

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXXVI

■ Núm. 2.258

■ Diciembre de 2022

ESTUDIO DOCTRINAL



**VENTAJAS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PRUEBA
PRECONSTITUIDA PARA LA DECLARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS
MENORES DE EDAD Y CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE
ESPECIAL PROTECCIÓN EN EL PROCESO PENAL**

Manuel José García Rodríguez



ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ>

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau
*Registrador de la Propiedad y académico de número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación (España)*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García
*Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos
*Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

D. Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (España)

D.^a Encarnación Roca Trías
*Vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Barcelona (España)*

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino
*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Nieves Fenoy Picón
*Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Ángel Menéndez Rexach
*Catedrático emérito de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Teresa Armenta Deu
*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona (España)*

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

VENTAJAS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA PARA LA DECLARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD Y CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN EL PROCESO PENAL

MANUEL JOSÉ GARCÍA RODRÍGUEZ

Profesor ayudante doctor del Área de Derecho Penal. Departamento de Derecho Público. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

Resumen

En el presente estudio se examinarán las principales ventajas que conlleva la nueva regulación de la prueba preconstituida como medio para facilitar la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el marco del proceso penal, con la finalidad de prevenir su victimización secundaria y proteger la calidad de su testimonio. Y con este propósito analizaremos el nuevo articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia. Evaluándose a partir de la más reciente jurisprudencia en qué medida los presupuestos y requisitos legalmente exigidos permiten garantizar en estos supuestos que la práctica de la declaración se desarrolla conciliando el interés superior del menor con el derecho del acusado a un proceso justo con todas sus garantías.

Palabras clave

Prueba preconstituida; declaraciones judiciales; personas menores; personas con discapacidad; víctimas vulnerables; victimización secundaria; proceso penal.

Abstract

This study will examine the main advantages of the new regulation of pre-constituted evidence as a means to facilitate the declaration of minor victims and those with disabilities in need of special protection in the framework of criminal proceedings, in

order to prevent their secondary victimization and protect the quality of their testimony. And for this purpose we will analyze the new articles of the Criminal Procedure Law after the reform carried out by Organic Law 8/2021, of June 4, on the comprehensive protection of children and adolescents against violence. Evaluating from the most recent jurisprudence to what extent the budgets and legally required requirements allow to guarantee in these cases that the practice of the declaration is developed by reconciling the best interests of the minor with the right of the accused to a fair process with all its guarantees.

KEYWORDS

Pre-constituted evidence; court statements; minors; people with disabilities; vulnerable victims; secondary victimization; criminal process.

SUMARIO

I. Consideraciones previas	7
II. ¿De dónde partimos? Estándares mínimos en el derecho internacional y europeo	
2.1. La normativa internacional ¿Cuáles son las recomendaciones de Naciones Unidas?	9
2.2. ¿Cuáles son los desarrollos registrados en el marco regional europeo? ..	12
2.3. ¿Otros modelos de referencia? Soluciones ofrecidas en el derecho comparado	17
III. Avances en el ordenamiento jurídico español para el reconocimiento de la prueba preconstituida	
3.1. Antecedentes de su regulación positiva en el marco del proceso penal ..	20
3.2. Reconocimiento por la Fiscalía General del Estado	22
3.3. Las nuevas previsiones incluidas en el Estatuto de la víctima del delito ..	23
3.4. Otras propuestas de <i>lege ferenda</i> : Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020	25
IV. Análisis de la nueva regulación de la prueba constituida tras la reforma de la LO 8/2021	
4.1. Presupuestos para que la autoridad judicial acuerde practicarla	29
4.2. Requisitos procesales exigidos para la validez de la prueba en la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad	34
4.2.1. <i>Garantía del principio de contradicción en la práctica de la declaración</i>	35
4.2.2. <i>Documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen</i>	39
4.2.3. <i>Reproducción de la grabación audiovisual de la declaración en el acto del juicio oral</i>	42
V. La necesidad de articular un protocolo de actuación para el uso de la prueba preconstituida en la práctica forense	
5.1. Elaboración de un protocolo común. ¿Qué estándares mínimos debería contemplar?	45
5.2. Importancia de habilitar un entorno amigable para practicar la prueba. ¿Qué ventajas ofrecen la cámara Gesell y las casas de los niños?	50
5.2.1. <i>El uso de la cámara Gesell en la Administración de Justicia</i>	51

5.2.2. Sobre las denominadas casas de los Niños. ¿Cuáles son los beneficios del modelo Barnahus?	54
VI. La imprescindible formación de los profesionales en la Administración de Justicia para garantizar una eficaz aplicación de la prueba preconstituida	56
VII. Conclusiones	64
Bibliografía	68

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde la práctica forense, cuando nos encontramos en el marco del proceso penal con personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, que hayan podido ser víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexual o cualesquiera otros especialmente graves o violentos, y en atención a su vulnerabilidad, se ha reiterado la conveniencia de articular diversas medidas que puedan evitar o prevenir los daños y perjuicios sobrevenidos para ellos derivados de su participación en las actuaciones judiciales.

De manera que, con el fin de adaptar la justicia penal a las particulares necesidades de estos colectivos, una de las medidas previstas ha sido la posibilidad de no practicar su interrogatorio en el acto del juicio oral, cuando estas víctimas hayan sido previamente interrogadas en algún momento procesal previo, otorgándose validez como prueba de cargo preconstituida a la declaración ya practicada durante la fase de instrucción. A cuyo efecto, como se comprobará a través de las líneas del presente trabajo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional a partir de la normativa vigente en nuestro ordenamiento, con el fin de conciliar los derechos del menor a su protección y los del acusado a un proceso justo con todas las garantías, se ha mostrado muy exigente a la hora de establecer los presupuestos y requisitos que deben concurrir. Para verificar que en estos casos esa declaración de la víctima-testigo menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección se ha desarrollado dentro de un marco adecuado y suficiente de posibilidades contradictorias.

En definitiva, lo que se persigue es establecer unas directrices claras que sirvan de guía a todos los operadores jurídicos que hayan de intervenir en este tipo de pruebas, para ofrecerles la certeza de que en estos casos concurren todas las condiciones necesarias para su validez. Y permitir, de este modo, conseguir la doble finalidad que con ella se pretende lograr en la práctica judicial: de un lado, minimizar el riesgo de victimización secundaria de este colectivo durante su intervención en el proceso penal, y, de otro, salvaguardar la calidad de sus testimonios como elemento probatorio, evitando que puedan alterarse o contaminarse con el transcurso del paso del tiempo. Pues no debemos olvidar el lapso de tiempo que suele transcurrir en este tipo de procedimientos entre la interposición de la denuncia y la celebración del juicio oral.

Unas directrices a partir de las cuales nuestro legislador, siguiendo, como veremos a continuación, los estándares mínimos establecidos en esta materia por la normativa internacional y europea, así como por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que la ha venido interpretando, procedió a regularla en nuestro ordenamiento jurídico con ocasión del nuevo Estatuto sobre la víctima del delito, promulgado por la Ley 4/2015, de 27 de abril (LEVD), y las modificaciones que este introdujo en nuestra norma procesal. Si bien, dados los problemas interpretativos que seguía generando su aplicación en la práctica de los tribunales, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIIA), la ha vuelto a reformar. Para establecer, con ocasión de las modificaciones que esta introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una regulación

más completa y detallada de las declaraciones que se vean obligadas a realizar las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el marco del proceso penal (art. 449 *bis* LECrim), con la previsión de todas aquellas disposiciones concretas sobre la forma de practicarlas como prueba preconstituida.

Y mediante la cual se garantiza en todo caso que esas declaraciones sean grabadas en un soporte apto para la reproducción del sonido y de la imagen, con la participación activa de especialistas en su desarrollo bajo el control judicial y dentro de un marco adecuado de contradicción, para evitar su posterior declaración en el plenario y que puedan ser reproducidas ante el tribunal sentenciador en presencia de todas las partes intervinientes. De modo que, como veremos, con esta reforma se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de 14 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (arts. 449 *ter* y 703 *bis* LECrim). Estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio oral, para evitar, como hemos anticipado, que el lapso de tiempo entre su primera declaración y la fecha del plenario afecte a la calidad del relato, y los riesgos de su victimización secundaria.

II. ¿DE DÓNDE PARTIMOS? ESTÁNDARES MÍNIMOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO

En el marco del derecho internacional y europeo, la necesaria tutela de las personas menores de edad y con discapacidad, como víctimas especialmente vulnerables en sus relaciones con el sistema de justicia penal, ha sido reconocida en numerosos instrumentos normativos de diverso alcance promulgados en sendos ámbitos. Todos los cuales tienen como fin principal el poderles ofrecer una respuesta adecuada a sus necesidades durante su participación en los procedimientos penales y paliar los riesgos de sufrir una doble victimización, garantizándoles de este modo una efectiva protección de sus derechos en sede judicial.

2.1. La normativa internacional. ¿Cuáles son las recomendaciones de Naciones Unidas?

Para hacer posible la protección reforzada de estos colectivos, ya en la década de los años ochenta Naciones Unidas, tomando consciencia de sus especiales necesidades y a través de su Asamblea General, aprobó, entre otras iniciativas, la Declaración de principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985)¹. La cual, entre sus disposiciones para mejorar el acceso a la justicia y un trato justo a las víctimas, destaca la necesidad de adecuar los procedimientos judiciales a esas necesidades, adoptando un conjunto de medidas para minimizar los perjuicios causados durante su participación en el proceso, proteger su intimidad y seguridad, prestando especial atención a las más vulnerables, entre las que se incluyen las personas menores de edad y personas con discapacidad. Y cuyos derechos se habrán de interpretar en todo caso con arreglo a la Convención de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989², que para proteger su interés superior proclama que, «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño (art. 3.1).

Un principio que también orienta la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo del año 2000³. Para obligar a todos los Estados parte a adoptar aquellas medidas más

1 Vid. El texto completo de esta declaración en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Código de los Derechos de las Víctimas* (3ª ed.), TAMARIT SUMALLA, J. M. (pról.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2019, pp. 39-44, en: <https://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/publico/libros/derechoVictimas/> [Consulta: 10-12-2022].

2 Vid. Instrumento de ratificación de la Convención por el Estado español, que con arreglo a lo establecido en su art. 49 entró en vigor en nuestro país el 5 de enero de 1991 (BOE núm. 313, 31 de diciembre 1990).

3 Vid. Instrumento de ratificación del Protocolo por el Estado español, que con arreglo a lo establecido en su art. 14 entró en vigor en nuestro país el 18 de enero de 2002, en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Código de los Derechos...*, op. cit., pp. 53-62.

adecuadas para proteger sus derechos e intereses en todas las fases del proceso penal (art. 8.1), debiendo a tal fin:

- a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos.
- b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa.
- c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional.
- d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas.
- e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas.
- f) Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias.
- g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas u en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.

Disposiciones que, sin duda alguna, habrían de facilitar el camino para que en el año 2005 pudieran ser aprobadas las directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos⁴, contemplándose para ellos un conjunto de medidas específicas para garantizar su intimidad y protegerles de posibles sufrimientos en todas las etapas del proceso de justicia. Evitándoles un número excesivo de intervenciones y promoviendo la actuación de profesionales expertos, o la utilización de medios técnicos, para impedir su confrontación visual con el presunto autor del delito durante su interrogatorio⁵. Y cuya puesta en práctica a nivel nacional se ha

4 Vid. El texto completo de estas directrices aprobadas por la Resolución 2005/20, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (36.ª sesión plenaria, 22 de julio de 2005), en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Código de los Derechos...*, op. cit., pp. 93-106.

5 Especial interés reviste su art. 31, que impone a los profesionales el deber de aplicar las siguientes medidas:

«a) Limitar el número de entrevistas: deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos, a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas, y todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo, utilizando grabaciones de vídeo;

b) Velar por que los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberán proporcionar salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas;

querido facilitar con la aprobación de un manual que sirviera de orientación a los responsables de los Gobiernos de los distintos Estados y profesionales en contacto con los menores-víctimas y testigos en el sistema de justicia penal⁶.

Un contexto en el cual también deben ser destacadas las medidas que a favor de las personas discapacitadas, se plasman en el art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español⁷, para facilitarles su acceso efectivo a la justicia y «su declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación».

Y aunque con una vigencia territorial más restringida, asimismo debemos poner en valor las denominadas Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad⁸, que también se pronuncian sobre el necesario anticipo jurisdiccional de la prueba cuando concurren estas circunstancias especiales⁹. De modo que con este fin su regla 37 recomienda «la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad»¹⁰.

c) Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos, así como permitir la supervisión por parte de los magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a expertos en psicología».

6 Con arreglo al *Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas*, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, pp. 80 y 81, en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Proffesionals_and_Policymakers_Spanish.pdf [Consulta: 10-12-2022], se habrá de limitar en la medida de lo posible el número de entrevistas al menor y garantizar su adecuado registro mediante grabación de audio y vídeo, concediendo a esos testimonios grabados durante la fase previa al juicio la misma importancia que a los testimonios directos, siempre y cuando se respeten los derechos de la defensa.

7 *Vid.* El texto de la Convención ratificada por el Estado español el 23 de noviembre de 2007, en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Código de los Derechos...*, *op. cit.*, pp. 113-119.

8 *Vid.* El texto completo de las citadas reglas aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> [Consulta: 10-12-2022].

9 DELGADO MARTÍN, J., «Un proceso amigable y adaptado a las necesidades de las personas menores de edad», *Diario La Ley*, Núm. 9671, 10 de julio de 2020, p. 5.

10 En el mismo sentido con el fin de evitar compareencias innecesarias, se manifiestan las reglas 70, «Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el Derecho aplicable», y 71, «En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales».

Por lo que en estos casos resultará necesaria y especialmente indicada la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales.

2.2. ¿Cuáles son los desarrollos registrados en el marco regional europeo?

Por lo que se refiere al marco regional europeo, la mayoría de estas medidas para garantizar una mejor respuesta a las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en sus relaciones con el sistema de justicia penal, también han sido asumidas en numerosas recomendaciones promulgadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa a sus Estados miembros¹¹. Con las cuales se persigue que su estado físico y psicológico pueda ser tenido en consideración en todas las fases del procedimiento, creando a tal fin las condiciones especiales para que con ocasión de su audiencia pueda evitarse la repetición de su testimonio, y disminuir así los efectos traumáticos sobre su desarrollo. Y que afortunadamente años más tarde fueron incorporadas con un carácter vinculante para todos los Estados parte del Consejo, en el articulado del Convenio Europeo para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007¹², para brindarles la tutela que en este ámbito pudieran necesitar.

Al reconocer de forma expresa la posibilidad de aplicar la prueba preconstituida en estos supuestos, estableciendo que «las entrevistas a la víctima o, en su caso, a un niño testigo de los hechos, puedan ser grabadas en vídeo y dicha grabación sea admisible como medio de prueba en el procedimiento penal, de acuerdo con las normas previstas en el derecho interno» (art. 35.2). O que «el juez pueda ordenar que la audiencia de la víctima pueda realizarse sin necesidad de que la misma esté

11 Sobre las medidas incluidas en la Núm. R (1997) 13, de 10 de septiembre de 1997, sobre intimidación de los testigos y los derechos de la defensa, GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Curso de Victimología y Asistencia a las Víctimas en el Proceso Penal*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006, p. 56, destaca las siguientes:

«- Los testigos vulnerables deberían ser interrogados, siempre que fuera posible, al inicio del procedimiento penal, lo más pronto posible tras haber denunciado los hechos. Tal interrogatorio se debería desarrollar de manera especialmente cuidadosa, respetuosa y minuciosa.

- El interrogatorio no se debería repetir, y debería ser llevado a cabo por o en presencia de una autoridad judicial, y la defensa debería tener suficiente oportunidad de cuestionar este testimonio.

- Si fuera necesario, las declaraciones prestadas antes del juicio deberían ser grabadas en vídeo para evitar la confrontación cara a cara, así como innecesarios y repetitivos interrogatorios que pudieran provocar un trauma».

12 *Vid.* El texto completo del Convenio ratificado por el Estado español, que entró en vigor de forma general el 1 de julio de 2010 y en nuestro país el 1 de diciembre de 2010, de conformidad con lo establecido en su art. 45.4, en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Código de los Derechos...*, op. cit., pp. 157-182.

presente, recurriendo, en particular, a las tecnologías de la comunicación apropiadas» (art. 36.2). Lo que en su momento fue muy bien acogido por la doctrina, al considerar que de este modo podía hacerse compatible la protección de los intereses de este colectivo de víctimas de especial vulnerabilidad con la necesaria garantía del principio de contradicción que debe regir en todo caso durante la tramitación de las actuaciones del proceso penal¹³.

Además, han de ser destacadas también en este concreto ámbito, las Directrices para una justicia adaptada a los niños (Aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010, en la 1098.ª reunión de los delegados de los ministros)¹⁴, por constituir un paso adelante a la hora de generalizar la aplicación de este tipo de medidas pro víctimas. Y mediante las cuales los sistemas judiciales de todos los Estados parte habrán de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de los menores al máximo nivel posible, teniendo en cuenta para ello su grado de madurez y las circunstancias que concurran en cada caso particular sometido a los tribunales¹⁵. Preocupándose, entre otras iniciativas, de hacer realidad una justicia accesible para ellos, adaptada a su edad y necesidades. Con la previsión expresa entre sus disposiciones de fomentar las declaraciones audiovisuales de aquellos niños que sean víctimas o testigos, sin vulnerar los derechos de las demás partes en el proceso penal, además de recomendar que estas entrevistas y la toma de declaraciones en la medida de lo posible sean realizadas por profesionales cualificados y en un entorno amigable, para evitar cualquier tipo de confrontación visual de las víctimas con su presunto agresor.

Unos compromisos tuitivos a favor de las personas menores y personas con discapacidad que también fueron plasmados por la Unión Europea en el articulado de la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹⁶, a las que prestó una particular atención como grupos de especial vulnerabilidad, con la previsión en su texto de un conjunto de disposiciones dirigidas a garantizarles una mejor protección de su seguridad e intimidad durante su participación en las actuaciones judiciales¹⁷. Y que oportunamente

13 CALVO SÁNCHEZ, M. C., BUJOSA VADELL, L., «Aspectos jurídico-penales de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores en Europa», *Anuario de Justicia de Menores*, núm. XII, 2012, pp. 88-89, y SERRANO MASIP, M., «Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal», *InDret*, núm 2, 2013, pp. 9-10.

14 *Vid.* El texto de dichas directrices en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Código de los Derechos...*, *op. cit.*, pp. 225-227.

