

La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021

Sumario

-

La Ley Orgánica 8/2021 ha acometido reformas sustanciales en el Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el firme propósito de tutelar de un modo reforzado a las víctimas menores de edad. Estas modificaciones se suman a un numeroso elenco de preceptos del que ya disponían ambos cuerpos normativos con la misma finalidad. En este trabajo se analizan todas estas previsiones en vigor (y también las proyectadas) con el objetivo de conocer si los criterios político-criminales escogidos para fijar la edad por debajo de la cual se presume la fragilidad del menor están justificados. La conclusión alcanzada es que no se ha atendido a la evidencia científica para graduar la vulnerabilidad del menor en la legislación penal sustantiva y sería necesaria una reforma en este ámbito.

Abstract

-

Organic Law 8/2021 has undertaken substantial reforms in the Criminal Code and in the Criminal Procedure Act with the firm intention of reinforcing the protection of underage victims. These modifications are in addition to a large number of provisions already in existence for the same purpose in both bodies of legislation. This paper analyses all these provisions in force (and also those planned) with the aim of finding out whether the political-criminal criteria chosen to set the age limit for presuming the fragility of minors are justified. The conclusion reached is that scientific evidence has not been taken into account in grading the vulnerability of minors in substantive criminal legislation and that reform in this area is needed.

Title: *The inconsistent presumption of fragility of minor victims in criminal law (substantive and procedural). Regarding Organic Law 8/2021*

-

Palabras clave: Ley Orgánica 8/2021, Protección a la infancia, Víctima vulnerable, Reforma penal, Victimología evolutiva

Keywords: *Organic Law 8/2021, Child protection, Vulnerable victim, Penal reform, Developmental victimology.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i1.10

1.2022

Recepción

23/11/2021

-

Aceptación

31/12/2021

-

Índice

-

1. Introducción

2. La graduación de la vulnerabilidad del menor en el ámbito de la Victimología evolutiva

2.1. Vulnerabilidad victimal

2.2. Victimización primaria

2.3. Victimización secundaria

3. La sobreprotección de la víctima menor de edad en el Derecho penal

3.1. La sobreprotección de la víctima menor de edad en el Derecho penal sustantivo

a. Criterios para la tutela reforzada de las víctimas menores de edad en el Código penal

b. Críticas a la técnica legislativa empleada para la sobreprotección de los menores en el Código penal

3.2. La sobreprotección de la víctima menor de edad en el Derecho penal procesal

a. Criterios para la tutela reforzada de las víctimas menores de edad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

b. Críticas a la técnica legislativa empleada para la sobreprotección de los menores en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

c. Legislación proyectada. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

4. Conclusión y propuesta de lege ferenda

5. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

-

1. Introducción*

El pasado 25 de junio de 2021 entró en vigor la mayor parte del contenido de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LO 8/2021). Esta norma, siguiendo el modelo de una ley marco de protección integral, modifica hasta quince cuerpos normativos a través de sus disposiciones finales¹ con el propósito de «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» (art. 2)². Entre las reformas más sustanciales se encuentran las que afectan al Código penal (en adelante, CP) y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), sobre las que versa el presente trabajo³.

La investigación victimológica ha acreditado que los menores de edad tienen, por lo general, una mayor propensión victimal, sobre todo en el ámbito familiar, por su indefensión⁴, de manera que suelen ser considerados «víctimas ideales»⁵. También tienen más dificultades para sobreponerse a la victimización primaria, aumentando las secuelas que derivan del delito a largo plazo. E, igualmente, ven incrementadas las posibilidades de victimización secundaria⁶, pues, entre otros

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Víctimas especialmente vulnerables e indicadores para su determinación» (GV/2021/133), financiado por la Generalitat Valenciana.

¹ Las normas que se reforman mediante la LO 8/2021 son las siguientes: la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código civil, la Ley Orgánica General Penitenciaria, la Ley General de Publicidad, el CP, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores, el Texto refundido sobre infracciones y sanciones en el orden social, la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente, la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

² Asimismo, para lograr el objetivo mencionado se contienen, entre otras, disposiciones dedicadas a regular los diferentes niveles de implicación para la prevención y la detección precoz de victimización infantil, fórmulas para evitar los factores de riesgo y aumentar los factores de prevención, así como protocolos de actuación por parte de los docentes, sanitarios y miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en este ámbito.

³ Sobre el impacto de la ley en la legislación penal, véase GONZÁLEZ TASCÓN, «Observaciones a las novedades introducidas por la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal», *Diario La Ley*, nº 9902/2021, pp. 1-22.

⁴ Véase, al respecto, BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO/GÓMEZ-BENGOECHEA, «Los menores con discapacidad como víctimas de maltrato infantil: una revisión», *Intervención psicosocial*, Vol. 15, nº 3/2006, pp. 293-306. Pero no solo en el ámbito familiar. Así, por ejemplo, la *Directiva 2011/36, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y a la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* en su considerando 8 indica que «los menores son más vulnerables que los adultos y corren, por tanto, mayor riesgo de ser víctimas de la trata de seres humanos».

⁵ VINAGRE GONZÁLEZ, «Víctimas especialmente vulnerables (I): el menor y el anciano como víctimas», en LAGUNA HERMIDA/GÓMEZ GARCÍA (Coord.), *Manual de Victimología*, Delta, Madrid, 2019, p. 65.

⁶ Sobre los resultados de la investigación victimológica acabados de referenciar, véanse MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 516; GUTIÉRREZ-BERMEJO/AMOR ANDRÉS, *Víctimas vulnerables*, 2019, pp. 168-169; y PÉREZ MACHÍO/DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos», PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO, *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Madrid, 2020, p. 30. Y adviértase que a la indefensión que deriva de la minoría de edad por la falta de madurez pueden sumarse otras circunstancias (por ejemplo, la discapacidad, pobreza, embarazo, etc.) que incrementarían todavía más el

obstáculos, los menores encuentran grandes impedimentos para comunicar la agresión sufrida y suele cuestionarse frecuentemente su testimonio⁷.

Este cúmulo de circunstancias han motivado que este colectivo reciba una tutela penal material y procesal sumamente reforzada. Concretamente, la sobreprotección de los menores de edad víctimas de delitos se configura sobre la base de su vulnerabilidad, asociada a la falta de madurez propia de esta etapa vital, debido a sus características biológicas, psicológicas y socioculturales; es decir, se fundamenta en la «vulnerabilidad subjetiva»⁸.

Existen numerosos preceptos en el CP que contemplan agravaciones y tipos penales autónomos para la protección específica de las víctimas menores de edad. Asimismo, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los menores de edad víctimas de delitos se encuentran amparados por un conjunto de artículos que tratan de paliar en la medida de lo posible los efectos negativos que el proceso puede producir en ellos. Es más, la sobreprotección del menor de edad en el ámbito penal (tanto sustantivo como procesal) está en pleno proceso de expansión si atendemos a las últimas reformas legislativas (especialmente, las operadas mediante la LO 8/2021)⁹ o en tramitación parlamentaria¹⁰. De hecho, incluso se ha creado ya y ha entrado en funcionamiento el primer juzgado especializado en violencia contra la infancia y la adolescencia¹¹.

La mayoría de las disposiciones con previsiones penales para el singular amparo de los menores de edad se refiere a todos ellos sin distinciones; alude a todos los menores de 18 años¹².

riesgo de victimización. Diversas investigaciones puntualizan, igualmente, que la infancia con discapacidad es un colectivo todavía más vulnerable (el más vulnerable, de hecho). Al respecto, BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO/GÓMEZ-BENGOECHEA, *Intervención psicosocial*, pp. 293 ss. Sobre todo, al abuso sexual véase OLIVAN, «Maltrato en niños con discapacidades: características y factores de riesgo», *Anales Españoles de Pediatría*, 56 (3), 2002, pp. 219-223. En España son escasos los estudios que han tratado de cuantificar este extremo. Pero sitúan en torno al 11,5% los niños con discapacidad que habrían sufrido maltrato, mientras que la tasa de maltrato infantil se sitúa en un 1,5%. Sobre esto último, VERDUGO/BERMEJO/FUENTES/ELICES, *Maltrato infantil y minusvalía*, 1993. Según indica la propia LO 8/2021 «los niños, niñas y adolescentes con discapacidad son sujetos especialmente sensibles y vulnerables a esta tipología de violencia, expuestos de forma agravada a sus efectos y con mayores dificultades para el acceso, en igualdad de oportunidades, al ejercicio de sus derechos».

⁷ Sobre la menor credibilidad que, por lo general, se otorga el testimonio del menor, BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO/GÓMEZ-BENGOECHEA, *Intervención psicosocial*, pp. 293 ss.

⁸ La vulnerabilidad subjetiva, según PÉREZ MACHÍO, refleja los supuestos de inferioridad e indefensión victimal en los que se encuentran los menores, sustentados sobre la base de las características biológicas y psicológicas que concurren en los mismos. PÉREZ MACHÍO, «La protección penal del/de la menor víctima de delitos. Hacia un derecho penal basado en el paradigma de la victimología evolutiva y de la vulnerabilidad del/la menor de edad», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n° 25/2021, p. 266.

⁹ La expansión de la sobreprotección del menor en el ámbito del Derecho procesal penal se observa, por ejemplo, en las Leyes Orgánicas 8/2006, de 4 de diciembre, y 14/99, de 14 de julio; y en el ámbito del Derecho penal sustantivo, en las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo. Pero es, sobre todo, la LO 8/2021 la que más novedades ha incorporado a los mencionados cuerpos normativos en este ámbito.

¹⁰ En particular, el *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, aprobado en noviembre de 2020.

¹¹ El primer Juzgado especializado en Violencia contra la Infancia y la Adolescencia en España ha entrado en funcionamiento en el Juzgado de instrucción n° 3 de Las Palmas en septiembre de 2021. Véase al respecto la noticia publicada por el Consejo General de la Abogacía Española, disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/objetivo-cero-ninos-en-los-juzgados/>

¹² Recuérdese que el artículo 315 del Código Civil establece que «la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento». Asimismo, a nivel internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 1 dice que «se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años».

Sin embargo, los trabajos publicados, sobre todo, en el campo de la Psicología evolutiva demuestran que no todos ellos son igualmente vulnerables al delito ni a las consecuencias negativas que derivan del mismo y del contacto con el sistema de justicia penal. Como se expondrá más adelante, obviamente, los menores son más débiles cuanto menor edad tienen. Por ende, los menores de edad merecerían distinta tutela penal según su grado de madurez física y psicológica. Este distinto tratamiento podría ser el justificante de que la LO 8/2021 distinga entre «niños y niñas» y «adolescentes». Esta, a su vez, podría ser la razón por la que, dependiendo de la tipología delictiva de que sea víctima el menor o de su intervención en el proceso penal, solo se le tutele de un modo reforzado si no ha alcanzado los 14, 16 o 18 años. Por último, también este podría ser el motivo por el que en ocasiones se presume la fragilidad del menor y en otras, en cambio, debe acreditarse. Pero la doctrina ha tildado de arbitraria e incongruente esta divergencia normativa etaria¹³.

A continuación, se examinan las disposiciones vigentes y proyectadas del Derecho penal sustantivo y procesal con contenido específico para la protección reforzada de las víctimas menores de edad. De este modo, se podrá confirmar si los criterios político-criminales escogidos para fijar la edad por debajo de la que se presume su debilidad en cada caso se justifican con base en la evidencia científica o son, como sostiene la doctrina, decisiones injustificadas del legislador penal. Para ello, de forma previa, se exponen algunas de las conclusiones alcanzadas por la investigación en el ámbito de la Victimología evolutiva en relación con la graduación de la vulnerabilidad del menor en función de su edad cronológica.

2. La graduación de la vulnerabilidad del menor en el ámbito de la Victimología evolutiva

El legislador penal ha optado por la edad cronológica (no por la edad biológica) para regular la tutela de los menores, por lo que protege de un modo reforzado a todo menor de edad, o de determinada edad, sea cual sea su madurez, así como su desarrollo físico e intelectual¹⁴.

¹³ GONZÁLEZ RUS, «El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias», en MORILLAS CUERVA (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 128. Se adhieren a esta crítica BLANCO CORDERO, «Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el CP», en PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO, *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Madrid, 2020, p. 512; GARCÍA ÁLVAREZ, «El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley orgánica de 20 de septiembre de 2013», *Revista General de Derecho penal*, nº 20/2013, p. 5; y CORTÉS BECHIARELLI, «El menor como víctima del delito tras la última reforma del CP (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)», en ARMENTA DEU/ROMÍ VALL-LLOVERA (Coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010, p. 25.

¹⁴ La edad cronológica se define como la edad determinada por la diferencia entre un día indicado y el día del nacimiento de un individuo, que al presentarse en forma de fracción centesimal podría evitar errores metodológicos, sobre todo cuando se utiliza en investigaciones científicas. Por su parte, la edad biológica sería la edad de un individuo definida por los procesos de maduración y por influencias exógenas, siendo posible encontrar diferentes edades biológicas entre individuos de la misma edad cronológica. La variabilidad entre los jóvenes de una misma edad cronológica muestra diferencias en estatura, peso, fuerza, velocidad y resistencia. Sobre las distintas edades, véase GÓMEZ-CAMPOS/DE ARRUDA/HOBOLD/ABELLA/CAMARGO/MARTÍNEZ SALAZAR/COSSIO-BOLAÑOS «Valoración de la maduración biológica: usos y aplicaciones en el ámbito escolar», *Revista Andaluza de Medicina del Deporte*, vol. 6, nº 4/2013, p. 152.

Parece obvio que no se pueden hacer generalizaciones sobre el grado de competencia de un menor en atención, exclusivamente, a su edad cronológica. No todos los niños de, por ejemplo, diez años cuentan con la misma madurez desde todo punto de vista. No obstante, como sostienen PÉREZ MACHÍO y DE LA CUESTA ARZAMENDI, la elección de la edad cronológica por debajo de la cual el menor merece la sobreprotección es adecuada porque otorga seguridad jurídica y facilita enormemente la labor de los jueces y tribunales¹⁵. De lo contrario, deberían llevarse a cabo en cada proceso penal en el que existiesen víctimas menores de edad numerosos análisis óseos, hormonales, psicológicos, etc., para determinar su grado de desarrollo. Siendo ello así, consideramos que la edad cronológica, aun con sus limitaciones, es la edad sobre la que debe articularse el amparo jurídico-penal del menor. Además, la investigación empírica ha graduado la propensión victimal, así como la victimización primaria y también la victimización secundaria, en atención a la edad cronológica del menor de edad, de manera que la política criminal cuenta con valiosos argumentos científicos para la toma de decisiones en este ámbito.

Se analizan, pues, seguidamente, los resultados de la investigación desarrollada en el ámbito de la Victimología evolutiva que ha graduado la vulnerabilidad del menor.

2.1. Vulnerabilidad victimal

De forma previa al análisis de algunos de los trabajos publicados acerca de la vulnerabilidad victimal de los menores de edad, conviene aclarar dicha expresión.

Se pueden atribuir, al menos, dos significados distintos a la expresión «vulnerabilidad victimal»: el de mayor indefensión o debilidad frente a la agresión y el de mayor riesgo o probabilidad de sufrirla. Así pues, se puede hacer alusión a la «víctima vulnerable» en este contexto tanto para aludir a la que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y, consecuentemente, no dispone de mecanismos de defensa suficientes para hacer frente a la agresión, como para referirse a la persona con una mayor propensión victimal; es decir, con una mayor probabilidad de sufrir un delito. Ambas categorías de víctimas, aunque en muchas ocasiones coincidan, no son siempre equivalentes. Piénsese, por ejemplo, en los menores víctimas de trata con fines de explotación sexual. En este caso, quienes tienen un mayor riesgo o una mayor probabilidad de sufrir el delito son las menores adolescentes por la finalidad de explotación perseguida a través de este fenómeno. Pero estas víctimas no son las más indefensas de entre todo el colectivo de menores, sino que lo son, evidentemente, dada su mayor debilidad física y su menor madurez, los menores de más corta edad¹⁶.

¹⁵ PÉREZ MACHÍO/DE LA CUESTA ARZAMENDI, PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dirs.) en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, 2020, pp. 60 ss., entienden que el principio de legalidad, de seguridad jurídica y de taxatividad obligan a objetivar una serie de criterios que, en su mayoría, solo pueden garantizarse sobre la base de la existencia del dato cronológico de la edad.

