admitió la posibilidad que el órgano jurisdiccional autorizara que los menores de corta edad prestasen declaración antes de la celebración de la audiencia pública. No obstante, haremos únicamente una breve referencia a este asunto, puesto que será abordado de manera mucho más amplia y rigurosa en el trabajo realizado por la profesora HUERTAS MARTÍN en este mismo libro.

La formalidad que rige, sin ánimo de menoscabar, el juicio oral y la estructura de la sala de vista de un juzgado no se erigen como un lugar idóneo para que un menor preste declaración aportando información relevante sobre los hechos, especialmente cuando se trata de un delito de índole sexual. A nivel emocional no puede asumir los requerimientos de un interrogatorio contradictorio porque está afectado en su desarrollo madurativo, de tal modo que el sometimiento al aquel en fase de juicio oral puede resultar especialmente traumático. Así pues, en el momento de prestar declaración se confrontan dos intereses: por un lado, el del encausado y, por otro lado, el del menor víctima, el cual no ha de resultar perjudicado por el devenir de los actos procesales²⁸. Entre otros, estos son algunos de los motivos por los que el legislador

27. Vid. NIEVA FENOLL, J., «Los problemas de la oralidad», *Diario La Ley*, núm. 6701, 2007, págs. 1 a 16.

28. Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 8, núm. 3, 2022, págs. 1093 a 1126; RICHARD GONZÁLEZ, M., «Criterios legales y jurisprudenciales para la declaración de los menores víctimas en el proceso penal», *LA LEY Probática*, núm. 13, 2023, págs. 1 a 10; HUERTAS MARTÍN, I., «La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente vulnerables», en BUJOSA VADELL, L; DEL POZO PÉREZ, M. (Dirs.),

decide establecer como obligatoria la preconstitución de la declaración de menores de 14 años cuando se trate de procedimientos judiciales que tengan por objeto la instrucción de un delito de homicidio, delito contra la libertad, integridad moral, trata de seres humanos, delito contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad...Por tanto la obligatoriedad de la preconstitución de la declaración queda sujeta a dos límites concretos: por un lado, el tipo de delito que se investiga y, por otro lado, la edad de la víctima, puesto que debe tratarse menores de 14 años.

Para poder llevar a cabo la práctica de la preconstitución de la declaración será la autoridad judicial competente la que podrá acordarlo. Las partes habrán de trasladar sus preguntas, previo control de utilidad y pertinencia, facilitándose al equipo psicosocial encargado de llevar a cabo la entrevista y toma de declaración del menor. Esta declaración será grabada a través de un sistema cerrado de videograbación y el Juez, previa audiencia de las partes podrá requerir un informe de un perito donde se dé cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia. Para poder salvaguardar las garantías que rigen en la práctica de la prueba durante la fase de juicio oral y que también han de regir aquí, se prevé la garantía del principio de contradicción de tal modo que el letrado del investigado esté presente, no siendo obligatoria la presencia de la parte investigada. En este sentido el TS ha destacado que la presencia y posibilidad de intervención de la defensa en la práctica de la prueba preconstituida satisface la garantía esencial de la contradicción y despeja cualquier sospecha de indefensión que pueda derivarse del procedimiento²⁹. Como indicábamos a través de la videograbación se podrá obtener una documentación en soporte físico y así poder reproducirse en la fase de juicio oral siempre que así lo inste la parte interesada tal y como se desprende de los arts. 703 bis y 703.2 LECrim. La finalidad de esta nueva regulación como señala Pillado González no es otra que la de «otorgar un equilibrio entre las necesidades de protección de los menores más vulnerables y el derecho de defensa del encausado»³⁰.

4.2. El modelo Barnahus: más allá de una mera herramienta de toma de declaración

Si antes hacíamos hincapié en la frialdad de los juzgados y en las formalidades que rigen en el proceso penal, nos preguntamos, entonces ¿En qué

Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, págs. 51 a 60.

29. STS 3/2024, de 10 de enero (ECLI: ES:TS:2024:101).

30. PILLADO GONZÁLEZ, E., «La declaración de la víctima y las medidas para evitar su revictimización», en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Justicia poliédrica en período de mudanza (nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad)*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 560.

lugar presta declaración el menor durante la fase de instrucción? ¿Es obligatorio que acuda a la oficina judicial? Varios de ellos Juzgados de España cuentan con salas denominadas Cámaras Gesell, estas no son otra cosa que habitaciones dotadas de un sistema de videograbación cerrado con un espejo espía. A un lado se encuentra el menor con el experto del equipo psicosocial que le hace la entrevista y le toma declaración y la otro se encuentra la autoridad judicial, MF, letrados y representantes legales del menor quienes a través de un micrófono pueden trasladar sus preguntas al psicólogo experto³¹. Sin duda esta es una de las herramientas que permiten afrontar el reto de mejora y protección a las víctimas especialmente vulnerables como son, precisamente los menores³².

Además de la Cámara Gesell otra de las herramientas eficaces para la toma de declaración del menor y su preconstitución así como para su protección es la conocida como modelo Barnahus. Con origen en Islandia, el modelo Barnahaus significa «casa de los niños» y se presenta como un instrumento cuya finalidad es otorgar un enfoque integral e interdisciplinar para la atención de los NNA víctimas de violencia sexual y otras formas graves de violencia³³ protegiendo así los derechos del menor víctima y evitando su revictimización durante la sustanciación del procedimiento. Este sistema ha sido adoptado por diversos países de la UE y recomendada por organismos internacionales como el Consejo de Europa, UNICEF, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y ONG como Save the Children.

La clave del modelo Barnahaus radica en su capacidad para articular la protección de los derechos del niño con las exigencias del sistema penal, garantizando al mismo tiempo la calidad de la prueba judicial y la atención emocional, médica y psicológica de la víctima. A través de entrevistas forenses especializadas, grabadas y realizadas por profesionales capacitados, se evita que el menor tenga que repetir su testimonio en múltiples instancias. Además, el entorno en que se desarrolla el proceso es cuidadosamente diseñado para ser amigable, seguro y alejado de la lógica institucional tradicional.

31. Vid. SÁNCHEZ RUBIO, A., «La toma de declaración a través de la Cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización», *Revista de Estudios penales y criminológicos*, núm. 42, 2022, págs. 91 a 122.

32. Sobre la protección de las víctimas vulnerables en véase FONTESTAD PORTALÉS, L., «La cooperación judicial internacional en materias que afectan a personas vulnerables en Iberoamérica y la Unión Europea», en ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (Dir.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 51 a 76.

33. Vid. HERBERT, J.L; BROMFIELD, L., «Evidence for the Efficacy of the Child Advocacy Center Modelo: A Systematic Review», *Trauma Violence & Abuse*, vol. 17, núm.3, 2015, págs. 341-357; GUÐBRANDSSON, B., «Barnahus: avoiding re-victimisation with a child-friendly and multiagency response to child sexual abuse», *European Public Mosaic (EPuM): Open Journal on Public Service*, núm. 23, 2024, págs. 20-31.

4.2.1. Estructura y funcionamiento de Barnahus

Este modelo nórdico como bien explica MARTÍNEZ PERPIÑÁ «se refiere a un sistema de justicia e intervención *child-friendly* combinado la vía penal y la vía asistencia en una única organización híbrida»³⁴. El modelo se compone de cuatro equipos de profesionales: por un lado, quienes realizan el proceso de evaluación, notificación y denuncia donde se incluyen a los servicios sociales, policía y operadores jurídicos. Por otro lado, un equipo de exploración forense integrado por un psicólogo y otros profesionales de la salud mental. En tercer lugar, encontraríamos un equipo médico encargado de realizar las exploraciones físicas que se requieran y, en cuarto lugar, estaría el equipo integrado exclusivamente por los servicios sociales que prestarán ayuda no solamente al menor sino también a su familia en caso de que fuera necesario.

El elemento clave de este modelo reside en el entorno físico, puesto que se ubica en un edificio distinto a las dependencias policiales o judiciales, está diseñado para asemejarse a una casa segura y acogedora creando un clima de confianza que permita reducir el estrés del menor. A mayores de ello su ubicación debe ser accesible, en este sentido compartimos la opinión vertida por JULLIEN DE ASÍS quien señala que «han de estar bien comunicados tanto en coche como en transporte público y que tengan un acceso de manera relativamente discreta a fin de preservar el derecho a la intimidad»³⁵.

Una vez que el menor entra en contacto con el modelo Barnahus es atendido por un equipo psicosocial, el primero de ellos, a la par que su familia recibe también un apoyo de los servicios sociales obteniendo en todo momento información. En el centro el trabajador social explica al menor, en un lenguaje claro y adaptado a su edad, las razones por las que se encuentra en el centro para así evaluar las habilidades de comunicación del menor y se le exponen las diligencias que se van a practicar. A continuación, se procede a realizar una primera entrevista en una sala con un sistema de video-grabación, al igual que la Cámara Gesell, pero fuera del juzgado. En la sala contigua, separada por un espejo unidireccional, se encuentra el juez, fiscal, letrados y representantes legales. Durante la entrevista el menor puede estar acompañado de un trabajador social o de un psicólogo. Tras la realización de la entrevista, se valora la necesidad de adoptar intervenciones

34. MARTÍNEZ PERPIÑÁ, B., «Reflexiones críticas sobre la implementación del modelo Barnahus en España. Enfoque jurídico y victimológico», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 9, 2024, págs. 205 a 248. Véase también ARRUTI BENITO, S., «Medidas para eludir la victimización secundaria en la declaración de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. Especial referencia al modelo Barnahus», *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 2023, págs. 281-364.

35. JULLIEN DE ASÍS, J., *La participación de la víctima menor de edad en el proceso penal. Avanzando hacia una justicia integral*, Tirant lo Blanch, 2024, pág. 345.

de carácter social para afianzar su seguridad a través de un plan que, posteriormente, se le comunica. Finalmente, el menor sale del centro con sus familiares o personas de su confianza. Este sistema coordinado evita que el menor tenga que explicar lo hechos de manera reiterada, cuestión que no solamente dificulta su recuperación, sino que además resulta perjudicial para el proceso porque no se cuida cautelosamente tu testimonio, pues como ha puesto de manifestación *Save the Children*, 7 de cada 10 casos abiertos por abuso sexual infantil no llegan a juicio por falta de pruebas³⁶.

Consideramos que el modelo Barnahus es ideal para la práctica judicial como un recurso especializado destinado, entre otras aplicaciones, a la toma de declaración de la víctima menor de edad, especialmente en casos de violencia sexual. La toma de declaración se lleva a cabo en un entorno adaptado que cuenta con esa sala acondicionada y lejos de la oficina judicial con la presencia de los operadores jurídicos mencionados. El hecho de realizar una única entrevista y genera una mejor y rápida recuperación en la víctima menor de edad, así la toma de declaración en el centro podrá adquirir la condición de prueba preconstituida siempre que se ajuste a las previsiones legalmente establecidas y respete los principios y garantías procesales, en especial, la contradicción, el derecho de defensa y la inmediación.

4.2.2. Beneficios de la aplicación del modelo Barnahus

El modelo Barnahus es ya, por suerte, una realidad que paulatinamente se está implementado en diversos Estados miembros de la UE. En España el primer centro a modo de proyecto pilotó se creó en Tarragona³⁷ en el año

36. Disponible en: https://www.savethechildren.es/modelo-barnahus?utm_source=Adwords-FR&utm_medium=cpc&utm_campaign=ES_ES_SEM_CV-FR_GEN_CPC_SAVETHECHILDREN_GRANTS_DSA&utm_term=&gad_source=1&gad_campaignid=1816310856&gbraid=OAAAAAD-jGTBkEIG50DPhHztgHlc4IGXya&gclid=EAlalQobChMikNSy4L7rjQMVP6ho-CR0yTCpPEAAyASAAEgJXfvD_BwE&gclidsrc=aw.ds (Fecha de consulta: 30 de marzo de 2025). Véase también ÁLVAREZ RAMOS, F., «Minimizar el sesgo confirmatorio en entrevistas forenses: Un enfoque desde el Modelo Barnahus», *Revista de Victimología*, núm. 19, 2025, págs. 347-376.

37. Aún no contamos con una gran jurisprudencia que incorpore el uso de estas herramientas, no obstante, véase el Auto AP Tarragona 545/2024, de 17 de mayo (ECLI: ES:APT:2024:938); STSJ CATALUÑA 268/2023, de 13 de septiembre (ECLI: ES:TSJCAT:2023:8707). Véase también el Acuerdo GOV/72/2024, de 26 de marzo, por el que se define el servicio público de unidad integrada de adolescentes de atención y niños y adolescentes víctimas de abusos sexuales (Barnahus) y se modifica el Acuerdo GOV/157/2022, de 26 de julio, por el que se aprueba la estrategia Barnahus para el abordaje integral de los abusos sexuales contra la infancia y la adolescencia en Cataluña. Texto disponible en: <https://oficius.es/informacion-oficial/cataluna/2024-03-28/acuerdo-gov722024-26-marzo-que-define-servicio-publico-unidad-integrada-atencion-ninos-adolescentes-victimas-abusos-sexuales-barnahus-52BZ3V> (Fecha de consulta: 21 de abril de 2025).

2020. Siguiendo su estela, otras Comunidades Autónomas como País Vasco, Valencia o la Comunidad de Madrid están trabajando también en la instauración de estos centros. En Cataluña destaca el *Proyecto STEPS* conformado por la Universidad de Barcelona, el Hospital San Joan de Deu y la ONG *Save the Children*, mediante el cual han empezado a dar funcionamiento a este tipo de centros y a impartir la información y formación necesaria para los profesionales intervinientes.

La adaptación progresiva en los diferentes países denota como el modelo Barnahus es considerado como una buena práctica a nivel internacional para atender y proteger de manera integral a los menores víctimas de delitos graves como la trata, la violencia intrafamiliar o delitos de carácter sexual. Su implementación en el ámbito judicial despliega múltiples beneficios que abarcan tanto la dimensión jurídica como otras dos realmente importantes: la humanitaria y la psicosocial, de tal modo que así se cumplen con los estándares internacionales reforzando un sistema que aplique la perspectiva de la infancia.

Así, el modelo Barnahaus es clave para evitar la revictimización del menor. El hecho de que exista una sola entrevista y no deba repetir su relato en múltiples ocasiones y en períodos de tiempo distantes el uno del otro reduce el trauma emocional que puede acarrear el relato reiterado de la agresión o la exposición pública, a la par que se logra obtener un testimonio que con posterioridad se podrá reproducir en el juicio oral. A su vez, esta herramienta proporciona a la víctima un entorno agradable, seguro y «amigable» —consideramos que a la hora de relatar una agresión no existe un entorno que llegue a ser amigable en su totalidad—. Otra de las grandes ventajas del uso de este modelo es enfoque multidisciplinar e integral que ofrece puesto que reúne en un único lugar a diferentes profesionales coordinar su intervención centrándose en el interés superior del menor. Ello promueve, a su vez, la colaboración interinstitucional para que la víctima reciba asistencia psicológica, médica y jurídica de manera integrada, evitando una fragmentación y/o duplicidad de intervenciones. Además, el abordaje integral se desarrolla en atención a la dimensión penal y el daño al bien jurídico protegido y las necesidades personas y de protección.

Consideramos, además, que Barnahus contribuye a la generación de una justicia más humana y eficiente, pues tiene lugar una importante reducción de la duración del proceso al obtenerse desde al inicio, al menos, la declaración de la víctima, ello sin perjuicio de llevar a cabo una investigación exhaustiva que permita recabar datos suficientes para poder formular una acusación contra el presunto investigado. Se evitan, además, posibles aplazamientos o suspensiones del juicio oral por incomparecencia del menor víctima al obtenerse desde el principio una declaración completa y verificada por el Letrado de la Administración de Justicia correspondiente, quien de forma inmediata deberá comprobar la calidad de la grabación audiovisual generada durante la entrevista con el menor (Art. 449 bis LECrim).

5. Conclusiones

El tratamiento de los menores víctimas de delitos, especialmente de naturaleza sexual, en el marco del proceso penal exige, cuanto menos, una profunda y exhaustiva transformación estructural del sistema de justicia que lo haga verdaderamente adaptado a la infancia. El modelo tradicional, del cual es necesario mantener los principios, así como las garantías y derechos procesales fundamentales de investigado, se ha demostrado ciertamente insuficiente y, en numerosas ocasiones, contraproducente para proteger a la víctima y, concretamente, a los niños y niñas que han sufrido hechos de extrema gravedad.

La legislación española ha experimentado importantes avances gracias a normas como la LOPIVI que incorpora la obligatoria preconstitución de la declaración de la víctima menor de 14 años y personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Sin embargo, deja fuera a parte del colectivo de la infancia y la adolescencia, pues consideramos que en el tramo de los 14 a los 17 se debería tener en cuenta el grado de madurez y necesidades de la víctima, dado que también pueden demandar que la víctima necesite declarar una única vez. Asimismo, otra de las grandes novedades ha sido la incorporación de las nuevas Secciones de Violencia contra la infancia y la adolescencia que formarán parte de los diferentes Tribunales de Instancia, cuestión que ya se había puesto en marcha con la aprobación de la LOPIVI en 2021 en las Palmas de Gran Canaria. Estas reformas suponen un paso en el camino correcto, si bien su efectividad se augura limitada por deficiencia prácticas, véase aquí la escasa o falta de formación especializada de los operadores jurídicos, escasez de recursos materiales y, sobre todo, la desigual aplicación territorial.

En este contexto, la implementación del modelo Barnahus se revela como una herramienta fundamental para poder cubrir las necesidades específicas de los menores en el marco del proceso penal. Este instrumento no solo se revela como una simple mejora técnica, sino que supone un auténtico cambio de paradigma que introduce una justicia con perspectiva de infancia, interdisciplinar, accesible, garantista y empática. Permite articular la protección y satisfacción de los derechos e intereses del menor, con las exigencias garantistas del proceso penal, gracias a la realización de una única toma de declaración que adquirirá el valor de prueba preconstituida y cuya reproducción podrá tener lugar en la fase de juicio oral. Asimismo, la categoría jurídica de vulnerabilidad, especialmente en su dimensión interseccional (edad, situación de víctima, riesgo de exclusión social, orientación sexual, nacionalidad, creencias religiosas...) debe guiar la interpretación normativa pero también la práctica procesal. Esto es, el sistema de administración de justicia penal no puede ser ciego frente a esta vulnerabilidad ni limitarse a meros ajustes formales. Ha de desarrollar un sistema verdaderamente inclusivo donde los derechos de la infancia no solo se reconozcan, sino que se hagan efectivos siempre bajo la sensibilidad y el rigor que requieren.

Así pues, la construcción de una justicia amigable con la infancia no ha de concebirse como una concesión de carácter excepcional u ocasional, sino como una auténtica exigencia jurídica, ética y democrática. La protección del interés superior del menor, consagrado en los distintos instrumentos internacionales y en la normativa nacional, debe traducirse también en la creación de estructuras judiciales accesibles, personal debidamente formado y protocolos eficaces que prevengan la violencia institucional evitando que la justicia se convierta en una agresión para quienes más protección necesitan. Porque la protección de la infancia no solo una cuestión de sensibilidad, sino de civilización, empatía, respeto y compromiso.

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ RAMOS, F.**, «Minimizar el sesgo confirmatorio en entrevistas forenses: Un enfoque desde el Modelo Barnahus», *Revista de Victimología*, núm. 19, 2025.
- ARANGÜENA FANEGO, C.**, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 8, núm. 3, 2022.
- ARRIETA, V.**, «Diversos escenarios judiciales y su impacto en la victimización secundaria», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 28, 2014.
- ARRUTI BENITO, S.**, «Medidas para eludir la victimización secundaria en la declaración de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. Especial referencia al modelo Barnahus», *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 2023.
- BELTRÁN MONTOLIU, A.**, «Víctimas vulnerables: especial referencia al estatuto del menor a la luz de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *Revista de la Asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 3, 2021.
- BUJOSA VADELL, L.**, «Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español», *Derecho Penal Contemporáneo: Revista internacional*, núm. 9, 2004.
- DE URBANO CASTRILLO, E.**, «El principio de contradicción en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 5474, Sección Doctrina, 2002.
- DÍAZ DOMÍNGUEZ, P.**, «El papel del menor en la decisión de su propio interés: su derecho a ser oído y escuchado», *Diario La Ley*, núm. 9542, 2019.
- FONTESTAD PORTALÉS, L.**, «La cooperación judicial internacional en materias que afectan a personas vulnerables en Iberoamérica y la Unión Europea», en ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (Dir.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2021.