15 MIRANDA ENTRAMPES, M., «Los menores como víctimas de hechos delictivos tratamiento procesal», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 142.

16 DO L 82, de 22 de marzo de 2001, pp. 1-4.

17 Sobre la obligación de los Estados miembros de proteger a las víctimas más vulnerables de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, adoptando las medidas

fueron interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en respuesta a una cuestión prejudicial planteada sobre su aplicación por un tribunal italiano, en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debía poder autorizar a niños de corta edad que alegaban haber sido víctimas de malos tratos a prestar declaración, garantizándoles un nivel adecuado de protección, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de esta (C-105/03-Pupino)¹⁸. La cual, confirmada años más tarde en otra STJUE sobre un asunto relativo a unos abusos sexuales de un padre a su hija menor¹⁹, es frecuentemente citada por nuestra jurisprudencia—SSTS 178/2018, de 12 de abril, 44/2020, de 11 de febrero, 88/2021, de 3 de febrero y 987/2021, de 15 de diciembre, entre las más recientes— al entender que dicha interpretación, aunque referida a la Decisión Marco, conserva aún plena vigencia.

Pues la aprobación de la nueva Directiva 2012/29/UE del Consejo y del Parlamento de la Unión Europea, 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 delitos²⁰, sustituye a la anterior decisión marco, y viene a reforzar sus disposiciones protectoras en esta materia. Con la expresa previsión en su art. 1.2 de que cuando la víctima sea

necesarias para este fin al amparo de las disposiciones de la decisión marco (art. 2.1, 3 y 8) y de acuerdo con su derecho nacional, vid. GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 134-135.

18 Según declara la STJUE de 16 de junio de 2005 (Gran Sala), Pupino, C-105/03, R. I-05285: «Los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión Marco».

19 Con arreglo a la STJUE de 21 de diciembre de 2011 (Sala Segunda), en procedimiento entablado contra X, del que se sospechaba que había cometido de forma reiterada actos de carácter sexual contra su hija menor de 5 años, C-507/10, R. I-14241: «Los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a disposiciones nacionales, como las de los artículo 392, apartado 1 bis, 398, apartado 5 bis y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana, que, por una parte, no imponen al Ministerio Fiscal la obligación de solicitar del órgano jurisdiccional competente para resolver el asunto que permita que a la víctima especialmente vulnerable se la oiga y se le tome declaración mediante incidente probatorio en la fase de instrucción del proceso penal y, por otra parte, no autorizan a la citada víctima a interponer un recurso ante el juez contra la decisión del Ministerio Fiscal que desestima su solicitud de ser oída y de que se le tome declaración mediante el mencionado incidente».

20 DO L 315, de 14 de noviembre de 2012, pp. 57-73.

menor de edad «los Estados miembros velarán por que en la aplicación de la presente Directiva prime el interés superior del menor y dicho interés sea objeto de una evaluación individual. Y prevalecerá un planteamiento sensible a la condición de menor, que tenga en cuenta la edad del menor, su grado de madurez y su opinión, al igual que sus necesidades e inquietudes».

Y dado que entre las víctimas con especiales necesidades de protección se encuentran los menores de edad, también para ellos se contemplan en la norma una serie de medidas específicas durante su participación en las actuaciones judiciales (art. 24), que reproducen las previstas en otros instrumentos normativos ya suscritos en el marco regional europeo. Resultando particularmente novedosa la previsión legal de que en estos casos sus interrogatorios puedan ser grabados en vídeo y utilizados como elementos de prueba en el proceso penal, para evitarles los graves perjuicios que podría acarrearles su declaración en el acto del juicio oral²¹. Aunque permitiéndose, en todo caso, el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentre sometido al enjuiciamiento penal.

No obstante, es importante destacar que estas disposiciones también se encuentran presentes en otras normas aprobadas en la Unión. De modo que la posibilidad de que sus interrogatorios sean grabados por medios audiovisuales y que estas grabaciones puedan ser admitidas como prueba en el proceso penal es reconocida en el art. 20.4 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, 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 2004/68/JAI del Consejo. Y en el mismo sentido se pronuncia el art. 15.4 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo²². Advirtiéndose en todas estas normativas que estas disposiciones tuitivas se habrán de aplicar sin menoscabar los derechos de defensa del acusado en el marco del proceso penal, y que, como no podía ser de otro

21 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-24 (2016), p. 25.

22 La posibilidad de que los interrogatorios de las víctimas y testigos menores de edad sean grabados por medios audiovisuales y que estas grabaciones puedan ser admitidas como prueba en el proceso penal es reconocida en el art. 20.4 de la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, 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 (DO L 335, de 17 de diciembre de 2011, pp. 1-14), y art. 15.4 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101, de 15 de abril de 2011, pp. 1-11).

modo, también se habrán de tener presentes a la hora de interpretar todos y cada uno de los derechos reconocidos a las víctimas²³.

Lo que fue reiterado en el marco de la UE años más tarde, a través de sendos estudios detallados que sobre este particular se han desarrollado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), tras analizar las legislaciones de varios de sus Estados miembros. El primero de los cuales, centrado en las perspectivas y expectativas de los profesionales sobre la necesidad de hacer realidad esta justicia adaptada a los menores, fue publicado en 2015²⁴, y el segundo de ellos, desde la perspectiva y experiencia de los propios menores implicados en los procedimientos judiciales en calidad de víctimas, testigos o partes, vio la luz en 2017²⁵. Teniendo ambos a nuestro juicio un extraordinario valor práctico en la materia objeto del presente estudio, en la medida de que en ellos, a partir de las carencias detectadas, se comparten las buenas prácticas que se habrían de seguir con carácter general por todos los profesionales que en el ámbito de la Administración de Justicia estamos implicados en esta materia. Con el fin de hacer realidad la creación de unos espacios de audiencia y unos procedimientos más adaptados para estos colectivos en sus relaciones con el sistema de justicia penal, para así evitar el riesgo de su victimización secundaria y facilitar su participación en las actuaciones judiciales.

23 Según prevé el considerando 12 de la Directiva 2012/29/UE: «Los derechos establecidos en la presente Directiva se han de entender sin perjuicio de los derechos del infractor. El término infractor se refiere a la persona condenada por un delito. Sin embargo, a los efectos de la presente Directiva, también hace referencia a los sospechosos y a los inculpados, antes de que se haya reconocido la culpabilidad o se haya pronunciado la condena, y se entiende sin perjuicio de la presunción de inocencia».

Y con arreglo al considerando 58: «Se deberán ofrecer medidas adecuadas a las víctimas que hayan sido consideradas vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, con el fin de protegerlas durante el proceso penal. La naturaleza de tales medidas debe determinarse mediante la evaluación individual, teniendo en cuenta los deseos de la víctima. La magnitud de cualquier medida de este tipo deberá determinarse sin perjuicio de los derechos de defensa y de conformidad con las normas de discrecionalidad judicial».

24 FRA-Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los profesionales sobre la participación de los niños en los procedimientos civiles y penales en diez Estados miembros de la Unión Europea*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, 2015, en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/child-friendly-justice-perspectives-and-experiences-professionals-summary> [Consulta: 10-12-2022].

25 FRA-Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los niños implicados en los procedimientos judiciales en calidad de víctimas, testigos o partes en nueve Estados miembros de la UE*, Oficina de Publicaciones, Luxemburgo, 2017, en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-friendly-justice-perspectives-and-experiences-children-involved-judicial> [Consulta: 10-12-2022].

2.3. ¿Otros modelos de referencia? Soluciones ofrecidas en el derecho comparado

Siguiendo las recomendaciones de la normativa internacional y europea a la que acabamos de hacer referencia, la práctica anticipada de la prueba testifical de menores de edad durante la instrucción también ha sido legalmente prevista en numerosos ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, estudiados con detalle por nuestra doctrina. Que citan como ejemplo singular el caso italiano, donde su art. 392.1 *bis* CPP prevé un incidente probatorio para anticipar el testimonio de víctimas menores de 16 años que hayan padecido un delito de carácter sexual, pudiéndose practicar fuera de la sede del tribunal y documentarse mediante grabación de imagen y sonido (art. 398.5 *bis* CPP)²⁶. O bien el ordenamiento alemán, donde también de forma específica para estos supuestos cabe sustituir la declaración del menor en el plenario por la emitida en la fase de instrucción y registrada en soporte audiovisual (§§ 251 y 255.a) StPO)²⁷.

A los cuales, entre otros, se ha referido expresamente nuestro alto tribunal, en su STS 632/2014, de 14 de octubre²⁸, donde aprovecha para realizar un detallado recorrido por el derecho comparado y de forma ejemplar ya nos ilustra sobre cómo nuestro ordenamiento procesal podría en un futuro ofrecer también una cobertura legal a estos supuestos, para despejar cualquier género de dudas interpretativas y permitir una tutela más eficaz de los derechos constitucionales de los menores de edad y de los posibles investigados. Unas referencias que a nuestro juicio revisten un valor especial, al ofrecer a nuestro legislador los estándares mínimos que debería seguir a la hora de cumplir los compromisos a los que venía obligado por la normativa internacional y europea, y que finalmente ha hecho realidad tras la reforma de nuestra norma procesal a través de la LO 8/2021, de 4 de junio, que analizaremos en el siguiente apartado de este trabajo. Y que por ello consideramos reproducir:

En Alemania [...] el § 255 a) StPO prevé la grabación videográfica de las declaraciones de menores de 18 años víctimas de un delito sexual. La reproducción de la grabación puede sustituir la declaración del menor en el acto del juicio oral siempre que se haya

26 Más ampliamente en FLORES PRADA, I., *La prueba anticipada en el proceso penal italiano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 123 y ss.; CUBILLO LÓPEZ, I. J., *La protección de testigos en el proceso penal*, Civitas, Pamplona, 2009, pp. 210-211.

27 Al respecto, *vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M., VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La protección del menor víctima de abusos sexuales en el proceso penal», en TAMARIT SUMALLA, J. M., *La protección penal del menor frente al abuso y la exploración sexual (Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores)* (2.ª ed.), Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 139-140, y VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005, p. 282.

28 También la STS 48/2014, de 27 de enero, cita expresamente como ejemplo la regulación de la legislación procesal alemana, que prevé en estos casos un sistema de entrevista única con posible complemento tan solo cuando se revele como necesario.

preservado el principio de contradicción (presencia del abogado del acusado y posibilidad de interrogar). Durante la entrevista previa al juicio el juez y el menor están presentes en una sala mostrando ambos el perfil a una cámara inmóvil. La entrevista es transmitida a otra Sala en la que están presentes el fiscal, acusado, letrado defensor, así como habitualmente un psicólogo especializado en evaluación de credibilidad. Se advierte al menor de que el testimonio está siendo retransmitido. Una vez que el Juez ha finalizado con su interrogatorio se dirige a la sala contigua donde los presentes le pueden sugerir nuevas preguntas o aclaraciones que podrá efectuar si las considera necesarias. Si se reputa necesario, caben entrevistas o declaraciones complementarias posteriores.

En la legislación procesal penal italiana se habilita también un incidente de anticipación probatoria mediante la grabación del testimonio admisible para el menor de 16 años víctima de delitos sexuales (arts. 392 y 398 bis de su Código). El examen o interrogatorio puede tener lugar fuera de la sede del Tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el domicilio del menor. Las declaraciones testificales han de ser documentadas en su integridad con medios de reproducción fonográfica y audiovisual.

La legislación francesa desde 1998 (Loi n° 98-468, de 17 de junio), impone igualmente la grabación audiovisual de las declaraciones de estos menores, siempre que lo consienta el mismo menor o, en su caso, su representante legal. En la práctica el interrogatorio se efectúa por un profesional (psicóloga, médico, educador, etc.) en comunicación con los presentes en una dependencia aneja que pueden sugerirle preguntas o hacer indicaciones (art. 706-52 y 53 del Código de Procedimiento Penal).

En Suiza, el art. 154.IV de su Código de Procedimiento Penal dispone que si hay evidencias de que la entrevista o el interrogatorio provoca estrés emocional en el menor, se evitará la confrontación visual, salvo que el propio menor desee o se revele como inevitable. Por lo general no se permiten más de dos entrevistas durante todo el procedimiento. Tras la primera solo se admiten nuevas entrevistas si el imputado no tuvo oportunidad de ejercer sus derechos durante la primera entrevista o si lo reclama el interés del menor. En la medida de lo posible todas las entrevistas han de ser efectuadas por la misma persona que ha de ser un especialista en la materia. Las entrevistas se registran de forma audiovisual.

[...] En Finlandia, la ley que entró en vigor el 1 de enero 2014 también prevé la obligación de audio-video record de las declaraciones de las víctimas menores de edad y en general cualquier testigo “vulnerable” con esa finalidad de sustituir a la comparecencia en el juicio.

No obstante, también merecen ser destacadas las medidas tuitivas para las víctimas y testigos menores de edad previstas en el procedimiento penal de los Estados Unidos, al ofrecer la posibilidad de que su declaración pueda ser prestada con anterioridad a la celebración de la vista y registrada en vídeo. Acto en el que se podrá acordar que no esté presente el acusado, siempre y cuando se garantice la utilización de un circuito cerrado de televisión mediante el cual pueda seguir la declaración, y mantener contacto con su defensa, que sí estará presente en la sala, y admitiéndose que pueda

ser reproducida en el acto del juicio para sustituir la declaración del menor ante la Corte²⁹.

Unas medidas sobre las que también se ha pronunciado nuestro alto tribunal, que, a propósito de las que pueden ser aplicadas con carácter excepcional en dicho país, se plasman en el voto particular formulado a la STS 1008/2016, de 2 de febrero de 2017³⁰, al señalar que en este tipo de materias muy sensibles relacionadas con los abusos sexuales a menores de edad, incluso en ordenamientos que encubran la confrontación directa, también visual, entre los testigos de cargo y el acusado, se admiten reglas especiales para guiar la forma de proceder de los órganos judiciales en estos casos:

En USA, cuyo sistema adversarial es muy poco proclive para las excepciones en lo que es la declaración directa ante el propio Tribunal y cara a cara con el acusado, cuenta con pronunciamientos que admiten el testimonio no presencial del menor de edad víctima de abusos sexuales. La Sentencia Maryland v. Craig, 497 u. s. 836, 836-60 (1990) dio por válida la declaración en juicio de la víctima de abusos sexuales de 6 años mediante circuito cerrado de TV. Y más parecido con el asunto aquí examinado, guarda la sentencia recaída en el asunto White v. Illinois (1992), donde el Tribunal Supremo americano admitió la eficacia probatoria de las declaraciones del menor de edad que no solo no compareció en el juicio sino que además no había sido sometido a interrogatorio contradictorio. Dos órdenes de razones se aducían en apoyo de esa decisión: las declaraciones merecían crédito, eran fiables (reliable) pues se habían vertido de manera espontánea a diferentes personas y eran coincidentes. El menor había trasladado idéntico relato al médico que le había examinado; y, por otra parte, el acusado no había impugnado la testifical en un momento previo, lo que podía interpretarse como una renuncia a la contradicción que, recordemos, es posibilidad de contradicción efectiva. Por ello el Fiscal para hacer uso de la testifical de referencia no tenía que demostrar la imposibilidad de comparecencia del testigo (unavailability).

29 A estas medidas se refieren ampliamente TAMARIT SUMALLA, J. M., VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La protección del menor víctima...», *op. cit.*, p. 141, y DEL MORAL GARCÍA, A., «Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, noviembre 2014, p. 5.

30 Voto particular que formularon a la STS 1008/2016 los Excmos. Sres. D. José Ramón Soriano Soriano y D. Antonio del Moral García.

III. AVANCES REGISTRADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

3.1. Antecedentes de su regulación positiva en el marco del proceso penal

Desde la reforma introducida por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores³¹, nuestro ordenamiento procesal contaba con las disposiciones necesarias para dar una respuesta adecuada a las especiales necesidades de protección de los menores que pudieran ser víctimas de delitos violentos o contra la libertad e indemnidad sexual. Ofreciendo un amplio abanico de posibilidades a jueces y tribunales, a la hora de poder acordar las medidas que fueran necesarias para brindarles una tutela efectiva durante su intervención en las actuaciones judiciales con el fin de evitar su victimización secundaria. A través de las cuales se hicieron efectivas en nuestra legislación las medidas tuitivas que para este colectivo se propusieron años antes por la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia³².

De esta manera, a través de los artículos 325, 433, 448, 455, 707, 713, 730, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim, era posible, desde la misma fase de instrucción, proteger sus intereses sin desatender el derecho de defensa del acusado, pudiéndose acordar la grabación de su testimonio para una posterior utilización asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Estableciéndose, asimismo, que su exploración fuera realizada, en todo caso, evitando su confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se podrá emplear cualquier medio técnico que lo haga posible,

31 La DF 1.ª de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 290, 5 de diciembre), procedió a dar nueva redacción a los artículos 433, 448, 707 y 731 bis LECrim. Si bien, anteriormente, el artículo 3 de la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 138, 10 de junio), había reformado los artículos 448, 455, 707 y 713 LECrim.

32 Según el apartado 26 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 324, de 15 de marzo de 2002, y núm. 340, de 22 de abril de 2002):

«El menor de edad tiene derecho a que su comparecencia ante los órganos judiciales tenga lugar de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo.

- Para el cumplimiento de este derecho podrán utilizarse elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares.

- Se procurará evitar la reiteración de las comparecencias del menor ante los órganos de la Administración de Justicia».

previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia (art. 229.3 LOPJ)³³ como una de las vías para realizar el interrogatorio³⁴.

Pero si, atendidas las circunstancias concurrentes —menores de corta edad o gravedad de los hechos enjuiciados—, la presencia en el acto del juicio de la víctima menor quiere ser evitada para no provocarle nuevos perjuicios a su equilibrio psicológico y desarrollo personal, la alternativa considerada más adecuada, como propone la doctrina mayoritaria, es la preconstitución de la prueba practicada con todas las garantías procesales. En cuyo caso la exploración previa de la víctima menor realizada durante la fase de instrucción deberá ser grabada en un soporte adecuado para ser reproducida en el plenario y que el tribunal encargado del enjuiciamiento pueda observar y valorar su desarrollo. Y en todo caso habrá de darse a la defensa del acusado la posibilidad de presenciar esa exploración y dirigir directa o indirectamente, a través de los expertos, cuantas preguntas o aclaraciones crea oportunas para ejercer su defensa, bien en el mismo momento de realizarse dicha exploración o en otro posterior.