¹⁶ En este ámbito, suele distinguirse entre «víctimas vulnerables» y «víctimas de riesgo». Mientras que por «víctima de riesgo» se entiende la persona que tiene una mayor probabilidad de sufrir un delito violento; por «víctima vulnerable» aquella que cuando ha sufrido la agresión, queda más afectada psicológicamente por lo ocurrido en función de la precariedad emocional existente. Es decir, las víctimas de riesgo tienen una cierta predisposición a convertirse en víctimas de un delito porque constituyen una presa fácil para el agresor; las víctimas vulnerables, a su vez, tienen una mayor probabilidad de sufrir un intenso impacto emocional tras haber sufrido un delito violento (sean o no víctimas de riesgo). Al respecto, ECHEBURÚA ODRIÓZOLA/GUERRICAECHVARRÍA, «Especial consideración de algunos ámbitos de victimización», en BACA/ECHEBURÚA/TAMARIT, *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 151.

Hecha esta distinción, en este trabajo, al aludir a la vulnerabilidad victimal nos estamos refiriendo a la mayor indefensión de la víctima frente al delito (y no a la mayor propensión victimal), puesto que este es, como se verá más adelante, el principal fundamento de la sobreprotección que dispensa el CP al menor de edad¹⁷. Así pues, en adelante, vamos a diferenciar los estudios acerca de la graduación de la vulnerabilidad en función de la edad cronológica de los menores en atención a su indefensión mental y psicológica de aquellos referidos a su indefensión física.

Por un lado, existen estudios que analizan, en particular, la capacidad del menor para otorgar consentimiento válido a través de los que se puede inferir su madurez psicológica. Los resultados de estas investigaciones deben ser examinadas toda vez que, perfectamente, podrían servir de base para configurar la adecuada tutela penal de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, entre otros, pues requiere de su consentimiento.

Por lo que se refiere a la edad para consentir, existen investigaciones en las que, aunque se aborde específicamente la capacidad del menor para consentir en temas relacionados con la salud, se estima que «por debajo de los 12 años puede establecerse, como norma general orientativa, que el menor no es capaz para tomar decisiones sanitarias complejas, y que por encima de los 14 años la presunción debe ser la contraria. Entre los 12 y los 14 años la situación es indeterminada»¹⁸. Y, en la misma dirección, se afirma que «parece existir un cierto consenso respecto a que la mayor parte de los adolescentes alcanzan su madurez moral entre los 13 y los 15 años de edad, y casi con seguridad entre los 16 y los 18 años»¹⁹. Por tanto, se podría concluir que por debajo de los 12 años de edad se cuestiona la plena capacidad del menor para decidir sobre cuestiones que afecten a su salud y que a partir de los 16 años la limitación en su capacidad debe ser considerada de

¹⁷ En esta línea van, además, otras normas de reciente aprobación. Así, por ejemplo, *Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica* establece que tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, «aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en igualdad de condiciones» (art. 1).

¹⁸ SIMÓN LORDA, «El consentimiento: alianza y contrato, deliberación y decisión», en COUCERIRO (Dir.), *Ética en cuidados paliativos*, Triascatela; 2004, pp. 91-104. RUIZ, en esta misma dirección, diferencia tres etapas en el menor de edad, deja claro que a partir de los 16 años se cierra la minoría de edad y que por debajo de los 12 años «los menores no parecen tener un sistema de valores propio que les permita valorar lo que consideran bueno para ellos en un momento determinado». RUIZ JIMÉNEZ, «La situación del menor en el ámbito sanitario», *Revista de Pediatría y Atención Primaria*, 2011, pp. 15-37. Otros autores, como BURKE/COLS, sin embargo, defienden la capacidad de los menores de 12 años para comprender conceptos complejos, como los riesgos y beneficios de participar en una investigación biomédica, lo que apoyaría la última modificación normativa en lo que respecta al «derecho a ser oído». Véase al respecto, BURKE/ABRAMOVITCH/ZLOTKIN, «Children's understanding of the risks and benefits associated with research». *J Med Ethics* 2005, pp. 715-720, ya que no fija ninguna edad concreta para reconocer esta posibilidad, a diferencia del articulado previo, que fijaba los 12 años de edad. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ/GARCÍA CALVO/PÉREZ CÁRCELES/OSUNA, «El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario», *DS: Derecho y salud*, Vol. 26, N°. Extra 1, 2016 (Ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), pp. 229-236).

¹⁹ OGANDO/GARCÍA, «Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro», *Pediatría Integral* 2007; XI, pp. 877-883.

forma restrictiva²⁰. De igual modo, la investigación forense ha examinado la madurez sexual de los menores y ha confirmado que, aproximadamente, a los 13 años, ya se ha adquirido²¹.

En consecuencia, de las investigaciones a las que nos acabamos de referir se infiere que la presunción de vulnerabilidad entendida como indefensión mental o como falta de madurez psicológica debería situarse por debajo de los 12-14 años. De hecho, si consideramos la jurisprudencia en este contexto podemos observar cómo en la práctica, cuando la agravación no es obligatoria, no se aprecia por la vulnerabilidad de adolescentes. En particular, de todas las sentencias en las que se ha apreciado la especial vulnerabilidad de la víctima para agravar las agresiones o los abusos sexuales desde 2015 a 2020 (art. 180.1.3º) en ninguna se ha aplicado por tener la víctima entre 16 y 18 años, lo que muestra que tampoco la jurisprudencia ha apreciado debilidad en los menores de estas edades²².

²⁰ En coherencia con estos estudios, y quizás incluso basándose en ellos, tradicionalmente, la edad del menor para otorgar su consentimiento se había situado en los 12 años. Esto es lo que ocurría antes de aprobarse la modificación introducida por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. En ese momento se reconocía algo que para los menores de 12 años era una recomendación y a partir de los 12 años era una obligación: el derecho del menor a expresar su opinión, y que ésta fuera escuchada y tenida en cuenta ante cualquier procedimiento que afectase a su salud. Sin embargo, a partir de la mencionada reforma de 2015 se eliminó dicha referencia etaria, generalizando la obligación por parte del médico de escuchar la opinión del menor en las cuestiones que afecten a su salud. Al respecto, véase. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ/GARCÍA CALVO/PÉREZ CÁRCELES/OSUNA, *DS: Derecho y salud*, Vol. 26, Nº. Extra 1, 2016, pp. 229 ss.

²¹ DÍAZ PITA, «La declaración del menor víctima de abusos y agresiones sexuales en el proceso penal a la luz de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal», en ARMENTA DEU/ORMÍ VALL-LLOVERA (Coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010, p. 153. Pues bien, también de un modo consistente con este tipo de referencias, hasta la reforma del CP aprobada en 1999 se protegía de un modo específico a los menores de 12 años y después de esta hasta la reforma del CP operada en el año 2015 se protegía de un modo específico a los menores de 13 años en relación con los delitos sexuales. Es más, todavía en Portugal, Italia o Alemania la edad que permite el consentimiento sexual es la de los 14 años. Pero, ahora en España, paradójicamente, esa edad ha quedado fijada en los 16 años. Al respecto, véase DE LA MATA BARRANCO, «Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21-20, 2019, p. 44.

²² SAP Zaragoza, Sección Sexta, 23/11/2020, (ECLI: ES: APZ:2020: 2027); STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 17/11/2020, (ECLI: ES: TSJM: 2020: 13731); SAP Madrid, Sección Quince, 29/06/2020, (ECLI: ES: APM: 2020: 7614); STSJ La Rioja, Sala de lo Civil y Penal, 17/11/2020, (ECLI: ES: TSLR: 2020: 491); SAP Logroño, Sección Primera, 13/07/2020, (ECLI:ES: APLO 2020: 453); SAP Cuenca, Sección Primera, 02/11/2020, (ECLI: ES: APCU: 2020: 478); SAP Madrid, Sección Sexta, 26/10/2020, (ECLI: ES: APM: 2020: 12008); SAP Cáceres, Sección Segunda, 24/10/2020, (ECLI: ES: APCC: 2020:945); SAP A Coruña, Sección Sexta, 28/09/2020, (ECLI: ES: APC: 2020: 1787); STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, 15/12/2020, (ECLI: ES: TSJCV: 2020: 8256); SAP Valencia, Sección Segunda, (ECLI: ES: APV: 2020: 2104); STSJ Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, 09/06/2020, (ECLI: ES: TSJEXT: 2020: 430); SAP Cáceres, Sección Segunda, 23/01/2020, (ECLI: ES: APCC: 2020: 27); STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 05/05/2020, (ECLI: ES: TSJM: 2020: 4185); SAP Madrid, Sección Quince, 20/01/2020, (ECLI: ES: APM: 2020: 1229); STSJ Asturias, Sala de lo Civil y Penal, 12/03/2020, (ECLI: ES: TSJAS: 2020: 513); SAP Oviedo, Sección Tercera, 08/11/2019, (ECLI: ES: APO: 2019: 2021); STS 610/2019, Penal, de 11 de diciembre, (ECLI: ES: TS: 2019: 3972); STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, 07/05/2019, (ECLI: ES: TSJCV: 2019: 6130); SAP Valencia, Sección Segunda, 10/07/2018, (ECLI: ES: APV: 2018: 2005A); SAP Pontevedra, Sección Cuarta, 22/07/2019, (ECLI: ES: APPO: 2019: 1790); SAP Granada, Sección Segunda, 19/07/2019, (ECLI: ES: APGR: 2019: 963); SAP Palma de Mallorca, Sección Primera, 10/07/2019, (ECLI: ES: APIB: 2019: 1536); SAP Barcelona, Sección Vigésima, 23/04/2019, (ECLI: ES: APB: 2019: 8110); SAP Madrid, Sección Séptima, 11/02/2019, (ECLI: ES: APM: 2019: 11472); SAP Valencia, Sección Décimo Séptima, 18/12/2018, (ECLI: ES: APV: 2018: 5737); SAP Vizcaya, Sección Segunda, 17/12/2018, (ECLI: ES: APBI: 2018: 2236); SAP Alicante, Sección Décima, 20/02/2018, (ECLI: ES: APA: 2018: 72A); SAP Gran Canaria, Sección Segunda, 15/02/2018, (ECLI: ES: APGC: 2018: 2); SAP Cáceres, Sección Segunda, 14/02/2018, (ECLI: ES: APCC: 2018: 146); STS, 823/2017, Penal, de 14 de diciembre, (ECLI: ES: TS: 2017: 4491); SAP Oviedo, Sección Octava, 01/03/2017, (ECLI: ES: APO: 2017: 126); SAP Barcelona, Sección Séptima, 30/11/2017, (ECLI: ES: APB: 2017: 14778); STS 478/2017, Penal, de 27 de junio, (ECLI: ES: TS: 2017:2578); SAP Barcelona, Sección Décima, 07/06/2016, (ECLI: ES: APB: 2016: 14204); SAP Madrid, Sección

Como avanzábamos, los resultados de la investigación en Victimología evolutiva podrían (y deberían, a nuestro juicio) servir de orientación para fijar los límites etarios en la sobreprotección frente a ciertos ilícitos. Las investigaciones acabadas de señalar, empero, podrían no resultar útiles para determinar, por ejemplo, qué grupos de edad entre el colectivo de menores son más vulnerables en los delitos contra la vida o en los delitos de lesiones porque en estos casos la vulnerabilidad del menor no depende de su madurez psicológica o de su capacidad para consentir, sino, en principio, de su mayor o menor debilidad física.

En cuanto a la indefensión física de los menores, como sostienen MORILLAS FERNÁNDEZ et al., el recién nacido no cuenta con medios propios de protección, por lo que el victimario puede realizar libremente todos los actos violentos que desee; por contra, conforme crece el menor genera más instrumentos de defensa frente a las agresiones del victimario. En definitiva, la minoridad genera una serie de mecanismos de defensa-ataque, desarrollados con el paso del tiempo e inexistentes al principio, que limitan el poder ejercido por el sujeto activo²³. Como muestra el estudio de PEREDA BELTRÁN *et al.*, la prevalencia de la victimización es mucho más acusada en la infancia (hasta los 11 años), pero desciende intensamente a partir de la adolescencia media (14 años)²⁴.

Esta conclusión se corresponde, además, con los estudios acerca del maltrato infantil. Confirman que la edad de la víctima no suele superar los 6 o 7 años²⁵. De hecho, en la mayoría se estima que los menores víctimas de maltrato no suelen superar los 3 años de edad²⁶.

Es más, para comprobar si estos resultados de la investigación se corresponden con la actual realidad criminológica española, hemos llevado a cabo una búsqueda de todas las sentencias

Décimo Quinta, 12/05/2017, (ECLI: ES: APM: 2017: 7499); SAP Valencia, Sección Tercera, 17/02/2017, (ECLI: ES: APV: 2017: 281); SAP Bilbao, Sección Primera, 20/12/2016, (ECLI: ES: APBI: 2016: 2508); SAP Cáceres, Sección Segunda, 15/12/2016, (ECLI: ES: APCC: 2016: 854); SAP Bilbao, Sección Primera, 18/11/2016, (ECLI: ES: APBI: 2016: 2499); SAP Castellón de la Plana, Sección Primera, 02/06/2016, (ECLI: ES: APCS: 2016: 1152); SAP Castellón de la Plana, Sección Primera, 12/05/2016, (ECLI: ES: APCS: 2016: 343); SAP Pontevedra, Sección Quinta, 20/04/2016, (ECLI: ES: APB: 2016: 1413); SAP Barcelona, Sección Vigésima, 04/11/2016, (ECLI: ES: APB: 2016: 13653). Un estudio jurisprudencial acerca de las circunstancias agravantes basadas en la especial vulnerabilidad de la víctima que se contempla en diversos preceptos del Código penal en MOYA GUILLEM, «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal Española», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n° 24, 2020, pp. 13-58.

²³ MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2014, p. 534.

²⁴ PEREDA BELTRÁN/ABAD GIL/GUILERA FERRÉ, «Victimología del desarrollo. Incidencia y repercusiones de la victimización y la polivictimización en jóvenes catalanes», 2012, disponible en: http://www.ub.edu/grevia/assets/victimologia_desenvolupament_cast.pdf

²⁵ HERRERA MORENO, «El niño ante la agresión doméstica: malos tratos y abuso sexual», *Cuadernos de Política Criminal*, n° 54, 1994, pp. 1113-1141.

²⁶ Así, para RABOUILLE, el 70% de los menores víctimas de maltrato son menores de 3 años; STRAUSS habla que el 50% son menores de 1 año; mientras que MCHENRY argumenta que el 30% son menores de 6 meses. Por su parte, en lo referente a España, MARTÍNEZ ROIG establece la edad media del maltrato en los 3 años. Véase, GISBERT CALABUIG, *Medicina legal y toxicología*, Elsevier, Barcelona, 1991, p. 35. CASTELLANO ARROYO refleja, en un estudio llevado a cabo en el Hospital clínico Universitario de Zaragoza, que se han dado 17 casos de maltrato a niños de los cuales seis eran menores de 4 años, predominando el maltrato sexual cometido sobre ellos (CASTELLANO ARROYO, «Problemas médico-legales del niño abandonado», en el *Libro de Actas del I Congreso sobre el niño abandonado*, Zaragoza, 1984). Y TORRES SÁNCHEZ destaca la frecuencia del maltrato durante la lactancia y la primera infancia (hasta los 3 años). Al respecto, véase TORRES SÁNCHEZ, «Ámbito y competencia del médico forense. La víctima desde el punto de vista médico forense. El informe médico forense», en RUBIO LARA (Dir.), *Victimología Forense y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 254.

dictadas en España desde 2015 hasta 2020 en aplicación de los artículos 138.2. y 140.1.1º CP²⁷. Hemos escogido estos preceptos para evitar la elevada cifra negra que debe presuponerse respecto del resto de delitos específicos para víctimas menores de edad²⁸, si bien en este caso el problema es que suele apreciarse alevosía cuando se lleva a cabo la muerte de un menor y se sanciona, consecuentemente, por asesinato, desechando la aplicación del subtipo agravado. Sea como fuere, los datos que hemos obtenido se corresponden con los que arroja la investigación empírica y se confirmarían de un modo más contundente si no se apreciase la alevosía en delitos sobre las víctimas de más corta edad. Así, de las 13 víctimas menores que constan en las 12 sentencias condenatorias localizadas en las que se aplica el subtipo cualificado, 8 tenían 4 años o menos, lo que supone un 61,5% sobre el total²⁹.