- GÓMEZ PÉREZ, A.**, «Aspectos puntuales de la Victimología», en AGUILAR AVILÉS, D. (Coord.), *Editora Grupo de Investigaciones EUMED*, 2010.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.** «La victimización sexual de las personas menores de edad: prevalencia y consecuencias del abuso sexual infantil», en VV.AA.; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. (Coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y protección*, Tirant lo Blanch, 2022.
- GUÐBRANDSSON, B.**, «Barnahus: avoiding re-victimisation with a child-friendly and multiagency response to child sexual abuse», *European Public Mosaic (EPuM): Open Journal on Public Service*, núm. 23, 2024.
- HERBERT, J.L.; BROMFIELD, L.**, «Evidence for the Efficacy of the Child Advocacy Center Modelo: A Systematic Review», *Trauma Violence & Abuse*, vol. 17, núm.3, 2015.
- HERMAN, J.L.**, *Trauma and Recovery: the aftermath of violence -from domestic abuse to political terror*, Basic Books, 1992.
- HUERTAS MARTÍN, I.**, «La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente vulnerables», en BUJOSA VADELL, L; DEL POZO PÉREZ, M. (Dir.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- JULLIEN DE ASÍS, J.**, *La participación de la víctima menor de edad en el proceso penal. Avanzando hacia una justicia integral*, Tirant lo Blanch, 2024.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.**, «La ciberviolencia de género: nuevas formas de victimización», en ARANGÜENA FANEGO, C; DE HOYOS SANCHO, M; PILLADO GONZÁLEZ, E., (Dir.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.
- LÓPEZ YAGÜES, V.**, «Víctimas, vulnerabilidad y proceso penal», en LÓPEZ YAGÜES, V. (Dir.), *Víctimas y especial vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, 2024.
- MAGRO SERVET, V.**, «Las nuevas secciones de violencia contra la infancia y la adolescencia de los tribunales de instancia investigarán la violencia vicaria», *Diario LA LEY*, NÚM. 10647, 2025.
- MARTÍN DIZ, F.**, «Declaraciones testificales de la víctima especialmente vulnerable: propuestas de reforma legal en el ámbito procesal penal», en VV.AA. BUJOSA VADELL, L, DEL POZO PÉREZ, M. (Dir.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- MARTÍN RÍOS, P.**, «La victimización secundaria del menor», en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El experto universitario en justicia de menores*, Astigi, 2008.

- MARTÍNEZ PERPIÑÁ, B.**, «Reflexiones críticas sobre la implementación del modelo Barnahaus en España. Enfoque jurídico y victimológico», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 9, 2024.
- MORENO CATENA, V.**, «El desarrollo del juicio oral. La prueba», en MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal (12.ª edición)*, Tirant lo Blanch, 2024.
- NIEVA FENOLL, J.**, «Los problemas de la oralidad», *Diario La Ley*, núm. 6701, 2007.
- PILLADO GONZÁLEZ, E.**, «La declaración de la víctima y las medidas para evitar su revictimización», en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Justicia poliédrica en período de mudanza (nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad)*, Tirant lo Blanch, 2022.
- RICHARD GONZÁLEZ, M.**, «Criterios legales y jurisprudenciales para la declaración de los menores víctimas en el proceso penal», *LA LEY Probática*, núm. 13, 2023.
- RODRÍGUEZ PASCUAL, I.**, «Infancia, ruptura matrimonial y diversidad familiar», *Portularia: Revista de Trabajo Social*, vol. 2, 2002.
- RODRÍGUEZ TIRADO, A.M.**, «Acceso al sistema de justicia penal de las víctimas vulnerables menores de violencia sexual», en HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. (Dir.), *Proceso, garantías y vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, 2024.
- SÁNCHEZ RUBIO, A.**, «La toma de declaración a través de la Cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización», *Revista de Estudios penales y criminológicos*, núm. 42, 2022.
- SORIA VERDE, M.A.**, «Prevención del proceso de victimización psicológico en víctimas del delito», *Papeles del psicólogo*, núm. 48, 1991.

CAPÍTULO VI

MEDIDAS LEGALES Y TECNOLÓGICAS PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL: AVANCES LEGISLATIVOS EUROPEOS Y NACIONALES EN LA ÚLTIMA DÉCADA¹

Federico Bueno de Mata

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*

1. Un enfoque integral de la protección de la víctima menor de edad desde un prisma tecnológico

En los últimos años, los avances legislativos tanto a nivel europeo como nacional han consolidado un marco normativo robusto para la protección de las víctimas de delitos, con un enfoque especial en la prevención de la victimización secundaria, particularmente en el caso de las víctimas menores de edad de delitos sexuales. El presente análisis se enfoca en cómo la implementación de nuevas tecnologías, junto con las medidas legales establecidas en los últimos quince años en las normativas, han ido transformado de manera progresiva y constante la protección judicial de las víctimas, al tiempo que han servido para fomentar su participación en el proceso penal de manera segura y respetuosa con sus propios derechos².

-
1. Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «La víctima menor de edad en el proceso penal: especial referencia a los delitos sexuales», financiado por la Fundación Manuel Serra Domínguez. Investigadoras Responsables: GONZÁLEZ PULIDO, I; YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, I.
 2. Entre otros, *Vid.* DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las

La Directiva 2012/29/UE, al sustituir la anterior Decisión Marco 2001/220/JAI, marcó un avance crucial en la protección de las víctimas dentro del marco legal europeo. Su objetivo central fue la ampliación y el refuerzo de los derechos de las víctimas, con especial atención a la prevención de la victimización secundaria³, un aspecto esencial en los casos de delitos sexuales⁴. Además, el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) ha sido un pilar fundamental en esta norma, con antecedentes en el Tratado de Ámsterdam, que estableció las bases para un modelo europeo de justicia interconectada y priorizó la confianza de los ciudadanos en un sistema judicial europeo que cada vez debe ser más interconectado. Iniciativas como el Portal Web e-Justicia⁵, impulsado por el Consejo JAI en 2007, surgieron como respuesta a las necesidades de mejorar los procedimientos transfronterizos y facilitar la comunicación dentro del espacio europeo. Estas herramientas tecnológicas han sido cruciales para reducir las barreras físicas y psicológicas que enfrentan las víctimas, especialmente las menores de edad, garantizando su acceso a la justicia y su protección a lo largo del proceso.

Este enfoque se refleja en la ya citada Directiva, al establecer un espacio europeo de justicia en el que la tecnología juega un papel clave en la protección de las víctimas, garantizando que la revictimización se minimice y que los derechos de las víctimas menores se respeten plenamente. Las herramientas tecnológicas no solo permiten una participación activa de las vícti-

víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal* (34), 2014, pp. 1-53; PEREIRA PUIGVERT, S., «Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo», *Revista General de Derecho Europeo* (30), 2013, pp. 1-21.

3. 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. Vid. <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf> (Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2024).
4. 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. Vid. <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf> (Fecha de consulta 21 de diciembre de 2024).
5. Concretamente el día 16 de julio de 2010 la Unión Europea puso en funcionamiento el nombre de dominio www.e-justice.europa.eu, por el que se concreta el Portal europeo de E-Justicia. Una nueva herramienta ayudada por las TICs para llegar al máximo número de justiciables en toda Europa y que pretende dar respuesta a los ciudadanos, empresas, abogados y jueces en aquellas cuestiones jurídicas que les susciten dudas y que estén relacionadas con litigios transfronterizos, evitando así faltas de conocimiento de derecho extranjero y exportando legislación y jurisprudencia de los distintos Estados Miembros a millones de europeos con un solo click. En el siguiente enlace se puede ver el video de presentación a nivel europeo de este Portal Web www.tvnewsroom.consilium.europa.eu/story/index/story_id/15546/media_id/34157. (Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2024).

mas en el proceso judicial, sino que también aseguran su derecho a la reparación y a la justicia de una manera más accesible, eficiente y respetuosa con su intimidad.

Dicho marco normativo exigió la transposición al derecho interno de los Estados miembros antes de noviembre de 2015, con un período de supervisión hasta 2017 para garantizar su adecuada implementación. En España, la transposición de esta Directiva se materializó a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, que adaptó los principios europeos a la realidad social y jurídica española⁶. Esta ley no solo amplió los derechos de las víctimas, sino que incorporó nuevas disposiciones para fortalecer las garantías procesales, especialmente en lo que respecta a las víctimas más vulnerables, como los menores de edad, quienes requieren un tratamiento diferenciado debido a su alta exposición a daños emocionales y psicológicos. De igual modo, el Estatuto de la Víctima del Delito ha sido un referente en la materialización de los principios de justicia restaurativa y protección efectiva, aunque persisten desafíos y cuestiones a pulir o mejorar, como la necesidad de mejorar la atención a los menores de edad y de ampliar el uso de tecnologías innovadoras que aseguren la aplicación efectiva de los derechos reconocidos.

Igualmente, este contexto legal, fue complementado a nivel nacional con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, constituye un avance fundamental en la protección de los derechos de los niños y adolescentes en España, particularmente frente a la violencia. Su objetivo principal es garantizar los derechos fundamentales de los menores, asegurando su integridad física, psicológica, moral y psíquica frente a cualquier forma de violencia. En este sentido, esta ley estableció un marco de protección integral que incluye sensibilización, prevención, detección precoz, protección y reparación del daño en todos los ámbitos de su vida⁷. Dicho texto legal se fundamenta en principios esenciales, tales como la protección contra la victimización secundaria, la coordinación interadministrativa, la prohibición de toda forma de violencia, el empoderamiento de los menores, la accesibilidad universal, la capacitación de los profesionales, y la inclusión de la perspectiva de género y discapacidad. Como principales novedades se reconoce los derechos fundamentales

6. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. «BOE» núm. 101, de 28/04/2015. <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/04/27/4/con> (Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2024).

7. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. «BOE» núm. 134, de 05/06/2021. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con> Fecha de consulta: 9 de enero de 2025). Vid. BELTRÁN MONTOLIU, A., «Víctimas vulnerables: especial referencia al estatuto del menor a la luz de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *Revista de la Asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 3, 2021, págs. 108 a 149.

de los niños y adolescentes, destacando el derecho a la información y asesoramiento, así como el derecho a ser escuchados en los procedimientos judiciales con todas las garantías. También se incluye el derecho a la atención integral, con medidas de protección, apoyo, acogida y recuperación, y se reconoce la legitimación para la defensa de derechos e intereses en los procedimientos judiciales relacionados con situaciones de violencia. Además, se asegura la asistencia jurídica gratuita a las víctimas.

Posteriormente, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual⁸, vuelve a actualizar y reforzar las disposiciones del Estatuto de la Víctima, ofreciendo un enfoque más exhaustivo para la protección de las víctimas de delitos sexuales, con énfasis en la prevención de la revictimización. Esta ley incide en el uso de herramientas tecnológicas, como videoconferencias y grabaciones audiovisuales, que permiten a las víctimas menores de edad declarar en entornos controlados, evitando la exposición directa al proceso penal, lo que disminuye el impacto emocional y psicológico de su participación, en una etapa en la que acabábamos de pasar un confinamiento por el Covid-19 y se habían ido pensando en cómo la utilización de tecnologías son un medio adecuado para proteger la dignidad de las víctimas y garantizar su participación segura en la fase de juicio oral y en la mejora de la justicia para los más vulnerables.

Es decir, tanto las normativas europeas como españolas han avanzado significativamente en la protección de las víctimas menores de edad, especialmente en los casos de delitos sexuales, a través de la implementación de tecnologías innovadoras y la adaptación de las leyes a las necesidades de este colectivo vulnerable, se ha logrado un entorno judicial más accesible y seguro para las víctimas, con un enfoque integral que no solo prioriza su protección, sino también la efectividad del proceso.

Por último, debemos hacer mención del más reciente Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, aprobado con el fin de implementar medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, introduce disposiciones cruciales para la modernización y eficiencia del servicio público de justicia, la función pública y el régimen local. En particular, el Título XIV de este real decreto se centra en la incorporación de tecnologías avanzadas al ámbito judicial, destacando medidas como la realización de actos procesales mediante presencia telemática y la habilitación de denuncias telemáticas. Estos avances son fundamentales para optimizar el acceso a la justicia y, en especial, para proteger a las víctimas menores de edad en el contexto de los delitos sexuales, quienes suelen enfrentarse a situaciones de revictimización a través del contacto directo con los agresores y con el propio proceso judicial.

8. Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. «BOE» núm. 215, de 07/09/2022. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con> (Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2024).

La implementación de la presencia telemática en los actos procesales permite que las víctimas, en particular las menores de edad participen en el proceso judicial sin necesidad de estar presentes físicamente en las dependencias judiciales, lo que minimiza su exposición directa a situaciones traumáticas. Esta medida, junto con la habilitación de denuncias telemáticas, facilita a las víctimas la posibilidad de presentar denuncias de forma segura, sin necesidad de acudir personalmente a comisarías o dependencias judiciales, lo que representa una mejora sustancial en la protección de su intimidad y en la prevención de la revictimización.

La integración de los actos procesales telemáticos en el ámbito judicial en la era post-covid, a través de instrumentos como la videoconferencia, las denuncias electrónicas y los actos procesales remotos, suponen, un paso esencial hacia un sistema de justicia más accesible, eficiente y respetuoso con los derechos de las víctimas, en especial las más vulnerables, como los menores. En este sentido, el Real Decreto-ley 6/2023 no solo responde a la necesidad de modernizar la justicia española, sino que también da un impulso significativo a la protección y asistencia de las víctimas de delitos sexuales, alineándose con los estándares internacionales en materia de derechos humanos y justicia restaurativa.

Podemos decir que gracias a este amalgama o corpus legal se establece un sistema legal reforzado destinado a potenciar los mecanismos de información y protección a la víctima a través de medios tecnológicos, razón por la que a continuación, entraremos en analizar una serie de medidas concretas que se utilizan actualmente en el proceso penal.

2. Aspectos específicos en materia de información y protección a la víctima a través de la tecnología

En el décimo aniversario de la promulgación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, resulta pertinente reflexionar sobre los avances logrados y los desafíos pendientes en la protección de los derechos de las víctimas en el ámbito judicial. La implementación de esta ley marcó un antes y un después en el ordenamiento jurídico español, alineándolo con las disposiciones de la Directiva 2012/29/UE, y potenciando las TICS como herramientas tendentes a reforzar los derechos de las víctimas y modernizar los procedimientos judiciales.

A lo largo de esta década⁹, la Ley del Estatuto de la Víctima ha consolidado mecanismos innovadores de información, protección y acceso a la justicia, donde el uso de las TICS ha sido medular. Desde la notificación preferente

9. PÉREZ RIVAS, N., «Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al derecho español», *Revista general de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, págs. 1 a 43.

a través de correos electrónicos hasta la incorporación del Portal e-Justicia como herramienta para facilitar el acceso a información sobre derechos y procedimientos, el marco normativo ha buscado reducir la victimización secundaria, mejorar la experiencia de las víctimas en el proceso judicial y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

Asimismo, se han normalizado soluciones tecnológicas como las videoconferencias caseras para la práctica de pruebas personales, las grabaciones audiovisuales para preservar la prueba en casos de especial vulnerabilidad, y formularios electrónicos para iniciar procedimientos. Estas medidas han demostrado su eficacia en la protección de las víctimas y en la adaptación del sistema judicial a las exigencias de un mundo cada vez más digitalizado. Sin embargo, estos avances no han estado exentos de retos. La necesidad de respetar principios fundamentales como la inmediación, la contradicción y las garantías procesales exige un equilibrio cuidadoso en la implementación de soluciones tecnológicas, al tiempo que ciertos ámbitos, como la protección específica a las víctimas de violencia de género a través de dispositivos telemáticos, aún requieren un impulso más decidido para alcanzar su pleno potencial.

Diez años después, es momento de evaluar y analizar cómo la Ley 4/2015 ha transformado la relación de las víctimas con el sistema judicial y de vislumbrar los próximos pasos hacia un modelo judicial 2.0, capaz de integrar plenamente las TICs sin renunciar a los principios esenciales del debido proceso. Este trabajo explora estos avances y desafíos, destacando las lecciones aprendidas y las oportunidades para continuar construyendo un sistema judicial más accesible, eficiente y respetuoso con los derechos de las víctimas. De igual modo, es crucial analizar cómo las TICs han sido un eje transversal en la implementación de un sistema judicial más accesible y protector de los derechos de las víctimas, especialmente en relación con la protección de los menores de edad, y que cobran especial relevancia a la luz de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y el tiempo postpandémico.

2.1. Mecanismos de información a la víctima

Desde la promulgación de la Directiva 2012/29/UE, ya se plantea el uso de las TICs) como herramientas al servicio de los derechos de las víctimas, se identifican tres enfoques esenciales que guían su implementación. En primer lugar, destaca su utilidad para garantizar la traducción e interpretación, proporcionando a las víctimas la posibilidad de acceder a los procedimientos judiciales en un idioma que comprendan, lo que constituye una pieza clave para el ejercicio efectivo de sus derechos. En segundo lugar, se subraya la capacidad de las TICs para actuar como canales multicanal de difusión del catálogo de derechos disponibles, permitiendo a las víctimas conocer y comprender las protecciones que les asisten. Finalmente, se resalta su función

como mecanismo de contacto entre las autoridades judiciales y las víctimas, especialmente en el caso de delitos transfronterizos, donde la distancia y las barreras idiomáticas podrían dificultar el acceso a la justicia.

En este contexto, el considerando 27 de la Directiva especifica que las víctimas pueden ser contactadas mediante correo electrónico y que la información puede proporcionarse a través de sitios web oficiales de las autoridades competentes o canales similares de comunicación. Este principio encuentra una concreción práctica en el Portal Web e-Justicia, concebido como una plataforma para centralizar y garantizar el acceso a información clave. Aunque aún en proceso de pleno desarrollo, el portal ya ofrece recursos esenciales para los ciudadanos, entre los que se incluyen información sobre derechos extranjeros, jurisprudencia comunitaria, posibilidades de asistencia jurídica gratuita en diferentes Estados miembros de la Unión Europea, cuestiones relativas al derecho de familia, solicitudes de indemnizaciones, búsqueda de profesionales jurídicos y glosarios terminológicos especializados en Derecho y TICs. Este enfoque consolidado convierte a esta herramienta digital en un espacio idóneo para centralizar la información de los derechos disponibles para las víctimas, con un especial énfasis en atender las necesidades de los menores de edad, quienes son reconocidos como víctimas especialmente vulnerables. Este esfuerzo se alinea con el marco de protección integral que busca garantizar la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

La integración de las TICs en el ámbito de la protección a las víctimas no se limita a una función meramente informativa, sino que también se orienta hacia la salvaguarda de derechos fundamentales, como el derecho a la defensa y el principio de contradicción. Esto se refleja claramente en el artículo 7 de la Directiva, que regula el derecho a la traducción e interpretación y permite el uso de herramientas como videoconferencias, teléfono o Internet, salvo en los casos en que se requiera la presencia física de un intérprete para garantizar que la víctima comprenda plenamente el procedimiento judicial. Este principio reviste una relevancia particular en la protección de los menores, ya que estos requieren un enfoque adaptado a su especial vulnerabilidad y herramientas tecnológicas que faciliten su participación en los procesos judiciales de manera que no sufran revictimización ni traumas adicionales.

En el ámbito nacional, la perspectiva europea se plasma de manera concreta y moderna en la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito. Así, el artículo 5.1 m) de esta ley establece que todas las víctimas tienen derecho a recibir notificaciones preferentemente por correo electrónico, garantizando una comunicación ágil y eficaz con las autoridades. De igual forma, el artículo 7 asegura que toda víctima que lo haya solicitado será informada sin retrasos innecesarios sobre la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, utilizando preferentemente medios electrónicos, salvo en los casos en que no dispongan de ellos, en cuyo caso se recurre a la dirección postal. Estas disposiciones

se ven complementadas por lo dispuesto en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que los autos de sobreseimiento deben comunicarse también preferentemente por correo electrónico, consolidando así el uso de las TICs como un mecanismo fundamental para la comunicación procesal.