Lo que ha sido avalado por una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha ido consolidándose a partir de las SSTS 429/2002, de 8 de marzo, y 1229/2002, de 1 de julio, llevando a cabo una interpretación amplia del concepto de imposibilidad de concurrencia de la víctima-testigo al acto del juicio oral, que hace equivaler a los supuestos de «imposibilidad material» los de «imposibilidad legal»³⁵. Que incluye aquellos supuestos en los que la comparecencia de la víctima-testigo al plenario, al

33 La DA única de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (BOE núm. 257, 27 de octubre), adicionó un nuevo apartado 3 en el art. 229 LOPJ, en virtud del cual: «Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal [...]».

34 Sobre la posibilidad del uso de medios técnicos o audiovisuales para la práctica de la prueba en estos casos, *vid.* GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Curso de Victimología...*, *op. cit.*, pp. 136 y ss.

35 La posición jurisprudencial avalada por ambas sentencias, comentadas en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Curso de Victimología...*, *op. cit.*, pp. 139 y ss., debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los menores como víctimas especialmente vulnerables y la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., MIRANDA ENTRAMPES, M., «¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral? (A propósito de la STEDH caso S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002)», *Diario La Ley*, núm. 6335, 7 de octubre de 2005, p. 4; DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Especialidades en la declaración del testigo menor en la fase de instrucción», en ALCÓN YUSTAS, M. F., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (coords.), *Los menores en el proceso judicial*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 97, y SANZ HERMIDA, A. M., «La declaración de los menores víctimas y/o testigos de delitos: Derecho de defensa, protección del interés del menor y eficacia de la justicia penal», en ARMENTA DEU, T., OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010, p. 117.

tratarse de menores de corta edad y en atención a su situación personal y gravedad de los hechos enjuiciados, frecuentemente relacionados con delitos contra la libertad e indemnidad sexual, pueda suponer para ellos un grave perjuicio para su equilibrio psicológico y desarrollo personal.

Una opción que, como tendremos oportunidad de ver en el siguiente apartado de este trabajo, también estaría amparada en nuestro derecho por la aplicación de las disposiciones de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Que, desarrollando el art. 39.4 CE, en su art. 11.2 menciona como principios rectores de la actuación de los poderes públicos «la supremacía del interés del menor» y «la prevención y detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal», o en su art. 13.3 dispone que en las actuaciones de protección «se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor». Además de prever en su art. 9.1 que «las comparecencias judiciales del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias», siendo todos ellos frecuentemente citados por la jurisprudencia del TS.

Un marco procesal que entendemos que debería completarse también con las disposiciones de la Ley 35/95, 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, la cual prescribe en su art. 15.3 que «en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad», lo que obligaría a tener muy presentes las necesidades de los menores de edad y personas con discapacidad en estas circunstancias.

3.2. Reconocimiento por la Fiscalía General del Estado

Asimismo, por su importancia en la aplicación de nuestro derecho positivo, tenemos necesariamente que referirnos a los criterios establecidos por la Fiscalía General del Estado, en su Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos³⁶, que también se pronuncia sobre las especialidades de la preconstitución probatoria en la testifical de los menores de edad. Al considerar que una interpretación teleológica de las causas generales previstas en los artículos 448 y 777 LECrim debe llevar a admitir como presupuesto justificante para esa preconstitución el caso de los menores que por razón de su corta edad o especial vulnerabilidad estén en riesgo de sufrir un grave daño psicológico de verse obligados a comparecer de nuevo como testigos en el acto del juicio oral. O cuando por esa corta edad racionalmente pueda llegarse a la conclusión de que, tras el tiempo transcurrido

36 Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, en: https://www.fiscal.es/documents/20142/109407/Circular+3_2009%2C+de+10+de+noviembre%2C+sobre+protecci%C3%B3n+de+los+menores+v%C3%ADctimas+y+testigos.pdf/7edc93cb-d444-14a4-3e9a-07c42ebf9130?t=1531464647629 [Consulta: 10-12-2022].

entre su primera declaración en la fase de instrucción y la fecha del juicio oral, cualquier intento de rememorar los hechos haya de resultar inútil. De manera que la Fiscalía, pese a reconocer que en este ámbito es difícil establecer pautas generales, al depender el proceso de maduración de los menores de múltiples variables, señala «que los niños menores de seis años cuyo testimonio pudiera ser esencial deberían ser examinados con la asistencia de especialistas, en un entorno adecuado y dando posibilidad a la defensa de formular —a través de ellos— cuantas preguntas considere oportunas, y procediéndose en todo caso a la grabación de tal examen en presencia del Secretario judicial para ser reproducida en el juicio».

Y dado que, como ya se ha manifestado, no es infrecuente que el señalamiento del juicio oral tenga lugar en fecha muy posterior a su declaración en la fase de instrucción, la propia circular entiende que esa repetición en el plenario, además de originar una grave perturbación para el menor, también puede generar problemas desde el punto de vista de la calidad de su declaración³⁷. Debiéndose advertir, además, que esa declaración ante un Tribunal también puede menoscabar su capacidad explicativa, sobre todo si se aplica la técnica del interrogatorio cruzado con todo su rigor, comportando un importante riesgo de bloqueo. De manera que, ante estos supuestos, la preconstitución de la prueba no solo se justifica con el fin de salvaguardar el superior interés de los menores durante su intervención en el proceso, sino desde un punto de vista epistemológico, por ser el medio más adecuado en aras de la obtención en el proceso de la verdad material.

3.3. Las nuevas previsiones incluidas en el Estatuto de la Víctima del Delito

Trascendental hemos de considerar también la nueva propuesta planteada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, sobre el Estatuto de la víctima del delito (LEVD), que, con el fin de incorporar a nuestro ordenamiento procesal las disposiciones de la Directiva 2012/29/UE, ofrece una nueva cobertura legal a la prueba preconstituida para las declaraciones de las víctimas menores de edad y con discapacidad en sede judicial,

37 En este sentido, DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Especialidades en la declaración del testigo...», *op. cit.*, pp. 121-122, habla del «olvido motivado», efecto por el que el menor tiende a olvidar aquellos sucesos que no desea recordar, sobre todo por los efectos negativos que estos hayan tenido sobre este; y SOTOCA, A., MUÑOZ, J. M., GONZÁLEZ, J. L., MANZANERO, A. L., «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica», *La Ley Penal*, núm. 102, mayo-junio 2013, p. 115, señalan que «el recuerdo se deteriora con el transcurso del tiempo, y se reconstruye cada vez que el testigo recuerda los hechos, con la posibilidad de que se contamine con información del entorno, las preguntas formuladas, los medios de comunicación o los comentarios de otros. La degradación y contaminación de los recuerdos será especialmente grave cuando se trate de testigos vulnerables (menores o personas con discapacidad intelectual o alteraciones mentales), cuanto más tiempo haya pasado, y en sucesos de especial trascendencia mediática».

entre las medidas específicas a favor de los colectivos necesitados de especial protección que se contemplan en su texto³⁸, que pasamos a examinar.

En este sentido, lo primero que debemos destacar en el articulado del nuevo Estatuto es que reconoce la posibilidad de que tanto durante la fase de investigación como es la de enjuiciamiento puedan ser adoptadas determinadas medidas protectoras a favor de las víctimas con especiales necesidades de protección (art. 25 LEVD) con arreglo a nuestra legislación procesal. Las cuales se podrán adoptar tras realizar una valoración individual de sus circunstancias particulares, que deberá analizar, entre otras (art. 23 LEVD), sus características personales, naturaleza del delito o gravedad de los perjuicios sufridos —sobre todo en el caso de delitos violentos—, y que consideramos como una previsión absolutamente original y novedosa en nuestro sistema de justicia penal para ofrecerles un tratamiento específico a sus necesidades³⁹.

Y dado que entre los colectivos más vulnerables se encuentran los menores de edad, y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, con el objetivo de darles respuesta a sus necesidades, también para ellas contempla determinadas medidas específicas (art. 26 LEVD). Regulando de forma expresa la posibilidad de que en estos supuestos puedan ser adoptadas las medidas que resulten necesarias para preconstituir la prueba testifical, con el fin de evitar que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para ellas. De manera que, con este fin: «a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos».

Una nueva regulación que valoramos de forma positiva, al contribuir a evitar las diferentes interpretaciones que sobre la legislación vigente se venían realizando por la jurisprudencia de nuestro alto tribunal, y a crear las bases para reforzar la protección de las víctimas y testigos menores de edad, que entendemos que no ha de significar merma alguna del derecho de defensa de los acusados cuando en su práctica se observen las necesarias garantías procesales. Contribuyendo de esta forma a superar una de las graves e injustificadas anomalías regulativas que caracterizaban a nuestro modelo de intervención procesal penal⁴⁰. Y que, de manera coherente, se complementó con la modificación de nuestra Ley Procesal, para dar nueva redacción, entre otros, a los arts. 433, 448, 707 y 730 LECrim (DF 1.ª LEVD). Estableciendo el

38 Sobre dichas medidas, *vid.* GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 35, 2015, pp. 24 y ss.

39 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, p. 3.

40 HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El juicio oral. La prueba», en CARMONA RUANO, M. (dir.), *Hacia un nuevo proceso penal, Manuales de Formación Continuada*, núm. 32, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 413.

primero de ellos que en los casos de testigos menores de edad o personas con discapacidad el juez de instrucción podría acordar, «cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con la intervención del Ministerio Fiscal. Pudiéndose acordar también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. Además en estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible y ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales».

Esquema al que también se añadieron las previsiones tuitivas de los arts. 448 y 707 LECrim sobre la forma de practicar esa declaración, que debía llevarse a cabo «cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Y con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación». Y que se encuentra estrechamente ligada a la nueva redacción que en la norma se dio, asimismo, al art. 730.b) LECrim, para permitir la lectura o reproducción en el acto del juicio a instancia de cualquiera de las partes de «las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección». Disposiciones todas ellas que, como veremos en el este estudio, han sido nuevamente modificadas por la LO 8/2021, de 4 de junio, para ajustarla a la regulación de los nuevos arts. 449 bis, 449 ter y 703 bis LECrim que por esta también se crean.

3.4. Otras propuestas de *lege ferenda*: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

En línea con las propuestas de reforma legislativa formuladas en nuestra doctrina sobre la necesidad de dar una nueva redacción al art. 777.2 LECrim, para configurar la prueba preconstituida como una vía hábil y procedente para evitar que las víctimas menores de edad vean incrementado su sufrimiento al tener que volver a declarar en el plenario⁴¹, y sugerir la posibilidad de adicionar un nuevo párrafo al precepto para

41 En este sentido, MAGRO SERVET, V., «Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos contra la libertad sexual», *Diario La Ley*, núm. 6972, 20 de junio de 2008 (D-193), p. 1487:

«2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Se procederá del mismo modo cuando se trate de menores de 14 años de edad en los casos en los que hayan sido víctimas de delitos contra la libertad sexual (...).

incluir de manera expresa a los menores de 14 años en los delitos sexuales, se sumaron también en su día las medidas formuladas con esta misma finalidad en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en Consejo de Ministros de 22 de julio de 2011⁴², que, anticipándose a la aprobación del Estatuto de la víctima, lo podemos considerar como el primer texto normativo que en nuestro ordenamiento jurídico estableció entre sus disposiciones un título específicamente dedicado a la protección de los derechos reconocidos a las víctimas, con una especial atención a las más vulnerables, entre las que incluía a los menores de edad y personas con discapacidad. Y para las cuales preveía en su articulado unas específicas medidas para abordar su declaración en el seno del proceso penal con el fin de prevenir su victimización secundaria.

Pues bien, a partir de estos antecedentes legislativos, acogemos muy favorablemente que a finales de 2020 el Consejo de Ministros aprobase un nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (ALECR)⁴³. El cual, retomando los trabajos desarrollados en el Anteproyecto de 2011, mantiene su sistemática, y en sintonía con él muestra también una particular preocupación por la problemática que padecen las víctimas más vulnerables en sus relaciones con el sistema de justicia penal, a la hora de prestar declaración en el curso del proceso⁴⁴. Y, entre otros medios, toma conciencia de la importancia que puede desempeñar la prueba preconstituida en estos casos, para evitar su victimización secundaria. A la cual se refiere expresamente el art. 103 ALECR, obligando a que todas «las autoridades que intervengan en el proceso penal adopten las medidas precisas para evitar que las víctimas se vean sometidas a situaciones que puedan causarle un sufrimiento innecesario o desproporcionado». Razón por la cual su declaración y reconocimiento médico únicamente se realizarán cuando sean necesarios a los fines de la investigación, sin que pueda repetirse su práctica salvo que resulte imprescindible a dichos fines.

De modo que, con arreglo a esta regulación *de lege ferenda*, en el caso de víctimas/testigos menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, y de conformidad con los arts. 469 y 470 ALECR, su declaración se habrá de llevar a cabo siguiendo las siguientes prevenciones:

- a) A la mayor brevedad posible desde que se tenga conocimiento de la existencia del hecho delictivo, y acomodándose a las necesidades de la persona menor de

42 Vid. Anteproyecto Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado en Consejo de Ministros el 22 de julio de 2011, en: <https://notin.es/wp-content/uploads/2013/01/anteproyecto-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-27-de-julio-de-2011.pdf> [Consulta: 10-12-2022].

43 Vid. Anteproyecto Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado en Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020, en: [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20\(1\).pdf](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20(1).pdf) [Consulta: 10-12-2022].

44 MARRERO GUANCHE, D., «La prueba testifical anticipada como instrumento para reducir la victimización secundaria de menores de edad en el proceso penal», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 38, septiembre 2021, p. 125.

edad o con discapacidad, de acuerdo con sus habilidades, edad, madurez intelectual o grado de discapacidad.

b) Cuando las condiciones lo requieran, esa declaración se tomará con la intervención de un perito experto en psicología del testimonio con experiencia en esta clase de pericia.

c) Podrá excluirse la presencia del fiscal y de las demás partes en el lugar del interrogatorio, si bien se facilitará que las partes puedan presenciar la declaración a través de medios técnicos que impidan ser vistos por la persona menor de edad o con discapacidad que preste testimonio.

d) Se procederá siempre a su grabación en soporte audiovisual y no se reiterará su práctica salvo que sea imprescindible para los fines de la investigación.

Por ello, en estos casos, de manera muy acertada, a nuestro juicio, se contempla que, cuando por razón de la edad o situación de vulnerabilidad de la víctima/testigo no deba ser sometida al examen contradictorio de las partes en el acto del juicio oral, se tenga que asegurar la fuente de prueba conforme a lo dispuesto en el art. 591.2.c) en relación con el 600 ALECR. Observándose las medidas que a continuación exponemos en lo relativo a su exploración:

- Se tomará de forma reservada a través de un perito experto en psicología del testimonio.
- Se obtendrá utilizando métodos y técnicas adecuados a la edad o especiales condiciones de la persona que vaya a declarar.
- Será grabada y el juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito que emita un informe dando cuenta sobre su desarrollo y resultado.
- Se podrá acordar por el juez realizar un dictamen pericial sobre la credibilidad de la declaración, a instancia de cualquiera de las partes. Cuya regulación también se aborda en el art. 486 ALECR para determinar los criterios de fiabilidad y validez a los que se deberá ajustar en su elaboración.

Precauciones todas ellas cuya observancia permitirá que esas declaraciones puedan hacerse valer en el juicio oral mediante la reproducción de lo grabado cuando el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento considere que, por razón de la edad o de las condiciones personales de la víctima/testigo, no deba someterse al examen contradictorio de las partes o cuando, por el tiempo transcurrido, pueda haberse producido una merma relevante de la calidad informativa de dicho testimonio.

Finalidades ambas a las que en este tipo de casos, y como ya hemos anticipado, pretende responder el recurso a la prueba preconstituida en el marco de las actuaciones judiciales⁴⁵, y que entendemos que están en sintonía con la reforma acometida en la institución por la LO 8/2021, de 4 de junio, que pasamos a examinar en el siguiente apartado.

45 Según el art. 602 ALECR: «Las declaraciones de menores y de personas con discapacidad efectuadas conforme a lo previsto en el artículo 600 de esta ley, podrán hacerse valer en el juicio oral mediante la reproducción de lo grabado cuando el juez o tribunal competentes para el enjuiciamiento considere que, por razón de la edad o de las condiciones personales del testigo, no deba someterse al examen contradictorio de las partes o cuando, por el tiempo transcurrido, pueda haberse producido una merma relevante de la calidad informativa del testimonio».

IV. ANÁLISIS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA TRAS LA REFORMA DE LA LO 8/2021

El objeto principal del presente apartado será analizar el alcance de la reforma introducida por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (LOPIIA), a la hora de abordar la nueva regulación de la declaración de las víctimas-testigos menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección como prueba preconstituida en nuestro ordenamiento procesal penal. Y conocer en qué medida esta nueva regulación puede suponer o no un cambio en los presupuestos y requisitos hasta ahora sostenidos por la jurisprudencia de nuestros Tribunal Supremo y Constitucional para otorgar validez a dichas declaraciones prestadas durante la fase sumarial. Con el fin de evitar la presencia de estas personas en el juicio oral, para impedir que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha del juicio afecten a la calidad de su relato, y prevenir además su victimización secundaria.

4.1. Presupuestos para que la autoridad judicial acuerde practicarla

Hasta la nueva regulación de la prueba preconstituida operada por la LOPIIA en nuestra norma procesal, por la cual se crean tres nuevos artículos (arts. 449 *bis*, 449 *ter* y 703 *bis* LECrim) y se modifican otros tantos (arts. 433, 448, 707, 730, 777 y 788 LECrim), la regla general sostenida por una reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunal Supremo y Constitucional era que el interrogatorio de las víctimas-testigos menores de edad debía practicarse en el juicio oral. Con el fin de que su declaración pudiera ser directamente contemplada y valorada por el tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando, así, su derecho de defensa. Lo que no impedía que en estos casos la declaración de los menores hubiera de practicarse en el juicio con todas las prevenciones tuitivas que fueran necesarias para proteger su incolumidad psíquica.