Así pues, se puede concluir que tanto la vulnerabilidad física como psíquica del menor de edad es extrema cuando tiene menos de 4 años y que, aunque con el paso del tiempo va disminuyendo, se sigue presumiendo hasta el final de la infancia, que se podría situar aproximadamente entre los 12 y los 14 años de edad. Es en ese momento cuando empezaría la adolescencia y se adquirirían mayores mecanismos de defensa.

2.2. Victimización primaria

Las secuelas que genera el delito en el menor de edad dependen de las características del delito (duración, tipo, severidad), de la figura del agresor (grado de parentesco), de la etapa evolutiva del niño (edad) y de la reacción y comportamiento de las personas de su alrededor (apoyo social)³⁰. Asimismo, hay autores que, además de los criterios ya mencionados, exigen la necesidad de tomar en consideración la resiliencia, la vulnerabilidad y el sexo de la víctima³¹. Y es que, efectivamente, cuanto mayor es el nivel de contacto físico, la frecuencia y duración de la

²⁷ En ambos preceptos se agrava la pena correspondiente a los delitos de homicidio y asesinato por la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad y, en todo caso, cuando tenga menos de 16 años.

²⁸ Se estima que únicamente se denuncian el 15% de los delitos cometidos contra menores de edad (VICENTE GIMÉNEZ/NAVALÓN VILA, «La protección de la infancia y los derechos de los niños y las niñas», 2014, disponible en: <https://www.libreriaproteo.com/libro/ver/1513560-la-proteccion-de-la-infancia-y-los-derechos-de-los-ninos-y-de-las-ninas.html>).

²⁹ STS 700/2018, Penal, de 9 de enero (ECLI: ES: TS: 2019: 24); STS 697/2018, Penal, de 8 de enero (ECLI: ES: TS: 2019: 1); SAP Valencia, Sección Primera, 21/10/2019, (ECLI: ES: APV: 2019: 3678); SAP Madrid, Sección Décimo Sexta, 30/10/2019, (ECLI: ES: APM: 2019: 15169); SAP Córdoba, Sección Tercera, 18/05/2017, (ECLI: ES: APCO: 2017: 1459); SAP Guadalajara, Sección Primera, 15/11/2018, (ECLI: ES: APGU: 2018: 446) (confirmada por las STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, 13/06/2019, (ECLI: ES: TSJCLM: 2019: 1558); y ATS 814/2020, Penal, de 19 de noviembre, (ECLI: ES: TS: 2020: 11006A); SAP Álava, Sección Segunda, 25/09/2018, (ECLI: ES: APAL: 2018: 283A) (confirmadas por las STSJ País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, 19/12/2018 (ECLI: ES: TSJPV: 2018: 2735); y STS 367/2019, Penal, de 18 de julio, (ECLI: ES: TS: 2019: 2337); SAP Cádiz, Sección Octava, 25/11/2019, (ECLI: ES: APCA: 2019:1154A); AAP Huesca, Sección Primera, 06/10/2020, (ECLI: ES: APHU: 2020: 42A); SAP Alicante, Sección Primera, 28/09/2020 (ECLI: ES: APA: 2020: 2599); SAP Bilbao, Sección Primera, 23/12/2019, (ECLI: ES: APBI: 2019:3594) (confirmadas por las STSJ País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, 18/05/2020 (ECLI: ES:TSJPV: 2020:342); y STS 678/2020, Penal, de 11 de diciembre, (ECLI: ES: TS: 2020: 4188).

³⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, p. 566 ss.

³¹ GONZÁLEZ/MUÑOZ/SOTUCA/MANZANERO, en su trabajo «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», *Papeles del psicólogo*, 2013, Vol. 34 (3), p. 230.

actividad lesiva y más cercano el agresor, mayores serán los efectos psicológicos que padezca el menor víctima del delito³².

Con todo, como indica el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General número 13, a la que alude la propia LO 8/2021, «las graves repercusiones de la violencia y los malos tratos sufridos por los niños, niñas y adolescentes son sobradamente conocidas. Esos actos, entre otras muchas consecuencias, pueden causar lesiones que pueden provocar discapacidad; problemas de salud física, como el retraso en el desarrollo físico y la aparición posterior de enfermedades; dificultades de aprendizaje incluidos problemas de rendimiento en la escuela y en el trabajo; consecuencias psicológicas y emocionales como trastornos afectivos, trauma, ansiedad, inseguridad y destrucción de la autoestima; problemas de salud mental como ansiedad y trastornos depresivos o intentos de suicidio, y comportamientos perjudiciales para la salud como el abuso de sustancias adictivas o la iniciación precoz en la actividad sexual».

Se trata de la denominada victimización primaria, que refleja los efectos directos de carácter físico, económico, psicológico y/o sociológico que se producen en la víctima como consecuencia del hecho delictivo. Se erige, en definitiva, en la victimización inicial que sufre la víctima del delito a consecuencia de la propia agresión, que implica padecimientos psicológicos, además del daño material o físico³³.

En este contexto, los estudios, que suelen limitarse a examinar las consecuencias del delito de carácter psicológico, distinguen tres etapas en las que las secuelas son distintas: la edad preescolar, la escolar y la adolescencia³⁴.

En la edad preescolar (que se extiende desde el nacimiento hasta los 5-6 años), los niños requieren de mayores cuidados y atenciones. En esta fase los menores que sufren una agresión pueden llegar a presentar cuadros de ansiedad y agresividad en las relaciones interpersonales, incluso con otros niños. Se dan conductas de apego ansioso con aumento de las demandas a los progenitores, pesadillas, desorden de estrés postraumático, regresión en los comportamientos (enuresis), pérdida de interés en el juego, estado anímico de tristeza manifestado en forma de comportamientos oposicionistas, rabietas, etc.³⁵.

Respecto a la segunda etapa, en la que se ubica a los menores de entre 6 y 12 años, aproximadamente, se caracteriza porque los menores pueden llegar a tener un mayor control de

³² En este sentido, SUBIJANA ZUNZÚINEGUI/ECHEBURÚA ODRIOSOLA, «Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados», *Anuario de Psicología Jurídica*, 2018, p. 22.

³³ Suele hacerse referencia a la producción de ansiedad, miedo, angustia, incluso culpabilidad, que influyen en el ámbito de la víctima y sus relaciones personales y profesionales. Véase, al respecto, SEMPERE FAUS, «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 13, 2020, p. 880.

³⁴ LÓPEZ HERRERO/AGUILAR REDORTA., et al, «Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para valorar el interés del menor», *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 24, 2005, pp. 117-150.

³⁵ GARCÍA JIMÉNEZ/BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ/MORALES GARCÍA, «Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio», *Eúphoros*, 2002, pp. 37-60; LÓPEZ, *Violencia de género e infancia: hacia una visibilización de los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género*, 2014 (tesis doctoral, disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/41712>); CUNNINGHAM/BAKER., «Little eyes, little ears: how violence against a mother shapes children as they grow», *Center from Children & families in the Justice System*, Londres, 2007, pp. 32 ss; y RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, «Impacto de la conducta violenta sobre los menores», en GARCÍA MEDINA (Dir.), *Violencia y psicología comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales*, Comares, Granada, 2011, p. 35.

sus emociones y redes sociales más amplias que los más pequeños. Sin embargo, tras sufrir un delito, también pueden presentar ansiedad, depresión, conducta agresiva, desórdenes del comportamiento, miedos, neurosis, baja autoestima, y puede llegar a experimentar trastorno por déficit de atención (TDAH) o la sintomatología característica del mismo, afectación general de la capacidad de concentración, identificación con el victimario e incluso sentimientos de autocupabilización³⁶.

Por último, en la etapa adolescente, la mayor capacidad de pensamiento abstracto hace que los menores se den cuenta con mayor facilidad de lo ocurrido. Las principales secuelas en estas etapas suelen ser los conflictos con los iguales y con los progenitores, la adicción a sustancias y estupefacientes, el aumento de la implicación en actividades de alto riesgo, el incremento de la actividad sexual prematura, el autorreproche y la estigmatización por lo experimentado³⁷.

Consecuentemente, se alcanza la conclusión de que la victimización primaria se agudiza especialmente en menores de una edad inferior a los 12 años y, sobre todo, en los menores de más corta edad (menores de 6 años).

2.3. Victimización secundaria

Por victimización secundaria se entiende aquel fenómeno caracterizado por el paso de las víctimas de delitos por situaciones dolorosas derivadas de la exposición a situaciones de incomprensión e indiferencia hacia sus especiales necesidades que se dan en el sistema de justicia penal³⁸. Paradójicamente, el inicio de un proceso diseñado para proteger los intereses victimales trae como consecuencia efectos indeseables para la víctima de naturaleza psíquica, social, económica, etc.³⁹.

Considerando lo anterior, es imprescindible tener en consideración la vulnerabilidad a la victimización secundaria de los menores de edad. Esta posición de especial vulnerabilidad se agudiza cuando el menor es, a su vez, víctima de un delito especialmente estigmatizador como lo son los de naturaleza sexual o cuando su agresor se encuentra en el propio entorno familiar⁴⁰. A todo ello debe sumarse el estrés derivado de revivir la experiencia traumática con posterioridad, en el propio marco del proceso penal, cuando el menor se ve expuesto a un número

³⁶ GARCÍA JIMÉNEZ/BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ/MORALES GARCÍA, *Eúphoros*, 2002, pp. 37 ss. CUNNINGHAM/BAKER, *Center from Children & families in the Justice System*, 2007, pp. 32 ss. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ/, GARCÍA MEDINA (Dir.), *Violencia y psicología comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales*, pp. 35 ss.

³⁷ CARAVACA LLAMAS/SÁEZ DATO, «Las otras víctimas: consecuencias y reconocimiento legal de los menores de edad víctimas de la violencia de género ejercida en el hogar», *Boletín criminológico*, nº 191, 2020, pp. 1-21; y CUNNINGHAM/BAKER, *Center from Children & families in the Justice System*, 2007, pp. 32 ss. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ/, GARCÍA MEDINA (Dir.), *Violencia y psicología comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales*, pp. 35 ss.

³⁸ En el marco europeo, la *Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal* establece que evitar la victimización secundaria de los menores de edad sólo es posible cuando quienes interactúen con ellos sean personas que tengan una adecuada formación y los servicios especializados de apoyo a las víctimas ocupen un lugar en primera línea y no se recurra a ellos con carácter supletorio.

³⁹ MARTÍN RÍOS, *Víctima y justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 437 ss.

⁴⁰ MARTÍN RÍOS, *Víctima y justicia penal*, pp. 437 ss.

indeterminado de evaluaciones-entrevistas que contribuyen a reexperimentar de forma continuada las emociones negativas derivadas de la agresión sufrida⁴¹.

A pesar de esta realidad, en opinión de GALÁN RODRÍGUEZ, no se puede dispensar el mismo trato a un menor que se encuentra dentro del período de niñez que a uno que está en la etapa de la adolescencia pues ambos tienen diferentes capacidades cognitivas, por lo que en el caso del niño prevalecerá el deber de cuidarle mientras que en el caso del adolescente será necesario encontrar el equilibrio entre el cuidado y la obligación de respetar su capacidad de decisión y autonomía⁴². Dicho en otras palabras, la tutela que merece el menor en el proceso penal difiere dependiendo de la etapa en la que se encuentre.

Al respecto, resulta sumamente interesante la Circular de la FGE 3/2009, sobre protección de los menores víctimas y testigos, que establece que, «como parámetros meramente orientativos, de acuerdo con las aportaciones de la psicología del testimonio, podríamos distinguir entre una edad límite para el testimonio infantil, situada en torno a los tres años de edad, fase en que concurre una muy reducida capacidad cognitiva-léxica y la pericial psicológica y la testifical de referencia adquieren un protagonismo indiscutible. Los niños entre los 2/3 y 6/7 años presentan claras limitaciones como testigos, siendo necesario restringir drásticamente la extensión de las actuaciones procesales sobre ellos. Los niños entre 6/7 y 10/11 años tienen más 11 desarrollados sus aspectos cognitivos. Finalmente, los adolescentes hasta los 16 años tienen una capacidad verbal y un desarrollo cognitivo que hace que su testimonio no presente diferencias sustanciales con el del adulto, pero pueden presentar alteraciones derivadas tanto de la victimización como de las características del momento evolutivo de su personalidad (rebeldía, desconfianza en las figuras de autoridad, confusión de la autoimagen, desarrollo sexual, etc.)»⁴³.

Siendo ello así, podemos concluir que, aunque no existe una opinión unánime en la doctrina a la hora de determinar un prototipo de menor víctima especialmente vulnerable⁴⁴, parece acreditado que conforme avanza la edad del menor, disminuye su indefensión. Así, por lo general, se distinguen en todas las investigaciones en el ámbito de la Victimología evolutiva relacionadas tanto con la victimización primaria como con la secundaria tres grandes franjas de edad: en la primera se ubicaría a los menores desde el nacimiento hasta los 6 o 7 años; en la segunda, a aquellos que tienen hasta 12 o 13 años; y a partir de los 14 años la vulnerabilidad tanto de victimización primaria como secundaria desciende drásticamente⁴⁵.

Sentado lo anterior, cabría esperar que la legislación penal hubiese tomado estos resultados en consideración para fijar el límite por debajo del cual se debe presumir la vulnerabilidad del menor

⁴¹ Para SUBIJANA ZUNZÚINEGUI y ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, la victimización secundaria se agudiza en aquellas situaciones en las que el menor sufre una sensación de descrédito constante al tener que reproducir continuamente su testimonio, hecho que afecta a su autoestima y que, asimismo, puede ocasionar sentimiento de culpa (SUBIJANA ZUNZÚINEGUI/ECHEBURÚA ODRIÓZOLA., *Anuario de Psicología Jurídica*, 2018, p. 23).

⁴² GALÁN RODRÍGUEZ, «La perspectiva psicológica de la víctima menor de edad», en ARMENTA DEU/OROMÍ VALLS-LLOVERA (Dir.), *La víctima menor de edad: Un estudio comparado Europa-América*, Colex, La Coruña, 2010, p.54.

⁴³ Esta circular afirma lo siguiente «aun asumiendo que el mero hecho de la minoría de edad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección puede graduarse, atendiendo a la edad del menor».

⁴⁴ Un amplio análisis de todos los datos que siguen en MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2014, pp. 514-588.

⁴⁵ GALÁN RODRÍGUEZ, ARMENTA DEU/OROMÍ VALLS-LLOVERA (Dir.), en *La víctima menor de edad: Un estudio comparado Europa-América*, pp. 54 ss.

de edad. Pero, como se verá a continuación, por el contrario, cada vez se ha ido alejando más de este criterio.

3. La sobreprotección de la víctima menor de edad en el Derecho penal

En los siguientes epígrafes abordamos por separado el tratamiento específico que reciben los menores de edad en el CP y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto que víctimas de delitos, haciendo especial referencia a los cambios que se han incorporado en este ámbito a través de las disposiciones finales primera y sexta de la LO 8/2021⁴⁶.

Adviértase, por lo tanto, que, en el ámbito del Derecho penal material, se excluyen de esta investigación aquellos preceptos del CP referidos a los menores de edad que presencian delitos, pero no son las víctimas directas de los mismos (por ejemplo, el delito de maltrato animal del art. 337.2.d); también aquellos en los que se prevé la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, pero no se ve alterada la pena

⁴⁶ Mediante la Disposición Final Primera de la LO 8/2021 se han modificado diversos preceptos de la LECrim. Como se detalla en la Exposición de Motivos, «se modifican los artículos 109.bis y 110 reflejando la actual jurisprudencia que permite la personación de las mismas, una vez haya transcurrido el término para formular el escrito de acusación, siempre que se adhieran al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o por el resto de las acusaciones personadas. De esta forma, se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas del delito a la vez que se respeta el derecho de defensa de las personas investigadas. También se modifica el artículo 261 y se establece una excepción al régimen general de dispensa de la obligación de denunciar, al determinar la obligación de denunciar del cónyuge y familiares cercanos de la persona que haya cometido un hecho delictivo cuando se trate de un delito grave cometido contra una persona menor de edad adaptando nuestra legislación a las exigencias del Convenio de Lanzarote. Se regula, asimismo, de forma completa y sistemática la prueba preconstituida, fijándose los requisitos necesarios para su validez. La prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Atendiendo a su especial vulnerabilidad se establece su obligatoriedad cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. En estos supuestos la autoridad judicial, practicada la prueba preconstituida, solo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral, cuando, interesada por una de las partes, se considere necesario. Por tanto, se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de catorce años o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables».