Por otro lado, la Ley Orgánica 10/2022 amplía y refuerza este marco normativo al introducir medidas específicas dirigidas a la protección de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual. Entre estas medidas, se encuentran herramientas tecnológicas que permiten a los menores declarar en un entorno seguro y protegido, evitando el contacto directo con el agresor a través del uso de videoconferencias y otros medios que minimicen el impacto emocional del proceso judicial. Asimismo, esta ley promueve la adopción de dispositivos telemáticos para garantizar el cumplimiento de las medidas de alejamiento y establece programas de formación para los profesionales del ámbito judicial, con el fin de optimizar el uso de las TICs en la atención y protección a menores.

De este modo, queda patente cómo tanto la Unión Europea como la legislación española apuestan por la incorporación de las TICs no solo como herramientas para reforzar el acceso a la información y la justicia para todas las víctimas, sino también como elementos esenciales para la protección específica de las víctimas menores de edad, quienes requieren un enfoque más sensible y adaptado e inclusivo.

2.2. Mecanismos de protección a la víctima

Dentro de este contexto, la Directiva Europea sobre los derechos de las víctimas de 2012 estableció ya la obligatoriedad de incorporar tecnologías como la videoconferencia, el teléfono y otras herramientas digitales para evitar el contacto directo entre la víctima y el presunto agresor, asegurando que las pruebas puedan llevarse a cabo sin que la víctima se vea expuesta a situaciones que aumenten su angustia o su ansiedad.

De igual modo, la normativa española, particularmente en su artículo 25 de la Ley 5/2014, sigue una línea similar al señalar que, tanto en la fase de investigación como en la fase de juicio, se podrán emplear tecnologías de comunicación para evitar el contacto visual entre la víctima y el agresor y garantizar que la víctima pueda ser escuchada sin estar presente físicamente en la sala. Sin embargo, esta disposición se presenta de una forma más vaga, sin especificar claramente los mecanismos a utilizar, lo que deja un vacío que es especialmente notable si lo comparamos con la mayor especificidad de la Directiva Europea, que incluso menciona el uso del teléfono como medio para llevar a cabo estas audiencias. Este aspecto genera un debate profundo sobre las implicaciones de la utilización de este tipo de tecnologías en relación con los principios procesales fundamentales, especialmente el principio de inmediación, que garantiza la presencia física del

juez para poder valorar de manera directa y sin mediaciones las pruebas presentadas.

A este respecto, el principio de inmediación ha sido objeto de debate en cuanto a su compatibilidad con el uso de tecnologías como la videoconferencia. Sin embargo, si se considera que la videoconferencia puede ofrecer una «telepresencia judicial»¹⁰ equivalente a la presencia física del juez y las partes involucradas, entonces se puede argumentar que, bajo ciertas condiciones técnicas óptimas, el principio de inmediación no solo se preservaría, sino que incluso se vería fortalecido. La posibilidad de realizar declaraciones por videoconferencia, sin la necesidad de que las víctimas tengan que estar físicamente presentes en el juicio, podría contribuir a un sistema judicial más eficiente y accesible, eliminando barreras geográficas y económicas que, en el pasado, impedían la participación de las víctimas en el proceso judicial. De esta manera, la presencia virtual de las partes involucradas no solo puede garantizar que las víctimas sean escuchadas sin enfrentarse directamente al agresor, sino que también puede aumentar la eficacia del sistema judicial, facilitando una justicia más accesible para todos.

En contraste, la idea de que las declaraciones puedan ser realizadas a través de llamadas telefónicas plantea serias dudas respecto a si esto podría cumplir de manera efectiva con los principios fundamentales de la inmediación y contradicción procesal. La ausencia de contacto visual entre el juzgador y la víctima en una llamada telefónica priva al juez de uno de los sentidos clave para la valoración de la prueba, lo que podría afectar la calidad de su apreciación del testimonio. Este aspecto se hace aún más complejo cuando se considera que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en España ha aprobado hace ya casi diez años un informe que reconoce que el contacto visual no es estrictamente necesario para cumplir con el principio de inmediación, permitiendo que el juzgador se base en lo que escucha, incluso si la visión se encuentra limitada o ausente, como ocurre en el caso de las personas invidentes¹¹. Este punto abre la puerta a una mayor flexibilidad en el uso de tecnologías de comunicación, ya que, según esta postura, la inmediación no dependería exclusivamente de la visualización de la víctima, sino que podría ser satisfecho si el juez tiene acceso al testimonio mediante otros medios, como la audición. Esto sugiere que el uso del teléfono, en ciertas circunstancias, podría ser admitido dentro del proceso judicial, aunque con las precauciones necesarias para asegurar que no se vulneren otros derechos fundamentales de las víctimas.

10. Concepto introducido por FONS RODRÍGUEZ, C. «La videoconferencia en el Proceso Civil: la telepresencia judicial». Disponible en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/sp2fon.pdf> (Fecha de consulta 4 de marzo de 2013).

11. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Una-persona-ciega-aprueba-por-primera-vez-las-oposiciones-a-las-Carreras-Judicial-y-Fiscal> (Fecha de consulta: 9 de enero de 2025).

En cuanto a la protección de las víctimas menores de edad, la Ley Orgánica 10/2022 establece medidas específicas para salvaguardar su bienestar en el proceso judicial. Los menores, como víctimas especialmente vulnerables, pueden beneficiarse del uso de tecnologías como la grabación de sus declaraciones, lo que les permite evitar la repetición constante de su testimonio ante las autoridades judiciales y otras partes del proceso. Además, las declaraciones grabadas durante la fase de investigación pueden ser reproducidas durante el juicio, garantizando que el menor no tenga que enfrentarse al agresor de forma directa, lo que minimiza el impacto emocional y psicológico de su participación en el proceso judicial. La integración de las TICs en este contexto es fundamental, ya que asegura que la protección de los menores no se vea comprometida por la necesidad de ofrecer pruebas que respeten su derecho a la integridad psicológica.

Asimismo, la Ley 10/2022, otorga especial atención a las víctimas de violencia de género y a sus familiares, al potenciar mecanismos para evitar la revictimización mediante el uso de dispositivos electrónicos, como las pulseras de localización, que permiten controlar el cumplimiento de las órdenes de alejamiento. Sin embargo, la implementación de estas tecnologías en España aún presenta desafíos, ya que la efectividad de los dispositivos telemáticos, como las pulseras electrónicas, no ha alcanzado los resultados esperados en cuanto a la protección efectiva de las víctimas en la última década. Este dato refleja la necesidad de una mayor integración y de capacitación de los operadores jurídicos sobre el uso de las TICs como herramientas de protección, especialmente en el contexto de la violencia de género, donde la revictimización y el contacto con el agresor continúan siendo problemas cruciales que requieren una respuesta más ágil y tecnológica.

En segundo lugar, desde la Directiva del 2012 se apuesta por aprovechar las ventajas de las TICs para luchar contra la victimización secundaria tanto a nivel europeo como nacional. En este contexto, el art. 19 de la Directiva, en el que se regula el derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor y que se debe conectar directamente con los apartados primero y segundo del art. 23.3. En el mismo se nombra de forma específica el uso de las tecnologías para evitar el contacto visual entre víctima e infractor, y ser oído, e incluso como medio para practicar las pruebas en sede judicial.

Sobre lo primero, evitar el contacto, vemos que son medidas encaminadas a preservar la salud psicológica de la víctima al no coincidir con el presunto agresor durante la práctica de la prueba y evitar así la angustia y ansiedad de la víctima gracias a sistemas de videoconferencia al tiempo que se consiguen unos testimonios más espontáneos¹² y se generara una mayor confianza en las autoridades judiciales, evitando que los ciudadanos estigmaticen la situación.

12. Así lo expresa CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., «Las nuevas tecnologías y su incorporación al proceso penal», *Revista Pensamiento Jurídico* núm. 21 de la Universidad Nacional de Bogotá. Colombia, enero-abril, 2008, págs. 129 y ss.

De igual modo, vemos como la Directiva, a través del art. 24, daba únicamente la posibilidad de utilizar esta vía, pues en el último párrafo del referido art. dice que las normas procesales de las grabaciones audiovisuales y el uso de estas se determinarán conforme al Derecho nacional. En este sentido, la ley 4/2015, ha implementado dicho articulado al disponer en su art. 26. 1 a) que «las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Un poco más adelante, a través del punto veintiuno, por el que se modifica el artículo 730, LECrim, se pone de manifiesto esta práctica, al decir que el contenido del mismo quedaría redactado así: «podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección».

Hemos de poner de manifiesto que si echamos en falta que la normativa española, aprovechando el considerando 52 de la Directiva, no haga una mención al uso de las TICs como mecanismo de protección especial a las víctimas de violencia de género y a sus familiares, evitando una victimización secundaria a través de medidas cautelares u órdenes de alejamiento a través de la utilización de dispositivos telemáticos de localización o pulseras electrónicas cuya implantación en España no obtiene a día de hoy los resultados esperados. Creemos que el impulso europeo hubiera sido muy eficiente para seguir combatiendo delitos muy presentes en la sociedad española como la VG¹³, pero curiosamente la Ley 4/2015 ha omitido cualquier referencia al respecto¹⁴. Siguiendo la estela del art. 26. 1 a), aquí tendríamos que dirimir por un lado si la práctica de estas pruebas vulneraría o no principios del proceso y del procedimiento, y si por otro si la técnica conocida como *replay* o grabación de pruebas personales colisionaría con los principios articulados para la valoración de pruebas electrónicas.

13. Vid. MAGRO SERVET, V., «La implantación de las pulseras electrónicas en la ejecutoria penal a penados por delitos de violencia de género que han cumplido la pena de prisión y tienen pendiente la pena de alejamiento», Diario LA LEY, núm. 7792, 2012.

14. De esta manera, si observamos los últimos datos sobre implantación de pulseras electrónicas en España para el control de órdenes de alejamiento en casos de VG, debemos remitirnos a los datos de 2013 a la última memoria del mismo año del CGPJ; disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Memorias/Memoria_Anual/Memoria_anual_2013 (Fecha de consulta: 4 de mayo de 2014). Con estos datos se pone de relevancia que únicamente el 24,5 % de los dispositivos disponibles están activos, lo que hace que más de las tres cuartas partes de los dispositivos disponibles están inactivos. Está claro que algo falla y que el apoyo de la Unión Europea puede constituir un revulsivo en la potenciación del uso de estos dispositivos gracias al desarrollo de Directiva como lo aquí analizada.

Acerca de la técnica del *replay*¹⁵, o emisión en diferido, debemos diferenciar si esa grabación se hace *in situ* tras el primer contacto con el juez y después el juzgador puede visionarlo posteriormente cuantas veces quiera, o si por el contrario sería una grabación realizada al margen de la actuación judicial como prueba preconstituida¹⁶ y que sería presentada *a posteriori* ante el juez o magistrado. Si estamos ante este segundo caso, pensamos que la videograbación previa no respetaría los principios de inmediación judicial y no habría un despliegue eficaz del principio de contradicción de la parte con el juez o el resto de parte a no ser que, aunque se grabara con carácter previo lo hiciera con el visionado en directo del juzgador para garantizar dichos principios.

Así, si hubiera una técnica de *replay* después del primer contacto con el juzgado se mejoraría la motivación de las resoluciones judiciales y la concreta valoración de este tipo de prueba¹⁷, con el fin de limitar interacciones de víctimas con las autoridades, cuestión pretendida por la Directiva analizada. De esta forma, el juez podría posteriormente volver a ver las pruebas electrónicas personales a través de instrumentos tecnológicos, como las periciales, testificales o interrogatorios realizadas por el sistema de videoconferencia, así como todas aquellas pruebas que pueden ser reproducidas en soporte electrónico; pero no solo es eso, si no que gracias a la grabación de las vistas o acto de juicio el juzgador podrá ver toda la fase de la práctica probatoria, por lo que se potencia y refuerza el principio de inmediación, al mismo tiempo que se recuerda y reviven las veces necesarias los resultados de las pruebas practicadas, evitando la creación de esquemas inductivos o recurrir de forma excesiva a las «máximas de la experiencia»¹⁸.

2.3. Nuevos mecanismos para iniciar el procedimiento: hacia la eficiencia digital

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que aprueba medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en el ámbito de la justicia, introduce avances clave en la digitalización de los procedimientos judiciales, con especial enfoque en la utiliza-

15. Vid. ILLÁN FERNÁNDEZ, J., *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, págs. 442-453.

16. CASANOVA MARTÍ, R. «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2. 2022.

17. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 49 y ss.

18. NIEVA FENOL, J., «Prueba y valoración de la prueba documental multimedia», *Revista La Ley Actualidad Civil*, núm. 17, 2009, págs. 2026 y ss.

ción de medios telemáticos para facilitar la gestión de los actos procesales. Esta reforma, que refuerza la tendencia a integrar las tecnologías de la comunicación en el ámbito judicial, se conecta de manera directa con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, al promover la protección de las víctimas, especialmente las menores de edad, mediante el uso de plataformas tecnológicas seguras. En este sentido, tanto las directivas europeas como la legislación española impulsan medidas orientadas a facilitar el acceso de las víctimas a la justicia, permitiéndoles realizar denuncias a través de medios telemáticos como el correo o formularios electrónicos disponibles en la red, cuestiones todas ellas que ya también se encontraban dentro de la Directiva del 2012, con lo que no son medidas nuevas.

Con la reforma introducida en nuestro país por el Real Decreto-ley 6/2023, la posibilidad de llevar a cabo actos procesales mediante presencia telemática se convierte en una opción preferente, permitiendo la celebración de juicios, vistas, audiencias, comparecencias y otras actuaciones procesales a distancia. Según el artículo 258 bis del Real Decreto-ley, salvo que el juez o tribunal decida lo contrario en atención a las circunstancias, la intervención telemática será la forma habitual de realización de estos actos, siempre que las oficinas judiciales cuenten con los medios técnicos necesarios para ello. Esta normativa, además, establece que dicha intervención debe realizarse a través de un punto de acceso seguro, garantizando la integridad y la confidencialidad de la información procesal, conforme a las leyes que regulan la tecnología en la Administración de Justicia. Este tipo de actos procesales telemáticos es especialmente beneficioso para las víctimas menores de edad, quienes pueden declarar o presentar pruebas sin la necesidad de estar físicamente presentes en el tribunal, lo que protege su bienestar y seguridad.

La normativa también establece una protección adicional para las víctimas más vulnerables, tales como aquellas que han sido víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos o menores de edad. En estos casos, el artículo 258 bis, en su apartado 3, garantiza que las declaraciones de estas personas puedan realizarse de forma telemática desde lugares donde se encuentren recibiendo asistencia o protección, siempre que se disponga de los medios adecuados para asegurar su identidad y condiciones de intervención. Este tipo de medidas se alinean con los objetivos de la Ley Orgánica 10/2022, que pone un énfasis especial en la protección de las víctimas menores de edad, reconociendo las dificultades que enfrentan al participar en un proceso judicial que puede ser traumático. La incorporación de la tecnología en el proceso judicial contribuye a mitigar estos riesgos, proporcionando un entorno más seguro para los menores.

El uso de medios telemáticos, como las videoconferencias, también se extiende a otras partes del procedimiento judicial, como los testigos o peri-

tos, siempre que se encuentren en situaciones que justifiquen su intervención a distancia. Esto es especialmente relevante en los procedimientos penales, en los que los delitos de carácter sexual cometidos contra menores requieren una atención especial para proteger la integridad de las víctimas.

Por tanto, el avance hacia un «proceso penal 2.0», en el que la tecnología permita una mayor participación y protección de las víctimas, es una posibilidad cercana. A medida que las herramientas tecnológicas se integren más en el sistema judicial, es previsible que los Códigos Penales y las Leyes de Enjuiciamiento Criminal se adapten para permitir la digitalización no solo de la tramitación procesal, sino también de las fases de investigación y enjuiciamiento de delitos graves, como los cometidos contra menores. Esto sería un paso importante para garantizar la accesibilidad y la seguridad de las víctimas, quienes se beneficiarían de un proceso más ajustado a sus necesidades.

En este sentido, el Real Decreto-ley 6/2023 refuerza la capacidad de las víctimas, especialmente las menores de edad, para iniciar y tramitar procedimientos judiciales sin tener que enfrentarse a los riesgos de la exposición física en un tribunal. La implementación de sistemas como el Portal Web e-Justicia, que permite la presentación telemática de denuncias, es un ejemplo claro de cómo la digitalización del sistema judicial puede ofrecer nuevas herramientas para la protección de las víctimas. Este tipo de medidas facilita la denuncia de delitos sin que las víctimas deban exponerse a un segundo daño en su proceso de recuperación, al mismo tiempo que garantiza que los procedimientos sean más eficientes y menos costosos.

El uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para la protección de la intimidad de las víctimas menores de edad es esencial para garantizar que el proceso judicial sea lo más respetuoso posible con sus derechos y necesidades. Las herramientas digitales permiten que las víctimas puedan participar en el proceso sin estar físicamente presentes en el tribunal, lo que les permite mantener un grado de separación emocional y psicológica respecto al trauma sufrido. Además, en un contexto de creciente conectividad global, las víctimas pueden acceder a estos mecanismos de forma segura, independientemente de su ubicación geográfica, lo que facilita la denuncia de delitos en un entorno transfronterizo.

En conclusión, las últimas normativas, tales como el Real Decreto-ley 6/2023, y la Ley Orgánica 10/2022, las cuales complementan la base legal anteriormente analizada, conforman un marco legal que avanza hacia un sistema judicial más inclusivo, accesible y respetuoso con los derechos fundamentales de las víctimas, especialmente las más vulnerables. La tecnología juega un papel fundamental en este proceso, permitiendo que las víctimas, en especial las menores de edad puedan acceder a la justicia de una manera más segura y menos traumática, impulsando un futuro en el que la protección de las víctimas y el acceso a la justicia se vean facilitados por la digitalización del proceso judicial.

3. Reflexiones finales y una mirada al futuro

En los últimos 13 años, la evolución legislativa en España ha representado un avance significativo en la protección de las víctimas menores de edad de delitos sexuales, incorporando nuevas perspectivas como la de género y la interseccionalidad. A su vez, se ha promovido la digitalización del sistema judicial para mejorar el acceso y la protección de las víctimas. En este contexto, algunos de los hitos más relevantes ha sido la aprobación de las Leyes Orgánicas 8/2021 y 10/2022. Por un lado, la Ley Orgánica 8/2021 se ha consolidado como un referente en la protección de los derechos de la infancia en España, especialmente frente a la violencia, pues consigue el objetivo de garantizar la integridad física, psíquica, psicológica y moral de los menores ante cualquier forma de violencia, estableciendo un enfoque integral que incluye medidas de prevención, protección, sensibilización, detección precoz y reparación del daño. Es la primera ley de carácter integral en el ámbito de la infancia en el país y, al mismo tiempo, un modelo para otras naciones. La legislación también hace énfasis en los menores con discapacidad, reconociéndolos como un colectivo particularmente vulnerable a este tipo de violencia. Mientras, la Ley Orgánica 10/2022 ha servido para reforzar de manera concreta la protección de las víctimas de delitos sexuales, colocando a las víctimas en una posición central y otorgando a las administraciones públicas la responsabilidad de garantizar sus derechos. Un aspecto clave de esta ley es su enfoque integral, que no solo protege a las víctimas, sino que adapta las medidas judiciales y de protección a las necesidades específicas de cada persona, especialmente de los menores y aquellos con discapacidad. En este sentido, en esta normativa destaca la importancia de un modelo de intervención especializado, como el sistema nórdico Barnahaus, que centraliza la atención en un solo espacio para evitar la revictimización¹⁹.