No obstante, esta misma jurisprudencia —SSTS 96/2009, de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio, y 19/2013, de 9 de enero, entre otras—, citadas por la reciente STS 153/2022, de 22 de febrero, también señala que «la imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluía los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos». Lo cual se venía vinculando con la existencia de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico sobre el posible riesgo para esas víctimas-testigos menores de edad en caso de tener que comparecer y verse sometidas al interrogatorio de las partes. Tal como viene avalado en la STS 579/2019, de 26 de noviembre, que, en una causa seguida por delito de abuso sexual a una menor, tras pronunciarse sobre la indudable utilidad que puede ofrecer la prueba preconstituida en este tipo de casos, manifiesta: «[...] para dar vía a la aplicación de los preceptos que protegen a los menores para evitar la victimización sí que se exigía un informe técnico

que validara ese alegado perjuicio de la menor en su comparecencia en el plenario, y que ello se hubiera acompañado de una resolución motivada que validara, asimismo, la incomparecencia y el uso de la prueba preconstituida grabada, mediante su reproducción en el plenario». Y fue precisamente el hecho de no ampararse en dicho informe lo que determinó en este caso que se estimara el recurso y se acordara la nulidad del juicio y la sentencia, a fin de que otro tribunal distinto celebrase un nuevo juicio con la presencia de la menor, donde pudiera ser interrogada por el letrado de la defensa garantizando su derecho de defensa y la debida contradicción.

De manera que, con arreglo a esta línea jurisprudencial, no se avalaba el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción, ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima-testigo fuera menor de edad. Pues la mera presencia de un menor en el proceso penal no permite por sí un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Aunque ello no sea incompatible con la necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan, asimismo, con una tutela reforzada por nuestro ordenamiento jurídico, según manifiesta la STS 153/2022, de 22 de febrero, haciéndose eco de lo sostenido en la anterior STS 470/2013, de 5 de junio⁴⁶.

Sin embargo la reforma de nuestra ley procesal operada por la LOPIIA (DF 1.^a), a través del nuevo art. 449 *ter* LECrim, introduce una modificación sustancial en el sistema hasta ahora imperante. Pues con arreglo a este, se establece la obligatoriedad de la preconstitución probatoria de los testimonios de cualquier víctima-testigo que sea menor de 14 años o que por tener alguna discapacidad esté necesitada de especial protección. De modo que, como dispone el tenor literal del citado artículo: «Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción 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, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida con todas las garantías

46 Según la STS 470/2013, de 5 de junio: «En los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse excepcionalmente concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral, y en consecuencia que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías. Los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores. Pero, en estos casos, debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción, en cuyo desarrollo se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias».

de la práctica de la prueba en el juicio oral»⁴⁷. No tratándose, por tanto, de un mandato potestativo, sino de que el órgano instructor en estos casos tendrá la obligación de practicar la audiencia del menor para que tenga validez como prueba preconstituida y evitar así su declaración en sede de juicio oral⁴⁸. Garantizando en todo caso que su práctica sea contradictoria en los términos que hemos comentado, se evite la confrontación visual con el investigado, y se pueda desarrollar a través de los equipos psicosociales que apoyen al tribunal.

Por tanto, a partir de ahora hemos de entender que la práctica de la prueba preconstituida será la regla general en los dos casos citados —menores de 14 años y discapacitados necesitados de especial protección—, siempre que el objeto del procedimiento sea la instrucción de alguno de los delitos que se relacionan en el art. 449 *ter* LECrim⁴⁹, sin que sea necesario ahora motivarlo con base en la emisión de informes periciales u otras razones fundadas que acrediten el perjuicio que se derive para el menor en caso de tener que acudir de nuevo a declarar en el plenario. Convirtiéndose en excepcional la declaración en juicio de estos dos colectivos, con el fin de evitar que el lapso de tiempo entre la primera declaración y la fecha del plenario afecte a la calidad de su relato, así como a la victimización secundaria de estas personas⁵⁰. De manera que, con arreglo al art. 703 *bis* LECrim, en estos casos únicamente se podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral cuando lo solicite alguna de las partes en dos supuestos, bien porque se considere necesario o la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el art. 449 *bis* y cause indefensión a alguna de las partes⁵¹.

Un nuevo sistema que en este tipo de casos nos parece un avance con respecto al anterior, en la medida de que restringe el criterio subjetivo hasta ahora imperante a la hora de valorar las circunstancias concurrentes en los menores en este tipo de situaciones para dispensarles de declarar en el plenario, y que tantas nulidades ha

47 A juicio de ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La exploración del testigo menor en el proceso penal: reflexiones a la luz de la jurisprudencia, legislación positiva y proyecto de reforma», *Diario La Ley*, núm. 9631, 13 de mayo de 2020, p. 24, la omisión en ese catálogo de determinados delitos contra el patrimonio, como pueden ser los robos con fuerza en casa habitada o los robos con violencia/intimidación, debería ser subsanada, en atención a que las circunstancias concurrentes en su comisión pueden resultar más especialmente traumáticas.

48 CASANOVA MARTÍ, R., «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 *ter* LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 34, núm. 2, 2022, p. 83.

49 SÁNCHEZ MELGAR, J., «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 32, 1 de octubre de 2021, p. 5.

50 GAMAZO CARRASCO, M. B., «Análisis de las principales novedades en la LECRIM introducidas por la LO 8/21 de 4 de junio», *Diario La Ley*, núm. 9936, 20 de octubre de 2021, p. 9.

51 MERCHÁN GONZÁLEZ, A., «El derecho de los menores de edad a ser escuchados en el proceso penal y su práctica tras la LO 8/2021 de 4 de junio», *Diario La Ley*, núm. 10088, 13 de junio de 2022, p. 3.

venido generando en la práctica de nuestros tribunales de justicia. Pues, en definitiva, como muy acertadamente apunta la reciente STS 107/2022, de 10 de febrero, al pronunciarse en una causa seguida por un delito de abuso sexual sobre una menor de 6 años, «*lo que la LO 8/2021 de 4 de junio lleva a cabo es objetivizar de forma imperativa que cuando se trate de menores de 14 años la declaración de estos se hará siempre mediante la reproducción en juicio de la grabación de la prueba preconstituida*», quedando garantizada la debida contradicción con este nuevo formato. Lo que está en sintonía con la derogación del párrafo 4.º del art. 433 LECrim que lleva a cabo la LOPIIA, y conforme al cual en el caso de testigos menores de edad el juez de instrucción podía acordar, «*cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal*».

No obstante, hemos de llamar la atención acerca de que frente a la regulación del Estatuto de la víctima (art. 26.1 LEVD) que se refiere genéricamente a los menores de edad sin concretar ningún tramo de edad, el nuevo art. 449 *ter* LECrim sí que acota esa edad en los 14 años⁵². Y aunque la razón de por qué se ha establecido concretamente tal edad de 14 años no la explica el legislador en el preámbulo de la LOPIIA, pues no hace más que una referencia general al grado de vulnerabilidad de tales personas, se ha considerado que este puede ser su fundamento⁵³. Si bien nosotros creemos que esta elección puede venir motivada por el deseo de determinar una edad que suponga una presunción de madurez⁵⁴. Lo cual vendría refrendado por nuestra jurisprudencia, en la reciente STS 329/2021, de 22 de abril, que, anticipándose a la LOPIIA, entiende como razonable «*residenciar la presunción de madurez en la horquilla de edad que oscila entre los 12 y los 14 años, a salvo de que concurren especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura*». De modo que esa edad de los 14 años puede entenderse adoptada en la norma procesal como el umbral por debajo del cual el legislador parece interpretar que la comparecencia en juicio de esas personas conllevaría para ellas un riesgo de victimización secundaria.

52 GIBERT POMATA, M., «La tutela procesal de la violencia contra la infancia y adolescencia», en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.), *Infancia, violencia y derechos. El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 334.

53 SÁNCHEZ MELGAR, J., «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores...», *op. cit.*, p. 6.

54 LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021: especial referencia a la utilización de Cámaras Gesell como instrumento para evitar la victimización secundaria», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 34, 1 de abril de 2022, p. 15, y en el mismo sentido MAGRO SERVET, V., «Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *Diario La Ley*, núm. 9862, 2 de junio de 2021, p. 12.

Y sobre lo que haya de entenderse como persona con discapacidad necesitada de especial protección, deberemos acudir a la descripción ofrecida por el art. 25 del CP, según la cual: «[...] se entenderá por persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente». Siendo lo más habitual cuando concorra este supuesto que sea el médico forense, a instancia del juez, quien haya de realizar una exploración y emitir un informe para determinar el grado de capacidad que observe en la persona. Lo que le servirá para tomar la decisión oportuna en relación con concederle o no tal estatuto a efectos de tomarle declaración preconstituida⁵⁵.

Dicho lo cual nos debemos plantear a continuación: ¿cuál será el régimen de declaración de las personas entre 14 y 18 años en el marco del proceso penal? Pues bien, si cuando la víctima-testigo es menor de 14 años su declaración con todas las garantías de la prueba preconstituida se erige en la norma general con carácter obligatorio, tratándose de personas menores de entre 14 y 18 años sí que deberán declarar personalmente en el acto del juicio oral⁵⁶. Aunque en estos casos, y con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 707 LECrim, modificado también por la LOPIIA, su declaración se deberá llevar a cabo evitándose su confrontación con la persona inculpada «cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellas puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia». Y con este fin podrá utilizarse cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan no estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesibles, como podría ser el uso de la videoconferencia, por ejemplo⁵⁷.

Debiéndose valorar como una buena práctica, que a nuestro juicio debiera hacerse extensible a todo el territorio nacional, la aprobación del Protocolo de colaboración suscrito en 2010 entre el Ministerio de Justicia, la Consejería de Justicia, el Tribunal Superior de Justicia y la Fiscalía para promover su utilización en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁵⁸. El cual precisamente se articula con la finalidad de facilitar las declaraciones en el acto del juicio oral de testigos-víctimas de delitos de violencia doméstica o de género, agresiones sexuales, redes de prostitución, detenciones ilegales, tráfico de drogas y todos aquellos tipos penales en los que la

55 SÁNCHEZ MELGAR, J., «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores...», *op. cit.*, p. 7.

56 MERCHÁN GONZÁLEZ, A., «El derecho de los menores de edad a ser escuchados...», *op. cit.*, p. 3.

57 MAGRO SERVET, V., «Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección...», *op. cit.*, p. 14.

58 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el sistema de justicia penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2174, enero 2015, p. 36.

autoridad judicial considere oportuno que se realicen por el sistema de videoconferencia, para evitar su victimización secundaria.

Sin embargo, pese a esta regla general, ello no ha de impedir que, en relación con tal declaración personal de los menores de entre 14 y 18 años, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 703 bis y 730.2 LECrim, el tribunal pueda aprobar la sustitución de esa declaración en el plenario por la reproducción de la grabación audiovisual de su testimonio que se haya recogido como prueba preconstituida durante la instrucción, apreciando y valorando, eso sí, las necesarias razones fundadas que concurren en el caso concreto de que se trate⁵⁹. Lo que exigirá una previa evaluación individualizada del menor y sus circunstancias, y cumplir, en todo caso, con los requisitos establecidos en el art. 449 bis LECrim⁶⁰.

Por último, debe destacarse la posibilidad que expresa el último párrafo del nuevo art. 449 ter LECrim de aplicar también las medidas contempladas en él cuando el delito perseguido tenga la consideración de leve, y a la cual no le encontramos demasiada justificación. Ya que, como advierte Luaces Gutiérrez, si tenemos en cuenta los tipos delictivos para los que se prevé la prueba preconstituida, serán muy pocas las ocasiones en que tendrá operatividad⁶¹. Y además tampoco debemos olvidar que la preconstitución de la prueba se realiza en sede judicial durante la fase de instrucción, y en el proceso por delitos leves no existe dicha fase.

4.2. Requisitos procesales exigidos para la validez de la prueba preconstituida en la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad

En aquellos casos en que, de acuerdo con la nueva regulación, la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración de la víctima-testigo como prueba preconstituida, esta deberá desarrollarse en la forma y de conformidad con los requisitos ahora establecidos por el nuevo art. 449 bis LECrim, que podemos resumir en los tres siguientes:

1.º) *Garantía del principio de contradicción en la práctica de la declaración.* Si bien la ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba, aunque su defensa letrada sí deberá estar presente en todo caso. Y para el supuesto de su incomparecencia injustificada, el acto podrá sustanciarse con un abogado de oficio expresamente designado al efecto.

59 MERCHÁN GONZÁLEZ, A., «El derecho de los menores de edad a ser escuchados...», op. cit., p. 3.

60 CASANOVA MARTÍ, R., «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores...», op. cit., p. 84.

61 LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021...», op. cit., p. 15.

2.º) Documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen. Debiendo el letrado de la Administración de Justicia de forma inmediata comprobar la calidad de la grabación audiovisual, y acompañar acta autorizada con la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba. Y

3.º) Reproducción de la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción en el acto del juicio oral a instancia de cualquiera de las partes para ser valorada en el plenario.

Los cuales, como puede comprobarse, reproducen la mayoría de los que, según consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, vienen siendo exigidos para conferir validez como prueba de cargo a la prueba preconstituida en estos casos. Tal como se refieren en la reciente STS 579/2019, de 26 de noviembre:

«a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumaria a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado en el artículos LECrim, o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral».

4.2.1. Garantía del principio de contradicción en la práctica de la declaración

A la hora de pronunciarse sobre los requisitos procesales que han de concurrir para otorgar validez como prueba de cargo preconstituida a la declaración testimonial del menor-víctima prestada durante la instrucción, para evitar que tenga que volver a declarar en el acto del juicio oral, el nuevo art. 449 *bis* LECrim exige, en primer lugar, que la autoridad judicial garantice el principio de contradicción en la práctica de esa declaración. Y aunque la ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá su práctica, su defensa letrada deberá estar presente en el acto. Con la previsión de que, en caso de su incomparecencia injustificada o cuando haya razones urgentes para proceder de forma inmediata, dicho acto se pueda sustanciar con el abogado de oficio que sea designado a tal efecto. Lo que a nuestro juicio está plenamente justificado para evitar los perjuicios que se pudieran ocasionar en el menor como consecuencia de la suspensión de la diligencia por esta causa, conciliándolo con el necesario derecho de defensa del acusado.

Se trata, por tanto, de un requisito sobre el que nuestra jurisprudencia se ha mostrado muy exigente en sus pronunciamientos, con el fin de verificar que en este tipo de situaciones la declaración de la víctima-testigo se desenvuelve en un marco adecuado y suficiente de posibilidades contradictorias. Y confirmar así que esta se desarrolla con las debidas garantías, en presencia y con la intervención del juez de instrucción, y salvaguardando siempre los derechos del acusado.

De modo que, como señala la jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Supremo —STTS 178/2018, de 12 de abril, 44/2020, de 11 de febrero, 88/2021, de 3 de febrero, o 987/2021, de 15 de diciembre, entre otras—, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional —SSTC 174/2011, de 7 de noviembre, y 75/2013, de 8 de abril—, el centro de atención en estos casos recae sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que esta puede introducirse en el debate del juicio oral. Y manifiesta:

«[...] la delimitación precisa de cuales hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse a favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado por la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56, y que permite especificar estos requisitos: a) quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor; b) debe tener la oportunidad de observar dicha exploración, bien el momento en que se produce o después, a través de la grabación audiovisual; c) debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta a través de experto, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior [...]; y d) para la incorporación del resultado probatorio preconstituido al juicio oral la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo en el que se haya preservado el derecho de defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias».

Razón por la cual, tal como ahora exige expresamente el art. 449 *bis* LECrim, a la práctica de dicha diligencia sumarial habrá de ser convocado el letrado de la persona investigada, si bien la ausencia de esta última no se habrá de considerar como un motivo para invalidarla cuando, estando presente su letrado, este haya tenido la oportunidad de intervenir en ella, tal como ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia⁶². Y, además, se deberán adoptar aquellas medidas necesarias para que, de acuerdo con los estándares mínimos exigidos por la jurisprudencia del TEDH, dicho letrado pueda participar en el interrogatorio de la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, dirigiéndole directa o indirectamente a través de los profesionales expertos que puedan participar en ella las preguntas y aclaraciones que estime oportunas. De manera que en aquellos casos en que se impida al letrado del acusado poder formular esas preguntas al hilo del discurso de las víctimas sobre la dinámica de la agresión padecida se conculcaría dicho principio contradictorio. Pues, como dice la STS 750/2016, de 11 de octubre, «al impedir esa

62 En este sentido, la STS 940/2013, de 13 de diciembre, al declarar que «no hay razones objetivas que permitan afirmar que, siempre y en todo caso, la ausencia del procesado —hallándose presente su Abogado defensor— implique la quiebra de esa contradicción. No existen argumentos que permitan avalar la tesis de que la presencia del procesado —como impone la corrección procesal— se convierta en un presupuesto de validez de la práctica de esa diligencia. No es eso lo que parece desprenderse, por ejemplo, del art. 777.2 de la LECrim que, en el ámbito del procedimiento abreviado, en los mismos supuestos, sin mención alguna a esa presencia, impone al Juez de Instrucción el deber de practicar inmediatamente la prueba».

intervención de la defensa letrada en la deposición del testimonio, la contradicción quedó anulada, el derecho de defensa lesionado y también muy mermada la posibilidad del Juzgador para conocer cómo se desarrollaron los hechos».

No obstante, conforme se afirma en la reciente STS 19/2019, de 23 de enero, será suficiente haber contado con esa posibilidad de interrogar y no es indispensable que se lleve a cabo un interrogatorio efectivo. Puesto que:

«[...] la ausencia de contradicción carece de trascendencia si es imputable en exclusiva a las partes pasivas. Así sucede, por ejemplo, cuando el acusado se ha situado conscientemente en rebeldía, o cuando debidamente citados no ha asistido al interrogatorio efectuado en fase de instrucción. Pues en estos casos, hubo posibilidad de contradicción y otra cosa es que no fuera aprovechada por la defensa. Por tanto el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurables».