Por su parte, en cuanto a la reforma del CP, a través de la Disposición Final Sexta se da una nueva regulación a los delitos de odio, comprendidos en los artículos 22.4, 314, 510, 511, 512 y 515.4. Para ello, la edad ha sido incorporada como una causa de discriminación, en una vertiente dual, pues no solo aplica a los niños, niñas y adolescentes, sino a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada. Se extiende el tiempo de prescripción de los delitos más graves cometidos contra las personas menores de edad, modificando el día de comienzo de cómputo del plazo: el plazo de prescripción se contará a partir de que la víctima haya cumplido los treinta años de edad. Con ello se evita la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se han probado de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección. Se elimina el perdón de la persona ofendida como causa de extinción de la responsabilidad criminal, cuando la víctima del delito sea una persona menor de dieciocho años, completando de este modo la protección de los niños, niñas y adolescentes ante delitos perseguibles a instancia de parte. Mediante la reforma de los artículos 36 y 90, se endurecen las condiciones para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria, a la libertad condicional y a los permisos penitenciarios por parte de las personas penadas por delitos que atenten contra la indemnidad y libertad sexuales de personas menores de dieciséis años. Se configura como obligatoria la imposición de la pena de privación de la patria potestad a los penados por homicidio o por asesinato en dos situaciones: cuando el autor y la víctima tuvieran en común un hijo o una hija y cuando la víctima fuera hijo o hija del autor. Por último, se modifica el tipo penal de sustracción de personas menores de edad del artículo 225 bis, permitiendo que puedan ser sujeto activo del mismo tanto el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias.

principal (por ejemplo, el delito de mutilación genital del artículo 149.2); así como aquellos en los que los menores son el instrumento para cometer el delito (por ejemplo, el delito de tráfico de drogas del 370). Igualmente, en el marco del Derecho penal procesal se excluyen aquellas referencias al menor en el proceso como infractor y aquellas otras que hacen mención al representante legal del menor en el mismo. Solo se tienen en consideración las alusiones al menor como acusación particular o testigo.

3.1. La sobreprotección de la víctima menor de edad en el Derecho penal sustantivo

Como ya se ha avanzado, la doctrina penal afirma, acertadamente, que el fundamento de la tutela reforzada a los menores de edad reside en el plus de antijuridicidad de las conductas basado en la menor posibilidad de defensa de estas víctimas, que da lugar a una situación de superioridad del sujeto activo respecto del pasivo y supone una mayor peligrosidad para el bien jurídico⁴⁷. Se refieren, en definitiva, al mayor desvalor de acción que en estas acciones delictivas genera la situación de indefensión de la víctima. Sus limitaciones para reconocer el delito y oponerse a él conforman una situación de riesgo, que, además, genera en el agresor cierta sensación de impunidad⁴⁸. El denominador común para las agravaciones por minoridad reside, en definitiva, en la especial vulnerabilidad de las víctimas: tanto por su mayor indefensión frente al sujeto activo del delito, como por su menor capacidad para valorar y entender la conducta de la que es sujeto pasivo o su menor capacidad para reaccionar frente a la misma⁴⁹.

Esta, sin embargo, no es la única postura doctrinal al respecto. Determinadas opiniones doctrinales también observan un mayor reproche de culpabilidad basado en el abuso de la situación de indefensión por parte del sujeto activo, que justificaría un tratamiento jurídico-penal especial⁵⁰. Igualmente, se encuentra la defensa de algún autor que vincula la sobreprotección penal de los menores de edad con un mayor desvalor de resultado, precisamente por los efectos negativos que derivan del delito; es decir, por la mayor victimización primaria que sufren los menores víctimas de delitos⁵¹. Y, finalmente, se alude a la infancia como bien jurídico colectivo⁵².

Se desechan, en cambio, otros posicionamientos basados en proteccionismos paternalistas o en tendencias político-criminales inspiradas en el rechazo o la alarma social que suscitan determinados delitos con víctimas menores⁵³.

⁴⁷ CORTÉS BECHIARELLI, ARMENTA DEU/ROMÍ VALL-LLOVERA (Coords.), en *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, p. 27. PÉREZ MACHÍO/DE LA CUESTA ARZAMENDI, PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dirs.) en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, 2020, p. 47.

⁴⁸ Interesantes resultan, en este ámbito, las consideraciones publicadas por la *American Academy of Pediatrics*, «Assessment of maltreatment of children with disabilities», *Pediatrics*, 108 (2), pp. 508-512.

⁴⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, *Revista General de Derecho penal*, nº 20, 2013, p. 3.

⁵⁰ Se refiere a ambas posiciones doctrinales, BLANCO CORDERO, PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dirs.), en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, p. 511.

⁵¹ ALONSO ÁLAMO, «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117, 2015, p. 19 ss.

⁵² DOLZ LAGO, «La infancia como bien jurídico colectivo protegido penalmente», *Diario La Ley*, nº 9188, 2018, pp. 1-25.

⁵³ GARCÍA MOSQUERA, «Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal», *Revista General de Derecho penal*, nº 32, 2019, p. 38.

a. *Criterios para la tutela reforzada de las víctimas menores de edad en el Código penal*

Para la sobreprotección de la víctima menor de edad el CP prevé, por un lado, figuras delictivas específicamente concebidas para protegerlos y, por otro lado, tipos penales agravados en atención a la minoridad del sujeto pasivo. Es decir, existen preceptos que recogen conductas que únicamente constituyen delito cuando se llevan a cabo sobre menores de edad (u otros colectivos vulnerables)⁵⁴ y otras que, aunque pueden recaer asimismo sobre mayores de edad, contienen agravaciones si recaen sobre menores (u otros colectivos vulnerables)⁵⁵. Incluso, como se verá a continuación, existen tipos penales autónomos previstos para tutelar específicamente a los menores de edad que contienen, a su vez, subtipos agravados para cuando la conducta se lleve a cabo sobre menores de determinada edad⁵⁶. A mayor abundamiento, el texto punitivo emplea, en este ámbito, dos fórmulas distintas: en unos casos se refiere, expresamente, al menor de edad (o al menor de determinada edad)⁵⁷ y en otros, alude a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad⁵⁸.

Sea cual sea el patrón empleado, bajo nuestro punto de vista, estos delitos se pueden clasificar en tres grandes categorías⁵⁹.

En primer lugar, se observa cómo en la mayoría de las figuras delictivas con previsiones específicas para los menores de edad como víctimas del delito se presume *iuris et de iure* su indefensión y, en consecuencia, se contemplan tipos penales específicos para su tutela o se agrava la pena respecto de la prevista en el tipo básico si el comportamiento delictivo se lleva a cabo sobre un menor, sin entrar a valorar su madurez psíquica ni su capacidad física para defenderse del ataque. En todos estos casos, su aplicación es, por ende, obligatoria.

Siguen esta primera tendencia los siguientes tipos penales autónomos: algunos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 188 y 189), contra las relaciones familiares (arts. 220-233)⁶⁰, contra los derechos de los trabajadores (art. 311 bis.a) y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 612.3º).

⁵⁴ Nos referimos a los artículos 143 bis, 156 ter, 188, 189, 220-233, 311 bis.a), 361 bis y 612.3º del CP. Asimismo, entrarían en este bloque los delitos de violencia doméstica contenidos en los artículos 153.1, 153.2, 171.4, 171.5, 172.2, 172.3, 172 ter.1, 172 ter.2, 173.2 y 173.4 del CP.

⁵⁵ En particular, se trata de los siguientes artículos: 138.2.a, 140.1.1º, 148.3º y 4º, 156 bis.4, 165, 166.2, 172 bis.3, 177 bis.4, 180.1.3º, 197.5, 197.7, 362 quáter, 362 quinquies.2, 369.1.4, 370, 577.2 y 607 bis.2.9º del CP.

⁵⁶ Nos referimos, en particular, a los delitos de los artículos 188 y 189 del CP.

⁵⁷ Se trata de los artículos 138.2, 140.1.1º, 143 bis, 148.3, 156 bis.4.b, 156 ter, 165, 166.2, 172 bis.3, 177 bis.4.b, 182.1, 186, 188, 189, 197, 361 bis, 362 quinquies, 369, 577, 607 bis, 612. Además, también se incluirían en este bloque los delitos contenidos en el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II y algunos de los delitos del Título XII.

⁵⁸ La edad como circunstancia de especial vulnerabilidad agravante se contempla en los artículos 138.2, 140.1, 156 bis.4, 172 ter.1, 180.1.3º, 184.3 y 188.3 del CP.

⁵⁹ Algunas de las tendencias a las que vamos a referirnos a continuación también se observan en la normativa europea. Así, mientras que la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo* precisa que los menores deben ser sometidos a una evaluación individual con el propósito de determinar la protección que merecen, la *Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo* establece que los menores deben ser considerados, sin excepción, víctimas especialmente vulnerables.

⁶⁰ Sorprende el uso indiscriminado en estos delitos del término «menor» y «niño». Debe entenderse, pues, que ambas expresiones se refieren al menor de 18 años.

También siguen este criterio las cuatro figuras delictivas creadas mediante la propia LO 8/2021. Los nuevos artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis del CP sancionan, respectivamente, a quienes distribuyan o difundan a través de Internet, del teléfono o cualquier otra tecnología, de la información o de la comunicación contenidos específicamente destinados a promover el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios⁶¹.

E, igualmente, esta es la opción adoptada para configurar los subtipos agravados de los delitos de tráfico de órganos (art. 156 bis.4), detención ilegal y secuestro (arts. 165 y 166.2), matrimonio forzado (art. 172 bis.3), trata de seres humanos (art. 177 bis.4), contra la intimidad (arts. 197.5 y 197.7), contra la salud pública (arts. 362 quáter, 362 quinquies.2, 369.1.4 y 370)⁶², terrorismo (art. 577.2) y lesa humanidad (art. 607 bis.2.9º). Incluso, como se avanzaba, existen dos de los delitos autónomos mencionados que, a su vez, contienen subtipos cualificados para proteger reforzadamente a los menores de 16 años (arts. 188 y 189).

En segundo lugar, en relación con los delitos de violencia doméstica (arts. 153, 171, 172, 172 ter y 173), todo menor de 18 años que conviva con el agresor está específicamente tutelado. Todos estos artículos del CP contienen dos apartados: uno, que tutela, específicamente, a la víctima que sea «una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» y otro, que protege a todos los menores de edad que convivan con el agresor si no son personas especialmente vulnerables⁶³. Por lo tanto, dependiendo de si el menor de edad es considerado una persona especialmente vulnerable o no, la pena será una u otra. Cabe entender, en definitiva, que todos los menores quedan específicamente tutelados, pero siempre deberá valorarse por parte de la autoridad judicial si el menor es o no especialmente vulnerable para saber qué apartado del precepto en particular resulta de aplicación y cuál es, por ende, la pena a imponer⁶⁴.

Finalmente, en tercer lugar, en una posición intermedia, se sitúan aquellos tipos penales para los que se contienen dos previsiones referidas a los menores de edad: una, en la que se presume iuris et de iure la vulnerabilidad de los menores de más corta edad; y otra, referida al resto de los menores, cuya vulnerabilidad debe probarse.

⁶¹ Acerca de esta nueva tipología delictiva, puede consultarse el informe «Análisis de la violencia contra la infancia y la adolescencia en el entorno digital» publicado por Save the Children en 2019 y disponible en: [informe_violencia_viral_1.pdf \(savethechildren.es\)](#)

⁶² En estos delitos, en los que el bien jurídico protegido es colectivo, no resulta técnicamente correcto hablar del menor como víctima del delito. Sin embargo, como sostiene el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de junio de 2002, «el fundamento de la agravación, como sucede por lo general con todas aquellas que proporcionan una mayor tutela penal a los menores, consiste en la menor capacidad de los menores de edad para autodeterminarse, y en consecuencia, en la disminución de sus defensas autónomas frente a los riesgos para su salud derivados del autoconsumo de drogas. Disminución que incrementa el riesgo y exige un proporcionado reforzamiento de la prohibición de facilitación de dichas sustancias, es decir un reforzamiento de la tutela penal».

⁶³ Arts. 153.1, 153.2, 171.4, 171.5, 172.2, 172.3, 172 ter.1, 172 ter.2, 173.2 y 173.4.

⁶⁴ De acuerdo con la STS 188/2018, Penal, de 18 de abril (ECLI: ES: TS: 2018: 1378) la finalidad de este tipo agravado es «evitar la victimización de los menores que residen en el entorno doméstico, objetivo que tiene un sentido protector de sus personas en el contexto de la fenomenología de la violencia intrafamiliar o doméstica» y sigue «la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo». En estos casos «el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental». Por ello, teniendo el mismo fundamento, no se entiende el distinto criterio empleado.

Esto último es lo que sucede, por un lado, en los delitos contra la vida. Desde que entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, las penas previstas en los delitos de homicidio y asesinato se han endurecido para el supuesto de que «la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad» (arts. 138.2.a y 140.1.1º CP). Por lo tanto, las penas se agravan de forma automática cuando la víctima tenga menos de dieciséis años, pero la vulnerabilidad del menor de edad debe evaluarse cuando tenga entre dieciséis y dieciocho años.

Por otro lado, en el artículo 180.1.3º, reformado a través de la propia LO 8/2021, se agravan las penas previstas para los delitos de agresiones sexuales (arts. 178 y 179) «cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el art. 183». Y a ese mismo precepto remiten los artículos 181.5 y 182.2 (aunque no el 182.1), por lo que se refiere a los abusos sexuales. Por lo tanto, esta circunstancia agrava tanto las agresiones como los abusos sexuales. No obstante, quedan al margen de este subtipo cualificado los menores de dieciséis años porque en ese caso resulta de aplicación automática el artículo 183 del CP⁶⁵. Incluso en el art. 183.4.a) se da la situación singular, no modificada pese a la LO 8/2021, de que la pena del tipo autónomo, prevista para los delitos sexuales cometidos sobre menores de 16 años, se agrava «cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años»⁶⁶.

Por último, también se lleva a cabo esta misma distinción en el art. 148 del CP, aunque diferenciando en este caso, desde la entrada en vigor de la LO 8/2021, entre las víctimas menores de 14 años (art. 148.3), cuya vulnerabilidad se presume, y las mayores de dicha edad (art. 148.5)⁶⁷. El límite de edad se ha elevado de los 12 a los 14 años con base en el siguiente argumento contenido en la Exposición de Motivos: «que resulta una esfera de protección más apropiada en atención a la vulnerabilidad que se manifiesta en la señalada franja vital».

⁶⁵ El límite de edad de los menores que deben recibir una protección especial en relación con los delitos sexuales no siempre ha estado fijado en los 16 años. De hecho, la Ley Orgánica 10/1995 por la que se aprobó el CP lo situó en los 12 años de edad. Posteriormente, este límite se elevó a los 13 años mediante la reforma operada en el CP a través de la Ley Orgánica 1999. Y, finalmente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, lo ha elevado hasta los 16 años. Al respecto, la Exposición de Motivos de esta última norma estableció lo siguiente: «en la actualidad la edad prevista en el CP era de 13 años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos -donde la edad mínima se sitúa en torno a los 15 o 16 años- y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del CP español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención de los Derechos de la Infancia y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha sobre la prostitución infantil». Estos cambios legislativos han sido duramente criticados por la doctrina por carecer de razón psicológica o biológica alguna que la fundamentara, señalándose que respondía al único propósito legal de endurecer estos delitos. Al respecto, véase DE LA MATA BARRANCO, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21, 2019, p. 10.

⁶⁶ Antes de aprobarse la LO 8/2021 se agravaba «si la víctima tiene escaso desarrollo intelectual o físico que le sitúe en una posición de indefensión y en todo caso si tiene menos de 4 años».