Unido a todo ello, estas reformas han sido acompañadas de avances en el ámbito tecnológico, lo que ha facilitado un acceso más rápido y seguro a la justicia para las víctimas y que ya se han impulsado desde el año 2012. A pesar de los avances significativos logrados en la integración de las TICs en el ámbito judicial, aún persisten desafíos en cuanto a su plena incorporación en la práctica judicial, especialmente en lo que se refiere a la protección de las víctimas de violencia sexual. Aunque la videoconferencia ha demostrado ser una herramienta útil para evitar la revictimización y facilitar la participación de las víctimas en el proceso, esta tecnología, por sí sola, no ha logrado abordar todas las necesidades del sistema de justicia penal, en especial aquellas vinculadas a la recolección de pruebas personales y la minimización del impacto emocional de las víctimas sin que los principios del proceso como la inmediación o la contradicción se vean resentidos. En este contexto, la legis-

19. MARTÍNEZ PERPIÑÁ, B. «Reflexiones críticas sobre la implementación del modelo Barnahaus en España. Enfoque jurídico y victimológico», *Revista De Estudios Jurídicos Y Criminológicos*, núm. 9, 2024, págs. 205-248.

lación ha avanzado hacia la digitalización de los procedimientos judiciales, pero sigue en camino a través de los planes de eficiencia digital, de aprovechar completamente el potencial de las tecnologías emergentes como la IA generativa, el Big Data o el *blockchain*, que podrían jugar un papel fundamental en la mejora de la protección de las víctimas y la eficacia de los procesos judiciales²⁰. Por ello, pensamos que la incorporación de tecnologías avanzadas ofrecería oportunidades significativas para fortalecer la protección de las víctimas de violencia sexual, especialmente menores de edad, en el ámbito judicial. Estas herramientas pueden transformar la recolección, procesamiento y presentación de pruebas, crear entornos más seguros y adaptarlos a las necesidades emocionales y psicológicas de las víctimas.

Por ejemplo, la IA generativa en escenarios virtuales como metaversos, permitiría la creación de reconstrucciones 3D y hologramas que pueden sustituir los testimonios tradicionales, con lo que se reduciría el impacto psicológico de revivir experiencias traumáticas. Dichas representaciones virtuales podrían ofrecer una interacción más cercana a la presencialidad, y por tanto afianzando de alguna manera o requilibrando el principio de inmediación en el plano virtual. De igual forma, el análisis de Big Data podría servir para identificar patrones de comportamiento y tendencias de victimización, con lo que se facilitaría la detección temprana y la implementación de políticas de prevención más efectivas. Así, al analizar grandes volúmenes de datos, es posible reconocer comportamientos sospechosos y áreas de alto riesgo, permitiendo una intervención más oportuna y dirigida. Al mismo tiempo, a tecnología blockchain ofrece un sistema de registro seguro y transparente para las pruebas electrónicas y digitales, garantizando su integridad y evitando manipulaciones. Al utilizar blockchain, se puede asegurar la trazabilidad de las pruebas, fortaleciendo la confianza en el sistema judicial. Es fundamental que la implementación de blockchain cumpla con los estándares éticos y legales, protegiendo la confidencialidad de la información sensible y respetando los derechos de las personas involucradas. Por todo ello, creemos que es necesario involucrar verdaderas «nuevas» tecnologías para lograr una protección aún más eficiente de las víctimas en estos contextos.

Si bien, y en última instancia, la incorporación de las TIC en el sistema judicial no debe centrarse únicamente en la mejora de la eficiencia y la eficacia, sino también en la ampliación y protección de los derechos de las víctimas. La digitalización de los procedimientos judiciales debe ir acompañada de un compromiso firme con la justicia, la equidad y el respeto a los derechos humanos, garantizando que las víctimas de violencia sexual, en particular las menores de edad puedan sentirse seguras, respaldadas y escuchadas en todo momento, independientemente de su ubicación geográfica o de sus cir-

20. MARTÍN MENESES, A., «Blockchain e implicaciones procesales en materia probatoria», *IUS ET SCIENTIA*, 9(2), 2023, págs. 136-156.; VILLAR FUENTES, I., «Proceso Civil y los Smart Contracts en Blockchain», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 7, 2023, págs. 209 a 250.

cunstancias personales. De esta manera, el sistema de justicia no solo será más accesible y eficiente, sino también más humano y protector para quienes más lo necesitan.

4. Bibliografía

BELTRÁN MONTOLIU, A., «Víctimas vulnerables: especial referencia al estatuto del menor a la luz de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *Revista de la Asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 3, 2021.

BUJOSA VADELL, L. «El menor como víctima», en VV.AA. BUJOSA VADELL, L; DEL POZO PÉREZ, M. (Dirs.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables: aspectos interdisciplinares*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., «Las nuevas tecnologías y su incorporación al proceso penal», *Revista Pensamiento Jurídico* núm. 21 de la Universidad Nacional de Bogotá. Colombia, enero-abril, 2008.

CASANOVA MARTÍ, R. «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2. 2022.

DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant lo Blanch, 2009.

FONS RODRÍGUEZ, C. «La videoconferencia en el Proceso Civil: la telepresencia judicial». Disponible en: [http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/sp2fon.pdf](http://www.uv.es coloquio/coloquio/comunicaciones/sp2fon.pdf)

HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal* (34), 2014.

ILLÁN FERNÁNDEZ, J., *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

MAGRO SERVET, V., «La implantación de las pulseras electrónicas en la ejecutoria penal a penados por delitos de violencia de género que han cumplido la pena de prisión y tienen pendiente la pena de alejamiento», *Diario LA LEY*, núm. 7792, 2012.

MARTÍN MENESES, A., «Blockchain e implicaciones procesales en materia probatoria», *IUS ET SCIENTIA*, 9(2), 2023.

MARTÍNEZ PERPIÑÁ, B. «Reflexiones críticas sobre la implementación del modelo Barnahaus en España. Enfoque jurídico y victimológico», *Revista De Estudios Jurídicos Y Criminológicos*, núm. 9, 2024.

NIEVA FENOL, J., «Prueba y valoración de la prueba documental multimedia», *Revista La Ley Actualidad Civil*, núm. 17, 2009.

PEREIRA PUIGVERT, S., «Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo», *Revista General de Derecho Europeo* (30), 2013.

PÉREZ RIVAS, N., «Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al derecho español», *Revista general de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017.

VILLAR FUENTES, I., «Proceso Civil y los Smart Contracts en Blockchain», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 7, 2023.

YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, I., *Fundamentos del sistema de justicia penal del menor*, Aranzadi, 2024.

CAPÍTULO VII

NUEVA ESTRATEGIA EUROPEA PARA LA DETECCIÓN, INVESTIGACIÓN Y REPRESIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES EN LA ERA DE LA IA¹

Irene González Pulido

Profesora Ayudante Doctora

Área de Derecho procesal

Universidad de Salamanca

1. Introducción

Con la expansión de Internet y con el aumento de la conectividad se comenzaron a transformar algunos delitos, sirviéndose de nuevas oportunidades delictivas derivadas de las ventajas de la tecnología a su alcance y de las propias características del ciberespacio. La delincuencia sexual que atenta contra menores de edad es uno de los fenómenos afectados por la digitalización a gran escala, desde hace décadas.

Al emplear el ciberespacio como medio para la comisión de este tipo de delitos sexuales, el factor espacial que lo caracteriza brinda una serie de ventajas a este tipo de criminales. Por un lado, permite la actuación transfronteriza y, por otro, la actuación inmediata o programada en cualquier lugar del mundo. Además, se propicia la actuación simultánea en varios Estados o lugares. Estas circunstancias han requerido la apuesta por la cooperación y la actuación conjunta, aun antes del auge de la inteligencia artificial (en adelante, IA).

1. Investigación realizada en el marco del proyecto de investigación «La víctima menor de edad en el proceso penal: especial referencia a delitos sexuales. Concedido en la IX Convocatoria de ayudas de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez. 2023. IP: GONZÁLEZ PULIDO, Irene; YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, Irene.

Del mismo modo, con el aumento del uso de internet y de los dispositivos que nos permiten acceder al ciberespacio, se puso de manifiesto la necesidad de apostar por otras estrategias y diligencias de investigación. Ya que se requiere que autoridades policiales y judiciales se sirvan de las tecnologías para la obtención de material probatorio electrónico que permita esclarecer los delitos que se cometen *online*. Esta circunstancia también se detecta antes del auge de la IA, no obstante, los obstáculos relativos a la obtención de prueba electrónica se incrementan con la aparición de tecnologías disruptivas; desde la aparición de técnicas de cifrado hasta el uso de la IA.

En este sentido, la obtención de evidencias, la identificación de los delinquentes y el esclarecimiento de los hechos, incluidos los de los delitos sexuales que se cometen a través de las redes, ya se complicaron en el momento en que los delincuentes comenzaron a utilizar Internet, las redes sociales y otras plataformas digitales.

No obstante, el auge de la IA y, en particular, de los sistemas de IA generativa han supuesto un cambio de paradigma en lo que respecta a las particularidades delictivas de muchos tipos penales. En este sentido, debemos apostar por individualizar todas estas características y optimizar los recursos de los que disponen las autoridades policiales y judiciales. Solo de este modo se garantizará un uso responsable y garante de las tecnologías para esclarecer delitos de este tipo, los cuales se presentan como una amenaza a nivel internacional.

2. Aproximación al contexto: particularidades criminológicas de los delitos sexuales que se cometen contra menores

En el presente trabajo se pondrá de manifiesto como la violencia sexual que se ejerce contra los menores de edad y, en particular, la que se sirve de las tecnologías para mejorar su eficacia, requiere una respuesta efectiva internacional para optimizar el esclarecimiento y la reparación del daño ocasionado por este tipo de delitos. Debido a ello, debemos comenzar analizando las particularidades de este tipo de violencia y de los delitos que han sido tipificados en los ordenamientos jurídicos, tanto a nivel nacional como internacional.

La violencia sexual se identifica como producto de una cultura sexual arraigada y, por ello, se considera como un problema estructural². Con carác-

2. Desde modo se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. «BOE» núm. 215, de 07/09/2022.

ter general, constituye una lacra para víctimas mayores y menores de edad que requiere que se aúnen esfuerzos para minimizar su incidencia y, con ello, el número de víctimas que la experimenta.

Los delitos sexuales, como los ha tipificado el legislador español, se definen como los actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona³. En nuestro Código penal se tipifican las agresiones sexuales, respecto a las que se remarca que nos encontramos ante un atentado contra la libertad sexual sin el consentimiento expresado de forma libre y clara por parte de la otra persona. Producto de la última reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, conocida como la Ley «solo sí es sí», desaparece la división que se hacía en el Código Penal español respecto a la agresión y al abuso sexual, pasando a analizar la injerencia en todo caso de la libertad sexual, nos encontremos con actos cometidos con violencia o intimidación o no⁴.

En este sentido enumeraremos algunos delitos que se han previsto en el Código penal español. En primer lugar, se han tipificado las agresiones sexuales, en sus diversas tipologías y previendo diferentes agravantes. Entre las agravantes se incluye que los hechos se cometan contra una persona que se encuentre en situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad. Además, son de interés las agravantes previstas para cuando concorra violencia de extrema gravedad o para cuando los actos se cometan por personas que se hayan prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima. Por lo tanto, todas estas particularidades que hemos destacado pueden concurrir cuando nos encontramos ante delitos sexuales que se cometen contra menores de edad y marcarán un particular desvalor de la acción.

Sin perjuicio de las agravantes señaladas, se han previsto de un modo individualizado las «agresiones sexuales a menores de dieciséis años». De igual modo, en el artículo 182 se ha tipificado el hecho de hacer presenciar a menores de dieciséis años actos de carácter sexual, sean o no delitos contra la libertad sexual. Con las diferentes estrategias normativas que analizare-

3. Como se señala en la Circular de la Fiscalía se unifica el Título VIII, pasando a denominarse «Delitos contra la libertad sexual». Aunque todavía siguen quedando algunos preceptos del Código Penal español en los que se hace referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Por ejemplo, artículos 57, 74, 89, 90, 129 bis, 166, 188, 570 bis y 573 CP.

Véase: Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

4. RUBIDO DE LA TORRE, X.L. «Apuntes penales sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (ley del "solo sí es sí")». *La Ley Penal*, n.º 159, noviembre-diciembre 2022.

mos se ha perseguido proteger la particular vulnerabilidad de los menores de edad y salvaguardar el desarrollo de su libertad sexual a todos los niveles⁵.

En el artículo 183 se ha tipificado el delito de *grooming*, delito que no existiría al margen de las nuevas tecnologías, pues requiere un contacto «a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra TIC» con un menor de dieciséis años con el objetivo de concertar un encuentro y cometer algunos de los delitos previamente tipificados. En este mismo sentido se ha previsto el contacto por estas vías tecnológicas con los menores con el objetivo de embaucarles y que envíen material pornográfico. Como veremos más adelante, luchar contra estas conductas se ha convertido en el objetivo nuclear de las nuevas estrategias de la UE.

El particular desvalor de este tipo de conductas que se dirigen contra menores de edad también ha sido considerado por el legislador cuando ha previsto los delitos de acoso sexual, previendo la imposición de la pena en su mitad superior en el artículo 184 del Código penal. Asimismo, se han tipificado los delitos de exhibicionismo obsceno ante menores de edad.

La pornografía infantil, en todas sus modalidades, se ha regulado a través de diferentes instrumentos normativos a nivel internacional; se ha penalizado la captación y utilización de menores para participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, la producción, venta, distribución, exhibición, el ofrecimiento o la facilitación, por cualquier medio. De igual modo, la venta, difusión o exhibición de este tipo de material entre menores también ha sido previsto en el artículo 186.

La prostitución, explotación sexual y corrupción de menores también se ha contemplado el Código penal español, previendo una mayor pena cuando se atente contra los bienes jurídicos de los menores de dieciséis años y recogiendo de nuevo la agravante relativa a la «situación de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia». Deberemos considerar la particular gravedad de la acción cuando concurren varias de estas circunstancias sobre la víctima y, con ello, surjan más dificultades para su detección y represión.

Una vez aproximadas las modalidades delictivas existentes y apuntados los diferentes tipos penales que se han previsto por el legislador español, para poder analizar cómo la cooperación, la colaboración y la actuación conjunta pueden configurarse como estrategias clave para luchar contra estas modalidades delictivas deberemos atender a las particularidades delictivas de los delitos sexuales que se registran en la actualidad.

En lo que respecta a la violencia sexual, es importante destacar que las víctimas son principalmente mujeres y menores. Existe una apuesta clara

5. Se vincula con el libre desarrollo de la personalidad. MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D. «Aspectos criminológicos de los abusos sexuales en el ámbito deportivo: especial referencia a la ejecución del prevalimiento». *Boletín criminológico*, n.º 211, 5/2021.

por tener en cuenta estas particularidades para el desarrollo y para la interpretación de la normativa. Poner de manifiesto cuáles son los principales tipos de víctimas que sufren los delitos favorece el ajuste y la aplicación de la legislación, ya que se apuesta por la incorporación del enfoque o la perspectiva de género⁶.

Además, si atendemos a los tipos que hemos señalado y que han sido incluidos por el legislador español podemos afirmar que el espacio *offline* en el que se perpetraban estas conductas se ha desplazado para aprovechar el ciberespacio como espacio de explotación y extorsión, e incluso como espacio para complementar la ejecución de otro tipo de violencias sexuales tradicionales. Por lo tanto, la existencia de los delitos sexuales no surge con la llegada de las tecnologías, sino que los delincuentes se han adaptado a esta nueva era para cometer los delitos con mayor facilidad y más éxito. Este factor tecnológico ha favorecido, incluso, la aparición de nuevas modalidades delictivas.

En atención a estas particularidades, surge la necesidad de garantizar la seguridad y la detección de este tipo de delitos en el ciberespacio, la necesidad de obtener pruebas electrónicas e incluso la necesidad de recurrir a la cooperación y a la actuación conjunta debido al alcance transfronterizo de estas conductas. Tras la llegada de las tecnologías y de su incorporación a los diferentes *modus operandi*, se han aumentado las dificultades para detectar, investigar y esclarecer este tipo de delitos.

Los delitos sexuales que se cometen contra menores de edad se han caracterizado, desde su origen, por una victimización invisibilizada, caracterizada por «el secreto» y «la indefensión» a consecuencia principalmente de la «asimetría de poder», «el miedo» y también a las «graves consecuencias» que tienen para las víctimas de este tipo de conductas⁷. Encontramos diferentes contextos del medio *offline* en los que se materializan este tipo de delitos; ámbito deportivo, escolar, familiar, etc. En la mayoría de los casos, los delitos son cometidos por adultos por lo que se consolida la referenciada asimetría de poder e, incluso, por personas cercanas a la víctima —familiares, maestros, entrenadores, etc.— lo que provoca un daño mayor y una visibilización menor.

A estas particularidades que dificultan la detección de estos delitos deberemos añadir las derivadas de que el autor utilice las tecnologías para cometer este tipo de delitos. Las estadísticas reflejan el aumento de la victimización de menores «a través de los sistemas tecnológicos cada vez más

6. Véase, entre otras: Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre...*op.cit.*

7. MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D. «Aspectos criminológicos de los abusos sexuales en el ámbito deportivo: especial referencia a la ejecución del prevalimiento». *Boletín criminológico...op. cit.*

sofisticados», además de destacar el elevado número de delitos sexuales que no se denuncian⁸, incrementando la cifra negra y minimizando el número de casos que son esclarecidos por autoridades policiales y judiciales.

La detección y la represión de los delitos sexuales que se cometen contra menores de edad atraviesa una crisis importante, se está dificultando no solo la identificación de los autores, sino también de las víctimas, lo que puede condicionar la salvaguarda de los derechos de los menores y la eficacia misma del proceso penal incoado en estos casos.

El aumento, el alcance y las dificultades inherentes a la lucha contra estas modalidades delictivas, las han posicionado en el foco de la comunidad internacional. En este sentido se ha promovido el desarrollo de estrategias, la aprobación de normativa e incluso la creación de entidades que permitan atajar este tipo de criminalidad.

La explotación sexual ha sido uno de los delitos que se ha considerado desde el ciclo de políticas EMPACT una prioridad, incluyendo tanto la explotación que se ejerce en el marco de redes de trata de seres humanos como la explotación sexual infantil. En estos casos se han incluido actividades delictivas que se cometen, en el caso de la trata de seres humanos, tanto contra adultos como contra menores de 18 años. Y, por otro lado, en el caso de la explotación sexual infantil se prevé el desarrollo de políticas para luchar contra los delitos que se cometen tanto en el medio *offline* como *online*⁹.

La apuesta por proteger a las víctimas de la actuación de los delincuentes en el ciberespacio ha sido clara; en el caso de la trata se ha previsto la captación en línea y la problemática que se deriva de este tipo de actuaciones y, en el caso de la explotación sexual infantil, desde hace años ya se apostaba por luchar contra la producción y difusión de material de abuso infantil.

2.1. Tecnologías disruptivas, inteligencia artificial y violencia sexual contra los menores de edad

En el presente apartado, en relación con lo anterior, desatacaremos las características novedosas que se derivan de la incorporación de las diferentes funciones que ofrecen las tecnologías disruptivas a los *modus operandi* de los delitos sexuales que se cometen contra menores de edad.

Como hemos señalado, la delincuencia sexual, en particular, la que se comete contra menores de edad, experimentó una evolución importante cuando los delincuentes comenzaron a utilizar Internet y las redes que nos

8. SERRANO GÓMEZ, A. «Consideraciones criminológicas sobre los delitos contra la libertad sexual». *Diario La Ley*, n.º 10414, 27 de diciembre de 2023.

9. EUROPOL. EU Policy Cycle – EMPACT. Consultado en: <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-trends/eu-policy-cycle-empact> (Última consulta: 15/04/2025).

ofrecen conectividad para cometer nuevos delitos o para mejorar otros que ya estaban consolidados. Ya ha sido referenciado brevemente en el presente estudio como algunas tipologías delictivas surgen producto de la utilización de Internet y de las TIC con fines delictivos.

Con la expansión de Internet, el desarrollo de las redes sociales y de otro tipo de entornos virtuales se transformaron y aumentaron algunos delitos, como el abuso sexual infantil en línea. Pero, en relación con los menores de edad, también debemos prestar atención a qué ocurre con la utilización de las TIC para mejorar otros delitos como la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, para los que la mayoría de las víctimas son mujeres y menores. Asimismo, debemos prestar atención a qué ocurre con las ventajas que ofrece la tecnología en caso de otros delitos que se cometen con el objetivo de embaucar y/o concertar un encuentro con menores para materializar un delito en el medio *offline*; entre otras tipologías que serán objeto de mención.