Esta forma de proceder se recoge ahora expresamente en el art. 449 *ter* LECrim, al prever que la autoridad judicial pueda acordar en estos casos que la audiencia de los menores de 14 años se practique a través de los equipos psicosociales que sirvan de apoyo al tribunal. Para lo cual las partes habrán de trasladar a la autoridad judicial previamente las preguntas que pretendan formular al menor, «quien previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas», sin perjuicio de que, una vez realizada dicha audiencia, puedan en los mismos términos pedir nuevas aclaraciones al testigo. Lo que valoramos muy positivamente que se haya plasmado en la nueva regulación legal, en la medida en que se hace eco de las buenas prácticas que en esta materia ya se habían reclamado por nuestra doctrina, que venía apuntando la necesaria participación en la práctica de esta diligencia de psicólogos infantiles, tras una previa entrevista en la que se pudiera fijar el objeto del interrogatorio con el juez y las partes llamadas a intervenir⁶³. Pues, como acertadamente apunta Gimeno Jubero, pensar que el Juez y los demás operadores jurídicos están técnicamente preparados para tomar declaraciones a determinados menores es ignorar la complejidad del problema. Sin que tampoco resulte acertado pensar que cualquier profesional de la psicología o de la asistencia social pueda, por el simple hecho de serlo, ser idóneo para desarrollar esa actividad. Razón por la cual se estima que en

63 FÁBREGA RUIZ, C., «Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales», *Diario La Ley*, núm. 6289, 6 de julio de 2005, p. 5, y en el mismo sentido GIMENO JUBERO, M. A., «El testimonio de niños», en *La prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada*, núm. 12, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 177, al proponer que «se cite previamente a las partes, especialmente al imputado y a su defensa, para la preparación del interrogatorio, a fin de informar al “interrogador” de los objetivos que se pretenden [...] permitiéndose que finalizada la sesión o sesiones, pudiera realizarse a través del profesional las preguntas convenientes».

este tipo de casos la colaboración ha de ser interdisciplinar, y aun dentro de los profesionales de la psicología se hace imprescindible su especialización⁶⁴.

Y ha sido también reconocido por nuestra jurisprudencia (STS 96/2009, de 10 de marzo), que se ha pronunciado favorablemente sobre esa participación activa del profesional experto durante el desarrollo de la prueba, con arreglo a lo dispuesto en nuestra norma procesal. Al señalar más ampliamente que: «[...] no puede limitarse su actuación a una función espectadora o de presencia pasiva, sino de aportación activa de sus conocimientos o habilidades propias de su experiencia. Ser instrumento emisor de las preguntas formuladas a un menor, cuando lo que se persigue es preservar su equilibrio emocional al relatar unos graves hechos de abuso sexual, constituye un modo de ejercer la función para la que se requiere su presencia. Eso no significa que el interrogatorio lo dirija el experto, sino el Juez de Instrucción con intervención de las partes presentes, bajo el control de aquél y por medio instrumental del experto».

Para concluir este apartado, y por estar estrechamente relacionada con la observancia del principio de contradicción en las exploraciones de los menores de edad y personas con discapacidad, queremos valorar positivamente la prevención que realiza el art. 50.2.b) LOPIIA, al regular los criterios de actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en casos de violencia sobre la infancia y la adolescencia. Que, con el fin de procurar una correcta y adecuada intervención en ellos, establece que «sólo se practicarán diligencias con intervención de la persona menor de edad que sean estrictamente necesarias. Por regla general la declaración del menor se realizará en una sola ocasión y, siempre, a través de profesionales específicamente formados». Cuyo objetivo es que la persona menor de edad realice una única narración de los hechos ante el juzgado de instrucción, sin que sea necesario que lo haga ni con anterioridad ni con posterioridad a ese momento⁶⁵.

Lo que entendemos un acierto, en la medida en que se muestra conforme con lo que ha sido una constante en nuestra jurisprudencia, al considerar que las declaraciones prestadas ante la policía, su grabación audiovisual o documentación por escrito carecen de valor probatorio alguno, por no haber sido realizadas en presencia judicial. Y de la que es buena muestra la reciente STS 222/2019, de 29 de abril, que, en relación con la validez de las declaraciones de unas menores víctimas de abusos sexuales realizadas en sede policial ante la Guardia Civil, manifiesta que solo «en el caso de que hayan sido ratificadas a presencia judicial y con intervención de todas las partes, pueden acceder al juicio oral, bien por el cauce del artículo 730 de la LECrim, en el caso de que el declarante no pueda comparecer en juicio, bien por el cauce del artículo 714 del mismo texto legal, cuando se aprecien contradicciones entre lo declarado en fase sumarial y lo declarado en el juicio. Pues las declaraciones prestadas

64 GIMENO JUBERO, M. A., «El testimonio...», *op. cit.*, p. 176.

65 GISBERT POMATA, M., «La tutela procesal de la violencia contra la infancia...», *op. cit.*, p. 330, y en el mismo sentido, SÁNCHEZ MELGAR, J., «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores...», *op. cit.*, p. 7.

en sede policial sin intervención judicial, cuando no han sido ratificadas durante la fase de instrucción, ni siquiera pueden acceder al juicio a través de los testimonios de referencia de los agentes policiales que las tomaron o presenciaron». Pues, como afirma la STS 415/2017, de 8 de junio, si «lo que se pretende, siguiendo las indicaciones de esta Sala y de las disposiciones legales nacionales e internacionales orientadas a la protección del interés de los menores, es no someter a éstos a más interrogatorios que los que resulten imprescindibles, la primera exploración debe ser realizada ya en sede judicial, ya que solo en ella es posible preconstituir la prueba».

4.2.2. Documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen

El párrafo 3.º del nuevo art. 449 *bis* LECrim, establece, en cuanto a la práctica de la declaración del testigo menor de edad como prueba preconstituida⁶⁶, que la autoridad judicial asegurará su documentación en un soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el letrado de la Administración de Justicia, de forma inmediata comprobar la calidad de la grabación audiovisual. Que es otro requisito también exigido por una reiterada jurisprudencia, al considerarlo indispensable para que su contenido pueda ser reproducido en el plenario, haciendo posible que este pueda acceder al debate procesal público y ser sometida a la confrontación con las demás declaraciones de quienes intervengan en el juicio oral. De forma que, como se advierte en la reciente STS 987/2021, de 15 de diciembre, si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, «la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha declaración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que estime precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. Pues de esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente». Reconociéndose por el propio TS que esa falta de intermediación espacial y temporal respecto de estas declaraciones no excluye la total intermediación respecto a su reproducción exacta. Al cumplir sobradamente lo principal del principio siquiera de segundo grado o indirecto, con unas mínimas desventajas, que quedan ampliamente compensadas por los beneficios de conjurar los graves riesgos que para la estabilidad de los menores puede suponer su exploración directa en el plenario.

Razón por la cual nuestro alto tribunal, en su STS 206/2020, de 21 de mayo, tras afirmar que no aprecia ninguna merma de garantías en la prueba preconstituida, lo que queda acreditado por el hecho de que el ordenamiento y la jurisprudencia tanto nacional como supranacional no dudan a la hora de considerar legítima una condena basada en este tipo de prueba, sí reconoce que la intermediación puede quedar parcialmente menoscabada. Pues, en este tipo de casos, «Hay contradicción. Hay

66 Aunque el art. 449 *bis* LECrim omite una referencia expresa en su texto a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, entendemos que se trata de un olvido del legislador, y que, por tanto, deben entenderse incluidas en él.

también publicidad en cuanto que la actividad probatoria se reproduce en el juicio. Sí queda parcialmente menoscabada la intermediación en la medida en que no se produce un contacto e interacción directos entre el Tribunal y el testigo, sino a través de la grabación. Ésta siempre supone algo distinto a la percepción directa, aunque sitúe un escalón por encima de lo que sería la lectura de unas manifestaciones transcritas. La intermediación de la escritura lleva aparejada un inevitable efecto empobrecedor que se evita en buena medida mediante la grabación en soporte reproducible». Por lo que se ha considerado que este principio de intermediación o apreciación directa de los jueces que tienen que dictar sentencia se vería mermado al no poder escuchar directamente a sus protagonistas⁶⁷, pasando a lo que se ha denominado una intermediación de segundo grado⁶⁸. Sin embargo, para nosotros está sobradamente justificado este modo de proceder ante este tipo de supuestos, pese a que podamos reconocer que no sea igual la práctica ante el órgano de enjuiciamiento de una testifical presencial que el que dicha testifical se introduzca mediante la reproducción de una grabación o lectura de las diligencias practicadas, y considerar que las manifestaciones más naturales, espontáneas y propias de una declaración pueden apreciarse con mayores garantías cuando esta se lleva a cabo de forma presencial⁶⁹.

Y a la hora de verificar la observancia de estos requisitos, nos parece de especial interés la STS 96/2009, de 10 de marzo, reiteradamente citada por nuestra jurisprudencia más reciente —SSTS 44/2020, de 11 de febrero, 88/2021, de 3 de febrero, 690/2021, de 15 de septiembre, 987/2021, de 15 de diciembre, y 153/2022, de 22 de febrero, entre otras—, por varias razones: 1.ª) describir de forma esquemática las pautas que debiéramos observar todos los profesionales de la Administración de Justicia en el desarrollo de esta prueba; 2.ª) reconocer las ventajas de la participación activa de profesionales expertos bajo el necesario control judicial en su realización; 3.ª) establecer unas directrices claras sobre la forma de dirigirse durante su práctica, conciliando los diferentes intereses en conflicto, el interés del menor a su protección y el derecho del investigado a un proceso justo con todas las garantías, y 4.ª) aludir por primera vez a las ventajas que en este tipo de casos puede ofrecer la disponibilidad de una sala Gesell para evitar la confrontación de la víctima menor de edad o discapacitada con el investigado y el resto de partes en el proceso.

De manera que sobre el modo de llevar a cabo la exploración judicial de la menor, en el caso concreto al que se refiere la citada sentencia, esta es muy clara sobre las

67 SALA PAÑOS, D., «Proceso penal: declaración de menores víctimas del delito. Limitaciones del derecho de defensa», *Diario La Ley*, núm. 9393, 9 de abril de 2019, p. 3.

68 SÁNCHEZ MELGAR, J., «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores...», *op. cit.*, p. 16.

69 NIETO FAJARDO, M. M., «La prueba preconstituida en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Los principios de intermediación y contradicción», *Artículo monográfico*, noviembre 2021, Editorial Jurídica Sepín SP/DOCT/14462, p. 2.

buenas prácticas para seguir durante el desarrollo de la prueba, determinar lo siguiente:

«[...] una psicóloga se desplazó al lugar habilitado, separado de la sala destinada a la exploración por un cristal de amplias dimensiones que permitía la visión de las personas que estaban en el local adjunto y donde estaban instalados aparatos dispuestos para la grabación del interior de la sala de exploración conectada mediante señal de audio con la sala adjunta. Desde la sala de exploración el cristal tenía la apariencia de un espejo, de modo que la niña no podía ver que en el local adjunto estaban las personas que intervenirían y presenciarían la exploración. Estas personas intervinientes fueron: El Magistrado Juez de Instrucción, el Secretario Judicial, el letrado del imputado —ahora condenado recurrente—, la letrada de la acusación particular, y el Ministerio Fiscal. La diligencia de exploración consistió en un prolongado diálogo entre la niña y la psicóloga que fue llevando la conversación hacia la narración de los hechos sucedidos. Esta psicóloga anotó e hizo a la niña cuantas preguntas interesaron las personas presentes en el local adyacente a la exploración, de modo que todas las partes pudieron pedir las precisiones que tuvieron por conveniente en relación con cuanto había manifestado la menor, e incluso después de esto la psicóloga se retiró al local adyacente en que estaban los demás y recogió la pregunta que interesó hacer el letrado del imputado, desplazándose de nuevo a la Sala de exploración y haciéndole la pregunta a la niña. Todo esto se filmó sin interrupción, se grabó con claridad y se recogió en el correspondiente soporte audiovisual. La diligencia así practicada fue en el día del Juicio Oral vista y escuchada por el Tribunal juzgador, con intervención de las partes».

En el mismo sentido, concretando los requisitos mínimos que deben observarse para la validez de esta prueba, se pronuncia la STS 470/2013, de 5 de junio⁷⁰:

«[...] en el período de la instrucción se tomó declaración a ambas menores, esa declaración fue dirigida por una psicóloga judicial, estando presente en las mismas dependencias, tanto la juez de instrucción, como el secretario judicial, la fiscal y la letrada de la defensa; esta declaración fue grabada con unas magníficas condiciones de imagen y sonido, y fue vista íntegramente en el acto del juicio, otorgando seguidamente la palabra a la Fiscal y a la defensa, previa entrevista reservada con su representado, para que alegasen las cuestiones que considerasen, no haciendo uso de ello. [...] esa prueba preconstituida fue practicada con observación de los requisitos que la jurisprudencia ha expuesto, con asistencia de todas las partes, la defensa del imputado incluida, en igualdad de condiciones y oportunidades, y fue vista en el plenario, con posibilidad de efectuar observaciones después, debemos asegurar que NOS

70 En el supuesto enjuiciado se trataba de dos niñas de corta edad (7 y 8 años) que fueron expuestas a un acto de exhibicionismo y abuso, existiendo un informe psicológico anterior al enjuiciamiento que señalaba que al acercarse el día del juicio las menores habían manifestado una creciente intranquilidad, recomendando expresamente que las menores no volvieran a tener relación con el sistema judicial y policial para evitarles un daño psíquico, denegando por ello el tribunal a quo su comparecencia al acto del juicio de forma razonada y razonable, ajustándose de forma precisa a las exigencias jurisprudenciales para evitar su victimización secundaria.

encontramos ante una prueba testifical practicada con todas las garantías legales que ha tenido acceso al plenario en condiciones de ser valorada y ponderada por el Tribunal».

Y la anterior STS 593/2012, de 17 de julio, en la que también es examinada la concurrencia de esos requisitos procesales en la práctica anticipada de la declaración de dos menores de edad víctimas de sendos delitos de prostitución y abusos sexuales, constatando:

«[...] que en el testimonio sumarial de los menores, grabado en DVD, practicado a la judicial presencia y con la fe de secretario, asistieron y tuvieron participación activa el M^o Fiscal, las defensas de los menores y las de los acusados, gozando de todas las posibilidades de interrogar a los niños. Se cumplen de este modo los requisitos exigidos para introducir tal prueba preconstituida en el plenario, según la jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional y del Europeo de Derechos Humanos, concurriendo: a) el requisito material, de la imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral; b) requisito subjetivo, necesaria intervención del juez de instrucción en la toma de declaración; c) requisito objetivo, que se garantice la posibilidad de contradicción y asistencia letrada al objeto de interrogar al testigo; d) requisito formal, la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta, art. 730 LECrim, o lo que es lo mismo, visionado del vídeo, circunstancia que posibilita el contacto directo del tribunal sentenciador con las declaraciones, que pueden ser sometidas a contradicción en el propio juicio oral».

4.2.3. Reproducción de la grabación audiovisual de la declaración en el acto del juicio oral

El nuevo art. 449 *bis* LECrim también establece ahora de forma expresa otro de los requisitos —el denominado formal— que ha sido exigido por nuestra jurisprudencia para permitir la valoración de la declaración de las personas menores de edad como prueba preconstituida en el acto del juicio oral. A través de la reproducción de su grabación audiovisual a instancia de cualquiera de las partes, conforme a lo dispuesto en el art. 730.2 LECrim, tras su nueva redacción por la LOPIIA.

Cuyo incumplimiento es criticado en la reciente STS 690/2021, de 15 de septiembre, a propósito de un pronunciamiento condenatorio por delito continuado de abusos sexuales a un menor de 8 años y en relación con su hermano también menor testigo de los hechos, que no pudieron ser oídos en el juicio oral, ni tampoco en fase instructora ante el juez. Apuntándose el correcto modo de proceder en estos casos, al manifestar que:

«[...] las entrevistas que realizaron la psicóloga y la psiquiatra debieron haber sido grabadas audiovisualmente, sin que en el caso presente conste que lo fueran —y en todo caso de haberlo sido no se aportaron—, lo que hubiera posibilitado su reproducción en el plenario. Pues el visionado y audición de tal grabación, en defecto de la percepción directa del testimonio de la víctima, hubiera resultado fundamental e imprescindible para poder comprobar el contenido y sentido de las manifestaciones inculpatorias

respecto del acusado, en su caso, efectuadas por el menor y para comprobar si la técnica utilizada por las profesionales fue correcta en sus entrevistas, estructuradas o no, evitando cualquier género en su gestión incompatible con las exigencias procesales».

De modo que, por no haberlo hecho con la metodología expuesta, es por lo que se entiende vulnerado el art. 24.2 CE, no solo en lo que se refiere a la presunción de inocencia, sino también a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y a la celebración de un proceso con todas las garantías.

Por el contrario, la STS 239/2018, de 23 de mayo, avala la correcta forma de proceder por el tribunal de instancia en otro pronunciamiento sobre abusos sexuales a una menor, en la cual la declaración de la víctima en el marco del procedimiento no tuvo tampoco lugar presencialmente en el acto del juicio, sino que se llevó a cabo de manera preconstituida. De manera que, en esta ocasión:

«[...] se procedió a su grabación videográfica, dándose riguroso cumplimiento en su realización a lo establecido en el artículo 26.1 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, sin que las partes hayan opuesto tacha alguna a su validez formal. La sentencia indica que se realizó con la intervención directa de una psicóloga y que era seguida en una dependencia contigua a través de la pantalla del sistema e-Fidelius por la autoridad judicial, el Fiscal, los abogados de la denunciante y del investigado, a quienes se permitió su intervención en el acto. Y además la grabación audiovisual consta unida al procedimiento de instrucción. La forma de practicarla se acordó por auto indicando que se realizaría directamente por la psicóloga del Instituto de Medicina Legal y con la presencia de todas las partes personadas, acusación particular y defensa, así como del Ministerio Fiscal. Y posteriormente se une diligencia del Letrado de la Administración de Justicia en la que se hace constar que la prueba preconstituida se practicó de la forma en que se describe en la sentencia recurrida».

En cualquier caso, lo que sí es fundamental para garantizar la introducción de la citada declaración en el plenario es que la grabación se haya efectuado con las necesarias garantías técnicas que permitan apreciarla en debida forma. Razón por la cual en este punto valoramos como un gran acierto que la actual redacción del art. 449 bis LECrim prevea expresamente la exigencia al letrado de la Administración de Justicia que, inmediatamente tan pronto ésta concluya, proceda a comprobar su calidad para evitar que en el futuro cualquier defecto en la misma pueda determinar una nulidad de la prueba así practicada. Pese a que por algún autor en la doctrina se haya criticado dicha redacción, proponiendo otra alternativa⁷¹.

Por ello consideramos de máximo interés la STS 529/2017, de 11 de julio, que haciéndose eco de la importancia de controlar la calidad de estas grabaciones, señala:

71 En este sentido MARTÍNEZ GUERRERO, A., «Comentario al nuevo artículo 449 bis LECrim», *Diario La Ley*, núm. 9872, 16 de junio de 2021, p. 5, a cuyo juicio el párrafo 3.º del art. 449 bis LECrim debiera haber sido redactado del modo que sigue: «La documentación de la prueba preconstituida prevista en los dos párrafos anteriores se llevará a efecto con arreglo a lo señalado en el artículo 743 de esta Ley».