⁶⁷ Este límite de edad, cuando se situaba en los 12 años, fue tildado de arbitrario e injustificado, por ejemplo, por parte de CANCIO MELIÁ, «Delitos contra las personas», en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, nº 7417. O incluso de «lamentable» al estar basado en «ocurrencias del correspondiente responsable ministerial y de acuerdo a ignotos razonamientos» en ÁLVAREZ GARCÍA, «Lesiones I», en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 209. No obstante, esa edad se encontraba prevista como agravación de los abusos sexuales regulados con la aprobación del CP de 1995.

b. *Críticas a la técnica legislativa empleada para la sobreprotección de los menores en el Código penal*

La regulación prevista para la tutela reforzada de las víctimas menores de edad en el CP ha sido objeto de diversas críticas que pueden sintetizarse en las siguientes cuatro.

En primer lugar, se sostiene que la vulnerabilidad infantil no se puede afirmar de manera automática en todo caso y, por ende, no puede servir de justificación en todos los preceptos aludidos. Como comentan ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL, se equipara la muerte causada a un niño de dos, cinco o diez años con la causada a uno de quince años, lo que carece de todo sentido valorativo⁶⁸. Del mismo modo, como expone BLANCO CORDERO, no se entiende que un niño de 15 años, que quizás se encuentre físicamente desarrollado como un adulto, sea más vulnerable que cualquier otro adulto y la causación de su muerte merezca siempre una pena agravada⁶⁹. Debería, pues, comprobarse en el supuesto concreto que la edad supone una mayor gravedad de la conducta por expresar un riesgo superior. Consecuentemente, no deberían aplicarse agravaciones o tipos penales autónomos cuando, pese a la menor edad, no se aprecie la existencia de una mayor gravedad.

En segundo lugar, se afirma que «la decisión de agravar la responsabilidad en atención a la edad de la víctima en unos delitos y no en otros es completamente arbitraria»⁷⁰. Por ejemplo, se cuestiona por qué se incorpora en los delitos contra la intimidad y no se contempla en el delito de estafa ni en el delito de robo con violencia o intimidación. Asimismo, si la edad agrava la pena en las lesiones menos graves, no se comprende por qué no ha de hacerlo igualmente en todos los tipos de lesiones, e incluso en otros delitos, como el aborto o la reproducción asistida no consentida⁷¹. En resumen, la superior protección opera únicamente en relación a concretos

⁶⁸ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 313-332.

⁶⁹ BLANCO CORDERO, PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dir.), en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, p. 519. En idéntico sentido se pronuncia LÓPEZ LÓPEZ, quien considera que los menores de entre 14 y 16 pueden tener las mismas capacidades defensivas que un adulto. Esta autora distingue tres situaciones diferentes en las que puede encontrarse el menor de 16 años: totalmente indefenso, indefenso solo parcialmente o ser completamente capaz de defenderse. Véase LÓPEZ LÓPEZ, «La víctima menor de 16 años en los delitos de homicidio y asesinato: reflexiones sobre la indefensión como fundamento de la agravante», en DE VICENTE REMESAL, et al. (Dir.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen II*, Reus, Madrid, 2020, pp. 1711-1721.

⁷⁰ GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUERVA (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social*, p. 128. Se adhieren a esta crítica BLANCO CORDERO, PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dir.), en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, p. 512; GARCÍA ÁLVAREZ, *Revista General de Derecho penal*, nº 20, 2013, p. 5; y CORTÉS BECHIARELLI, ARMENTA DEU/OROMÍ VALL-LLOVERA (Coords.), en *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, p. 25; y PÉREZ MACHÍO, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 25, 2021, p. 290.

⁷¹ En este sentido, critica BLANCO CORDERO que «es ciertamente difícil explicar que el límite de edad en las lesiones sea de doce años por razón de su vulnerabilidad e indefensión, pero superada esa edad desaparece dicha vulnerabilidad, que sí existe, sin embargo, si se trata de un homicidio o de un asesinato, en los que la edad se amplía hasta los 16 años. Tampoco se explica claramente qué fundamenta que en las detenciones ilegales o en el tráfico de drogas la agravación tenga en cuenta la edad de 18 años, en el homicidio la de 16 y en las lesiones la de 12». crítica BLANCO CORDERO, PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dir.), en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, p. 535.

bienes jurídicos y modalidades delictivas, sin que resulte evidente el motivo al que obedece tal categorización⁷².

En tercer lugar, no se entienden las incoherencias injustificadas en la dispersión de las edades de los menores que determinan una protección reforzada⁷³. En efecto, los límites de edad que, en cada caso, activan la aplicación de los tipos agravados distan de ser unitarios⁷⁴. Según se ha expuesto en el epígrafe anterior, en unos casos se presume la vulnerabilidad de todos los menores de 18 años, en otras solo la de los menores de 16 y en otra, la de los menores de 14 años. Incluso se hace referencia en una ocasión a la especial protección que debe referirse a los menores de 4 años.

Por último, en cuarto lugar, algún autor se pregunta si, en particular, los subtipos cualificados por razón de la menor edad tienen sentido al margen de las agravantes genéricas de abuso de superioridad y alevosía, y si se justifica un aumento de la pena mayor que el que se derivaría de la aplicación de estas agravantes genéricas⁷⁵.

Como se sabe, el art. 22.1 del CP establece que «hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». A pesar de ello, la jurisprudencia viene apreciando la denominada alevosía por desvalimiento por la especial situación de desamparo de la víctima que le impide defenderse adecuadamente del ataque. Se suele aplicar siempre, por ejemplo, en el caso de menores de muy corta edad.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que, como subraya PEÑARANDA RAMOS, la construcción judicial de la llamada «alevosía por desvalimiento», por muy asentada que esté en la jurisprudencia española, no deja de suscitar graves dificultades de fundamentación, especialmente en lo que se refiere a su compatibilidad con la definición auténtica de la alevosía en Derecho y, por tanto, con la vigencia del principio de legalidad. El Tribunal Supremo, tras admitir que la alevosía, según la conocida definición legal, consiste en el empleo por el autor de medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiese proceder de la defensa por parte del ofendido, considera que es cierto que quien acaba con la vida de un recién nacido no tiene que desplegar un especial esfuerzo selectivo a la hora de decidirse por un medio de ejecución carente de riesgos. Pero también lo es que la propia selección de la víctima le garantiza una ejecución sin riesgo. Por ende, la introducción de la modalidad agravada del homicidio por ser la víctima menor de 16 años o persona especialmente vulnerable, aunque no ha sido el caso, habría sido una excelente ocasión para que el Tribunal Supremo no equiparase la selección de los medios, modos o formas de ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, con la selección de una víctima que garantice una ejecución

⁷² GARCÍA MOSQUERA, *Revista General de Derecho penal*, nº 32, 2019, p. 55.

⁷³ Esta situación, no obstante, se da en diversos textos legales. Así, por ejemplo, en Derecho civil encontramos la prohibición de testar por debajo de los 14 años, la obligación de darle audiencia en la mayoría de los procesos a partir de los 12 años o la emancipación a partir de los 16.

⁷⁴ Critica dicha dispersión GARCÍA ÁLVAREZ, *Revista General de Derecho penal*, nº 20, 2013, p. 7.

⁷⁵ Al respecto, critica BLANCO CORDERO, PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dirs.), en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, p. 512.

sin riesgo o incluso con la ejecución del hecho sobre una víctima cuya posibilidad de defensa esté de antemano excluida dado su «estado o condición», sin que se pueda decir con propiedad que se haya producido «selección» alguna⁷⁶.

Por su parte, el abuso de superioridad, aunque no viene definido en el art. 22 del CP, se da, según entienden la doctrina y la jurisprudencia, cuando la defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la situación personal, instrumental o medial del agresor, que por ello obtiene mayor facilidad para cometer el delito⁷⁷. Por lo tanto, ha de producirse una disminución de las posibilidades de defensa que presupone una cierta resistencia. Y esto es incompatible con la posibilidad de aplicarla a supuestos en los que la víctima es un menor recién nacido sin posibilidad alguna de defensa⁷⁸.

En conclusión, parece que, al menos, algunos menores de edad, podrían quedar sin una tutela reforzada si solo existiesen estas agravaciones genéricas (y se interpretasen en coherencia con su definición legal). Siendo ello así, la agravación específica que se contempla en los preceptos anteriormente aludidos tendría sentido, aunque la técnica legislativa deba calificarse de deficiente⁷⁹.

3.2. La sobreprotección de la víctima menor de edad en el Derecho penal procesal

El proceso penal constituye, como es sabido, un método heterocompositivo de resolución de controversias en el que el juez, en calidad de tercero imparcial situado supra partes, resuelve el conflicto existente entre dos partes enfrentadas. En el mismo, intervienen una pluralidad de sujetos (investigado, víctima, sociedad, Estado) planteando una serie de pretensiones con distinto alcance y contenido a las que es preciso dar respuesta. Sin embargo, históricamente no todos los intervinientes en el mismo han recibido el mismo trato.

Bajo el prisma de los principios y valores del Estado social y democrático de Derecho, la concepción originaria del proceso penal como un simple instrumento de aplicación del *ius puniendi* del Estado se ha sustituido por la idea de que el proceso constituye un auténtico instrumento de protección y salvaguarda de los derechos y libertades de los sujetos⁸⁰. De este modo, el investigado o acusado en una causa penal deja de tener la condición de objeto y pasa a considerarse como un auténtico sujeto del proceso por lo que únicamente podrá ser condenado cuando se haya destruido el principio de presunción de inocencia a través de un proceso justo o debido en el que haya podido ejercitar debidamente los derechos inherentes a una defensa adecuada⁸¹. Pero el proceso penal también ha de ser garantía para las víctimas de delitos que han de verse adecuadamente protegidas y tuteladas en sus derechos.

⁷⁶ PEÑARANDA RAMOS, «Homicidio», en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, p. 808. En la misma dirección se pronuncia LÓPEZ LÓPEZ, «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida», *Revista penal*, n° 48, 2021, pp. 94 ss.

⁷⁷ STS 739/2021, Penal, de 30 de septiembre, (ECLI: ES: TS: 2021:3645).

⁷⁸ CORTÉS BECHIARELLI, ARMENTA DEU/OROMÍ VALL-LLOVERA (Coords.), en *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, pp. 27-29.

⁷⁹ Una conclusión similar alcanza LÓPEZ LÓPEZ, «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida», *Revista penal*, n° 48, 2021, pp. 94-109.

⁸⁰ Todo ello, potenciado por la existencia de un importante elenco de normas dirigidas a la protección de los derechos. SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 12.

⁸¹ MARTÍN RÍOS, *Víctima y justicia penal*, p. 438.

Afortunadamente, en las últimas décadas la tutela y protección a las víctimas de delitos (y, especialmente, a las víctimas más vulnerables) ha adquirido una gran relevancia en diversos ámbitos de la sociedad, entre los que se encuentra el proceso penal. Como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en el presente trabajo, la realidad es que los menores víctimas sufren un plus de lesividad que necesariamente debe tener su contrapeso en un plus de atención y/o protección por parte de las autoridades públicas. Y es que, el proceso penal, a fuerza de ser eficaz, se convierte en una revivida puesta en escena de los hechos que acontecieron. Ello no solamente trae como consecuencia un alto grado de victimización secundaria en los menores, sino que, además, repercute negativamente en la calidad del testimonio de los mismos.

En este contexto, es fundamental proteger el interés superior del menor (reconocido en los tratados internacionales y en nuestras propias normas internas) para que sólo cuando quede debidamente garantizado, puedan ser partícipes en las actuaciones procesales. Por ello, a continuación, procederemos a examinar el alcance que en nuestra LECrim y en su Anteproyecto de 2020 ha tenido el criterio de la edad a la hora de fijar un tratamiento específico para la intervención de los menores en el proceso; si se han valorado extremos como la edad, la madurez y la evolución personal del menor; y si todo ello condiciona la forma y el modo en el que ha de desarrollarse la referida intervención⁸².

a. *Criterios para la tutela reforzada de las víctimas menores de edad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*

En el derecho procesal, del mismo modo que sucede en el ámbito del derecho material, se utiliza el criterio de la edad cronológica como referencia sobre el que se articula el régimen legal de protección de los menores. Esta misma circunstancia se produce en el contexto de la LECrim donde se protege de forma reforzada a todo menor de edad, o de determinada edad, sea cual sea su desarrollo físico e intelectual.

Desde el punto de vista del derecho procesal penal, la entrada en vigor de la LO 8/2021 ha supuesto un punto de inflexión en materia del tratamiento de los menores en el procedimiento. No obstante, con carácter previo, la Ley Orgánica 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en lo sucesivo, LO 4/2015), ya había supuesto un más que significativo avance en los derechos de las víctimas por razón de su edad. La intención del legislador de 2015 fue la de poner de manifiesto las múltiples lagunas normativas existentes en relación con el modo en el que debía desarrollarse la intervención de los menores en el proceso penal y que demostraban la extrema victimización secundaria a la que eran sometidos al tener que declarar tanto en la instrucción como en la fase de juicio oral sin existir ningún parámetro ni criterio que impidiese estas intervenciones⁸³.

Los artículos 448 y 707 LECrim eran los encargados de regular la intervención de los menores en el proceso y recogían la necesidad de utilizar las nuevas tecnologías con el fin de evitar la confrontación directa entre víctima y agresor, posibilitando de este modo que el interrogatorio

⁸² SUBIJANA ZUNZÚINEGUI/ECHBURÚA ODRIOZOLA., *Anuario de Psicología Jurídica*, 2018, p. 23.

⁸³ Sobre esta cuestión, TENA ARAGÓN, «Protocolo de actuación con menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección víctimas de delitos» en DE HOYOS SANCHO (Dir.) *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 264.

discurriera en espacios físicos separados. Estos dos preceptos se completaban con el artículo 777, que, si bien no fue reformado, resultaba de aplicación complementaria al permitir preconstituir la prueba cuando por imposibilidad de declaración del testigo (en general, no solo en el supuesto de menores o discapacitados) pudiera preverse que la misma no podría desarrollarse en la fase de enjuiciamiento. En cualquier caso, lo cierto es que en ninguna de estas previsiones se contemplaba referencia expresa alguna a la edad de los menores.

Actualmente, la entrada en vigor de la LO 8/2021 ha modificado la regulación de la sobreprotección de la víctima menor de edad en el marco del proceso penal, donde el legislador introduce cambios muy significativos en los artículos 109 bis, apartado 1º, y 110, referidos a la personación de la víctima o perjudicado en el proceso; los artículos 261 y 416, sobre la dispensa de denunciar y declarar; y los artículos 433, 448, 449 bis, 449 ter, 544 ter, 703 bis, 707, 730, 77.3 y 778. Se trata de una reforma de amplio calado que va más allá de lo sustancial o superfluo, pues, como se verá a continuación, implica un auténtico cambio integral del desarrollo del proceso penal aparejado a la edad cronológica del menor.

En un primer bloque se encuentran los arts. 109 bis y 110, que, con el objeto de introducir la jurisprudencia más actual sobre la materia⁸⁴, otorgan una mayor seguridad jurídica tanto a las víctimas como a los perjudicados por el delito. En este sentido, les permite personarse en el procedimiento en última instancia, transcurrido el plazo previsto para formular el debido escrito de acusación, siempre y cuando se pronuncien a través de su adhesión al escrito de acusación presentado por el Ministerio Fiscal o por alguna de las partes acusadoras.

El segundo bloque está integrado por los artículos 261 y 416, cuya reforma operada en 2021 fija nuevos criterios relativos a la dispensa de la obligación de denunciar y declarar, respectivamente. Como es sabido, la finalidad de la dispensa es preservar la paz familiar evitando colocar al deponente en una postura «difícil». Sin embargo, la nueva redacción de la LECrim tiene como objetivo acabar con aquellas situaciones en las que uno de los progenitores o familiares conocen de los abusos o malos tratos de otro familiar hacia el menor. De este modo, cuando la víctima del delito tenga menos de 18 años o sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección no podrá alegarse dispensa alguna de tal obligación por las razones de parentesco que, con carácter previo a la entrada en vigor de la LO 8/2021, sí lo permitían⁸⁵. No obstante, el apartado 2 del artículo 261 no recoge una obligación imperativa ante cualquier supuesto delictual sino que, por el contrario, introduce un *numerus clausus* de delitos como condicionante, junto

⁸⁴ Así, son múltiples las resoluciones del Tribunal Supremo que expresan la necesidad de permitir esta «personación tardía» de la víctima o perjudicado. Entre otras, cabe destacar la STS 251/2021, Penal, de 17 de marzo (ECLI: ES: TS: 2021:1228) donde la Sala de lo Penal distingue entre «el trámite de formular acusación, que tiene un momento preclusivo (art. 110 LECrim), y el trámite de personación de la víctima, que puede hacerse posteriormente, incluso iniciado el juicio». En el mismo sentido, pueden consultarse, entre otras, las SSTS 550/2017, Penal, de 12 de julio (ECLI: ES: TS: 2017: 2825), 665/2016, Penal, de 20 de julio (ECLI: ES: TS: 2016: 3700), 413/2015, Penal, de 30 de junio (ECLI: ES: TS: 2015: 3177) y 316/2013, Penal, de 17 de abril (ECLI: ES: TS: 2013: 2262).