La pornografía infantil, hace más de dos décadas, ya fue identificada como un ciberdelito de contenido que debía ser abordado a nivel internacional¹⁰. Este tipo de delitos ha experimentado un aumento exponencial a lo largo de las últimas décadas, siendo particularmente preocupante como la digitalización y la explotación sexual infantil en línea avanzan de un modo paralelo. La distribución de material relacionado con el abuso sexual infantil, tanto a través de redes P2P como a través de la Darkweb, es una de las conductas que se registra en constante aumento. Asimismo, otras redes como las redes sociales o las plataformas de juego se han identificado en los últimos años como entornos donde se cometen delitos relacionados con el abuso sexual infantil en línea¹¹.

Con el auge de internet, no solo se detectó un aumento de la utilización por parte de los delincuentes de las redes y vías previamente señaladas, sino que es reseñable el importante aumento de víctimas menores de edad que se encontraban conectadas a internet con frecuencia. En este sentido, se registró que desde la pandemia de la Covid-19, y en relación con el aumento de la conectividad ligado a ella, la presencia no supervisada de menores en línea se había incrementado¹².

Una de las grandes problemáticas de esta tipología delictiva era su detección por el tipo de redes que se utilizaban, obstáculos que se incrementaron con el acceso a sistemas de cifrado como los que ofrecen redes sociales y aplicaciones de comunicación instantánea accesibles de forma gratuita

10. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. «BOE» núm. 226, de 17 de septiembre de 2010, páginas 78847 a 78896.

11. Véase, por ejemplo, informe IOCTA 2021. EUROPOL. Internet Organised Crime Threat Assessment. 2021.

12. Véase, entre otros: *Ibidem*; TAPIA BALLESTEROS, P. «La respuesta de la Unión Europea frente a los efectos de la pandemia de Covid-19 en el abuso sexual online a menores». La Ley Unión Europea, n.º 106, septiembre 2022; etc.

para toda la población. Pero, en atención al objeto de estudio que nos ocupa, debemos señalar que junto con el anonimato y la elevada probabilidad de impunidad que ofrece el ciberespacio a este tipo de delincuentes sexuales, en la actualidad cuentan con sistemas de IA que van a propiciar la materialización de estas conductas de forma más efectiva.

En lo que respecta a la utilización de la inteligencia artificial con el objetivo de cometer delitos relacionados con la producción, tenencia, distribución y venta de material de abuso sexual infantil en línea, tenemos que destacar los sistemas de inteligencia artificial generativa que se están empleando para crear este tipo de materiales.

Desde Naciones Unidas, a nivel internacional, y desde Europol han alertado sobre la problemática que existe en la actualidad debido al elevado número de archivos que han sido creados con IA y que están circulando a través de las diferentes redes y vías de distribución. Ante este problema debemos destacar el desafío al que se enfrentan las autoridades policiales y judiciales para poder identificar a las víctimas reales de este tipo de delincuencia y, por ende, para identificar a los delincuentes¹³.

Además, se ha detectado el aumento de las dificultades para materializar las investigaciones, pero también para poder reparar el daño ocasionado a las víctimas; no solo logrando su identificación, sino también eliminando todo material que pueda circular con su imagen. Esto se debe a que el material real puede ser utilizado para generar más material con IA, sirviéndose de la imagen de los menores y perpetuando el daño que ocasiona la distribución en línea a gran escala de este tipo de contenidos¹⁴.

En este mismo sentido, víctimas que no hayan sido objeto de este delito podrían verse inmersas en un proceso de victimización debido a la utilización de su imagen compartida en Internet y de la que se pueden servir los delincuentes para alimentar el sistema de IA con el que van a producir este tipo de material de abuso sexual. La distribución de estos materiales falsos de menores puede crear un gran impacto y daño sobre estos. Sin perjuicio de que también podrá propiciar el chantaje y la extorsión sobre estos¹⁵, pudiendo condicionar el envío de material autogenerado o la materialización de encuentros.

Otra de las problemáticas actuales de este fenómeno delictivo es la utilización de sistemas de IA para crear contenido de abuso sexual infantil en línea de

13. «La ONU alerta sobre la avalancha de imágenes de abuso sexual a menores creadas con IA». *La Vanguardia*, 3 de noviembre de 2024.

14. *Ibidem*.

15. MINISTERIO DEL INTERIOR. «Detenidos 25 miembros de una organización criminal dedicada a distribuir imágenes de abuso infantil generadas por IA. 28 de febrero de 2025». Consultado en: <https://www.interior.gob.es/opencms/ca/detalle/articulo/Detenidos-25-miembros-de-un-organizacion-criminal-dedicada-a-distribuir-imagenes-de-abuso-infantil-generadas-por-IA/> (Última consulta: 20/06/2025).

extrema violencia¹⁶, lo que puede condicionar el *modus operandi* para generar material a partir de conductas perpetradas contra víctimas en el medio *offline*.

También encontramos organizaciones que han centrado su actuación en la generación de este tipo de material de abuso sexual infantil a través de inteligencia artificial. En este sentido ya tenemos registros de operaciones internacionales que han permitido la detención de este tipo de delincuentes¹⁷. Encontrarnos ante este tipo de redes va a condicionar que debamos considerarlo una particularidad criminológica, pues implicará la realización de investigaciones complejas y el recurso a instrumentos de cooperación.

Sin embargo, no ha sido este el único perfil que se han encontrado, la utilización por parte de menores de aplicaciones que se sirven de sistemas de IA para generar material de estas características está siendo otro de los focos de atención para las autoridades. En este sentido, destacó en España el caso de Almendralejo¹⁸, pero no ha sido el único. Además, la generación de material a bajo coste, con pocos conocimientos técnicos y de forma rápida está condicionando que el número de víctimas afectadas sea muy numeroso; tanto menores como mayores de edad¹⁹.

Es importante que autoridades policiales y judiciales cuenten con las herramientas óptimas para hacer frente a este tipo de delincuencia. Se requerirá no solo un mayor número de recursos ante el inminente aumento de este tipo de material en línea sino también para probar estos hechos y para reparar el daño ocasionado a las víctimas.

Además de los delitos relacionados con el material de abuso sexual infantil en línea, las funciones de la IA también van a propiciar que se utilicen estas tecnologías con el ánimo de atentar contra la libertad sexual de los menores a través de otras modalidades delictivas. Es importante generalizar que la IA en la actualidad es una tecnología en desarrollo y que su expansión es exponencial, la calidad de sus sistemas aumenta día a día, y las personas sin conocimientos técnicos cada vez tienen a su alcance un mayor número de herramientas que les permiten servirse de sus ventajas.

La captación de menores es una conducta que se practica para materializar diferentes tipologías delictivas; ya sea *grooming* o trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Contactar, engañar o extorsionar y captar a

16. EUROPA PRESS. «Detenido en Valladolid un pedófilo que creaba material “de extrema dureza”». ABC, 21 de diciembre de 2022.

17. MINISTERIO DEL INTERIOR. «Detenidos 25 miembros de una organización criminal dedicada a distribuir imágenes de abuso infantil generadas por IA. 28 de febrero de 2025»...*op. cit.*

18. VIGARIO, D. «Un año de libertad vigilada para los 15 jóvenes que manipularon y difundieron imágenes con IA de menores desnudas en Almendralejo». *El mundo*, 9 de julio de 2024.

19. Véase, por ejemplo: -. «Detenidos tres menores por distribuir desnudos generados por IA de 13 chicas también menores». *Europa Press*, Madrid, 12 de julio de 2024; BOHÓRQUEZ, L. «Detenido un menor en Palma por crear desnudos de compañeras de clase con inteligencia artificial». *El País*, 15 de febrero de 2025; entre otros.

los menores de edad es necesario para materializar algunos de los delitos que nos ocupan en el presente estudio. El proceso de captación que llevan décadas utilizando los delincuentes se ha dotado de diferentes técnicas para lograr ser lo más efectivo posible. El contacto a través de Internet ha favorecido la captación de menores a nivel internacional en los últimos años, con diferentes finalidades²⁰.

La IA generativa ofrece algunas ventajas en lo que respecta a la captación, engaño, extorsión y embaucamiento de menores, por ejemplo, a través de la simulación o suplantación de identidades. Estas ventajas provocan un riesgo en el ciberespacio y aumentan la garantía del anonimato que ya ofrecía el contacto a través de Internet. Tanto la obtención de datos de las víctimas como la IA generativa está propiciando el engaño y la manipulación, favoreciendo la práctica de ciberdelitos puros, fraudes y otros como los que nos ocupan en el presente estudio.

La obtención de datos de los menores puede favorecer que los delincuentes tengan acceso a datos personales, intereses, conexiones personales, direcciones de colegios, de viviendas, de familiares y amigos. Lo que permite la individualización de los ataques, habiendo identificado desde Europol, como grupo particularmente vulnerable, a los menores. Del mismo modo, como hemos señalado, la obtención de datos para materializar una suplantación de identidad y conseguir con mayor éxito el objetivo delictivo es una realidad actual para la comisión de diferentes tipos delictivos²¹.

En definitiva, la utilización de IA pone de manifiesto la urgencia de optimizar los recursos disponibles para detectar este tipo de delitos y obtener evidencias que nos permitan luchar de un modo efectivo contra las particularidades de este fenómeno delictivo. A continuación, analizaremos cuál ha sido en los últimos años la tendencia del legislador en aras a mejorar la lucha contra el abuso sexual infantil en línea y cuál parece que será la apuesta futura para lograr minimizar el impacto de estas conductas.

3. Tendencias de la cooperación judicial europea en la lucha contra los delitos sexuales

Las particularidades criminológicas de diferentes tipologías delictivas han condicionado el desarrollo de normativa para obtener y conservar pruebas a

20. En este sentido se ha emitido este año una alerta de inteligencia de Europol. EUROPOL. «Intelligence Notification: Violent online communities threaten children. Media&Press Europol, 20 de febrero de 2025». Consultado en: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/intelligence-notification-violent-online-communities-threaten-children> (Última consulta. 25/06/2025).

21. EUROPOL. Internet Organised Crime Threat Assessment. 2025.

nivel transfronterizo, con el objetivo de conseguir procesos eficaces y garantes. En el presente apartado realizaremos un breve recorrido por los instrumentos más relevantes que se han aprobado hasta la actualidad en la Unión europea.

En primer lugar, debemos hacer referencia al Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados de la Unión Europea²². En este caso destaca la posibilidad de solicitar determinadas formas específicas de asistencia judicial, entre las que se incluye la configuración de equipos conjuntos de investigación, las investigaciones encubiertas e incluso investigaciones técnicas como la intervención de telecomunicaciones. Tenemos que enfatizar que ya en este momento no solo se apuesta por la actuación conjunta sino también por la tecnología.

De igual modo, tenemos que destacar que se regula específicamente un tipo de intervención de telecomunicaciones en la que se preveía como necesaria la mediación de un proveedor de servicios. Desde el origen de las TIC los proveedores y prestadores de estas tecnologías han desempeñado un papel clave para la obtención de evidencias, no encontrándose en muchas ocasiones en el territorio del Estado que estaba dirigiendo la investigación.

Estas solicitudes se han previsto para ser efectuadas en el marco de investigaciones penales, para la investigación de infracciones penales o delitos. No se ha previsto para un tipo de delito o para un grupo específico de delitos que guardan alguna particularidad; como puede ser la víctima menor de edad. Sí que se ha recogido alguna exigencia en cuanto al tipo de investigación, a la transnacionalidad o a las circunstancias del caso para poder utilizar este tipo de solicitudes o medidas, pero sin acotar el tipo delictivo concreto.

Siguiendo con el análisis de la tendencia, en orden cronológico, destaca la Decisión Marco, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación²³. En su texto se prevé este instrumento como una herramienta de lucha contra el tráfico de drogas, la trata de seres humanos y el terrorismo, señalando que los «equipos deberían crearse prioritariamente para luchar contra los delitos cometidos por los terroristas»²⁴. No obstante, a pesar de haber incluido expresamente estas modalidades delictivas, entre las que tiene cabida la violencia sexual que se perpetra contra menores por los tratantes, en su articulado no se restringe la creación de equipos conjuntos para estos tipos delictivos.

En el primer artículo de la señalada Decisión Marco se indica que se podrán crear los equipos conjuntos de investigación cuando en el marco de investiga-

22. Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea - Declaración del Consejo sobre el apartado 9 del artículo 10 - Declaración del Reino Unido sobre el artículo 20. DO C 197 de 12.7.2000, p. 3-23.

23. Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación. DO L 162 de 20.6.2002, p. 1-3.

24. Véase considerando 2, 6 y 7. *Ibidem*.

ciones de infracciones penales nos encontremos ante «investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten también a otros Estados miembros» o bien que «debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada de los Estados miembros afectados». Parece que la obtención de material probatorio y la ejecución de investigaciones en el seno de estos equipos se limita a casos de delincuencia grave y transfronteriza, que requieren de investigaciones complejas.

Es oportuno señalar que en la Guía Práctica del año 2017 se prevén algunas «cuestiones relativas específicamente a los delitos» recomendando considerar como disposiciones adicionales las condiciones para la participación de agentes privados y de terceros estados cuando nos encontramos ante cibercrimes, entre los que se incluirían los delitos de índole sexual que se cometen en línea contra los menores de edad. De igual modo, se recoge la necesidad de prever disposiciones especiales de apoyo a las víctimas en casos de delitos de trata de seres humanos²⁵. No obstante, esto solo son disposiciones adicionales, para favorecer este tipo de investigaciones, pero no limitando la utilización de este recurso a un tipo delictivo concreto. Es decir, estas consideraciones están previstas con el objetivo de optimizar este recurso.

Continuando con el señalado orden cronológico, aunque ahora derogada, destacaremos la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas²⁶. El objetivo principal que se persigue tras la aprobación de este instrumento es evitar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que puedan ser elementos de prueba.

Además, es oportuno referenciar su artículo 3.2. que ya recogía una relación de infracciones que no estarían sujetas al control de la doble tipificación cuando el Estado de emisión las castigue con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de, al menos, tres años. Entre estas conductas ya se incluyó la trata de seres humanos, la explotación sexual de menores, la pornografía infantil, delitos de alta tecnología, entre otros como la delincuencia organizada, el terrorismo, el tráfico de drogas, etc.

Por lo tanto, en este instrumento, este tipo de delitos sexuales cometidos contra menores de edad se identifican como un tipo de delitos que pueden ser graves y para los que es probable que se requiera asegurar el material probatorio disponible en otro Estado miembro para garantizar la investigación y la efectividad del proceso. No obstante, no se limita el instrumento a su utilización para estas u otras tipologías delictivas.

25. Consejo de la Unión Europea. Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación. Bruselas, 14 de febrero de 2017. 6128/1/17.

26. Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. «DOUE» núm. 196, de 2 de agosto de 2003, páginas 45 a 55.

En este mismo sentido, e igualmente derogada, encontramos la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal²⁷. Este tipo de resolución judicial se reguló para facilitar la obtención de pruebas con carácter transfronterizo, con el objetivo de recabar material probatorio de otro Estado miembro. En concreto se preveía la posible obtención de «objetos, documentos o datos de un tercero; los procedentes de un registro de los locales del sospechoso, incluido su domicilio; datos históricos sobre el uso de cualquier servicio incluidas transacciones financieras; documentos históricos de declaraciones, entrevistas e interrogatorios; y otros documentos, incluidos los resultados de técnicas de investigación especiales»²⁸. Por lo tanto, ya se incluían referencias a los datos electrónicos, como analizaremos a continuación, y también a las técnicas de investigación especiales.

En este instrumento se identifica la posible necesidad de obtener datos electrónicos, recogiendo la obligación de obtenerlos por parte del Estado de ejecución solo cuando su legislación se lo permitiera. Se identificó como Estado de ejecución en estos casos al Estado desde el que sean directamente accesibles dichos datos, no instando a que se encuentren en su territorio, término utilizado para los objetos, documentos o datos. Por lo que era suficiente con que sean accesibles desde el Estado.

Como ocurría en la resolución anterior, encontramos la enumeración de delitos para los casos en los que fuera necesario recurrir a un registro o a una incautación. Pero, con carácter general, cuando no es necesario este tipo de prácticas no era necesaria la verificación de la doble tipificación. Por lo tanto, la tendencia en aras a obtención de prueba transfronteriza es clara, previendo herramientas que permitiera a las autoridades judiciales obtener el material probatorio necesario para esclarecer y reprimir delitos, principalmente graves y complejos. Además, siempre en atención a los principios y garantías propios de los procesos penales de Estados democráticos.

Además, es relevante que el exhorto no se prevé para que la autoridad de ejecución «obtenga datos de comunicaciones retenidos por proveedores de un servicio de comunicaciones electrónicas accesible al público o de una red de comunicación pública». Incluyendo esta especificación en su artículo 4.2, e).

Como último instrumento que ha marcado significativamente el panorama europeo, tenemos que hacer referencia a la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden euro-

27. Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal. «DOUE» núm. 350, de 30 de diciembre de 2008, páginas 72 a 92.

28. Véase considerando 7. *Ibidem*.

pea de investigación en materia penal²⁹. Se plantea con carácter horizontal, es decir, que se expedirán este tipo de órdenes para practicar cualquier tipo de medida de investigación en el Estado de ejecución con el objetivo de obtener material probatorio. Únicamente dejando al margen los equipos conjuntos de investigación y la obtención de pruebas en el seno de los mismos. Todo ello sin perjuicio de la necesidad de cumplir los principios y garantías, así como de la necesidad de atender a las causas de denegación previstas en esta Directiva.

En este caso, de nuevo se recoge un listado de delitos en el Anexo D, anexos que se recogerán en diferentes actos jurídicos, como en el Reglamento (UE) 2023/1543 que analizaremos a continuación, no limitando la utilización de estos tipos de órdenes —investigación, conservación y producción— a un tipo o grupo de delitos concretos. Sin perjuicio de que nos encontremos ante delitos graves, transfronterizos y complejos como ya hemos señalado previamente.

Tampoco se prevé una colaboración, más allá del apoyo técnico, por parte de los proveedores de servicios. Además, solo se ha previsto para materializar la medida de interceptación de las comunicaciones, no con carácter genérico³⁰.

Junto con la transnacionalidad delictiva y, en muchas ocasiones ligada a esta, encontramos las dificultades a las que se enfrentan las autoridades competentes para detectar, investigar y esclarecer estas formas delictivas. En este contexto, se ha identificado que la posición de los proveedores de servicios es privilegiada para mejorar la lucha contra la ciberdelincuencia; en ocasiones las pruebas se pueden almacenar fuera del Estado que está investigando el delito e incluso por parte de un prestador de servicios que esté establecido fuera de este³¹.

El recurso a los instrumentos previamente señalados se ha identificado como un riesgo, ya que los plazos previstos para la emisión y ejecución de órdenes europeas de investigación y las solicitudes del Convenio de asistencia judicial en materia penal podrían comprometer la obtención efectiva del material probatorio; haciendo referencia a la volatilidad de este tipo de evidencias. De igual modo, se ha identificado falta de armonización en lo que respecta a la cooperación con prestadores de servicios³². En este sentido se apostó por la aprobación del Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento

29. Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal. DOUE L 130, 1 de mayo de 2014.

30. Véase considerando 33. *Ibidem*.

31. Véase considerando 7. Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales. «DOUE» núm. 191, de 28 de julio de 2023, páginas 118 a 180.

32. Véase considerando 8. *Ibidem*.

Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales³³.

Se identifica en el señalado Reglamento que la necesidad de desarrollar un instrumento específico y otorgar seguridad jurídica para la conservación y obtención de prueba electrónica es un problema urgente que está obstaculizando el trabajo de las autoridades competentes. En este sentido se aprueba el Reglamento con el objetivo de desarrollar dos tipos de órdenes que respondan a las necesidades derivadas de la naturaleza de las pruebas electrónicas y, en atención a que este tipo de investigaciones requiere un cambio de paradigma.

Se ha regulado la posibilidad de que una autoridad de un Estado miembro pueda emitir órdenes europeas de producción o de conservación con el objetivo de que un prestador de servicios entregue o conserve pruebas electrónicas. Se han establecido los requisitos para «ordenar a un prestador que ofrezca servicios en la Unión y esté establecido en otro Estado miembro o, sino está establecido, que esté representado por un representante legal en otro Estado miembro»³⁴.