«[...] que nadie puede refrendar cualquiera que sea la tecnología accesible, la autenticidad e integridad de una grabación hasta que ésta no ha concluido, de ahí que la validación por el Letrado de la Administración de Justicia debe producirse una vez el acto procesal haya terminado. Y de otro que, por muy avanzado que sea el sistema utilizado, si se pretende garantizar la integridad de lo grabado, es necesario que alguien, bien sea el Letrado de la Administración de Justicia o el personal que le auxilie en esa tarea, controle su adecuado funcionamiento.

La experiencia demuestra que con frecuencia se producen déficits en la captación de imágenes y, sobre todo, de sonido. Un eficaz control durante el desarrollo de las sesiones permitiría detectar el problema y buscar la solución, tecnológica de ser esta naturaleza la incidencia, o incluso de buenas prácticas (no es extraño que las deficiencias de sonido deriven de un inadecuado uso por parte de los intervinientes en el juicio de los micrófonos). [...] La videograbación es un privilegiado método de documentación en cuanto permite un reflejo fidedigno del desarrollo del acto procesal de que se trate. Ahora bien, a esa incuestionable ventaja se suman también ciertos inconvenientes. Los más relevantes los que afectan a los derechos de las partes, como los que, motivados por fallos técnicos o por un inadecuado control humano sobre el sistema, frustran su propia finalidad».

Y también, en un sentido similar a la anterior, haciéndose eco de este tipo de fallos en la grabación de la prueba, impidiendo que la declaración de las menores víctimas de un delito continuado de agresión sexual pudiera ser valorada por no haberse grabado el sonido de esta, la STS 178/2018, de 12 de abril, considera que por este motivo, «a la quiebra para la legitimidad de este medio probatorio que implica la ausencia de justificación de su presupuesto, se añade ahora el incumplimiento de un de los requisitos esenciales que autorizarían el traslado de su resultado al juicio oral». O también la STS 415/2017, de 8 de junio, recaída en relación con un procedimiento que se había seguido por abusos sexuales continuados a dos menores de 3 años de edad, y cuya exploración en sede judicial como prueba preconstituida se llevó a cabo casi tres años después de la fecha de los hechos denunciados. Y en la cual, según se refiere, tampoco pudo ser valorada dicha exploración, pues, «aunque en las actuaciones constaba un informe pericial desaconsejando nuevos interrogatorios de las menores, lo que explica y justifica su ausencia del plenario [...] la nula calidad de la grabación impidió su utilización en el juicio oral, haciendo imposible valorar la exploración de las menores como prueba preconstituida».

V. LA NECESIDAD DE ARTICULAR UN PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA EL USO DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN LA PRÁCTICA FORENSE

Tras la reforma introducida por la LOPIIA, y las actuales previsiones legales para otorgar validez como prueba de cargo en el plenario a las declaraciones de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de una especial protección realizadas durante la fase de instrucción como prueba preconstituida, cuando concurren los presupuestos y requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en línea con las directrices exigidas por nuestra jurisprudencia del TS y TC, que hemos tenido ocasión de examinar en los anteriores apartados de este estudio, consideramos que el siguiente paso que debería abordarse es la aprobación de un protocolo común para su uso en la práctica forense.

Lo cual, a nuestro juicio, creemos que es imprescindible para articular esta prueba con todas las garantías exigibles en el marco del proceso penal, y promover una correcta intervención de todas las partes que deban participar en su práctica en el ámbito de la Administración de Justicia, para dotar al procedimiento de la suficiente fiabilidad⁷². Sin olvidar tampoco, la importancia de que nuestro legislador proceda a regular también las condiciones mínimas que haya de reunir el lugar donde se haya de practicar dicha prueba. A partir de las cuales las distintas Administraciones públicas implicadas puedan crear y poner a disposición de los diferentes profesionales que hayan de intervenir en ella unos espacios especialmente habilitados para interactuar con estos colectivos de víctimas. Haciendo posible que su declaración se desarrolle en un entorno amigable –tipo sala Gesell, con espejo unidireccional o bien tipo casa de los niños–, que como a continuación veremos, se trata de recursos cada vez más frecuentes y accesibles en el día a día de nuestros órganos judiciales.

5.1. Elaboración de un protocolo común. ¿Qué estándares mínimos debería contemplar?

La posibilidad de protocolizar los pasos que seguir para la práctica de la prueba preconstituida a la hora de tomar declaración judicial a las víctimas y testigos menores de edad, con el fin de evitarles los efectos de la victimización secundaria en los casos en que sea admisible, ya fue sugerida con muy buen criterio, a nuestro juicio, en el Protocolo Básico de Intervención contra el Maltrato Infantil, suscrito en el marco de la Administración del Estado⁷³. Y con el mismo objetivo, también fue propuesta en el ámbito autonómico por el Protocolo Marco de Actuaciones en casos de abusos

72 DIESEN, C., SÁNCHEZ HERAS, J., DEL MOLINO ALONSO, C., HORNO GOICOECHEA, P., SANTOS NÁÑEZ, A., *Niños y niñas víctimas de abuso sexual y el procedimiento judicial. Informes nacional y europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 83-84.

73 *Vid.* El Protocolo Básico de Intervención contra el Maltrato Infantil (aprobado en el Pleno del Observatorio de la Infancia, 22-11-2007), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 19.

sexuales y otros maltratos graves a menores en Cataluña⁷⁴, al manifestar que sería deseable «que toda declaración de un menor de 13 años se realizase mediante el Programa de apoyo psicológico a la exploración judicial, para evitar la victimización secundaria y para no dañar el testimonio del menor a lo largo del tiempo con las garantías procesales adecuadas para que pudiese considerarse una prueba preconstituida. El interrogatorio del menor podría ser registrado con imagen y sonido por funcionarios policiales que custodiarían y realizarían las copias necesarias de la grabación si fuera procedente [...]. Y con los mayores, hasta la mayoría de edad, debería hacerse una comprobación previa de su afectación, de su estado emocional, posibilidades de declaración, etc.».

Por todo ello, y teniendo en cuenta los dos fines fundamentales que se persiguen con la prueba preconstituida en estos supuestos, por un lado, salvaguardar, el interés superior del menor para evitar las consecuencias de la victimización secundaria durante su intervención en el juicio oral, y, por otro, proteger su testimonio como elemento probatorio en aras de la obtención de la verdad material en el curso del proceso⁷⁵, entendemos que la elaboración de un protocolo común deviene en un objetivo fundamental. En el cual la ayuda que la psicología jurídica puede ofrecer al derecho para la consecución de ambos objetivos se ha de tener muy presente, pues en todo caso las exigencias psicológicas se han de integrar junto con los imperativos jurídicos a la hora de reglamentar las pautas para seguir por todos los profesionales que hayan de intervenir en este tipo de diligencias⁷⁶. Representando una necesidad también compartida por otros autores que se han ocupado del tema⁷⁷, destinada a mejorar las condiciones de asistencia de los menores durante las actuaciones judiciales, y que creemos que debiera materializarse con ocasión de la reforma que

74 Vid. Protocolo Marco de Actuaciones en casos de Abusos Sexuales y otros Maltratos Graves a Menores (firmado en Barcelona, 13-9-2006 por la Delegación del Gobierno del Estado en Cataluña, Presidencia y fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, departamentos de Justicia, Interior, Educación y Universidades, Salud y de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña, y el Sindic de Greuges de Cataluña), p. 10.

75 GISBERT POMATA, M., «La preconstitución de la prueba y el testimonio de referencia», en AL-CÓN YUSTAS, M. F., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (coords.), *Los menores en el proceso judicial*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 148; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «El proceso penal: los menores de edad en el debate probatorio», *Revista del Poder Judicial*, núm. 85, 2007, p. 438, y SUBIJANA, I. J., ECHEBURÚA, E., «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*, núm. 28, 2018, p. 24.

76 ECHEBURÚA, E., SUBIJANA, I. J., «Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente», *Internacional Journal of Clinical and Health Psychology*, vol. 8, núm. 3, 2008, p. 743.

77 DELGADO MARTÍN, J., «Un proceso amigable y adaptado a las necesidades de...», *op. cit.*, p. 6.

con arreglo a la DF 20.^a de la LOPIIA está pendiente de llevarse a cabo en la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁷⁸.

Razón por la cual valoramos muy positivamente las diferentes propuestas surgidas en este contexto para protocolizar su realización en la Administración de Justicia⁷⁹, al exponer los pasos que se deberían seguir por los profesionales expertos a la hora de realizar la prueba:

1.º) Vaciado del expediente judicial y contacto con el contexto adulto del menor, para recabar y analizar toda la información disponible sobre el ilícito y estado psicológico del menor.

2.º) Preparación del espacio físico, según disponibilidad y medios. Si bien la entrevista deberá seguirse en tiempo real por los distintos operadores jurídicos (juez, fiscal y abogados) para que posteriormente puedan introducir las preguntas aclaratorias que estimen oportunas, y ser grabada en soporte audiovisual para ser reproducida en el juicio oral. Siendo lo idóneo contar con dos salas contiguas conectadas por circuito cerrado de televisión, o con espejos unidireccionales (tipo cámara Gesell, a la que después aludiremos más ampliamente).

3.º) Preparación de la entrevista, planificando la prueba conforme al momento más idóneo para el menor desde el punto de vista emocional y del desarrollo de sus rutinas diarias, cuya duración deberá ser, además, la mínima imprescindible atendiendo siempre a su estado, y no siendo recomendable una duración de la entrevista de más de una hora, incluso en circunstancias idóneas).

4.º) Desarrollo de la entrevista, propiamente dicha, en cuatro fases: a) introductoria, para preparar al menor para realizar la prueba, valorar su desarrollo cognitivo, favorecer su atención y aclararle el procedimiento; b) transición, para favorecer un clima de confianza, avanzar en la exploración de las habilidades cognitivas y sociales del menor, y evaluar su forma de recuerdo; c) sustantiva, para obtener un relato lo más extenso y exacto posible sobre los hechos investigados, y d) cierre, para devolver un tono positivo al menor, resolver cualquier duda y agradecer su participación⁸⁰.

78 LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «La prueba preconstituida en menores de edad...», *op. cit.*, p. 18.

79 GONZÁLEZ, J. L., MUÑOZ, J. M., SOTOCA, A., MANZANERO, A. L., «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», *Papeles del Psicólogo*. Vol. 34, núm. 3, 2013, pp. 232-236., y SOTOCA, A., MUÑOZ, J. M., GONZÁLEZ, J. L., MANZANERO, A. M., «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportación desde la psicología forense», *La Ley Penal*, núm., 102, mayo-junio 2013, pp. 117-120.

80 Como un modelo muy similar, REY ANASTASI, A., PEDROCHE GARDE, I., MARTÍNEZ MIGUEL, E., «La intervención del psicólogo en la prueba preconstituida. Un nuevo reto profesional», *Información Psicológica*, núm. 114, 2017, pp. 125 y ss., describen la entrevista cognitiva mejorada (modelo PEACE), que se trata de un modelo adaptado al contexto jurídico y coincide en gran medida con la metodología empleada por la Unidad de Psicología Forense de Valencia: letra P) preparación y planificación de la entrevista; letra E) establecimiento de *rapport*; letra A) aplicación de la técnica cognitiva propiamente dicha; letra C) cierre; y letra E) evaluación.

A los cuales entendemos que se habrán de adaptar necesariamente los distintos tipos de programas que se pongan en funcionamiento para la exploración judicial de testigos-víctimas especialmente vulnerables en la Administración de Justicia. Y que, conforme a lo ya dicho, deberán perseguir básicamente los siguientes objetivos básicos: «a) Favorecer la calidad de la exploración judicial de testigos especialmente vulnerables, manteniendo las garantías judiciales de la prueba; b) Favorecer la aplicación efectiva de los derechos de las víctimas, especialmente cuando afecta a la evitación de la victimización secundaria; y c) Obtener la declaración de la víctima-testigo dentro de un marco profesional de contención emocional, reducción del estrés, y un ambiente acogedor»⁸¹. Permitiendo a todos los profesionales que hayan de intervenir en la diligencia cumplir y seguir durante su actuación una guía de buenas prácticas para el abordaje de la exploración de los menores víctimas o testigos en el marco del proceso penal, proteger sus derechos y obtener pruebas válidas para utilizar en el juicio con la debida garantía y respeto de los derechos de las personas investigadas⁸².

Y que, a tenor de su demostrada utilidad, a nuestro juicio habrían de generalizarse en la práctica forense, dados los beneficios que suponen para conseguir los objetivos pretendidos con la prueba preconstituída. Cuya nueva regulación en nuestro procedimiento penal tras la reforma de la LOPIIA refuerza la presencia y participación activa de los profesionales expertos en la exploración de los menores, así como el empleo de aquellos medios técnicos adecuados para impedir su confrontación visual con el presunto autor del delito durante su práctica. De modo que, a la hora de diseñar en un futuro próximo el procedimiento de actuación común en todos estos casos, nos parece adecuado que, como señalan Alarcón Romero *et al.*, este se pudiera protocolizar y desenvolver sustancialmente con arreglo a las siguientes cuatro fases⁸³:

1.ª) *Demanda, asignación de casos y coordinación con el órgano judicial.* Tras ser realizada la petición de actuación del programa, que puede provenir tanto de la

81 ALARCÓN ROMERO, L., ARAGONÉS DE LA CRUZ, R. M., BASSA BERTRÁN, M., FARRÁN PORTÉ, M., GUILLÉN VILLEGAS, J. C., JUNCOSA FONT, X., LÓPEZ FERRÉ, S., TORO MARTÍ, L., «Comunicación sobre el Programa de Apoyo a la Exploración Judicial de Testigos Vulnerables en Cataluña», *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 18, 2008, p. 13.

82 Sobre estas buenas prácticas para orientar, asistir y contribuir a protocolizar la actuación de los operadores jurídicos y demás profesionales que deban intervenir en la exploración de menores-víctimas o testigos en el marco del proceso penal, *vid.* BERLINERBLAU, V., NINO, M., VIOLA, S., *Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Buenos Aires, 2013, en: <https://www.unicef.org/argentina/media/1746/file/Guia%20de%20Buenas%20Pr%C3%A1cticas%20para%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20derechos%20y%20el%20acceso%20a%20la%20justicia%20de%20ni%C3%B1os%20v%C3%ADctimas%20de%20abuso%20sexual..pdf> [Consulta: 10-12-2022].

83 ALARCÓN ROMERO, L. *et al.*, «Comunicación sobre el Programa de Apoyo a la Exploración...», *op. cit.*, pp. 14-17.

Fiscalía como de los juzgados de instrucción, juzgados penales, de violencia sobre la mujer o audiencia provincial. Los psicólogos del equipo asignados se pondrán en contacto con el órgano judicial al objeto de coordinar la fecha de la intervención, acordar el lugar y la forma de exploración, y, en caso de ser necesario, reservar un espacio previo de trabajo con la víctima-testigo.

2.ª) *Acogida del testigo-víctima*. Para realizar la exploración judicial, aunque los psicólogos del programa podrán trasladarse a las dependencias que el juez disponga, lo habitual es que sea la comitiva judicial la que comparezca en su sede, especialmente diseñada para practicarla (sala con espejo unidireccional para que la víctima-testigo no se sienta observada, tipo cámara de Gesell)⁸⁴. Debiéndose establecer con carácter previo un contacto con la víctima-testigo, para crear un buen clima de comunicación y hacer que pueda encontrarse en un ambiente acogedor, ofreciéndole información en un lenguaje accesible para ella sobre todo el proceso y las personas que estarán presentes.

3.ª) *Exploración*, que será realizada por dos psicólogos del programa⁸⁵ y en presencia de los profesionales del ámbito judicial que determine el juez para mantener las garantías procesales (juez, fiscal, abogados de las partes y secretario judicial), pero sin que en ningún momento la víctima-testigo los pueda ver. Uno de los psicólogos llevará la iniciativa con el apoyo del otro, debiéndose observar por ambos profesionales durante su desarrollo criterios de objetividad, evitando inducciones o preguntas que dificulten el recuerdo objetivo de la víctima-testigo. Antes de finalizarla, el juez, a petición de las partes o de oficio, comunicará a los expertos aquellos aspectos que no hayan sido suficientemente tratados en la entrevista, y, en su caso, planteará las nuevas preguntas adaptadas al nivel de desarrollo psicomadurativo del menor y sus características psicológicas. La exploración será grabada en vídeo, previa disposición de la autoridad judicial.

4.ª) *Finalización del programa*, una vez concluida la exploración judicial. Si bien, cuando se considere necesario o así lo pida el juez, se le facilitará una devolución

84 Ampliamente sobre las características, funcionamiento y protocolo para el uso de la cámara Gesell en el marco de los procedimientos penales, *vid.* AGUILAR ARGEÑAL, O. R., «La cámara de Gesell», *Anuario de Justicia de Menores*, núm. X, 2010, pp. 81-108.

85 Acerca del número de psicólogos que deban intervenir en la declaración de los menores, es de interés la STS 389/2017, de 29 de mayo, que, frente a la alegación formulada por el recurrente reprochando que la declaración de la menor no se tomara por dos psicólogos, manifiesta: «Que la declaración de la menor se realizara por un solo perito respondió a la voluntad de la niña, pues a la declaración concurren dos psicólogos del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal (EATP), siendo la declarante quien solicitó que uno de los dos profesionales no estuviera presente, sin que la petición (que solo se atendió durante la primera parte del interrogatorio) suscitara ninguna objeción por las partes presentes, ni resulte contraria a la mecánica de ejecución procesal que recoge el artículo 433 de la LECR. Pues por más que la presencia de dos psicólogos pueda resultar preferible en términos facultativos, ni su ausencia deteriora la credibilidad de un testimonio prestado a presencia de las partes y sometido a contradicción, ni compromete la valoración judicial que pueda hacerse del contenido del relato testifical».

psicológica del contenido de la exploración, y ,en su caso, sobre la idoneidad de solicitar un informe de asesoramiento sobre la situación psicológica o psicosocial de la víctima-testigo, y un análisis psicológico de la credibilidad del testimonio. Con la previsión de que los profesionales que hayan participado en la exploración puedan ser requeridos como peritos en el juicio oral, para informar de cómo se ha realizado, de las condiciones psicológicas de la víctima-testigo o del análisis de la credibilidad del testimonio en su caso. Asimismo, podrán actuar a petición judicial como testigos de referencia respecto a las manifestaciones de la víctima-testigo en la fase de acogida.

5.2. Importancia de habilitar un entorno amigable para practicar la prueba ¿Qué ventajas ofrecen la cámara Gesell y las casas de los niños?