⁸⁵ Esta obligación de denunciar o prestar declaración persigue evitar que la negativa del sujeto en cuestión conduzca a la autodestrucción de las pruebas existentes y deje en una situación de total desprotección a los menores víctimas del delito. Este fin ya se identifica en la postura que sostiene en el Tribunal Supremo en sentencias como la 389/2020, Penal, de 10 de julio (ECLI: ES: TS: 2020: 2493) donde, pese a referirse a las víctimas de violencia de género, ya afirma la existencia de una renuncia implícita a la propia dispensa cuando las víctimas ostenten la condición de acusación particular, pues, el denunciador primero y ostentar la posición de parte acusadora después, demuestra, en clara opinión del Tribunal, su renuncia a tal facultad sin que exista razón alguna que justifique la recuperación de tal «privilegio».

con dicha minoría de edad, para que los cónyuges, personas ligadas por análoga relación, ascendientes, descendientes y parientes colaterales queden eximidos de la dispensa de denunciar. Estos son: delito contra la vida, de homicidio, delitos de lesiones de los artículos 149 y 150 del CP, delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, contra la libertad, contra la libertad e indemnidad sexual o delito de trata de seres humanos.

El tercer bloque lo constituyen todos los preceptos que regulan el modo en el que los menores deben prestar declaración en el proceso penal. En este contexto, se suprime el párrafo cuarto del artículo 433 y el párrafo tercero del artículo 448. El apartado cuarto (art. 433) permitía que los menores de edad (entendiéndose como tal todo menor de 18 años ante la falta de referencia numérica expresa) prestasen declaración a través de expertos y con la intervención del Ministerio Fiscal. Si bien, a continuación, matizaba que, para adoptar esta cautela el juez de instrucción debía examinar la falta de madurez de la víctima. Por su parte, el párrafo tercero del art. 448 recogía la declaración tanto de testigos menores de edad como de personas con la capacidad judicialmente modificada a través de mecanismos tecnológicos que evitasen la confrontación visual entre estos y el acusado. Ambas supresiones se justifican en la medida en que se hacía necesaria para incorporar los nuevos artículos 449 bis y 449 ter.

En el primer precepto (art. 449 bis) se estructura y organiza el modo en el que debe practicarse la preconstitución de la prueba durante la fase de instrucción para el supuesto de que no resulte procedente su declaración en la fase de juicio oral con el fin de paliar los efectos que se derivan de la victimización secundaria y asegurar la verosimilitud del testimonio. Así, la declaración de la víctima se grabará utilizando sistemas audiovisuales para, posteriormente, incorporar la grabación en el plenario por la vía del artículo 730.2 LECrim. En cualquier caso, el derecho de defensa quedará plenamente garantizado al asegurarse la presencia bien del investigado, o, en su defecto, de su letrado, y, por lo tanto, respetando el principio de contradicción. Por otro lado, para evitar posteriores impugnaciones basadas en defectos de imagen o sonido de las grabaciones, el Letrado de la Administración de Justicia verificará en el propio acto la calidad de la grabación⁸⁶.

Tras el nuevo artículo 449 bis se observa que el legislador introduce el artículo 449 ter donde fija, como regla general, la obligación de preconstituir prueba⁸⁷, con todas las garantías que se exigen para su práctica en la fase de juicio oral, cuando se trate de declaraciones prestadas por menores de hasta 14 años que hayan sido víctimas de un 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. Asimismo, en el propio precepto se instaura la necesidad de que la exploración de los menores se desarrolle por personas expertas, encargadas de trasladar las preguntas formuladas por las otras partes, siempre y cuando el juez considere su pertinencia. En este contexto, el investigado podrá estar presente en la exploración de la víctima evitando, en cualquier caso, la confrontación visual, empleando para ello los medios técnicos que resulten pertinentes. Por

⁸⁶ En consonancia con lo dispuesto en el art. 449 bis y 449 ter, el art. 703 bis, también de nueva creación, incide en que la declaración testifical practicada con anterioridad al comienzo del juicio oral se incorporará al plenario a través de la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, prescindiendo de la presencia del testigo en dicha fase procesal.

⁸⁷ Esta misma obligación se reitera en el art. 730.2, de nueva creación, el art. 777.3 y el art. 788.2, todos ellos referidos a la incorporación de la prueba preconstituida consistente en la testifical de la víctima menor de edad.

último, se apostilla que todas las medidas anunciadas podrán aplicarse incluso en los supuestos en los que el delito tenga la consideración de leve.

En la misma línea, con el firme objetivo de aumentar la protección de los menores y personas discapacitadas con necesidades especiales de protección, la LO 8/2021 modifica el artículo 544 *ter*, apartados 6 y 7, e incorpora nuevas medidas cautelares que habrán de adoptarse por imperativo legal cuando la víctima del delito sea alguno de los sujetos a los que nos venimos refiriendo y el delito investigado sea de violencia de género. Así, se suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él⁸⁸. Con el mismo fin se modifica el artículo 707, apartado 2, de la LECrim matizando que los menores de 18 años que deban declarar en juicio puedan hacerlo instando por sí mismos o a través de sus representantes legales que su exposición se desarrolle mediante cualquier mecanismo tecnológico que evite la confrontación con el inculpado.

En conclusión, puede afirmarse que la actual regulación recogida en la LECrim prevé un régimen general de protección de los menores de edad víctimas del delito conforme al cual todo sujeto menor de 18 años prestará declaración preferentemente en la fase de instrucción, mientras que los menores de 14 años declararán necesariamente en el procedimiento, siempre que se trate de alguno de los delitos previstos en el art. 449 *ter*, mediante la práctica de la preconstitución de la prueba, en presencia, además, de un equipo psicosocial que estudiará sus circunstancias concretas del menor relativas a su persona, familia y entorno social.

b. Críticas a la técnica legislativa empleada para la sobreprotección de los menores en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La intervención del menor víctima como testigo en el proceso penal inevitablemente debe centrarse en las particulares circunstancias en las que ha de producirse su testimonio. Aun partiendo siempre de que el mero hecho de la minoridad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección debería graduarse atendiendo a la concreta edad del menor, a la naturaleza del delito, su gravedad, el sexo y si guarda parentesco con el imputado. Las medidas de protección para menores víctimas y/o testigos de delitos no pueden tener un alcance ilimitado. Esta postura, sostenida por DOLZ LAGO, es del todo razonable y coherente con la realidad del proceso penal donde existen una serie de intereses contrapuestos que deben ser igualmente atendidos, en especial las garantías de defensa y el derecho a un proceso justo⁸⁹. Así pues, cuando pueden entrar en colisión los derechos fundamentales del menor víctima y los del inculpado es preciso hacer una ponderación de los intereses en juego. A estos efectos es preciso atender a una serie de factores, que pueden resumirse en la naturaleza y valor de los derechos implicados, el momento procesal concreto y la situación de especial vulnerabilidad en que se puede encontrar un menor, todo ello bajo el amparo del principio de proporcionalidad⁹⁰.

⁸⁸ No obstante, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión cuando lo solicite la parte y siempre mediante resolución motivada. Art. 544 *ter* LECrim.

⁸⁹ DOLZ LAGO, «Abusos sexuales a menores e interés superior del menor: tendencias jurisprudenciales a la luz de la presunción de inocencia», *Diario La Ley*, 2017, p. 13.

⁹⁰ CHOZAS ALONSO, *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 222-223.

Desde el punto de vista práctico, puede constatarse cómo con el transcurso del tiempo las exigencias de la presencia del menor en el plenario se han flexibilizado⁹¹. Cada vez son más numerosas las resoluciones que abogan por eximir al menor de testificar en el juicio oral en atención, precisamente, a esa mayor victimización secundaria derivada de tal intervención⁹². Es evidente que para que pueda prescindirse de la presencia de la víctima en el juicio oral, la declaración prestada por él en esta fase de instrucción debe reunir las máximas garantías⁹³; es decir, satisfacer los requisitos materiales, subjetivos, objetivos y formales⁹⁴. Prueba de ello es que en el año 2009 la propia Fiscalía General del Estado, dentro del Seminario sobre valoración testifical, pericial y exploración de menores celebrado en 2009, abogaba por una interpretación abierta del artículo 448 LECrim, al considerar que, sin duda alguna, permitía la preconstitución⁹⁵ de la prueba como procedimiento más recomendable en el caso de que existieran testigos menores de edad⁹⁶.

No obstante, tal y como se acaba de avanzar, pese a los beneficios que se derivan para los menores, son muchos los que consideran que dispensarles de prestar declaración en la fase de juicio oral anula los derechos del investigado. Es más, recientemente el propio Tribunal Supremo criticó la posibilidad de que se adoptase como criterio general la preconstitución de la prueba

⁹¹ De este modo, el propio Tribunal Supremo, en sentencia 44/2020, Penal, de 11 de febrero (ECLI: ES: TS: 2020: 449) ha reconocido que la presencia de un menor en el proceso penal no tiene porqué comportar un debilitamiento de los principios de inmediación y contradicción y que no resulta, en consecuencia, incompatible con la preservación de otros derechos confluente en la fase de enjuiciamiento.

⁹² Así, la anticipación probatoria estaría prevista también para evitar una segunda victimización a ciertos colectivos, planteamiento que, pese a no contar con un amplio respaldo en España, sí cuenta con precedentes a nivel europeo. Es el caso del incidente probatorio regulado en Italia para los casos en los que el menor de 16 años debe declarar como testigo o como víctima en delitos de carácter sexual -art. 392.1 bis CPPP debido a que, en este tipo de delitos, donde los menores sufren abusos y/o maltratos suele surgir en las víctimas el conocido síndrome psicológico de adaptación, que se acentúa notablemente con el transcurso del tiempo. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010, pp. 170-171.

⁹³ Especialmente, en torno a esta cuestión, los arts. 448.III y 707.II LECrim contemplaban una serie de exigencias específicas conforme a las cuales los menores debían prestar testimonio. Asimismo, el art. 433 del mismo cuerpo normativo establecía que las declaraciones de los menores podían realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Estos expertos debían ser técnicos especializados, y, en la medida de lo posible, en el caso de que fuera preciso repetir las entrevistas, éstas, preferiblemente, debían desarrollarse por las mismas personas que las practicaron en su momento. Igualmente, debían estar presentes los sujetos que en ese momento tenían encomendado el ejercicio efectivo de la patria potestad, tutela o guarda del menor, salvo que estuviesen imputados, o, la autoridad judicial, de forma motivada, acordase lo contrario. Además, el juez podía autorizarla grabación de la declaración. Y todo ello con el objeto de paliar los efectos derivados de la victimización secundaria. GONZÁLEZ/MUÑOZ/SOTUCA/MANZANERO, *Papeles del psicólogo*, 2013, Vol. 34 (3), p. 232.

⁹⁴ Tales requisitos se resumirían del siguiente modo: en cuanto a los requisitos materiales se refiere a la imposibilidad de que la declaración sea reproducida en el acto del juicio oral; los requisitos subjetivos vienen referidos a la necesaria intervención del juez de instrucción; los objetivos a que, al igual que sucede en la fase de juicio oral, se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada del imputado con el fin de tomar declaración al testigo menor; por último, los requisitos formales, relativos a la introducción del contenido de la declaración en el acto del juicio oral mediante la lectura o reproducción del soporte en el que se encuentre, de conformidad con el art. 730 LECrim, o mediante los interrogatorios. En este sentido, PÉREZ MORALES, «Sucesivas declaraciones de la víctima menor de edad: fases policial y judicial», *Aranzadi Doctrinal*, nº1 abril 2009, p. 103.

⁹⁵ Debe recordarse en este punto que la prueba preconstituída se trata de una diligencia de investigación cuya práctica tendría cabida en el acto del juicio oral pero que cristaliza en verdadera prueba en una fase anterior del procedimiento y que requiere, para su validez formal, que se asegure, por un lado, la posibilidad de contradicción de las partes, y, por otro, se documente en un soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen (incluyendo acta del Letrado de la Administración de Justicia), expresando los intervinientes en la diligencia e instando la parte interesada su reproducción en el acto del juicio oral. ABELLÁN ALBERTOS, «Tratamiento de los menores víctimas en el proceso penal», *La Ley, Derecho de familia*, nº27, 2020, p. 6.

⁹⁶ Circular de la FGE 3/2009, conclusión 10ª.

para las declaraciones de los menores víctimas del delito alegando que dicha forma de proceder sólo debía permitirse cuando el tribunal que examinase el caso concreto verificase, antes de proceder, que existían motivos que hacían necesario acudir a este instituto procesal, pues, actuar de otro modo suponía, en su opinión, la absoluta inversión de la regla general del artículo 741 LECrim, produciendo como resultado una utilización mecanicista de la preconstitución⁹⁷. Por ello se mostró partidario de que su declaración transcurriese en unas condiciones concretas, atendiendo a las particulares circunstancias y necesidades del menor⁹⁸, pero en el momento procesal correspondiente para la práctica de prueba; en definitiva, el juicio oral. Para sostener su postura se inclinó por trasladar modelos utilizados en países de nuestro entorno, tales como Islandia y Suecia, donde se emplea el sistema de la «Casa de los niños», utilizado para atender a los menores víctimas de agresiones sexuales. Se trata de espacios que muestran el aspecto de una vivienda. Habitualmente, cuentan con dos plantas: la de arriba, donde se reúne el menor con el psicólogo o trabajador social encargado de entrevistarle y la de abajo, donde se encuentran el juez, el fiscal, los abogados, y, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, el acusado, quienes siguen la entrevista a través de una pantalla.

En suma, los partidarios de utilizar este tipo de ambientes priorizan el principio de contradicción inherente al derecho de defensa frente al interés superior del menor de modo que, en la medida en que una correcta interpretación de los primeros exige el derecho a interrogar a los testigos, debe huirse de cualquier opción que condicione el ejercicio del mismo y, en consecuencia, evitar, salvo supuestos muy concretos, que el menor declare en una fase procesal que no es la expresamente prevista para producir prueba.

Sin embargo, encontramos otro amplio sector doctrinal, entre quienes destaca BUJOSA VADELL, que claramente identifican la minoría de edad como uno de los supuestos de imposibilidad de práctica de la prueba en el acto del juicio oral ampliando, de este modo, las excepciones inherentes a esta regla general⁹⁹. El autor sostiene, con buen criterio a nuestro juicio, que los 14 años constituirían el parámetro que guiaría al juez sobre el modo en el que los menores deberían deponer en el proceso, de tal forma que todos aquellos que se encontrasen por debajo de esta franja de edad deberían ser explorados a través de la prueba preconstituida y su testimonio introducido en el juicio oral mediante los pertinentes mecanismos audiovisuales.

Otro elemento a tener en cuenta es que, a diferencia de lo sucede con el derecho material, donde se toma como referencia la edad que tenía el sujeto en el momento en el que sufrió el delito, en materia procesal la edad a tener en cuenta será la que tenga la víctima en el momento de iniciarse el proceso. Pero, es más, no sólo su edad al inicio del mismo (fase de instrucción) sino la edad que cuenta en el momento en el que se produce la apertura del juicio oral. Ello nos lleva a plantearnos qué sucede en aquellos supuestos en los que la víctima sufre el delito, por ejemplo, con 13 años, se preconstituye su declaración durante la instrucción (en la medida en que durante la sustanciación de esta fase es menor de 14 años) pero alcanza la edad de 16 años en el momento

⁹⁷ STS 44/2020, Penal, de 11 de febrero (ECLI: ES: TS: 2020: 449). En el mismo sentido, SSTS 579/2019, Penal, de 26 de noviembre (ECLI: ES: TS: 2019: 3857) y 663/2018, de 11 de febrero (ECLI: ES: TS: 2018: 4343).