Es importante señalar que no se establecen obligaciones generales de conservación de datos, sino únicamente cuando se haya emitido una de las órdenes previstas en el Reglamento. En esta propuesta todavía no se apostaba por una respuesta proactiva de los prestadores. Como veremos en el próximo apartado la situación privilegiada de este tipo de prestadores y los servicios que ofrecen ha propiciado que se les identifique como actores clave para poder actuar de forma efectiva contra algunas formas delictivas cuyo aumento y digitalización no cesa; como los delitos sexuales que se cometen contra menores de edad.

En este mismo sentido, es destacable que solo pueden emitirse estas órdenes a «efectos de procesos penales específicos en relación con una infracción penal concreta», haciendo referencia no solo al principio de especialidad, sino también al de necesidad y proporcionalidad para su emisión, instando a la adecuada protección de los derechos fundamentales de las personas investigadas. Más próximo, por lo tanto, a los principios exigidos para la práctica de otras diligencias de investigación tecnológicas. Se aleja del ámbito preventivo, limitando por lo tanto una actitud proactiva, como ya hemos señalado.

De igual modo, es importante destacar que se ha señalado que facilitar y conservar datos no debe implicar obligación para descifrar los datos para los prestadores de servicio, no debiendo afectar el Reglamento «al uso de cifrado

33. *Ibidem*.

34. Véase artículo 1. *Ibidem*.

por parte de los prestadores de servicios o sus usuarios»³⁵. En este sentido, para realizar investigaciones en canales cerrados de comunicación que se vean obstaculizadas por el cifrado extremo a extremo u otros es probable que las autoridades tengan que seguir recurriendo a otro tipo de diligencias.

En definitiva, se ha reflejado que una de las preocupaciones de la comunidad internacional ha sido proveer a las autoridades de herramientas eficaces y garantes que les permitiera conservar y obtener material probatorio electrónico, que en la mayoría de las ocasiones implica una cooperación o actuación transfronteriza.

Además, aunque no de forma exclusiva, la ciberdelincuencia, los delitos relativos a abuso sexual infantil y los relativos a la trata de seres humanos se han posicionado entre los prioritarios para los que se ha detectado la necesidad de recurrir a este tipo de instrumentos.

A continuación, se realizará un análisis de la nueva estrategia que se está planteando a nivel de la UE, considerando el rol que desempeñan en el ciberespacio los prestadores de servicio. La principal propuesta que analizaremos se ha desarrollado en línea con el último Reglamento analizado, pero abordando el fenómeno de los abusos sexuales que se comete contra menores de edad de un modo específico.

3.1. Nueva estrategia europea: proveedores de servicios y creación del centro europeo

En el marco de la que podemos denominar como nueva línea estratégica europea debemos destacar la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores³⁶. Línea que se configura con una perspectiva novedosa y se desarrolla en el marco de la estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores, en la que ya se detectó la problemática de la investigación en el ciberespacio, mencionando algunos problemas como los que se derivan del uso de la red oscura, y la necesidad de cubrir los obstáculos que se encuentran en las investigaciones digitales³⁷.

La referenciada propuesta se plantea como un Reglamento señalando que se persigue «contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de normas claras, uniformes y equilibradas para

35. Véase considerando 20. *Ibidem*.

36. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores, COM/2022/209 final.

37. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores. COM/202/607 final. Bruselas, 24 de julio de 2020.

prevenir y combatir el abuso sexual de menores de una manera eficaz y que respete los derechos fundamentales, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a su dimensión y sus efectos, puede lograrse mejor a escala de la Unión»³⁸. Por lo tanto, se considera la vía más óptima para conseguir los resultados y atajar el fenómeno de los abusos sexuales.

Por un lado, esta propuesta surge porque se ha identificado, no solo a nivel europeo, sino también a nivel internacional, que los proveedores de servicios ostentan una posición única para luchar contra las formas delictivas que nos ocupan. Y se ha indicado que «la información que pueden obtener al ofrecer sus servicios es a menudo indispensable para investigar y enjuiciar eficazmente las infracciones de abuso sexual de menores». En este sentido se configuraron en esta propuesta las órdenes de detección, eliminación y bloqueo. De un modo similar a lo que ocurre en el Reglamento relativo a las órdenes para la obtención de prueba electrónica, se prevé la emisión de estas por parte de las autoridades competentes para obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos o a un prestador de servicios de comunicaciones interpersonales.

En lo que respecta al uso de tecnología con el objetivo de optimizar la lucha contra esta modalidad delictiva es destacable el artículo 10 de la citada propuesta que prevé el recurso a tecnologías capaces de detectar la difusión de material de abuso sexual de menores conocido o nuevo o el embaucamiento de menores, según proceda, utilizando los indicadores correspondientes. No instando al uso de la IA con carácter expreso en esta propuesta, aunque todo apunta a la cabida de esta tecnología para la consecución de estos fines; se hace referencia en sentido amplio a tecnologías eficaces, fiables y que se puedan supervisar, incluyendo en la explicación de la propuesta una referencia a los algoritmos³⁹.

En la presente propuesta además de las órdenes señaladas se han previsto obligaciones relativas a la evaluación, mitigación y reducción de riesgos de abuso sexual de menores en línea para cada uno de los servicios que ofrezcan con fines. Por lo tanto, teniendo una finalidad más preventiva e incluso instando a una mayor proactividad. Esta proactividad ya la han asumido de forma voluntaria algunos prestadores, con el objetivo de «detectar, denunciar y eliminar los abusos sexuales de menores en línea en sus servicios», pero no todos, por ello se ha apostado por esta línea estratégica. El legislador es consciente

38. Véase considerando 83 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores...*op.cit.*

39. Véase Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores. Consultada en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0209#footnoteref46> (Última consulta: 20/06/2025).

del riesgo que puede suponer esta proactividad para los derechos fundamentales de los usuarios y, en este sentido, se prevén límites en la propuesta⁴⁰.

Además, también se regula en esta propuesta la creación de un centro de la UE para prevenir y combatir el abuso sexual de menores, siendo un centro de apoyo a la consecución de los fines previstos en la propuesta de Reglamento. Ostentará un papel importante no solo en la evaluación del riesgo sino también en lo que respecta a la creación de bases de datos y a la facilitación de las tecnologías necesarias para materializar la detección.

Hace más de una década, ya se identificó la necesidad de que uno de los tipos penales para los que el Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3) ofreciera su apoyo analítico, estratégico, operativo y forense debía ser la explotación sexual infantil en línea⁴¹. Este fenómeno delictivo lleva años preocupando a la comunidad internacional, ya que su aumento y su evolución no cesa, encontrando dificultades para conseguir investigaciones efectivas.

Por lo que parece que estamos ante un intento de que se produzca un cambio estratégico con el objetivo de obtener mejores resultados, probablemente producto del señalado incremento de estas tipologías delictivas y de las dificultades existentes para atajarlas con los recursos generales.

En definitiva, con la señalada propuesta, se marca esta nueva línea estratégica en atención a que es una propuesta de un Reglamento específico para la lucha contra el abuso sexual infantil en línea y contra el embaucamiento de menores. No incluyendo en este caso artículos o anexos que prevean este tipo obligaciones o de colaboración cuando nos encontremos ante otras tipologías delictivas.

La estrategia europea persigue actualizar y optimizar la normativa aprobada respecto a los abusos sexuales, la explotación sexual de los menores, el material de abuso sexual de menores y el embaucamiento de menores con fines sexuales. Para ello, se apuesta por aprobar una Directiva para sentar las bases respecto a la tipificación penal de las conductas basadas en las TIC y un Reglamento para optimizar la actuación y colaboración de los proveedores de servicios⁴².

40. Como señala AGUILERA MORALES: «a fin de minimizar este impacto en los derechos fundamentales de prestadores y usuarios, la Propuesta aparece cuajada de garantías y límites de muy diverso tipo y alcance». AGUILERA MORALES, M. «El nuevo marco europeo contra el abuso sexual de menores y su “incidencia” procesal». *Revista Española de Derecho Europeo*, 90, abril – junio 2024. ISSN: 1579-6302.

41. Véase sitio web del Centro Europeo de Ciberdelincuencia. Consultado en: <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3> (Última consulta: 20/06/2025).

42. Se hace referencia a que este es el «origen del que previsiblemente será el nuevo marco legal europeo contra el abuso sexual de menores». AGUILERA MORALES, M. «El nuevo marco europeo contra el abuso sexual de menores y su “incidencia” procesal». *Revista Española de Derecho Europeo...op. cit.*

Por lo tanto, guardando coherencia con la propuesta de Reglamento previamente referenciada, encontramos la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y el material de abuso sexual de menores y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo⁴³.

Antes de continuar con el análisis es preciso apuntar que la propuesta persigue instar a la tipificación de todas las modalidades de abuso y explotación, no restringiéndose a las que se perpetran *online* o mediando el uso de las tecnologías. Convirtiéndolo en un documento de lucha integral contra todas las formas de violencia sexual que se cometen contra los menores de edad, ya que se han identificado como violaciones graves de los derechos fundamentales y de los derechos del niño⁴⁴. Todo ello, sin perjuicio del énfasis y la especial atención que se presta al aumento y a la extensión de estas conductas a través de las nuevas tecnologías y de Internet⁴⁵.

Aunque en la propuesta de la Directiva ya se había incluido en el considerando 23 que la expresión «por medio de las tecnologías de la información y la comunicación» debía entenderse de manera suficientemente amplia para incluir todos los avances tecnológicos, entre ellos la inteligencia artificial, recientemente, la Eurocámara ha respaldado la actualización de algunas definiciones para adecuar la propuesta inicial de Reglamento. Se prevé ajustarla, entre otros, a la incorporación de la tecnología al *modus operandi* de este tipo de delitos. En este sentido, no solo se ha hecho referencia a las imágenes falsas o *deepfakes* que están invadiendo las redes, sino que también se ha identificado la necesidad de «tipificar explícitamente como delito el uso de sistemas de inteligencia artificial diseñados o adaptados principalmente para cometer delitos de abuso sexual infantil»⁴⁶.

Además, el artículo 8 de la propuesta ya incluía el reproche de la explotación o la administración dolosa de un servicio en línea para facilitar estas conductas ilícitas o con fines de abuso sexual o explotación sexual de menores. Y en el artículo 30 las medidas contra los sitios web que contengan o difundan material de abuso sexual de menores, tanto para la retirada de material como para su bloqueo.

43. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y el material de abuso sexual de menores y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (versión refundida). COM(2024) 60 final. Estrasburgo, 6.2.2024.

44. Véase considerando 2. *Ibidem*.

45. Véase considerando 4. *Ibidem*.

46. PARLAMENTO EUROPEO. «Lucha contra el abuso sexual de menores: nuevas normas ante nuevas tecnologías. Notas de prensa, 17 de junio de 2025. Consultado en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20250613IPR28905/lucha-contra-el-abuso-sexual-de-menores-nuevas-normas-ante-nuevas-tecnologias> (Última consulta: 20/06/2025).

A priori la aprobación de la citada Directiva no supone en sí misma un cambio de la estrategia ya que la aprobación de instrumentos específicos para establecer las normas mínimas respecto a infracciones penales concretas ha formado parte del devenir europeo de las últimas décadas. No obstante, a partir del artículo 15 de la propuesta se recogen unas bases relativas a la investigación y enjuiciamiento de las conductas recogidas previamente, y esta práctica no es tan habitual cuando se define una estrategia procesal de investigación, cooperación y/o actuación conjunta. Se prevén cuestiones relativas a la comunicación y denuncia de los delitos, identificación de las víctimas, no penalización de las víctimas, asistencia, apoyo y protección de víctimas, cuestiones relativas a la competencia y coordinación de actuaciones judiciales, protección de los menores en las investigaciones y procesos penales, etc.

En esta segunda parte, además, se ha previsto que los Estados miembros dispongan de «instrumentos de investigación efectivos, como los utilizados en la lucha contra la delincuencia organizada u otros casos de delincuencia grave» y que «dispongan de personal, conocimientos especializados e instrumentos de investigación efectivos para investigar y enjuiciar eficazmente dichas infracciones, en particular las cometidas mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación»⁴⁷. En el considerando 32 hace referencia a instrumentos de investigación como «la interceptación de comunicaciones, la vigilancia discreta, incluida la electrónica, el control de cuentas bancarias y otros medios de investigación financiera» y destaca la elevada eficacia de las «operaciones encubiertas y el uso de sistemas denominados tarro de miel». Es relevante en este contexto en el que se prevé la necesidad de optimizar la investigación que, en todo caso, se insta a la necesidad de garantizar el principio de proporcionalidad⁴⁸.

De igual modo, en el artículo 25 se ha previsto que los Estados establezcan medidas adecuadas para garantizar, a nivel nacional, la coordinación y la cooperación, incluyendo como agentes a los proveedores de servicio de la sociedad de la información⁴⁹.

Aunque llama la atención esta segunda parte, más enfocada en la adopción de medidas apropiadas y de garantizar investigaciones efectivas, no se prevén instrumentos específicos para estos tipos delictivos, sino que se insta a recurrir a los existentes —como las investigaciones encubiertas— para esclarecer estos hechos. Por lo tanto, aunque contribuye a esta nueva estrategia no prevé un instrumento de investigación y obtención de evidencias *ad hoc*.

47. Véase artículo 16. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y el material de abuso sexual de menores...*op. cit.*

48. Véase considerando 32. *Ibidem*.

49. Véase artículo 25. *Ibidem*.

Sin embargo, para esta nueva estrategia sí resulta relevante la consideración de las particularidades delictivas, principalmente las derivadas del uso de sistemas de IA, ya que esto al mismo tiempo va a condicionar la respuesta procesal. En muchas ocasiones, el recurso a herramientas de cooperación o colaboración dependerá de la tipificación o identificación de las conductas que van a ser objeto de investigación y represión. Por este motivo se ha considerado de interés incluirlo en el presente estudio.

Por lo tanto, como punto fuerte hay que señalar que no solo ponen de manifiesto la producción y distribución de material de abuso sexual infantil en línea, sino que incluyen otro tipo de delitos basados en el acercamiento a menores en línea, su manipulación y la comisión de delitos sexuales contra ellos; haciendo alusión expresa, incluso, al uso de la IA. Incluye por lo tanto una lucha integral contra las diferentes modalidades de abuso y explotación sexual infantil en línea.

Por otro lado, como ya hemos señalado en varias ocasiones, los prestadores de servicios ostentan un rol importante en el ciberespacio actual, por lo que la tendencia europea es clara, se avanza hacia la consecución de un sistema de control y responsabilidad por parte de estos proveedores y hacia la colaboración con las autoridades policiales y judiciales para tratar de esclarecer este tipo de delitos y sortear los obstáculos existentes.

No obstante, en este proceso de otorgar seguridad jurídica a la obtención de evidencias, en ningún caso, deben olvidarse los principios y garantías inherentes al proceso, entre los que debe tenerse un particular cuidado por los usuarios y, por supuesto, las personas investigadas. El carácter proactivo y preventivo podría entrar en conflicto con el principio de especialidad⁵⁰.

En este sentido encontramos como se ha previsto el Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea⁵¹. Se apuesta por

50. Se ha hecho referencia a la necesidad de matizar algunos conceptos, como el relativo a «medidas razonables para evitar que exista un alto margen de interpretación que pueda propiciar la utilización de medidas desproporcionadas y altamente restrictivas de derechos para los usuarios». MONTORO SÁNCHEZ, J.A. «Análisis crítico de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores». *Revista Asociación de profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas*, 8, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

51. Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea. «DOUE» núm. 274, de 30 de julio de 2021, páginas 41 a 51.

limitar el uso de la tecnología a cuando este sea proporcionado, acotar su uso a lo estrictamente necesario para detectar, cesar y denunciar este tipo de delitos, así como apostando por la utilización tecnologías fiables lo menos intrusivas posibles, basadas en detección de patrones y en la identificación de indicadores, sin extraer arbitrariamente información.

Por último, las funciones de la IA ofrecen ventajas para el rastreo, la identificación de tendencias, patrones y el análisis de grandes cantidades de datos, entre otras. En la propuesta de Reglamento inicial no se incluyó referencia expresa a la IA, aunque si se previó en el artículo 10 el necesario recurso a la tecnología adecuada, que también podría ser interpretado en sentido amplio. Asimismo, la propuesta de Reglamento remite al Reglamento que prevé que «la tecnología utilizada para dichas actividades podría consistir en tecnología de funciones de resumen (hashing) para imágenes y vídeos, y en clasificadores e inteligencia artificial para el análisis de textos o datos de tráfico»⁵². En definitiva, también parece que habrá una apuesta clara por la utilización de la IA también con fines de detección de los delitos sexuales que se cometen en línea contra los menores.

Sin embargo, la implementación de IA no puede ser arbitraria y habrá que atender, en todo caso, a los principios éticos recogidos en el Reglamento de IA y a los requisitos que se exigen para los sistemas de IA de alto riesgo cuando nos encontremos ante estos; por ejemplo, si nos encontramos ante el desarrollo de un sistema de investigación basado en IA que suponga una injerencia sobre los derechos de las personas investigadas y requiera de autorización judicial⁵³.

En este mismo sentido, el recurso a herramientas de IA para analizar datos sobre casos de abuso sexual, identificar tendencias y patrones también podría optimizar el desarrollo de estrategias de prevención. Ya en este sentido se está trabajando en casos de violencia de género, quizá sería oportuno que desde el Centro Europeo se apueste por optimizar las funciones de la IA en aras a mejorar la lucha contra la lacra del abuso sexual infantil en línea.

52. Véase considerando 7. Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones...*op. cit.*

53. En el anexo III del Reglamento de IA de la Unión Europea se señala que serán considerados de alto riesgo los «sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial, o en su nombre, para ayudar a una autoridad judicial en la investigación e interpretación de hechos. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). «DOUE» núm. 1689, de 12 de julio de 2024, páginas 1 a 144.

4. Reflexiones finales

Las particularidades delictivas que han caracterizado a los delitos sexuales que se cometen contra menores de edad, desde el origen de Internet, han puesto de manifiesto la necesidad de materializar investigaciones en el ciberespacio, lo que va a condicionar el desarrollo de investigaciones complejas en las que es probable que sea necesario recurrir a herramientas de cooperación, actuación conjunta o de obtención de prueba electrónica.

Del mismo modo, la normativa aprobada desde hace décadas a nivel europeo e internacional ha catalogado este tipo de delitos como graves, posicionándolos en considerandos, artículos y anexos con el objetivo de que las autoridades policiales y judiciales puedan hacer uso de los instrumentos de investigación y obtención de pruebas transfronterizas para esclarecerlos.

En la actualidad, el auge de la inteligencia artificial está sumando y agravando algunos obstáculos existentes para poder esclarecer este tipo de delitos sexuales. Además, la elevada cifra negra y el silencio que rodea a este tipo de delitos dificulta incluso su detección, pudiendo experimentar las víctimas un daño continuado en el tiempo y propiciado por el alcance de Internet.

En atención a la gravedad del fenómeno delictivo que nos ocupa se está apostando por una nueva estrategia a nivel de la UE, basada en la tipificación de todas las conductas y en la creación de un instrumento especializado para la obtención de información de los proveedores de servicios en estos casos y para eliminar el material de abuso sexual infantil en línea. No obstante, son muchos los interrogantes que se presentan ante estas propuestas, ya que, aunque desde una perspectiva penal ha sido la estrategia a seguir, no se corresponde con la estrategia seguida hasta el momento por los instrumentos aprobados que regulan la práctica de investigaciones transfronterizas, complejas y conjuntas.

Deberá analizarse si es oportuno desarrollar instrumentos integrales de investigación tecnológica y obtención de información y prueba transfronteriza, o bien si es preferible avanzar hacia la individualización y especialización de las herramientas procesales. Principalmente habría que atender a que hay que evitar una nueva fragmentación que ya trató de eliminarse con la aprobación de la Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal⁵⁴.

Existe otro tipo de estrategia, como la que el legislador español utiliza para regular en 2015 el agente encubierto informático, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Aunque haya quedado en la LECrim una regulación escueta de una figura de tanta relevancia, su previsión otorga

54. Como se señaló en su considerando 5: «resulta evidente que el marco existente para la obtención de pruebas es demasiado fragmentario y complicado». Por eso es necesario un nuevo planteamiento. Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal...*op. cit.*

seguridad jurídica a su utilización en la lucha contra la distribución de material de abuso sexual infantil en línea, pero además puede ser utilizada para otros casos, siempre en atención a las previsiones de su articulado y al cumplimiento de los principios y garantías procesales.