Pese a que la gran mayoría de los instrumentos internacionales y europeos a los que hemos hecho referencia al principio de este estudio ponen un especial énfasis en cuanto a la necesidad de que los menores víctimas o testigos de delitos sean entrevistados en sede judicial sin ser vistos por su presunto agresor, e instan a la provisión de salas especialmente acondicionadas para llevar a cabo esas entrevistas a través de los profesionales expertos designados para este fin, incomprensiblemente ninguna regulación específica se hace sobre estos espacios en nuestra norma procesal tras la reforma de la prueba preconstituida llevada a cabo por la LOPIIA.

Lo que a nuestro juicio resulta criticable en una ley orgánica que, como su propio nombre indica se califica de integral a la hora de ofrecer una protección a la infancia y adolescencia en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien como se ha apuntado, este hecho puede tener su justificación en la intención de nuestro legislador de dejar para más adelante el desarrollo normativo de la LOPIIA, a través, según se contempla en su DF 20.^a, de un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que habría de aprobarse en el plazo de un año a contar desde su entrada en vigor⁸⁶. El cual estaría dirigido, entre otros fines, a llevar a la práctica de nuestros tribunales «la especialización tanto de los órganos judiciales como de sus titulares, para la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales por delitos cometidos contra las personas menores de edad». Aunque, dado que dicha especialización habrá de realizarse con arreglo a los principios y medidas establecidos en la LOPIIA, nada impediría que se pudiera aprovechar dicho desarrollo normativo para regular también de manera expresa los estándares mínimos que debería reunir el lugar habilitado para el desarrollo de este tipo de exploraciones. Y, lo que consideramos más importante, dotar los recursos económicos suficientes para que estos espacios sean una realidad en todo el territorio nacional, sin discriminación alguna por razón de las CC.AA. donde vayan a ser creados —bien con arreglo al modelo de la denominada cámara Gesell o al modelo de casa de los niños, *Children's House* o *Barnahus*—, tal como fue reclamado por el Defensor del Pueblo⁸⁷.

86 GISBERT POMATA, M., «La tutela procesal de la violencia contra la infancia...», *op. cit.*, p. 342.

87 DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la escucha del menor víctima o testigo*, Madrid,

5.2.1. El uso de la cámara Gesell en la Administración de Justicia

Comenzando por el primero de los recursos, no cabe duda de las ventajas que ofrece la denominada cámara o sala Gesell, entre las técnicas destinadas en este tipo de supuestos para prevenir la victimización secundaria de las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección que hayan de declarar en el marco de un proceso penal. La cual debe su nombre al psicólogo y pediatra americano Arnold Lucius Gesell (1880-1961), que pensó en su diseño con el fin de observar el desarrollo y conducta de los niños sin que estos se sintieran cohibidos, y así pudieran actuar de una manera natural y espontánea⁸⁸. Pues este espacio para la observación estaba integrado por dos salas separadas por un espejo unidireccional, en el cual las personas que se sitúan en una de ellas se verían reflejadas en ese espejo, sin poder ver a las personas que se situaban en la otra sala detrás de este.

Motivo por el cual debemos entender que el uso de este recurso se presenta, según ya hemos avanzado, como una herramienta especialmente idónea en el ámbito judicial para realizar la exploración de las personas menores de edad o discapacitadas que hayan podido ser víctimas de un delito con el fin de evitar su victimización secundaria durante su participación en el proceso. Al considerar que hace posible aplicar los medios técnicos adecuados para que la audiencia de dichas personas se pueda llevar a cabo a través de la intervención de un profesional experto⁸⁹, que realizará la entrevista e interactuará con estas en un entorno amigable y en el cual se puedan sentir cómodas, evitándose de este modo cualquier riesgo de que puedan sufrir daños o perjuicios que puedan repercutir en su desarrollo emocional. Y proporcionándoles, de esta forma, un espacio probatorio con todas las garantías para cubrir sus necesidades⁹⁰.

Así lo ha reconocido la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que en las SSTs 519/2022, de 26 de mayo, 194/2022, de 2 de marzo, y 222/2019, de 29 de abril, tras reconocer su encaje legal en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hace eco de las ventajas que ofrece este mecanismo a los tribunales a la hora de tomar declaración testifical a los menores. Pues permite:

2015, p. 51., en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/la-escucha-del-menor-victima-o-testigo-mayo-2015/> [Consulta: 10-12-2022].

88 ARANTEGUI ARRÁEZ, L., «El uso de cámaras Gesell con niños: derechos humanos y victimización secundaria», *Revista de Victimología*, núm. 13, 2022, p. 40.

89 SEMPERE FAUS, S., «La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: La prueba preconstituida y la eficacia de la Cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, 2019, p. 39.

90 Entre dichas necesidades, SUBIJANA, I. J., ECHEBURÚA, E., «Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial...», *op. cit.*, p. 24, refieren las siguientes: a) acogida, mediante la creación de un escenario no invasivo y respetuoso con la intimidad del menor; b) confianza, con la compañía de personas que fomenten círculos de seguridad afectiva; c) comunicación, utilizando a los psicólogos forenses como instrumentos de comunicación de las preguntas de las partes y del juez, y d) contradicción, con la intervención potencial de todas las partes.

«[...] a través de la utilización de diversos medios técnicos (como puede ser la videoconferencia), el disponer de la posibilidad de observar cómo se desarrolla la entrevista que realiza un especialista con un menor, sin que aquel sea consciente de que está siendo observado. Además, en el curso de la declaración se le puede hacer llegar al experto que realice el interrogatorio las preguntas o aclaraciones que soliciten los sujetos procesales, para que declare en un ambiente no hostil, como podría ser el propio juicio. Se facilita con ello una mayor espontaneidad, que el menor se exprese en su lenguaje y que su intervención procesal no sea traumática. Pues la presencia de las partes en lugar en que no pueden ser vistas por el menor y su comunicación a través del experto posibilita una comunicación indirecta con éste que garantiza el respeto del principio de contradicción procesal, en condiciones suficientes y óptimas para salvaguardar el derecho de la defensa».

Y en el mismo sentido, la STS 389/2017, de 29 de mayo, que, tras verificar la concurrencia de todos los requisitos para la validez como prueba de cargo preconstituida de la declaración de una menor víctima de abusos sexuales prestada durante la fase sumarial, pone también en valor la utilización de la cámara Gesell. Sirviéndose para ello en el caso enjuiciado que nos ocupa:

«[...] de una habitación acondicionada para permitir la observación no invasiva de las personas que se ubican en su interior, mediante un vidrio de visión unilateral o sistemas de retransmisión. Y en su práctica, destaca que la declaración de la niña fuera seguida de manera directa, tanto por el Juez instructor y el Letrado de la Administración de Justicia, como por las partes, incluyendo en este caso al propio acusado, a su letrado y una perito psicólogo propuesta por la defensa, que asistió a la diligencia, sin entrar tampoco en contacto con la declarante. En la declaración se facilitó a las partes la posibilidad de que las preguntas que quisieran formular a la menor, se cursaran a través de la psicóloga que dirigía el diálogo con ella, documentándose en soporte digital, mediante grabación en vídeo, el contenido de la declaración, que se reprodujo en el acto del plenario».

De modo que la generalización de este tipo de espacios en nuestros edificios judiciales, tal como se ha llevado a cabo en los juzgados de Valencia con la puesta en funcionamiento del Servicio de exploración de menores, discapacitados y víctimas de especial vulnerabilidad en junio de 2014⁹¹, o en la comunidad autónoma de Andalucía, que en los dos últimos años ha cuadruplicado el número de este tipo de instalaciones⁹²,

91 VIGUER SOLER, P. L., «Estatuto de la víctima, protección del menor y prueba preconstituida», *Diario La Ley*, núm. 9116, 11 de enero de 2018, p. 16.

92 JUNTA DE ANDALUCÍA, «Justicia cuadruplica el número de salas Gesell disponibles en los juzgados andaluces» (15-6-2021), donde se informa de que en la comunidad autónoma de Andalucía se ha cuadruplicado en los dos últimos años el número de dependencias disponibles de este tipo. Así, de las 7 existentes, se han construido 19 nuevas salas hasta alcanzar en junio de 2021 un total de 26. Lo que ha permitido dotar no solo a todas las capitales de provincia de esta infraestructura, sino también a partidos judiciales pequeños y alejados de las grandes ciudades, para que las víctimas no tengan que desplazarse hasta estas, en: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/justiciaadministracionlocalyfuncionpublica/servicios/actualidad/noticias/detalle/262000.html> [Consulta: 10-12-2022].

hace posible la creación de un entorno acogedor pensado para que las declaraciones y exploraciones de estos colectivos de víctimas especialmente vulnerables se puedan desarrollar en condiciones de tranquilidad, sosiego y protección. Ya que al estar compuesto, como hemos dicho, por dos salas divididas por una pared en la que se instala un espejo unidireccional, en una de dichas habitaciones estarán presentes el juez, los letrados de las partes, el Ministerio Fiscal y el letrado de la Administración de Justicia para dirigir y observar el desarrollo de la prueba, que se practicará en la otra sala en la que se situará la persona menor de edad o discapacitada junto con el experto —normalmente profesional de la psicología con especialización en esta materia—, que será el encargado de llevar a cabo la entrevista, sin que estos puedan ver a los operadores jurídicos situados en la sala contigua⁹³.

Lo que puede ser muy beneficioso para la víctima o testigo que haya de declarar, quien, al no encontrarse sujeto a la observación directa de las partes, ni tener contacto directo con su agresor, podrá declarar de manera confiada y segura. Pues el uso de este tipo de salas crea un ambiente amigable para ellos a la hora de declarar, y permite establecer una conversación a modo de entrevista con la persona experta, que dista mucho de ser un interrogatorio, al utilizarse durante su desarrollo un lenguaje adaptado y comprensible, alejado del lenguaje técnico-jurídico que se suele emplear en los interrogatorios en las salas de vistas⁹⁴. Sin perjuicio de que su uso en la práctica forense se manifieste también como un recurso muy útil para la evaluación de la credibilidad del testimonio de las víctimas en este tipo de pruebas en casos de abusos o agresiones sexuales, puesto que al realizarse siempre su grabación en soporte audiovisual no se corre el riesgo de contaminar ese testimonio, ni de perder ningún elemento de prueba. Aspecto este último que, desde nuestro punto de vista, se convierte ahora en un estándar de actuación para seguir por los órganos judiciales durante los procedimientos en este tipo de causas, al venir avalado por la nueva regulación del art. 449 *ter* de la LECrim, que expresamente prevé que el juez, previa audiencia de las partes, pueda recabar del perito que haya intervenido en ellas «*un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor*», al que suele otorgarse un papel muy relevante en la jurisprudencia de nuestro alto tribunal junto con la valoración del resto de pruebas que puedan concurrir en cada caso particular.

93 LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021...», *op. cit.*, p. 17.

94 SEMPERE FAUS, S., «La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad...», *op. cit.*, pp. 39 y 40.

5.2.2. Sobre las denominadas casas de los niños. ¿Cuáles son los beneficios del modelo Barnahus?

Tampoco la LOPIIA hace referencia alguna a las denominadas casas de los niños, conocidas como *Children's Advocacy Centers* (CAC), *Children's House* o *Barnahus*. Las cuales surgen originariamente en los Estados Unidos en los años ochenta como recurso para atender desde una unidad centralizada a menores que hubieran sido víctimas de abuso sexual y maltrato. Y cuyo objetivo principal es disponer de profesionales especializados y coordinados, para agrupar en un mismo espacio todos los recursos que intervengan en un caso de abuso sexual infantil, para disminuir su victimización secundaria⁹⁵. El cual coincide en este extremo con el que también se persigue con la creación y utilización de las salas Gesell, para evitar que estos menores tengan que revivir el abuso sexual a través de múltiples declaraciones, ofreciendo un entorno amigable y respetuoso con sus necesidades.

Como adaptación de los CAC, en 1998 se fundó en Reikiavik (Islandia) un centro denominado *Barnahus* o casa de los niños, dirigido por el sistema de protección a evaluar a los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual infantil. El cual incluía una nueva herramienta consistente en la realización de una entrevista forense con la víctima menor de edad por circuito cerrado de televisión ante un representante del ámbito judicial, con el fin de que la prueba así practicada resultase válida para el juicio y pudiera configurarse como prueba preconstituida⁹⁶.

En cualquier caso, tanto los CAC como el modelo *Barnahus* se guían por el principio de una única puerta (one door principle) o bajo un mismo techo (*under one roof principle*), que implica que son los profesionales que se encuentran en un mismo lugar los que han de atender de manera coordinada a los menores, y no ser estos los que tengan que desplazarse de un lugar a otro para recibir la atención que precisen⁹⁷. De manera que con arreglo a lo dicho, este modelo *Barnahus* como señalan Pereda y Rivas, debería inicialmente incluir⁹⁸:

- a) Un equipo formado por profesionales de los diferentes departamentos involucrados en el proceso de evaluación, notificación y denuncia en casos de abuso sexual infantil, y que de acuerdo con lo previsto en la nueva regulación del art. 449 *ter* LECR se habría de hacer extensible a otros delitos especialmente

95 PEREDA, N., RIVAS, E., *Bajo el mismo techo. Las Casas de los Niños: un recurso para atender a los niños y niñas víctimas de abuso sexual y sus familiares en Catalunya*, Save the Children, 2018, p. 26, en: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/bajo-el-mismo-techo-web-doble.pdf> [Consulta: 10-12-2022].

96 SAVE THE CHILDREN, *Barnahus: La casa que protege a los niños y niñas*, 2019, en: <https://www.savethechildren.es/actualidad/barnahus-la-casa-que-protege-los-ninos-y-ninas> [Consulta: 10-12-2022].

97 PEREDA, N., BARTOLOMÉ, M., RIVAS, E., «Revisión del Modelo Barnahus: ¿Es posible evitar la victimización secundaria en el testimonio infantil?», *Boletín Criminológico*, núm. 207, 2021, p. 6.

98 PEREDA, N., RIVAS, E., *Bajo el mismo techo...*, *op. cit.*, p. 34.

graves que afecten también a personas menores de edad: profesionales de los servicios sociales, del ámbito educativo, policial o del sistema judicial que son consultados antes de decidir si se tiene que realizar la evaluación forense del menor.

b) Un equipo de exploración forense, integrado por un psicólogo forense y un médico forense. El primero habrá de efectuar la entrevista de investigación que será grabada para que en caso de ser necesario pueda convertirse en prueba preconstituida, y evitar así que el menor tenga que acudir posteriormente a juicio. Y a tales efectos, para que se constituya como prueba válida, deberán asistir a dicha entrevista, todas las personas que suelen estar presentes en el juicio: juez, fiscal, abogado de la defensa y de la acusación, letrado de la Administración de Justicia, etc., que la seguirán desde otra sala contigua a donde se encuentran el menor y el psicólogo forense a través de un espejo unidireccional para no ser vistos, incorporando a este espacio las ventajas que ya conocemos que ofrece la sala Gesell. Mientras que el médico forense será el encargado de realizar la exploración del menor y de los posibles indicadores físicos derivados del abuso sexual.

c) Un equipo de profesionales de la salud mental cuya función será ofrecer orientación y tratamiento tanto al menor víctima como a su familia (padres, madres, tutores, hermanos y hermanas, etc.).

Este tipo de centros, que por ahora cuentan con un ínfimo desarrollo en nuestro país, están siendo promovidos fundamentalmente por la ONG Save the Children en colaboración con algunas comunidades autónomas, habiendo sido inaugurado el primero de ellos en Tarragona en 2020 con la colaboración de la Generalitat de Cataluña⁹⁹. Considerando que, en relación con su regulación y con la posibilidad de potenciar su creación en todo el territorio nacional, se ha desaprovechado la oportunidad que brindaba la LOPIIA para generar un contexto normativo seguro a todas las Administraciones públicas implicadas en su puesta en funcionamiento. Coincidiendo con Gisbert Pomata en que, si queremos rematar las reformas introducidas en esta materia de protección de la infancia y adolescencia contra la violencia, este recurso se plantea como una necesidad¹⁰⁰. Para lo cual, en línea con las recomendaciones que ya conocemos promulgadas en el contexto del derecho internacional y europeo, y siguiendo el camino iniciado por la mayoría de los países de Europa, entendemos que también en España deberá realizarse una apuesta seria para que se convierta en una realidad que se generalice como modelo para implantar en atención a los beneficios contrastados que puede reportar.

99 LA VANGUARDIA, «La Generalitat crea un servicio pionero para atender a niños víctimas de abusos sexuales» (28-10-2021), en: <https://www.lavanguardia.com/local/catalunya/20211028/7817096/generalitat-crea-servicio-pionero-atender-ninos-victimas-abusos-sexuales-brl.html> [Consulta: 10-12-2022].

100 GISBERT POMATA, M., «La tutela procesal de la violencia contra la infancia...», *op. cit.*, pp. 342 y 343.

VI. LA IMPRESCINDIBLE FORMACIÓN DE LOS PROFESIONALES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA GARANTIZAR UNA EFICAZ APLICACIÓN DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Dado el papel fundamental que desempeña la formación a la hora de hacer efectivo el reconocimiento de los derechos de las víctimas entre los distintos profesionales que puedan tener cualquier tipo de contacto con ellas durante su intervención en el proceso penal, entendemos que esta merece aún una mayor atención cuando se trata de hacer valer los derechos de aquellos colectivos de víctimas más vulnerables, entre las cuales deben entenderse incluidas las personas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección. Razón por la cual consideramos que cualquier iniciativa destinada a este fin debe contar con el apoyo incondicional de todas las Administraciones públicas que estén implicadas, articulando todos aquellos recursos personales y materiales que sean necesarios para que esta pueda cumplir con todos sus objetivos¹⁰¹.

Y dada la estrecha relación que, como sabemos, existe entre las disposiciones de la Ley 4/2015, de 27 de abril, sobre el Estatuto de la víctima del delito (LEVD), y las disposiciones de la LO 8/2021, de 4 de junio, sobre protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (LOPIIA), a la hora de establecer los presupuestos y requisitos necesarios para la validez de la prueba preconstituida en el marco del proceso penal, entendemos que el articulado de la primera puede constituir un buen punto de partida para sentar las bases de la formación que debiera ser exigida a todos los profesionales que hayan de intervenir en ella, para dotarles de las competencias y habilidades que los hagan receptivos en este tipo de diligencias procesales a las necesidades de las víctimas y testigos menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección, con el fin de prevenir la victimización secundaria con ocasión de su participación en las actuaciones judiciales.