⁹⁸ En otros países como Argentina o Costa Rica se utilizan sistemas muy similares, en concreto, la «cámara de Gesell». Por su parte, en Estados Unidos la sala se adapta a los menores de tal forma que el personal del juzgado evita el uso de togas o uniformes, así como de formalismos consiguiendo, de este modo, un ambiente mucho más distendido.

⁹⁹ BUJOSA VADELL, «El menor como víctima», en BUJOSA VADELL/DEL POZO PÉREZ (Dirs.) *Proceso Penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 41-42.

de apertura del juicio oral. Ante este planteamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, ha optado por una interpretación estricta del artículo 449 ter LECrim considerando que el órgano enjuiciador no debe entrar a valorar la edad y situación que tuviera la víctima en el momento de sufrir los hechos, ni a la fecha de la denuncia así como tampoco en el momento de prestar declaración durante la instrucción, sino en la edad, madurez y grado de desarrollo que presenta en el momento en el que su testimonio es requerido en el acto del juicio oral¹⁰⁰. De este modo, la validez de esa prueba previamente preconstituida queda condicionada a que, llegado el momento de la fase enjuiciadora, pueda seguir acreditándose el mismo o similar nivel de afectación del menor¹⁰¹.

En definitiva, al igual que el CP para ciertos supuestos delictuales cometidos sobre menores, la LECrim fija los 14 años como franja de edad por debajo de la cual se presume iuris et de iure que el menor carece de la madurez necesaria para siquiera plantearse su intervención en la fase de enjuiciamiento cuando ha sido víctima de un delito de los previstos en el ya mencionado precepto (art. 449 ter)¹⁰². Esta presunción, en cambio, deja de operar desde que el menor supera ese límite cronológico, momento a partir del cual deberá comparecer en el plenario y ser interrogado en él salvo que la autoridad judicial, de forma motivada y tomando como referencia parámetros objetivos, decida que el riesgo de victimización perdura.

c. *Legislación proyectada. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*

En noviembre de 2020 se publicó el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, ALECRim). Pese a que no existen indicios que hagan pensar en una cercana entrada en vigor del mismo, resulta interesante realizar un recorrido por su articulado con el fin de comparar el régimen previsto en éste en cuanto al tratamiento de los menores víctimas del delito y el que finalmente se les ha dado en la LO 8/2021. Piénsese que ambas propuestas se han discutido en paralelo.

Destaca que en la propia Exposición de Motivos del ALECRim ya se advierte que se introduce el «archivo de oportunidad» mediante el cual es posible poner fin al proceso siempre y cuando se trate de delitos que no excedan de dos años de privación de libertad posibilitando la terminación «anormal» salvo que la víctima del delito sea un menor de 13 años.

Debe partirse de que el ALECRim contempla una reforma integral de la LECrim mientras que la LO 8/2021 se centra en regular la protección integral de los menores y otros colectivos vulnerables en todos los ámbitos normativos posibles; por lo que, necesariamente, el régimen legal del ALECRim se detiene en aspectos en los que por razones obvias no ha podido centrarse la LO 8/2021. Por ejemplo, el ALECRim recoge no sólo el régimen legal de las declaraciones testimoniales de los menores y las personas con discapacidad, asegurando su adaptación a las particulares condiciones y circunstancias concurrentes, con posible intervención de expertos, sino que, además, contempla una serie de actualizaciones especialmente relevantes en materia

¹⁰⁰ STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y de lo Penal, 15 de septiembre de 2021 (ECLI: ES: TSJNA: 2021: 415).

¹⁰¹ STS 321/2020, Penal, de 17 de junio (ECLI: ES: TS: 2020: 1910).

¹⁰² Este criterio ha sido defendido por el Tribunal Supremo en su sentencia 329/2021, Penal, de 22 de abril (ECLI: ES: TS: 2021: 1405), donde a juicio de la Sala resulta adecuado considerar los 14 años como edad de referencia por debajo de la cual se incrementa el riesgo de victimización secundaria.

de prueba pericial como la introducción de reglas que disciplinan concretas pericias relativas a los instrumentos de valoración de riesgo de violencia o reincidencia y, sobre todo, de las pruebas periciales sobre credibilidad de los testimonios de menores de edad. Se garantiza, en todo caso, que estas últimas se realicen siempre por expertos en psicología del testimonio con experiencia acreditada en la realización de este tipo de informes.

Dentro del Capítulo V, referido al estatuto de la víctima en el proceso penal, el legislador dedica el artículo 101 a las «víctimas menores o con discapacidad», estableciendo que en aquellos casos en los que las víctimas, por razón de su edad o de su discapacidad no puedan ejercer por sí mismas los derechos que esta ley les reconoce, lo hará en su nombre o interés su representante legal. A continuación, el artículo 102 se refiere a la edad como uno de los criterios a valorar para afirmar que una víctima es especialmente vulnerable.

En la misma línea con lo expuesto, el artículo 330 del ALECrím de 2020, relativo a las inspecciones e intervenciones corporales sobre personas no investigadas, exige que cuando la persona que deba ser sometida a esta diligencia sea un menor de edad o una persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente, será preciso su consentimiento cuando, por sus condiciones personales o de madurez, puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia. Evidentemente, surge la duda de a qué se está refiriendo el legislador con las expresiones «condiciones personales o de madurez». Sin duda, se precisa de una norma complementaria donde la evaluación de tales extremos se encuentre absolutamente detallada en aras de garantizar la seguridad jurídica que debe estar presente en todo proceso.

Sin embargo, el artículo 337, relativo a las garantías e información durante toma de muestras de personas no investigadas, permite a los menores de edad que sean mayores de 14 años y a las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente prestar el consentimiento cuando por razones personales y de madurez puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia. La cuestión entonces es por qué en este caso se exige que se trate de menores que sean mayores de 14 años y en el supuesto de las inspecciones e intervenciones corporales basta con que sean menores de edad que puedan comprender el significado de la diligencia. Más, considerando la distinta gravedad entre realizar una intervención corporal de índole más íntima y extraer una muestra de ADN.

En cuanto al desarrollo de las declaraciones de los menores de edad en el proceso, el artículo 469 ALECrím es, desde nuestro punto de vista, un claro ejemplo de la sobreprotección que se ha decidido dispensar a los menores de edad víctimas por el mero hecho de que su edad cronológica esté por debajo de los 18 años. En este sentido, el citado precepto introduce como requisito necesario que todos los menores declaren acompañados de quien ejerza su patria potestad, tutela o guarda, salvo que el procedimiento se dirija contra dichas personas o que el fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde otra cosa. En caso alguno el menor depondrá solo pues si se produjera el hecho excepcional de que no declare acompañado de los anteriores sujetos, el organismo competente en materia de protección de menores debe designar una persona que le asista durante la declaración. A continuación, se detallan los extremos en los que ha de producirse tal declaración matizando que el interrogatorio debe acomodarse a las especiales necesidades del menor, de acuerdo con sus habilidades, edad y madurez intelectual y realizarse en el menor lapso de tiempo posible desde que se tiene constancia del delito.

Cuando las condiciones del menor lo requieran, la declaración se tomará con la intervención de un perito experto en psicología del testimonio con experiencia en esta clase de pericia, a quien previamente se exigirá que preste juramento o promesa. En este caso, podrá acordarse que las preguntas se trasladen al testigo directamente por el perito excluyendo la presencia del fiscal y de las demás partes en el lugar del interrogatorio. No obstante, se garantizará que las partes puedan presenciar la declaración del menor a través de medios técnicos que impidan que puedan ser vistos por el menor que preste testimonio. Seguidamente, se expresa la necesidad de grabar la declaración en soporte audiovisual y no reiterar su práctica salvo que sea imprescindible para los fines de la investigación. Por último, establece la norma que, si por razón de la edad y situación de vulnerabilidad el testigo no debe ser sometido al examen contradictorio de las partes en el acto del juicio oral, se procederá a asegurar la fuente de prueba conforme a lo dispuesto en su artículo 600.

En suma, mientras que la LO 8/2021 toma como referencia, por un lado, los 18 años para otorgar a los menores que se encuentren por debajo de esa franja de edad una especial protección en el momento en el que se les tome declaración, y, por otro lado, los 14 años para concederles una protección hiperreforzada con base en su especial vulnerabilidad por el hecho de que su edad esté por debajo de dicha franja, el ALECrím presenta contradicciones que hemos encontrado en distintos puntos de su cuerpo normativo. Así, su Exposición de Motivos contempla los 13 años como edad límite a partir de la cual no se puede proceder al «archivo de oportunidad». A nuestro juicio, el límite debería fijarse en los 14 años para que guardase la coherencia necesaria con los resultados de los estudios en psicología examinados en el presente trabajo. Por su parte, existe una total incertidumbre respecto a la edad mínima de los menores a partir de la cual se presume que comprenden el alcance de una inspección o intervención corporal. El Anteproyecto deja esta cuestión al examen de aspectos indeterminados como son la madurez y sus condiciones personales sin especificar cómo deben valorarse tales extremos. De este modo, los menores podrán consentir la práctica de ambas diligencias si presentan la madurez suficiente o si sus condiciones personales indican que goza de la misma. En cambio, sí contempla los 14 años como edad límite bajo cuyo umbral será necesario el consentimiento del representante legal del menor para obtener marcadores de ADN. Por último, en lo referente a la toma de declaraciones de los menores, a diferencia de la LO 8/2021, en el ALECrím no se prevé un régimen de preconstitución necesaria respecto de los menores de 14 años y en cuanto a una serie de delitos determinados sino que la especialidad en el examen de éstos abarca desde los 18 años por lo que se observa cómo, claramente, el ALECrím no parte de las premisas de la psicología evolutiva a diferencia de la LO 8/2021, confiriendo, en su dicción literal, una protección absoluta a todos los menores hasta los 17 años.

4. Conclusión y propuesta de lege ferenda

Los resultados de la investigación desarrollada en el ámbito de la Victimología evolutiva han detectado tres etapas etarias en las que la vulnerabilidad del menor difiere tanto por lo que se refiere a su propensión victimal, como en cuanto a los efectos sobre la victimización primaria y secundaria. Así, por un lado, distingue a los niños de menos de 4-6 años de aquellos con edades comprendidas entre esa franja y los 12-14 años. Y, por otro lado, diferencia a los niños de los adolescentes, que tendrían entre 12-14 y 18 años.

Claro ejemplo de ello lo encontramos en el marco del proceso civil, donde diferentes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), contemplan referencias expresas a la edad que debe tener el menor para poder participar en el proceso. Así, la LEC establece que todo menor que sea mayor de 12 años debe ser necesariamente oído en los procesos de separación o divorcio -art.700-, que los mayores de 14 años puedan testar -art. 633- y el mayor de 16 pueda emanciparse -art. 317 del Código Civil (en lo sucesivo, CC).

La LO 8/2021 parece adoptar, acertadamente, un criterio coherente con estos estudios, pues solo contiene disposiciones específicas para todos los menores de edad, es decir, para todos los menores de 18 años; y otras, exclusivamente para los menores de 14 años. Y hace esta distinción, no solo por lo que se refiere a la reforma penal objeto del presente trabajo, sino también en el resto del articulado. De este modo, parece estar distinguiendo entre niños y adolescentes, tal y como indica su mismo título.

En línea con lo anterior, la reforma parcial de la LECrim en materia de tratamiento procesal de los menores sitúa los 14 años como edad de referencia en cuanto umbral por debajo del cual parece interpretar el legislador que la comparecencia en juicio conlleva un riesgo asegurado de mayor victimización secundaria¹⁰³. Así debe entenderse a partir del diseño de un sistema de exploraciones preconstituidas de los testigos menores de edad cuando sean víctimas, entre otros, de delitos contra la libertad sexual, acotando su presencia en juicio a supuestos excepcionales. La nueva regulación de la LECrim contiene también modulaciones en la dispensa del artículo 416 en relación a los testigos menores, que queda supeditada a que, por su edad, puedan comprender el sentido de la dispensa, lo que con facilidad nos coloca en la indicada franja que oscila entre los 12 y los 14 años como momento a partir del cual resulta necesaria tal ponderación.; a tenor de lo cual, deberá valorarse si en la fecha de juicio el menor tiene la madurez suficiente para comprender el sentido de la dispensa.

Efectivamente, a nuestro juicio, no puede entenderse que exista una predisposición absoluta a practicar la testifical del menor como prueba preconstituida debiendo matizarse para el caso de los menores situados en la franja de edad de los 14 a los 17 años en el sentido contemplado en el artículo 600 ALECrim, es decir, condicionando en este caso la preconstitución a una previa evaluación de los expertos, pues, de este modo, estaríamos evitando el automatismo que viene unido a la hiperprotección de los menores y al mismo tiempo, configurando una presunción iuris tantum con base en la cual la vulnerabilidad debería ser demostrada para el caso de que el menor se encuentre en la franja de edad indicada¹⁰⁴. De lo contrario, la minoridad se convertiría en una indefinida dispensa genérica de comparecer en el plenario. Y es que, como venimos sosteniendo a lo largo del presente trabajo, el tratamiento especial que reciben los menores encuentra su justificación en los estudios de los expertos psicológicos por lo que carece de todo sentido que, el legislador que, precisamente, se ha basado en tales estudios para configurar el régimen legal de estos sujetos del proceso, se desmarque de los mismos para configurar su intervención.

El problema lo detectamos en relación con la reforma operada en el Derecho penal sustantivo, pues la ley no ha derogado los delitos actualmente vigentes que contienen una tutela específica para los menores de 4 y de 16 años. Por lo tanto, como afirma Blanco Cordero, se perpetúa,

¹⁰³ SEMPERE FAUS, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n° 13, 2020, p. 882.

¹⁰⁴ BLÁZQUEZ PEINADO, «Víctimas vulnerables y menores en el proceso penal en el ámbito de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, n°52, 2020, pp. 22-23.

desafortunadamente, la incoherencia que preside esta regulación¹⁰⁵. Así pues, coincidimos en este ámbito con el Comunicado del Grupo de Estudios de Política Criminal en que, si bien la LO 8/2021 «aporta algunas mejoras para la protección de los menores, [...] desaprovecha la oportunidad de corregir defectos en diversos defectos directamente relacionados con las situaciones que pretende prevenir»¹⁰⁶.

En el marco del Derecho penal sustantivo, para solventar el problema referenciado, son varias las propuestas planteadas por la doctrina.

Algunos autores proponen la creación de una agravante genérica, aplicable a todos los delitos, que se extienda hasta la edad cronológica máxima de 18 años, y que se estime únicamente cuando las características del menor hubieran tenido real y concreta incidencia en la comisión delictiva¹⁰⁷. La propuesta de estos autores presenta la ventaja de unificar el tratamiento de la edad, con carácter general, para todos los delitos de la parte especial, pero a costa de limitar los efectos penológicos a los de la concurrencia de una agravante genérica; es decir, la imposición de la pena del correspondiente delito en su mitad superior (art. 66.1.3º)¹⁰⁸. Sin embargo, algún autor se pregunta si no introduciría mayor inseguridad jurídica al supeditar la apreciación de un tratamiento punitivo reforzado a que en el caso concreto se demuestre que las características del menor han incidido en la comisión del delito, ya que hay delitos en los que entiende que los menores han de ser objeto de una protección reforzada sencillamente en cuanto tales¹⁰⁹.

Otros, proponen que se armonicen las edades. Según estos últimos, debería reconducirse toda la amalgama de edades actualmente vigente a dos momentos principales: los doce años (trece o catorce, según otros autores), por debajo de cuya edad se le debería brindar una protección absoluta. Y los dieciocho, como edad de asunción de una plena responsabilidad personal y ante la sociedad, manifestada en el alcance de la mayoría de edad a todos los efectos¹¹⁰.

¹⁰⁵ Al respecto, critica BLANCO CORDERO, PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dirs.), en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, p. 512 ss.