En este mismo sentido genérico, parecía estar orientada la previsión de la conservación en el Convenio de Budapest, pensando en la posibilidad de recurrir a esta medida ante cualquiera de los delitos previstos en su articulado e, incluso, ante algunos otros que fuera necesario recurrir a material probatorio electrónico. De este modo, la pornografía infantil estaba incluida, pero no quedaba al margen la conservación, presentación, revelación y supresión de material ante otras casuísticas como las señaladas en la presente investigación.

En definitiva, la colaboración con proveedores y la actuación transfronteriza se configura como clave para la lucha contra la delincuencia sexual que se comete contra los menores de edad, en particular, aquella que se sirve de las TIC dificultando la normal actuación de las autoridades competentes. No obstante, nos encontramos en un momento en el que hay que repensar el cambio de estrategia propuesto, en aras a optimizar las investigaciones tecnológicas y la obtención de prueba electrónica, evitando que nos encontremos ante una nueva fragmentación.

Además, como ya se ha puesto de manifiesto, el ritmo de evolución y de adaptación de este tipo de delinquentes no cesa. Este grado de adaptación podría generar el traslado de la actividad a otras plataformas o a la red oculta, ya que los ciberdelinquentes seguirán buscando las vías de éxito delictivo⁵⁵.

Por último, es importante acotar que ante el cambio de estrategia europeo y la apuesta por un rol proactivo y preventivo de los prestadores de servicios se enfatice la atención en el margen de disponibilidad de la información, el tratamiento de la misma y la utilización de la tecnología con el fin de rastrear, identificar tendencias o patrones, ya que esto podría permitir perfilar a los usuarios. Asimismo, en general, los Estados miembros deberán utilizar las órdenes y herramientas con cautela en lo que respecta al tipo de tecnología utilizada y con mucha atención a los derechos fundamentales y las garantías procesales.

5. Bibliografía

AGUILERA MORALES, M. «El nuevo marco europeo contra el abuso sexual de menores y su “incidencia” procesal». *Revista Española de Derecho Europeo*, 90, abril-junio 2024. ISSN: 1579-6302.

55. MONTORO SÁNCHEZ, J.A. «Análisis críticos de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores». *Revista Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas...op.cit.*

Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores. COM/202/607 final. Bruselas, 24 de julio de 2020.

Consejo de la Unión Europea. Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación. Bruselas, 14 de febrero de 2017. 6128/1/17.

Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea - Declaración del Consejo sobre el apartado 9 del artículo 10 - Declaración del Reino Unido sobre el artículo 20. DO C 197 de 12.7.2000, p. 3-23.

Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación. DO L 162 de 20.6.2002, p. 1-3.

Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. «DOUE» núm. 196, de 2 de agosto de 2003, páginas 45 a 55.

Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal. «DOUE» núm. 350, de 30 de diciembre de 2008, páginas 72 a 92.

Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal. DOUE L 130, 1 de mayo de 2014.

EUROPOL. EU Policy Cycle – EMPACT. Consultado en: <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-trends/eu-policy-cycle-empact> (Última consulta: 15/04/2025).

EUROPOL. Internet Organised Crime Threat Assessment. 2021.

EUROPOL. Internet Organised Crime Threat Assessment. 2025.

Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. «BOE» núm. 226, de 17 de septiembre de 2010, páginas 78847 a 78896.

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. «BOE» núm. 215, de 07/09/2022

MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D. «Aspectos criminológicos de los abusos sexuales en el ámbito deportivo: especial referencia a la ejecución del prevaleamiento». *Boletín criminológico*, n.º 211, 5/2021.

MONTORO SÁNCHEZ, J.A. «Análisis crítico de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores». *Revista Asociación de profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas*, 8, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y el material de abuso sexual de menores y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (versión refundida). COM(2024) 60 final. Estrasburgo, 6.2.2024.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores, COM/2022/209 final.

Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea. «DOUE» núm. 274, de 30 de julio de 2021, páginas 41 a 51.

Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales. «DOUE» núm. 191, de 28 de julio de 2023, páginas 118 a 180.

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

RUBIDO DE LA TORRE, X.L. «Apuntes penales sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (ley del «solo sí es sí»)». *La Ley Penal*, n.º 159, noviembre-diciembre 2022.

SERRANO GÓMEZ, A. «Consideraciones criminológicas sobre los delitos contra la libertad sexual». *Diario La Ley*, n.º 10414, 27 de diciembre de 2023.

TAPIA BALLESTEROS, P. «La respuesta de la Unión Europea frente a los efectos de la pandemia de Covid-19 en el abuso sexual online a menores». *La Ley Unión Europea*, n.º 106, septiembre 2022; etc.

5.1. Noticias

BOHÓRQUEZ, L. «Detenido un menor en Palma por crear desnudos de compañeras de clase con inteligencia artificial». *El País*, 15 de febrero de 2025

EUROPA PRESS. «Detenidos tres menores por distribuir desnudos generados por IA de 13 chicas también menores». *Europa Press*, Madrid, 12 de julio de 2024

EUROPA PRESS. «Detenido en Valladolid un pedófilo que creaba material “de extrema dureza”». *ABC*. 21 de diciembre de 2022.

EUROPOL. «Intelligence Notification: Violent online communities threaten children». Media&Press Europol, 20 de febrero de 2025. Consultado en: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/intelligence-notification-violent-online-communities-threaten-children> (Última consulta. 25 de junio de 2025).

LA VANGUARDIA. «La ONU alerta sobre la avalancha de imágenes de abuso sexual a menores creadas con IA». *La Vanguardia*, 3 de noviembre de 2024.

MINISTERIO DEL INTERIOR. «Detenidos 25 miembros de una organización criminal dedicada a distribuir imágenes de abuso infantil generadas por IA». 28 de febrero de 2025. Consultado en: <https://www.interior.gob.es/opencms/ca/detalle/articulo/Detenidos-25-miembros-de-un-organizacion-criminal-dedicada-a-distribuir-imagenes-de-abuso-infantil-generadas-por-IA/> (Última consulta: 20/06/2025).

PARLAMENTO EUROPEO. «Lucha contra el abuso sexual de menores: nuevas normas ante nuevas tecnologías». Notas de prensa, 17 de junio de 2025. Consultado en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20250613IPR28905/lucha-contr-el-abuso-sexual-de-menores-nuevas-normas-ante-nuevas-tecnologias> (Última consulta: 20/06/2025).

VIGARIO, D. «Un año de libertad vigilada para los 15 jóvenes que manipularon y difundieron imágenes con IA de menores desnudas en Almendralejo». *El mundo*, 9 de julio de 2024.

CAPÍTULO VIII

EL DELITO ONLINE SEXUAL GROOMING OF CHILDREN (ART. 183.1 CP) Y LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA: NUEVO TIPO AGRAVADO DE ENMASCARAMIENTO¹

Diego González López

*Personal docente e investigador predoctoral (ACIF)
Departamento de Derecho Penal de la Universitat de València*

1. Introducción

Independientemente de los beneficios y de la elevada proyección que aún presentan las tecnologías de la información y de la comunicación, es cierto que estas representan un riesgo para los menores de edad y para las personas especialmente vulnerables por razón de alguna discapacidad o enfermedad. Y es que, su mayor confianza en el mundo y, especialmente, en las personas, provocan que los entornos virtuales se conviertan en amenazas potenciales para su desarrollo e integridad sexual.

Según el estudio realizado por el Centro de Estudios de Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo (ANAR), en el cual se analizaron un total de 6.183 casos relacionados al delito de abuso sexual en España desde 2008 a 2019, la tasa de crecimiento de los casos es de un 300,4 % (273 casos en 2008 y 1.093 en 2020). Concretamente, el estudio concluyó que entre los años 2015 y 2020 habían aumentado especialmente los supuestos de ciberdelincuencia sexual contra los menores, donde destacan especialmente los delitos de

¹ En homenaje a la ilustre autora Elena Górriz Royo.

captación sexual de menores en línea (*online sexual grooming of children*) con un crecimiento anual del 36,7 %².

Como señalan, DE SANTISTEBAN y GÁMEZ-GUADIX, numerosos son los estudios que informan de un preocupante incremento de denuncias y solicitudes e interacciones sexuales por parte de los adultos a menores como resultado de procesos de *online sexual grooming of children* y explotación sexual de menores. Estas conductas plantean enormes preocupaciones sociales, entre las que destacan el desarrollo e integridad sexual de los menores, la permanencia en la red del material sexual obtenido y la posible victimización secundaria³.

Así pues, partiendo de la base de que el manejo de las tecnologías de la información y de la comunicación son consustanciales a la forma de vida de los menores⁴, se constata como resulta fundamental analizar el delito de *online sexual grooming of children* previsto en el Código Penal español y las nuevas modificaciones incluidas en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, enmarcando la importancia de la protección jurídica y social de víctima menor de edad.

2. El delito *online sexual grooming of children*

El delito de captación sexual de menores en línea u *online sexual grooming of children* (expresiones que se utilizarán de manera indistinta en el presente trabajo) se introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el artículo 183 bis del Código Penal. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ubicó el delito en el precepto 183 ter 1.º, modificando algunos elementos típicos. Concretamente, elevó la edad de la víctima menor de edad de los 13 a los 16 años y restringió la finalidad perseguida por el autor del delito, es decir, disminuyó los delitos mediante los cuales se podía cometer el delito de captación sexual de menores en línea⁵.

En palabras de QUERALT JIMÉNEZ, el legislador español de 2015 modificó el delito sin haber experimentado lo suficiente sobre su acierto y necesidad,

2. CINOSI FERNÁNDEZ, M. S. «Online child grooming en España: análisis del tipo penal a través de la teoría del delito», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm 35, 2023, p. 253; BALLESTEROS, B. S. «Abuso sexual en la infancia y la adolescencia según los afectados y su evolución en España (2008-2019)», en *Centro de Estudios ANAR*, 2021.
3. DE SANTISTEBAN, P., GÁMEZ-GUADIX, M. «Online grooming y explotación sexual de menores a través de internet», en *Revista de Victimología*, núm 6, 2017, p. 82.
4. GÓRRIZ ROYO, E. «On-line child grooming en Derecho penal español» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2016, p. 2.
5. GÓRRIZ ROYO, E. «On-line child...», *op cit.*, p. 9.

ya que hasta ese momento únicamente un asunto sobre *online sexual grooming of children* había llegado al Tribunal Supremo y los escasos incidentes resueltos por las audiencias provinciales se habían solventado sin debate y con conformidad en el 80 % de los casos⁶.

Si no fuese suficiente, recientemente, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha vuelto a modificar la numeración del delito (no del contenido sustancial del mismo) manteniendo el tipo penal en el actual artículo 183.1 del Código Penal. Además, actualmente el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales contempla una modificación parcial del artículo 183.1 del Código Penal, en la cual añade un nuevo tipo agravado de enmascaramiento de la propia identidad.

2.1. Delimitación conceptual

Antes de analizar el delito contemplado en el artículo 183.1 del Código Penal, es necesario analizar el término «*online sexual grooming of children*» o «captación sexual de menores en línea».

Es cierto que la terminología utilizada en inglés por los investigadores para referirse a esta modalidad delictiva es muy variada, destacando expresiones como «*online child grooming*»⁷, «*child grooming*»⁸ o, incluso, «*online grooming*»⁹. Concretamente, la doctrina mayoritaria opta por el término «*child grooming*»¹⁰. Por ello, cabe preguntarse: ¿cómo se debe denominar la conducta por la cual se capta o embauca a un menor, de forma virtual, con la finalidad de llevar a cabo actos sexuales ilegales?

El punto XIII de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo por primera vez este delito en el Código penal español, propició una enorme confusión en torno a su terminología al considerar las expresiones «grooming» o «child grooming» como la forma adecuada de denominar a esta modalidad delictiva¹¹.

6. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 264.

7. VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015). *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

8. ABADÍAS SELMA, A. «Child grooming: una exégesis del artículo 183 CP tras la controvertida reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2023.

9. RIBERAS-GUTIÉRREZ, M. Y OTROS. «Online grooming: factores de riesgo y modus operandi a partir de un análisis de sentencias españolas», en *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 34, 2024.

10. CINOSI FERNÁNDEZ, M. S. «Online child...», *op cit.*, p. 254.

11. *Ibid.*, p. 253.

Por su parte, la Real Academia Española define, desde 2023, el «*grooming*» como el acoso sexual a menores de edad, que se basa en establecer con ellos una relación de confianza a través de medios informáticos o telemáticos, fundamentalmente en chats y redes sociales. Y es que, actualmente existe una falta de unanimidad muy difícil de solventar en torno al delito de captación sexual de menores en línea.

Como señalaba GÓRRIZ ROYO, el contenido del injusto previsto actualmente en el artículo 183.1 del Código Penal se denomina con precisión como «sexual grooming of children»¹². Así pues, partiendo de esta esta premisa y con el propósito de arrojar luz sobre esta cuestión, a pesar de la longitud de la expresión, se considera apropiado referirse al delito como «*online sexual grooming of children*» o «captación sexual de menores en línea», ya que únicamente así se aborda en su totalidad el delito previsto en el apartado primero del artículo 183.

A continuación, con el objetivo de desgranar el concepto de *online sexual grooming of children*, se destacan una serie de notas comunes que presenta el mencionado fenómeno¹³:

- a) Contacto;
- b) Acercamiento;
- c) Confianza;
- d) Encuentro físico.

Y es que, el delito de captación sexual de menores en línea es un proceso gradual en el cual el adulto se aproxima al menor con el objetivo de ganarse su confianza y establecer una serie de contactos que, finalmente, conducen a un encuentro físico entre la víctima y su agresor¹⁴.

2.2. Acción típica

La acción típica del delito de *online sexual grooming of children* supone un delito de peligro, aunque algunos autores cuestionan si, por el contrario, se trata de una conducta de lesión¹⁵. No obstante, la mayoría de la doctrina considera que los bienes jurídicos protegidos son la indemnidad sexual del menor de 16 años y el correcto proceso de formación y desarrollo personal

12. GÓRRIZ ROYO, E. «On-line child...», *op cit.*, p. 5.

13. *Ibid.*, p. 6.

14. *Idem.*

15. DE LA MATA BARRANCO, N. J. «El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 19, 2017, p. 17.

sexual, debido al quebranto de la confianza depositada por el menor en la persona adulta¹⁶.

El actual artículo 183 del Código Penal contempla dos figuras delictivas distintas:

- a) La captación sexual de menores en línea u *online sexual grooming of children* a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189 del Código Penal (apartado primero);
- b) La realización de actos dirigidos a embaucar a un menor de 16 años para que facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas relacionadas con menores, también conocido como delito de sexting¹⁷ (apartado segundo).

Concretamente el apartado primero del artículo 183 del Código Penal establece que cometerá un delito de *online sexual grooming of children*: «el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento».

Se especifica que el artículo 183.1 del Código Penal hace referencia a la conducta de captación sexual de menores en línea, y no la prevista en el apartado segundo, ya que para que se cumpla el tipo penal del apartado primero se requiere que, efectivamente, el autor realice una propuesta para concertar un encuentro con el menor. Sin embargo, como señala GÓRRIZ ROYO, el concepto de *online sexual grooming of children* no encubre un concepto cerrado, sino que hace referencia a un proceso de seducción y acercamiento en el que se pretende lograr un posterior contacto sexual con el menor, radicando la efectividad en el enamoramiento en la víctima¹⁸.

Y es que, como afirma DE LA MATA BARRANCO, en lo que sí que hay unanimidad doctrinal y jurisprudencial es en la falta de existencia de que se produzca el encuentro propuesto. Cuestión a parte es que, la materialización del encuentro físico con el menor pueda tenerse en cuenta respecto a la determinación de la pena, tal y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 6.ª) 676/2013, de 19 de julio (ECLI:ES:APB:2013:7716)¹⁹. Y es

16. GÓRRIZ ROYO, E. «On-line child...», *op cit.*, p. 17; DE LA MATA BARRANCO, N. J. «El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 19, 2017, p. 5-6.

17. ABADÍAS SELMA, A. «Child grooming...», *op cit.*, p. 11.

18. GÓRRIZ ROYO, E. «On-line child...», *op cit.*, pp. 6-7.

19. DE LA MATA BARRANCO, N. J. «El contacto tecnológico...», *op cit.*, p. 14.

que, en ningún caso la acción de proponer tiene por qué conllevar una aceptación de la propuesta cursada²⁰.

En lo que respecta al contacto con el menor de 16 años «a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación», destaca la inclusión de una cláusula abierta como forma de castigar la utilización, por parte del sujeto activo, de cualquier tecnología²¹, incluida la inteligencia artificial.

Así pues, el tipo penal, previsto en el artículo 183.1 del Código Penal, castiga la conducta de programar una herramienta de inteligencia artificial que entable una conversación con el menor de forma independiente y lo embauque hasta el punto de facilitar, al sujeto que la ha configurado, un encuentro físico con la víctima.

En definitiva, como señala la sentencia anteriormente citada²², los elementos del delito de *online sexual grooming of children* son:

- a) El contacto con el menor de 16 años;
- b) La propuesta de concertar un encuentro con fines sexuales;
- c) La existencia de actos materiales encaminados al acercamiento (sin que sea necesario que este se materialice).

Adicionalmente, cabe añadir la utilización, por parte del sujeto activo, de cualquier tecnología de la información y la comunicación. En lo que respecta a los actos materiales encaminados al acercamiento, NAVARRO CARDOSO destaca el hecho de que el tipo penal hable de actos materiales y no de orientaciones acerca de qué actos en concreto pueden ser²³.

2.3. Sujeto activo

Parece evidente que pueden ser sujetos activos del delito, tanto las personas adultas como los menores de edad de entre 14 y 18 años, quienes responderán penalmente conforme a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Si bien, es importante mencionar la eximente de responsabilidad penal prevista en el actual artículo 183 bis del Código Penal, por la cual: «el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en

20. CINOSI FERNÁNDEZ, M. S. «Online child...», *op cit.*, p. 265.

21. DE LA MATA BARRANCO, N. J. «El contacto tecnológico...», *op cit.*, p. 10.

22. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 6.ª) 676/2013, de 19 de julio (ECLI:ES:APB:2013:7716).

23. NAVARRO CARDOSO, F., MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D. «Aspectos criminológicos y dogmáticos de la ciberdelincuencia sexual», en *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, obra colectiva, directores Alfredo Abadías Selma, Sergio Cámara Arroyo y Pere Simón Castellano, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 587.

este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica». Eso sí, esta eximente no se aplicará en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178.

En que se refiere a las características del sujeto activo, en palabras de GÓRRIZ ROYO, el abusador no siempre responde a la idea de adulto varón y extraño que puede conocer al menor en el entorno offline, sino que también puede ser alguien cercano, como un familiar, un amigo, otro menor o, incluso, una mujer²⁴. El estudio «*Online Grooming: factores de riesgo y modus operandi a partir de un análisis de sentencias españolas*», realizado por RIBERAS-GUTIÉRREZ, RENESES, GÓMEZ-DORADO, SERRANOS-MINGUELA y BUENO-GUERRA en 2024, concluyó con que la gran mayoría de los agresores eran españoles (aproximadamente el 90 %) y que estos no solían reincidir (únicamente reincidió el 15 % de los condenados)²⁵.

2.4. Elemento subjetivo

Cuando el precepto 183.1 del Código Penal dispone: «*a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento*», evidentemente exige que la conducta realizada por el sujeto activo tenga como finalidad la comisión de cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 (agresiones sexuales a menores de 16 años) y 189 (corrupción de menores) del Código Penal, así como una voluntad indubitada de conseguir un encuentro con finalidad sexual con el menor a través de cualquier tecnología de la información y la comunicación²⁶.

Y es que, como señala GÓRRIZ ROYO, el delito de *online sexual grooming of children* es un tipo doloso en que habrá de probarse el dolo del autor, puesto que no se contempla una modalidad imprudente. Además, en palabras de la ilustre autora, el dolo del autor deberá abarcar, en todo caso, la edad del menor, de modo que no quepa duda de que el autor del delito es conocedor de forma fehaciente de que ha conseguido embaucar a un menor de 16 años para fines sexuales²⁷.