¹⁰⁶ Comunicado del Grupo de Estudios de Política Criminal sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia, disponible en: <https://www.politicacriminal.es/documentos/comunicados/comunicado-sobre-la-ley-de-proteccion-de-la-infancia-y-la-adolescencia>

¹⁰⁷ GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUERVA (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social*, p. 131; y CABRERA MARTÍN, «Algunas cuestiones acerca del tratamiento penal de la violencia que los adultos ejercen sobre los menores de edad», en MARTÍNEZ GARCÍA, (Coord.), *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 179.

¹⁰⁸ No tendría nada que ver con la edad como motivo discriminatorio que propone el Proyecto de Ley. Esta previsión recuerda inevitablemente a la antigua agravante de desprecio del respeto que por la edad mereciese el ofendido, que se contenía en el artículo 10.16º del CP de 1973 y que fue suprimida por el CP 1995.

¹⁰⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, *Revista General de Derecho penal*, nº 20, 2013, p. 6. Esta autora afirma que hubiese sido preferible que el legislador hubiera optado por equiparar a los menores de edad, cada vez que éstos reciben un tratamiento de protección reforzado, a las personas especialmente vulnerables, al ser este un término más omnicomprensivo.

¹¹⁰ TAMARIT SUMALLA, «La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo CP», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 39, 1986, p. 501. ROPERO CARRASCO, «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 225-300. PÉREZ MACHÍO y DE LA CUESTA, pág. 61 y 63, sostienen que la vulnerabilidad subjetiva, asociada a características biológicas y psicosociales que generan situaciones de indefensión y de inferioridad requiere de una mayor intervención respecto de aquellos colectivos de menores de edad que cronológicamente podemos llegar a considerar especialmente vulnerables, que son los ubicados, según las distintas aportaciones victimológicas, en el periodo de la infancia y adolescencia temprana: esto es, hasta los 13 o 14 años. PÉREZ

En efecto, la creación de una agravante genérica podría resultar interesante para solventar los problemas que plantean los subtipos cualificados. Si se mantiene la regulación actual, parece necesario, al menos, modificar las presunciones de vulnerabilidad en este ámbito. Así, la especial vulnerabilidad de los menores de muy corta edad debería presumirse en todo caso y, por el contrario, la de todos los menores de entre dieciséis y dieciocho años debería valorarse atendiendo a su desarrollo.

Quizás, considerando la investigación en este ámbito, lo más adecuado sería fijar la franja de los 14 años de edad como límite de la presunción de vulnerabilidad¹¹¹. Como afirma PÉREZ MACHÍO, si bien se admite como colectivo vulnerable a la totalidad de los menores de 18 años, el hecho de que los menores de 12 o 13 años presenten un mayor riesgo no solo de victimización, sino de desarrollar secuelas psicopatológicas más graves que el resto de menores de edad, es decir, los situados en la franja de edad entre 14 y 17 años, requiere un abordaje victimológico más tuitivo de estos primeros, en tanto que grupo de edad más vulnerable en el ámbito victimológico¹¹². Esto, a su vez, sería absolutamente coherente con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que sólo resulta de aplicación a los menores de entre 14 y 18 años¹¹³. Como sostiene la doctrina, resulta incoherente que una persona con 14 años tenga responsabilidad penal por la comisión de delitos, entendiéndose por tanto que tiene la madurez suficiente para comprender las consecuencias de sus actos en el ámbito penal, pero no pueda, por ejemplo, decidir válidamente mantener relaciones sexuales o declara como

MACHÍO/DE LA CUESTA ARZAMENDI, PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dirs.) en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, pp. 61 ss.

¹¹¹ En el mismo sentido, PÉREZ MACHÍO afirma que la infancia a la que podría considerarse especialmente vulnerable es la etapa que alcanza hasta los 12 o 13. Véase, PÉREZ MACHÍO, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 25, 2021, p. 272.

¹¹² Esta autora afirma que «la vulnerabilidad subjetiva, asociada a características biológicas y psicosociales que generan situaciones de indefensión y de inferioridad, requiere de una mayor intervención respecto de aquellos colectivos de menores de edad que cronológicamente podemos llegar a considerar especialmente vulnerables, que son los ubicados en el periodo de la infancia, esto es, hasta los 12-13 años; etapa en la que, según la victimología del desarrollo, por un lado, presentan un mayor riesgo de victimización por la situación de dependencia del menor, así como por su escaso nivel de desarrollo físico, psicológico y social y, por otro, los supuestos de victimización pueden llegar a generar en los menores graves secuelas y trastornos psicopatológicos que podrían incluso acontecer en la etapa adulta, cuando los factores de protección del mismo resultaran insuficientes». PÉREZ MACHÍO, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 25, 2021, pp. 273 ss.

¹¹³ Sostiene GONZÁLEZ RUS que la mayor vulnerabilidad del menor ante el comportamiento del que es víctima, su especial inferioridad e indefensión frente al autor, el reconocimiento de una menor capacidad para valorar y decidir la naturaleza y respuesta al ataque, etc., son argumentos que también fundamentan la limitación de la responsabilidad penal del menor como autor de un delito. En especial, su inferior capacidad para valorar debidamente la significación y circunstancias de su conducta delictiva, lo que implica una menor capacidad entender la ilicitud de su hecho y de control su propio comportamiento. GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUERVA (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social*, p. 131. En este sentido, se sostiene que si el fundamento de una respuesta punitiva diferente en los supuestos de infractores de entre 14 y 18 años, así como de una respuesta meramente protectora en los casos de personas menores de 14 años encuentra su fundamento en el grado de inmadurez personal de este colectivo de sujetos, sobre idéntico sustrato pivota la idea de vulnerabilidad subjetiva de los menores de edad en tanto que víctimas de delitos. La incapacidad de discernimiento suficiente desde el punto de vista intelectual, volitivo y de asimilación de representaciones o de valores se configura, por lo tanto, como una característica intrínseca a todas aquellas personas menores de edad, ubicándolas en un estadio biológico, físico y psicológico de inferioridad de indefensión, propios del concepto de vulnerabilidad subjetiva. Al respecto, PÉREZ MACHÍO/DE LA CUESTA ARZAMENDI, PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dirs.) en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, p. 29 ss.

testigo en el proceso¹¹⁴. A mayor abundamiento, esta propuesta sería la única coherente con el tratamiento otorgado a los menores mediante la LO 8/2021 en el resto de los ámbitos.

La conclusión alcanzada en este trabajo es, pues, que no se ha atendido a la investigación que en el ámbito de la Victimología evolutiva ha graduado la vulnerabilidad victimal del menor de edad ni tampoco a los datos estadísticos de criminalidad a la hora de tutelarlos de un modo reforzado en el Código penal, sino que, como ya había afirmado la doctrina en numerosas ocasiones, la regulación penal de la protección especial para los menores de edad es absolutamente inconsistente. Como se denuncia desde la Psicología, legislar desde una desconsideración de los procesos cognitivos, afectivos y sociales que marcan la vida del niño y del adolescente deriva en situaciones incongruentes¹¹⁵.

5. Bibliografía

ABELLÁN ALBERTOS, Antonio, «Tratamiento de los menores víctimas en el proceso penal», *La Ley, Derecho de Familia*, nº27, 2020, p. 6.

ALONSO ÁLAMO, «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117, 2015, pp. 19 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 313-332.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, «Lesiones I», en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 209.

BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana/GÓMEZ-BENGOECHEA, Blanca, «Los menores con discapacidad como víctimas de maltrato infantil: una revisión», *Intervención psicosocial*, Vol. 15, nº 3/2006, pp. 293-306.

BERTOLINO, Marta, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010.

BLANCO CORDERO, Isidoro, «Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el CP», en PÉREZ MACHÍO, Ana/DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier (Dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Madrid, 2020, p. 512.

BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores, «Víctimas vulnerables y menores en el proceso penal en el ámbito de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, nº52, 2020, pp. 22 ss.

¹¹⁴ GONZÁLEZ AGUDELO, «Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 18-15, 2016, p. 27; y PÉREZ MACHÍO, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 25, 2021, pp. 266 ss.

¹¹⁵ GALÁN RODRÍGUEZ, ARMENTA DEU/ROMÍ VALLS-LLOVERA (Dir.), en *La víctima menor de edad: Un estudio comparado Europa-América*, pp. 51-52.

BUJOSA VADELL, Lorenzo, «El menor como víctima», en BUJOSA VADELL, Lorenzo/DEL POZO PÉREZ, Marta (Dir.) *Proceso Penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 41 ss.

BURKE, Tim/ABRAMOVITCH, Rona /ZLOTKIN, Stanley, «Children's understanding of the risks and benefits associated with research». *J Med Ethics* 2005, pp. 715 ss.

CABRERA MARTÍN, Myriam, «Algunas cuestiones acerca del tratamiento penal de la violencia que los adultos ejercen sobre los menores de edad», en MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coord.), *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 179 ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel «Delitos contra las personas», en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Coord.), *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, nº 7417.

CARAVACA LLAMAS, Carmen/SÁEZ DATO, Mari Ángeles, «Las otras víctimas: consecuencias y reconocimiento legal de los menores de edad víctimas de la violencia de género ejercida en el hogar», *Boletín criminológico*, nº 191, 2020, pp. 1 ss.

CHOZAS ALONSO, José Manuel, *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, «El menor como víctima del delito tras la última reforma del CP (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)», en ARMENTA DEU, Teresa/ROMÍ VALL-LLOVERA, Susana (Coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010, pp. 25 ss.

CUNNINGHAM, Alison/BAKER, Linda Lilian, «Little eyes, little ears: how violence against a mother shapes children as they grow», *Center from Children & families in the Justice System*, Londres, 2007, pp. 32 ss.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto, «Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21-20, 2019, pp. 44 ss.

DÍAZ PITA, María Paula, «La declaración del menor víctima de abusos y agresiones sexuales en el proceso penal a la luz de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal», en ARMENTA DEU, Teresa/ROMÍ VALL-LLOVERA, Susana (Coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010, pp. 153 ss.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, «La infancia como bien jurídico colectivo protegido penalmente», *Diario La Ley*, nº 9188, 2018, pp. 1 ss.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, «Abusos sexuales a menores e interés superior del menor: tendencias jurisprudenciales a la luz de la presunción de inocencia», *Diario La Ley*, 2017, pp. 13 ss.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique/GUERRICAECHEVARRÍA, Gonzalo, «Especial consideración de algunos ámbitos de victimización», en BACA BALDOMERO, Enrique/ECHEBURÚA ODRIÓZOLA,

Enrique/TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 151 ss.

GALÁN RODRÍGUEZ, Antonio, «La perspectiva psicológica de la víctima menor de edad», en ARMENTA DEU, Teresa/ OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana (Dir.), *La víctima menor de edad: Un estudio comparado Europa-América*, Colex, La Coruña, 2010, pp. 54 ss.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, «El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley orgánica de 20 de septiembre de 2013», *Revista General de Derecho penal*, nº 20/2013, pp. 5 ss.

GARCÍA JIMÉNEZ, Milagros/BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, María Soledad/MORALES GARCÍA, María Luisa, «Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio», *Eúphoros*, 2002, pp. 37 ss.

GARCÍA MOSQUERA, Marta, «Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal», *Revista General de Derecho penal*, nº 32, 2019, pp. 38 ss.

GISBERT CALABUIG, Juan Antonio, *Medicina legal y toxicología*, Elsevier, Barcelona, 1991.

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, «Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 18-15, 2016, pp. 27 ss.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, «El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 128 ss.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, «Observaciones a las novedades introducidas por la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal», *Diario La Ley*, nº 9902/2021, pp. 1 ss.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ José Luis/MUÑOZ, José Manuel/SOTOCA, Andrés/MANZANERO PUEBLA, Antonio Lucas, «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», *Papeles del psicólogo*, 2013, Vol. 34 (3), pp. 230 ss.

GUTIÉRREZ-BERMEJO, Belén/AMOR ANDRÉS, Pedro, *Víctimas vulnerables*, 2019.

HERRERA MORENO, Myriam, «El niño ante la agresión doméstica: malos tratos y abuso sexual», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 54, 1994, pp. 1113 ss.

LÓPEZ HERRERO, Luis Salvador/AGUILAR REDORTA Lola, et al, «Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para valorar el interés del menor», *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 24, 2005, pp. 117-150.

LÓPEZ LÓPEZ, Cristina Isabel, «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida», *Revista penal*, nº 48, 2021, pp. 94 ss.

LÓPEZ LÓPEZ, Cristina Isabel, «La víctima menor de 16 años en los delitos de homicidio y asesinato: reflexiones sobre la indefensión como fundamento de la agravante», en DE VICENTE REMESAL, Javier, et al. (Dir.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen II*, Reus, Madrid, 2020, pp. 1711 ss.

MAGRO SERVET, Vicente, «Necesidad de la práctica de prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos de agresiones sexuales», *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 64, octubre 2009, pp. 7 ss.

MARTÍN RÍOS, María Pilar, *Víctima y justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2012.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David/PATRO HERNÁNDEZ, Rosa María/AGUILAR CÁRCELES, Marta María, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, Madrid, 2014.

MOYA GUILLEM, Clara, «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 24, 2020, pp. 13-58.

OGANDO DÍAZ, Beatriz/GARCÍA PÉREZ, César, «Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro», *Pediatría Integral* 2007; XI, pp. 877 ss.

OLIVAN GONZALVO, Gonzalo, «Maltrato en niños con discapacidades: características y factores de riesgo», *Anales Españoles de Pediatría*, 56 (3), 2002, pp. 219 ss.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Homicidio», en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Coord.), *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, p. 808.

PÉREZ MACHÍO, Ana, «La protección penal del/de la menor víctima de delitos. Hacia un derecho penal basado en el paradigma de la victimología evolutiva y de la vulnerabilidad del/la menor de edad», *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 25/2021, pp. 266 ss.

PÉREZ MORALES, Mónica, «Sucesivas declaraciones de la víctima menor de edad: fases policial y judicial», *Aranzadi Doctrinal*, nº1 abril 2009, pp. 103 ss.

GÓMEZ-CAMPOS/DE ARRUDA, Miguel/HOBOLD, Matheus/ABELLA/CAMARGO/MARTÍNEZ SALAZAR/COSSIO-BOLAÑOS, Marcos, «Valoración de la maduración biológica: usos y aplicaciones en el ámbito escolar», *Revista Andaluza de Medicina del Deporte*, vol. 6, nº 4/2013, p. 152.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Francisco Javier/GARCÍA CALVO, Teresa/PÉREZ CÁRCELES, María Dolores/OSUNA CARRILLO-ALBORNOZ, Eduardo Javier, «El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario», *DS: Derecho y salud*, Vol. 26, Nº. Extra 1, 2016 (Ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), pp. 229 ss.

RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Pedro Javier, «Impacto de la conducta violenta sobre los menores», en GARCÍA MEDINA, Pablo, et al. (Dir.), *Violencia y psicología comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales*, Comares, Granada, 2011, p. 35.

ROPERO CARRASCO, Julia, «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 225 ss.

RUIZ JIMÉNEZ, José, «La situación del menor en el ámbito sanitario», *Revista de Pediatría y Atención Primaria*, 2011, pp. 15 ss.

SEMPERE FAUS, Silvia, «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 13, 2020, pp. 880 ss.

SIMÓN LORDA, Pablo, «El consentimiento: alianza y contrato, deliberación y decisión», en COUCEIRO, Antonio (Dir.), *Ética en cuidados paliativos*, Triascatela; 2004, pp. 91 ss.

SOLÉ RIERA, Jaume, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

SUBIJANA ZUNZÚINEGUI, Ignacio/ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique, «Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados», *Anuario de Psicología Jurídica*, 2018, pp. 22 ss.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, «La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo CP», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 39, 1986, pp. 501 ss.

TENA ARAGÓN, María Félix, «Protocolo de actuación con menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección víctimas de delitos» en DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dir.) *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 264.

TORRES SÁNCHEZ, Carmen, «Ámbito y competencia del médico forense. La víctima desde el punto de vista médico forense. El informe médico forense», en RUBIO LARA, Pedro Ángel (Dir.), *Victimología Forense y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 254.

VINAGRE GONZÁLEZ, Agustina, «Víctimas especialmente vulnerables (I): el menor y el anciano como víctimas», en LAGUNA HERMIDA, Susana/GÓMEZ GARCÍA, Laura (Coord.), *Manual de Victimología*, Delta, Madrid, 2019, p. 65.