2.5. Penalidad y agravantes

El artículo 183.1 del Código Penal establece que el sujeto que cometa un delito de captación sexual de menores en línea: «*será castigado con la pena*

24. GÓRRIZ ROYO, E. «On-line child...», *op cit.*, p. 6.

25. RIBERAS-GUTIÉRREZ, M. Y OTROS. «Online grooming...», *op cit.*, p. 123.

26. ABADÍAS SELMA, A. «Child grooming...», *op cit.*, p. 28.

27. GÓRRIZ ROYO, E. «On-line child...», *op cit.*, p. 27.

de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos» Por su parte, el último inciso de este precepto indica que las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Sin embargo, asombra que el legislador contemple el engaño como merecedor de aumentar el desvalor de la conducta y, por ende, de agravar la pena contemplada para el delito de *online sexual grooming of children*. Y es que, como afirma NÚÑEZ CASTAÑO sorprende que aparezca como circunstancia agravante de la responsabilidad penal, ya que el engaño es consustancial a la conducta típica, ya sea mediante argucias o a través de la realización de perfiles falsos en redes sociales o plataformas de mensajería instantánea²⁸.

En este contexto, conviene traer a colación el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, que modifica el artículo 183 del Código Penal, para añadir un nuevo tipo agravado de enmascaramiento de la propia identidad. Concretamente, el punto VIII establece que este tipo de conductas facilitan la comisión de delitos contra las personas menores de edad, motivo por el cual se plantea su tipificación en el ordenamiento jurídico español.

Así pues, el último inciso del apartado primero del artículo 183 del Código Penal quedaría redactado de la siguiente manera: «*las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación, engaño o empleando una identidad ficticia o imaginaria, o atribuyéndose el agresor una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes a las propias*». De este modo, el tipo agravado del delito de *online sexual grooming of children* presentaría cuatro circunstancias que agravarían la responsabilidad penal prevista en el tipo doloso básico. Concretamente, cuando el acercamiento se obtenga:

- a) mediante coacción;
- b) mediante intimidación;
- c) mediante engaño o empleando una identidad ficticia o imaginaria;
- d) atribuyéndose el agresor una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes a las propias.

En este sentido, conviene señalar que sorprende enormemente la inclusión de términos que, aunque más específicos, continúen haciendo referencia a la «acción y efecto de engañar» o «falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre» (definiciones de engaño otorgadas por la Real Academia Española). Con todo, conviene reiterar que extraña enormemente

28. NÚÑEZ CASTAÑO, E. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en *Nociones fundamentales de derecho penal: parte especial*, obra colectiva, directores Adán Nieto Martín y Emilio Cortés Bechiarelli, Tecnos, Madrid, 2023, p. 320.

que el legislador incluya, como circunstancias agravantes, modalidades de engaño que ya se encontraban tipificadas en el último inciso del apartado primero del artículo 183 y que, además, según algunos autores, son consustanciales a las conductas contempladas en el tipo dolos básico²⁹.

En este sentido, el estudio «*Online Grooming: factores de riesgo y modus operandi* a partir de un análisis de sentencias españolas», constata como en 12 de las 20 sentencias españolas analizadas, el sujeto activo emplea el engaño en su *modus operandi* (60 % de los casos analizados). Además, en los supuestos en los que hay más de una víctima, se emplea el engaño en el 66 % de los casos, prevaleciendo únicamente el engaño (100 % de los casos) cuando el número de víctimas excede de la decena³⁰.

3. La protección de las víctimas de *online sexual grooming of children*

Al hacer referencia a la protección de las víctimas menores de edad en los entornos virtuales se considera necesario destacar las 5 P de RODOTÁ³¹:

- a) Privacidad;
- b) Participación;
- c) Propiedad;
- d) Protección;
- e) Pornografía.

Como sintetiza FAGGIANI, las 5 P pretenden explicar que, evidentemente, Internet contribuye al desarrollo del menor de edad, sin embargo, este también requiere de una serie de medidas que contribuyan a la protección los riesgos inherentes al uso de Internet³².

Y es que, como dispone el apartado primero del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «*los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar*». Además, el apartado segundo añade: «*en todos los actos relativos a los niños llevados*

29. NÚÑEZ CASTAÑO, E. «Delitos contra la libertad...», *op cit.*, p. 320; DE SATISTEBAN, P., GÁMEZ-GUADIX, M. «Online grooming...», *op cit.*, p. 85.

30. RIBERAS-GUTIÉRREZ, M. Y OTROS. «Online grooming...», *op cit.*, p. 123.

31. RODOTÁ, S. «Sociedad contemporánea, privacidad del menor y redes sociales», en *Redes sociales y privacidad del menor*, obra colectiva, coordinadores José Luis Pilar Mañas, Stefano Rodotá, y María de los Ángeles Osorio Rodríguez, Reus, Madrid, 2011, pp. 35-47.

32. FAGGIANI, V. «Derechos del menor e internet. Una aproximación desde el Derecho constitucional europeo», en *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital*, obra colectiva, director Francisco Javier Durán Ruiz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 28.

a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial».

En lo que se refiere a la protección de las víctimas de *online sexual grooming of children*, la gran parte de las víctimas de este delito son adolescentes, no niños más pequeños³³, que habitualmente presentan necesidades afectivas no cubiertas³⁴. En este sentido, conviene tener en cuenta que no solo los «niños» requieren de una especial protección de los entornos virtuales y de las redes sociales, sino esta protección debe de ampliarse a todos los menores de edad y sujetos especialmente vulnerables.

Según el estudio «*Online Grooming: factores de riesgo y modus operandi a partir de un análisis de sentencias españolas*», realizado por RIBERAS-GUTIÉRREZ, RENESES, GÓMEZ-DORADO, SERRANOS-MINGUELA Y BUENO-GUERRA en 2024, es posible obtener una mínima radiografía de las características de las víctimas de los delitos de *online sexual grooming of children*. Así pues, el estudio concluye con que el porcentaje de agresores que contactó con víctimas mujeres (65 %) fue mayor que el que se acercó a víctimas varones (35 %).

Además, extrae dos conclusiones adicionales, aproximadamente el 2 % de las víctimas presentan alguna discapacidad y únicamente el 1,5 % manifiesta algún antecedente de salud mental, por lo que no parece que estas características representen factores de riesgo a la hora de ser víctimas de este delito³⁵. Sin embargo, aunque representen una cifra menor, se considera que el tipo penal debería incluir una cláusula que proteja también a los adultos mayores de edad especialmente vulnerables por razón de una discapacidad o enfermedad. En este sentido, CINOSI FERNÁNDEZ subraya que la mayoría de las críticas que se efectúan al tipo penal se centran en el hecho de que no prevea la protección de éstos posibles sujetos pasivos³⁶.

Por otra parte, cabe resaltar que, como consecuencia del delito de *online sexual grooming of children*, las víctimas suelen sentirse ofendidas o molestas (34 % de los casos), indiferentes (37 %), avergonzadas (13 %), asustadas (13 %) y angustiadas (7 %)³⁷. Además, DE SANTISTEBAN y GÁMEZ-GUADIX señalan que las víctimas presentan mayores riesgos de desarrollar comportamientos de inadaptación como huidas del hogar familiar, consumo abusivo de alcohol y drogas y patologías mentales graves³⁸.

33. DE SANTISTEBAN, P., GÁMEZ-GUADIX, M. «Online grooming...», *op cit.*, p. 88.

34. *Ibid.*, 93.

35. RIBERAS-GUTIÉRREZ, M. Y OTROS. «Online grooming...», *op cit.*, p. 122.

36. CINOSI FERNÁNDEZ, M. S. «Online child...», *op cit.*, p. 269.

37. VILLACAMPA ESTIARTE, C., GÓMEZ ADILLÓN, M. J. «Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 18, 2016, p. 21.

38. DE SANTISTEBAN, P., GÁMEZ-GUADIX, M. «Online grooming...», *op cit.*, p. 93; WELLS, M., MITCHELL, K. «Youth sexual exploitation on the Internet: DSM-IV diagnoses and Gender

3.1. Estrategias concretas de protección

A continuación, se proponen una serie de estrategias concretas para proteger a las víctimas de *online sexual grooming of children*, siendo totalmente consciente de la complejidad que entraña el fenómeno y de la dificultad práctica que plantea la implementación de algunas de ellas en el sistema educativo tradicional. Con todo, las estrategias propuestas son las siguientes:

- a) Implementación de la gamificación en el aula como forma de abordar los problemas relacionados con el uso irresponsable de internet³⁹.
- b) Cursos de formación para docentes en aras de promover el uso responsable de internet en el aula.
- c) Cursos de concienciación para padres en el uso responsable (por parte de los menores) de las nuevas tecnologías.
- d) Apoyo psicológico en los centros docentes como medio de prevención y detección de conductas inadecuadas hacia los menores.
- e) Puesta en marcha de campañas de sensibilización dirigidas a la población en general, enfocadas en las interacciones inapropiadas entre adultos y menores⁴⁰.

Y es que, en concordancia con VILLACAMPA ESTIARTE, se considera que la lucha actual contra el fenómeno de la captación sexual de menores en línea debe de enfocarse principalmente en la educación de los menores, especialmente en la formación en el uso seguro y responsable de las nuevas tecnologías⁴¹, ya que la actual regulación del delito de *online sexual grooming of children* en el Código Penal español se considera eficaz (que no adecuada, por considerarse que el tipo agravado del delito está mal configurado).

4. Conclusiones

En primer lugar, ante la cuestión: ¿cómo se debe denominar la conducta por la cual se capta o embauca a un menor, de forma virtual, con la finalidad de llevar a cabo actos sexuales ilegales? Se considera apropiado referirse al delito como «*online sexual grooming of children*» o «captación sexual de menores en línea», partiendo de la propuesta realizada por GÓRRIZ ROYO, ya

Differences in co-occurring mental health issues», en *Child and Adolescent Social Work Journal*, núm 24, 2007.

39. BETANCUR, S. Y OTROS. «Videojuegos y TIC cómo estrategias pedagógicas: formación para el uso seguro de internet», en *Cultura, Educación y Sociedad*, vol. 5, núm 1, 2014.

40. DE SATISTEBAN, P., GÁMEZ-GUADIX, M. «Online grooming...», *op cit.*, p. 94.

41. VILLACAMPA ESTIARTE, C., GÓMEZ ADILLÓN, M. J. «Nuevas tecnologías...», *op cit.*, p. 24.

que únicamente así se hace referencia a la conducta contemplada en el artículo 183.1 del Código Penal.

Concretamente, los elementos del delito de *online sexual grooming of children* son:

- a) El contacto con el menor de 16 años;
- b) La utilización de cualquier tecnología de la información y la comunicación;
- c) La propuesta de concertar un encuentro con fines sexuales (agresión sexual o corrupción de menores);
- d) La existencia de actos materiales encaminados al acercamiento (sin que sea necesario que este se materialice).

En este contexto, se destaca que el tipo penal castigaría como acción típica la conducta de programar una herramienta de inteligencia artificial que entable una conversación con el menor de 16 años, de forma independiente, y lo embaque hasta el punto de facilitar, al sujeto que la ha configurado, un encuentro físico con la víctima, aunque este no se materialice.

Respecto a la penalidad del delito, sorprende que el legislador contemple el engaño como merecedor de aumentar el desvalor de la conducta, en tanto en cuanto es consustancial a la conducta típica descrita en el artículo 183.1. del Código Penal. Además, por si no fuese ya suficiente, actualmente el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales contempla un tipo agravado del delito de *online sexual grooming of children* en el que describe, aunque de forma más específica y detallada, comportamientos que hacen referencia a la «acción y efecto de engañar» o «falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre» (engaño).

Así pues, a pesar de la redundancia empleada por el legislador y el hecho de que no se debería contemplar el engaño como circunstancia agravante, la actual configuración penal del delito de *online sexual grooming of children* castiga eficazmente (que no adecuadamente, por considerarse que el tipo agravado del delito está mal configurado) a aquellos que sujetos que captan o embaucan a un menor, de forma virtual, con la finalidad de llevar a cabo actos sexuales ilegales.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿qué se puede hacer para frenar o reducir el crecimiento exponencial que han experimentado los casos de captación sexual de menores en línea en los últimos años?

Como afirma VILLACAMPA ESTIARTE, sería más deseable enfocar los esfuerzos en la prevención, en lugar de centrarse únicamente en la incriminación, ya que una mayor actuación preventiva resultaría más eficaz para reducir al mínimo la tasa de criminalidad de este delito⁴². Además, conviene señalar

42. VILLACAMPA ESTIARTE, C., GÓMEZ ADILLÓN, M. J. «Nuevas tecnologías...», *op cit.*, p. 24.

que la investigación sobre la prevención del delito es un campo que requiere de una mayor atención empírica en aras de aumentar la protección de los menores de edad⁴³.

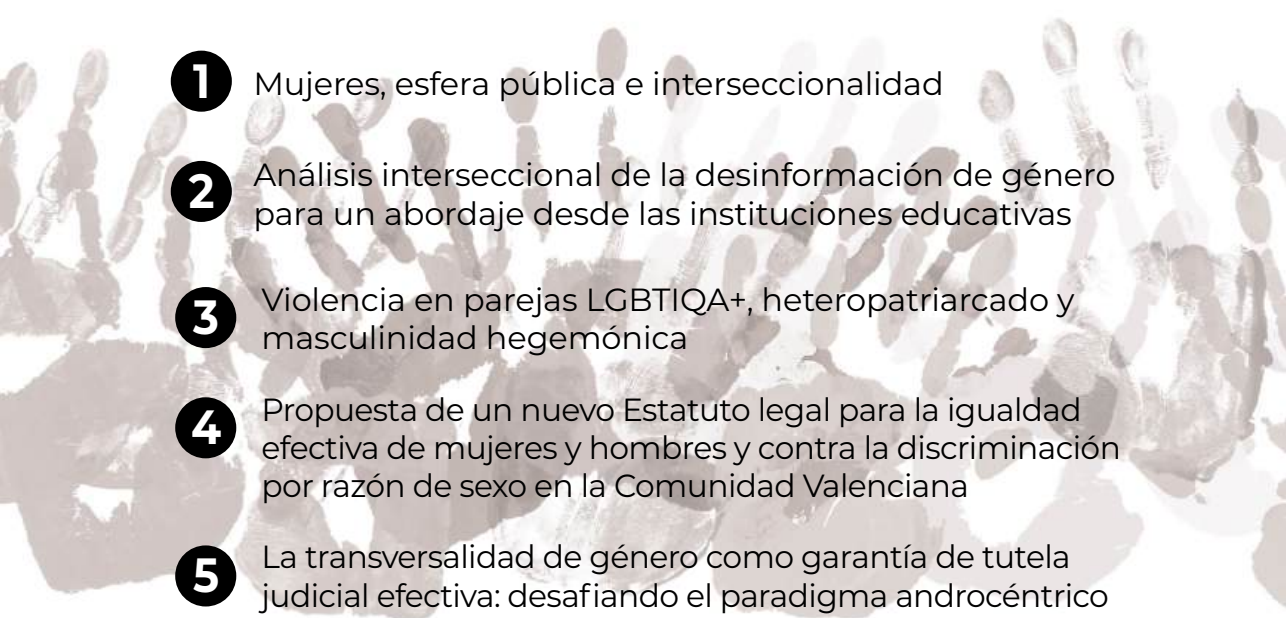
5. Bibliografía

- ABADÍAS SELMA, A.** «Child grooming: una exégesis del artículo 183 CP tras la controvertida reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*.
- BALLESTEROS, B. S.** «Abuso sexual en la infancia y la adolescencia según los afectados y su evolución en España (2008-2019)», en *Centro de Estudios ANAR*, 2021.
- BETANCUR, S. Y OTROS.** «Videojuegos y TIC cómo estrategias pedagógicas: formación para el uso seguro de internet», en *Cultura, Educación y Sociedad*, vol. 5, núm 1.
- CINOSI FERNÁNDEZ, M. S.** «Online child grooming en España: análisis del tipo penal a través de la teoría del delito», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm 35, 2023.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.** «El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 19, 2017.
- DE SATISTEBAN, P., GÁMEZ-GUADIX, M.** «Online grooming y explotación sexual de menores a través de internet», en *Revista de Victimología*, núm 6, 2017.
- FAGGIANI, V.** «Derechos del menor e internet. Una aproximación desde el Derecho constitucional europeo», en *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital*, obra colectiva, director Francisco Javier Durán Ruiz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GÓRRIZ ROYO, E.** «On-line child grooming en Derecho penal español» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2016.
- NAVARRO CARDOSO, F., MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D.** «Aspectos criminológicos y dogmáticos de la ciberdelincuencia sexual», en *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, obra colectiva, directores Alfredo Abadías Selma, Sergio Cámara Arroyo y Pere Simón Castellano, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

43. DE SATISTEBAN, P., GÁMEZ-GUADIX, M. «Online grooming...», *op cit.*, p. 83.

- NÚÑEZ CASTAÑO, E.** «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en *No- ciones fundamentales de derecho penal: parte especial*, obra colecti- va, directores Adán Nieto Martín y Emilio Cortés Bechiarelli, Tecnos, Madrid, 2023.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.** *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RIBERAS-GUTIÉRREZ, M. Y OTROS.** «Online grooming: factores de riesgo y modus operandi a partir de un análisis de sentencias españolas», en *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 34.
- RODOTÁ, S.** «Sociedad contemporánea, privacidad del menor y redes socia- les», en *Redes sociales y privacidad del menor*, obra colectiva, coordi- nadores José Luis Pilar Mañas, Stefano Rodotá, y María de los Ángeles Osorio Rodríguez, Reus, Madrid, 2011.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., GÓMEZ ADILLÓN, M. J.** «Nuevas tecnologías y victi- mización sexual de menores por online grooming», en *Revista Electróni- ca de Ciencia Penal y Criminología*, núm 18, 2016.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.** (2015). *El delito de online child grooming o propues- ta sexual telemática de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- WELLS, M., MITCHELL, K.** «Youth sexual exploitation on the Internet: DSM-IV diagnoses and Gender Differences in co-occurring mental health is- sues», en *Child and Adolescent Social Work Journal*, núm 24, 2007.

TÍTULOS PUBLICADOS

- 
- 1** Mujeres, esfera pública e interseccionalidad
 - 2** Análisis interseccional de la desinformación de género para un abordaje desde las instituciones educativas
 - 3** Violencia en parejas LGBTIQ+, heteropatriarcado y masculinidad hegemónica
 - 4** Propuesta de un nuevo Estatuto legal para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y contra la discriminación por razón de sexo en la Comunidad Valenciana
 - 5** La transversalidad de género como garantía de tutela judicial efectiva: desafiando el paradigma androcéntrico
 - 6** Proceso penal y la violencia sexual contra la infancia y la adolescencia

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

PROCESO PENAL Y LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Esta obra colectiva, fruto de la financiación obtenida por la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, pretende ofrecer una visión rigurosa, interdisciplinar y actualizada sobre uno de los desafíos más importantes de la justicia penal contemporánea: los aspectos procesales de la protección de los menores víctimas de delitos de carácter sexual. El libro recoge trabajos que analizan, desde una mirada jurídica y humana, los avances normativos y tecnológicos que buscan una justicia más cercana, comprensible y respetuosa con la infancia y la adolescencia.

A través de sus capítulos se examinan temas clave como la declaración preconstituida de la víctima menor de edad, la exploración forense, la implementación del modelo Barnahus en España o la respuesta penal frente a los delitos digitales como el *grooming*. Asimismo, ofrece una reflexión crítica sobre la cooperación internacional y las estrategias desarrolladas en la lucha contra la violencia sexual infantil, así como el abordaje desde la justicia transicional.

Este libro invita a repensar el proceso penal desde la óptica de la protección integral, ofreciendo herramientas útiles para juristas, profesionales de la justicia y todas las personas comprometidas con la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia.

DIRECCIÓN

Irene González Pulido, Irene Yáñez García-Bernalt

AUTORÍA

Lorenzo M. Bujosa Vadell, Lucana Estévez Mendoza, Isabel Huertas Martín, Cristina Díaz Piñas, Irene Yáñez García-Bernalt, Federico Bueno de Mata, Irene González Pulido, Diego González López

Obra colectiva derivada del proyecto de investigación «La víctima menor de edad en el proceso penal: especial referencia a delitos sexuales». Concedido en la IX Convocatoria de ayudas de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez. 2023. IP: González Pulido, Irene; Yáñez García-Bernalt, Irene.