En este sentido, el art. 30 LEVD, en aplicación del art. 25 de la Directiva 2012/29/UE ya comentada, dispone muy acertadamente que «el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán la formación general y específica, relativas a la protección de las víctimas en el proceso penal», en los cursos de formación de los jueces y magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad, médicos forenses, personal al servicio de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado o de las comunidades autónomas que desempeñen funciones en esta materia. Lo que también se contempla para otros operadores jurídicos, como los abogados y procuradores a cargo de sus respectivos colegios profesionales, llamados también a desempeñar un papel destacado en la tutela y representación de los intereses de estos colectivos especialmente vulnerables de víctimas.

101 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas...», *op. cit.*, p. 42.

Formación en la cual, en nuestra opinión, debiera reservarse un papel protagonista al personal altamente cualificado que conforma los equipos técnicos de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD), al contar con una dilatada experiencia en sus respectivos ámbitos de actuación jurídica, psicológica y social con los distintos colectivos de víctimas, incluidas las más vulnerables¹⁰². Pudiéndose seguir en este sentido, el modelo propuesto por la comunidad autónoma de Andalucía, que expresamente reconoce en su Decreto 371/2011, de 30 de diciembre, regulador de la actividad y competencias de estas oficinas, el importante papel que estas han de desempeñar en la formación y capacitación de los diferentes colectivos profesionales relacionados con la asistencia a las víctimas —artículos 3.2.f), 8.3 y 11.2.k)—, entre otros.

Lo que está en sintonía con el desarrollo que acerca de esta formación, lleva también a cabo la LO 8/2021, 4 de junio, al exigirla con carácter especializado, tanto de forma inicial como continuada, para «los y las profesionales que tengan contacto habitual con las personas menores de edad», y establecer la necesaria cooperación y colaboración entre todas las Administraciones públicas a la hora de organizarla. Al entender que esta se hace aún más necesaria cuando nos encontramos en presencia de personas menores que, por haber sido víctimas de cualquier tipo de violencia, se vean obligadas a participar en un proceso penal, con el propósito de evitar a toda costa cualquier tipo de daño o perjuicio sobrevenido para ellas.

De modo que consideramos un acierto que uno de los criterios generales que inspiran la LOPIIA para hacer efectiva la vigencia del superior interés del menor haya sido la «especialización y capacitación de los y las profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes para la detección precoz de posibles situaciones de violencia» (art. 4.1.f LOPIIA). Y que, asimismo, su art. 5, que es el específicamente dedicado a la formación en dicho texto normativo, disponga que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, «promuevan y garanticen esa formación especializada en materia de derechos fundamentales de la infancia y adolescencia a todas aquellos profesionales que tengan un contacto habitual con las personas menores de edad», que habrá de incluir, entre otras cuestiones o materias, los mecanismos para evitar la victimización secundaria, que es uno de los principales objetivos de la prueba preconstituida. Habiéndose sostenido, además, con razón, que esta formación debiera ser transversal, estable, multidisciplinar y evaluable, lo que abriría la puerta a depurar las responsabilidades de aquellos operadores jurídicos que no puedan demostrar que están formados en estas materias¹⁰³.

102 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal...», *op. cit.*, p. 78.

103 BUENO MATA, F., «Bases legales y puntos clave para la configuración de un protocolo de videograbación de la declaración de menores víctimas de violencia de género», en DEL POZO PÉREZ, M., BUJOSA VADELL, L. (dirs.), GONZÁLEZ MONJE, A. (coord.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 295.

Y para hacerlo efectivo, al igual que propone la LEVD, consideramos que una buena opción es que la LOPIIA implique también en esta labor a los colegios de abogados y procuradores a la hora de facilitar el acceso de sus miembros a esta formación específica, que en todo caso habrá de abarcar «los aspectos materiales y procesales de la violencia sobre la infancia y adolescencia, tanto desde la perspectiva del Derecho interno como del Derecho de la Unión Europea y Derecho internacional». Que, como expusimos en el segundo apartado de este trabajo, han ejercido una decisiva influencia en las reformas que se han ido acometiendo en esta materia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y sin la cual sería difícil de comprender su actual regulación.

Asimismo, valoramos muy positivamente el hecho de que la LOPIIA, en relación con esta formación, la extienda más allá de los operadores jurídicos intervinientes en el proceso, exigiéndola también al resto de personas expertas —habitualmente profesionales de la psicología—, que, como ya sabemos, constituyen una pieza clave en la exploración de los menores (art. 449 *ter* LECrim). Y a quienes mercedamente se les ha de reconocer un papel relevante en la construcción del espacio de comunicación entre todos los sujetos procesales, el juez y los menores¹⁰⁴, en la medida en que su participación como especialistas en la obtención de testimonios de personas particularmente vulnerables supone un beneficio para la consecución de los objetivos pretendidos con la prueba preconstituida¹⁰⁵. Lo que justifica sobradamente que ahora la norma se ocupe específicamente de su capacitación, al asegurar a través de su articulado «la debida preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios, para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto» (art. 11.2 LOPIIA). Además de prestar una especial atención a «la formación profesional, la metodología y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana», que serán las que más frecuentemente accederán a este tipo de exploraciones como prueba preconstituida al imponerlas obligatoriamente la LECrim para los menores de 14 años y personas con discapacidad necesitadas de protección especial. Habiéndose destacado en relación con el modelo *Barnahus*, que esta formación específica constituye una de las ventajas que lo caracterizan, dado que los profesionales de sus equipos, además de ser expertos en sus respectivas áreas de trabajo, ostentan formación especializada en victimología infanto-juvenil y, en particular, en victimización sexual infantil¹⁰⁶.

Por todo ello, es importante otorgar un rol destacado a los profesionales que asistan a este tipo de declaraciones¹⁰⁷. Considerándose, a nuestro juicio, que las referencias a

104 SUBIJANA, I. J., ECHEBURÚA, E., «Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial...», *op. cit.*, p. 24.

105 SOTOCA, A., MUÑOZ, J. M., GONZÁLEZ, J. L., MANZANERO, A. M., «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil...», *op. cit.*, p. 121.

106 PEREDA, N., BARTOLOMÉ, M., RIVAS, E., «Revisión del Modelo Barnahus...», *op. cit.*, p. 10.

107 BUJOSA VADELL, L. M., «El menor como víctima», en DEL POZO PÉREZ, M., BUJOSA VADELL, L. (dirs.), GONZÁLEZ MONJE, A. (coord.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 41.

la participación de un experto profesional que se incluyen en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben estar respaldadas por una formación y experiencia que acrediten y avalen dicha especialización en una materia tan sensible como la que estamos abordando. De ahí el reto que supone también para la psicología este nuevo ámbito de actuación, al demandar la necesidad de contar con profesionales capacitados y formados en técnicas de entrevistas fundamentadas en la psicología del testimonio, y cuyo objetivo es ayudar a la víctima-testigo a recuperar la memoria episódica de aquello que dice que ocurrió, y a concretar aspectos específicos del suceso, con el cuidado de no contaminar su memoria con preguntas sesgadas y sugestivas¹⁰⁸. Llegándose incluso a reclamar, sobre la base de estos argumentos, la posibilidad de crear un cuerpo específico de funcionarios adscritos al órgano judicial, que estén especialmente cualificados para dirigir las declaraciones testimoniales de menores¹⁰⁹.

Y en el sentido dicho, nos parece coherente la propuesta *de lege ferenda* plasmada en el art. 469.4 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (ALECR), al exigir que este tipo de declaraciones se tome «con la intervención de un perito experto en psicología del testimonio con experiencia en esta clase de pericia». Que también se plasma en el art. 486.2 de dicho anteproyecto, al regular los requisitos de fiabilidad y validez a los que habrán de ajustarse las pruebas periciales sobre credibilidad del testimonio, y exigir, además de la especialidad, una experiencia acreditada para poder desempeñar dichas funciones. Una regulación que, a nuestro juicio, es más acertada que la actualmente recogida en el art. 449 *ter* LECrim, que entendemos que ha desaprovechado la oportunidad de concretar esa especialización en los términos comentados, refiriéndose tan solo de forma generalista a los «equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional», «personas expertas», o al «perito» del cual se podrá recabar un informe sobre el desarrollo y resultado de la audiencia del menor, sin mayor concreción.

Considerándose que dicha especificación formativa es de máxima trascendencia para acotar el número de profesionales aptos que puedan participar en este tipo de declaraciones, además de repercutir también en la respuesta que mediante ellos se pueda ofrecer a las necesidades de estos colectivos de víctimas, y en el propio desarrollo del proceso penal, al entender, en definitiva, que este tipo de expertos con la cualificación referida se desenvolverán mejor ante las posibles reticencias o temores que pueden ofrecer dichas personas¹¹⁰. Pues su intervención puede, sin duda, contribuir a que la diligencia se desarrolle de forma más ágil, por tener las habilidades para ganarse la confianza de los menores y evitar su victimización, al poder las partes

108 REY ANASTASI, A., PEDROCHE GARDE, I., MARTÍNEZ MIGUEL, E., «La intervención del psicólogo en la prueba preconstituida...», *op. cit.*, p. 129.

109 NAVARRO VILLANUEVA, C., «La protección del testimonio del menor...», *op. cit.*, p.76.

110 SÁNCHEZ RUBIO, A., «La toma de declaración a través de la cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 42, 2022, p. 25.

preguntar por su conducta¹¹¹. Debiéndose, además, tener en cuenta en estos casos que la intervención clínica con una víctima es incompatible con la actuación como forense o perito en el ámbito judicial, pues los terapeutas que lleven a cabo actuaciones asistenciales no pueden realizar informes periciales de sus pacientes¹¹².

Así lo ha entendido también la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que en su STS 632/2014, de 14 de octubre, se pronuncia sobre la conveniencia de que ese interrogatorio sea dirigido o supervisado por un profesional experto, al disponer de las habilidades y formación específica en relación con el testimonio de menores.

«La psicología del testimonio nos advierte sobre la mayor permeabilidad del testimonio de los menores al influjo de preguntas sugestivas. El menor tiene menos recursos para sustraerse a la tendencia tanto de dar la razón al adulto interrogador cuando percibe gestos de asentimiento o de complacencia con su declaración; como de retractarse cuando percibe que sus respuestas no son del agrado de quien le entrevista. Está muy inclinado a ajustarse a la versión que espera que ofrezca. La técnica de interrogatorio de un menor requiere ciertas habilidades de las que normalmente carecen los profesionales del ámbito forense. Debe primarse la narración libre en los primeros momentos y ser muy escrupulosos para expulsar cualquier atisbo de sugerencia o sobreentendidos. Cuando el primer interrogatorio del menor no se ajusta a los parámetros deseables puede quedar contaminada la prueba: el menor repetirá la versión que ha adquirido a sus ojos el marchamo de versión “oficial”, la que satisface las expectativas que el investigador ha depositado en él».

E iguales mínimos formativos entendemos que deben ser exigidos a los profesionales que en la realización de la entrevista para la obtención del testimonio en la prueba preconstituida hayan de relacionarse con personas con discapacidad intelectual, que también deben ser tratadas con una serie de condiciones especiales en atención a su vulnerabilidad¹¹³. Para lo que se hace imprescindible que estos tengan un profundo conocimiento de las implicaciones de la discapacidad, y cómo esta puede influir en el proceso judicial. Lo que podría alcanzarse de forma idónea con la participación en estos casos de la figura del facilitador, cuyo perfil podría ser el de un psicólogo criminalista forense, experto en discapacidad intelectual y psicología del testimonio¹¹⁴.

111 MAGRO SERVET, V., «Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección...», *op. cit.*, p. 12.

112 ECHEBURÚA, E., SUBIJANA, I. J., «Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial...», *op. cit.*, p. 737.

113 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., ALEMANY CARRASCO, A. (coord.), *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, Ministerio del Interior, Madrid, 2017, p. 99, en: https://www.policia.es/miscelanea/ufam/guia_int_po_pers_discapacidad.pdf [Consulta: 10-12-2022].

114 RECIO ZAPATA, M., ALEMANY CARRASCO, A., MANZANERO PUEBLA, A., «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad», *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 43, núm. 243, 2012, p. 66.

Razón por la cual se considera fundamental que los entrevistadores tengan la suficiente pericia, estén entrenados y tengan la experiencia y aptitudes para tratar con niños, habiéndose sugerido, además, la necesidad de algún responsable que pudiera no sólo acreditar dicha pericia, sino que también fuera el encargado de proporcionar los instrumentos y programas de entrenamiento necesarios para garantizar esas destrezas¹¹⁵. Una labor que, a nuestro juicio, podría ser colmada de forma óptima atribuyéndosela a los respectivos colegios de psicólogos, al igual que también vienen desempeñándola con similares competencias los colegios de abogados y de procuradores en relación con estas profesiones jurídicas en el contexto del desarrollo de las disposiciones del Estatuto de la víctima¹¹⁶.

De manera que, como han afirmado con razón Diges Junco y Pérez-Mata, para realizar una entrevista forense de investigación no basta con leer, aunque sea mucho, sino que se requiere, además, un entrenamiento práctico especializado, con retroalimentación continua, hasta alcanzar un nivel adecuado de destreza. Si bien tampoco es suficiente haber visto o entrevistado a muchos niños pues si no se ha hecho bien, dicha experiencia jugará en contra y contribuirá a perpetuar los defectos¹¹⁷. E igual capacitación entendemos que debe ser exigida para la elaboración de los informes que hayan de realizar estos profesionales a instancia judicial para dar cuenta del desarrollo y resultado de esa entrevista con los menores. Pues aunque estos informes sobre la credibilidad del testimonio no puedan considerarse como una prueba pericial científica, se trata de un importante instrumento que sin duda puede servir de auxilio a la función judicial¹¹⁸, por lo que también consideramos razonable exigir en estos casos un estándar de capacitación y experiencia para emitirlos.

Así lo ha avalado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en la reciente STS 541/2021, de 21 de junio, al afirmar que «este tipo de pruebas, como pericias que son, consisten en la emisión de pareceres técnicos por parte de quienes tienen una especial preparación para ello, sobre datos obtenidos a través de la exploración del menor y analizados a partir de sus propios conocimientos empíricos y el auxilio de las técnicas propias de la disciplina. Y de ellas hemos dicho que constituyen una herramienta de auxilio al Tribunal en la función valorativa que le corresponde; y añadido, que carecen de efecto corroborador salvo que constaten la presencia de rasgos sugerentes de la realidad del hecho objeto de prueba».

115 DIGES JUNCO, M., PÉREZ-MATA, N., «La entrevista forense de investigación a niños supuestas víctimas de delitos sexuales: guía de buenas prácticas (I)», *Diario La Ley*, núm. 8919, 10 de febrero de 2017, p. 4.

116 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas...», *op. cit.*, p. 43.

117 DIGES JUNCO, M., PÉREZ-MATA, N., «La entrevista forense de investigación a niños...», *op. cit.*, p. 4.

118 RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual», *Diario La Ley*, núm. 9199, 17 de mayo de 2018, p. 19.

Y en el mismo sentido se manifiesta la STS 321/2020, de 17 de junio, al pronunciarse no sólo sobre el alcance y valor que debe otorgarse a los informes emitidos por unas psicólogas en un caso de agresión sexual a una menor de edad, sino también sobre la metodología empleada en ellos. Esta determina lo siguiente.

«[...] habían utilizado los métodos protocolizados o de utilización ordinaria para la realización de esta clase de informes relativos a la credibilidad del relato de menores. Explicaron que existen 19 criterios de contenido y 8 criterios externos para dicho objetivo. Y explicaron también que el resultado de dichas pruebas les condujo a emitir sus conclusiones al respecto, puesto en relación con un relato muy rico en detalles y con la circunstancia de que la menor se expresaba, como apreciaron en la entrevista mantenida con ella, con una resonancia emocional plenamente compatible con aquel. Destacando igualmente que no advirtieron inconsistencia ninguna en el mencionado relato y que, en definitiva, su valoración pericial es la que el mismo resultaba “altamente creíble”, es decir, la máxima calificación que las mencionadas pruebas protocolizadas permiten alcanzar».

Además de poner de manifiesto la importancia de que en el análisis de este tipo de pruebas periciales de credibilidad del testimonio, se sigan una serie de pautas por las personas expertas que las lleven a cabo, al exigir

«una “homologación operativa” basada en criterios científicos objetivables que determinan que los “peritos en análisis de testimonio y su veracidad” se adecúan a patrones estandarizados que permiten llegar a un alto grado de análisis sobre si el menor miente, o no. [...] El sistema, explica la mejor doctrina, se basa en que las declaraciones basadas en hechos reales auto experimentados son cualitativamente diferentes de las declaraciones que son producto de la mera fantasía. Y para ello es preciso, en primer lugar, que el psicólogo estudie todas las páginas del sumario antes de la entrevista con el niño evitando la realización de preguntas sesgadas. Una vez informado se lleva a cabo la entrevista con el menor, lo que es conveniente que se haga a solas y en un clima adecuado. Mejor si se graba en vídeo. Debe comenzar con una narración libre y luego realizar las preguntas de control, aclaraciones, etc. Se debe observar el comportamiento del niño y compararlo. Y por último, se analiza la declaración».

No obstante, como anticipamos, este tipo de pruebas no pueden ser consideradas como pruebas periciales científicas, y, por tanto, no pueden llevar a cabo la sustitución del juez en la función de valoración de este medio de prueba, aunque puedan asistirle en la resolución judicial¹¹⁹. De modo que, tal como se señala en la STS 742/2017, de 16 de noviembre, estos tipos de informes deben considerarse como «instrumentos de auxilio a la función judicial, que no la sustituyen los dictámenes periciales psicológicos

119 GIBBERT POMATA, M., «La tutela procesal de la violencia contra la infancia...», *op. cit.*, p. 341, y en el mismo sentido, SÁNCHEZ MELGAR, J., «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores...», *op. cit.*, p. 7, y LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «La prueba preconstituida en menores de edad...», *op. cit.*, p. 15.

sobre credibilidad de los menores, que pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico del menor antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su finalidad, pero en ningún caso pueden determinar si las declaraciones se ajustan a la realidad, tarea que incumbe exclusivamente al órgano de enjuiciamiento; pero, a sensu contrario, sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas». Por lo que, si bien este tipo de dictámenes habrán de ser realizados siempre por psicólogos especializados en este campo, nunca podrán referir la certeza de la producción de los hechos relatados, pero sí apoyar la concurrencia o ausencia de factores de fiabilidad en un testimonio determinado¹²⁰.

Hasta el punto de que, como se aborda en la STS 592/2017, de 21 de julio, se sostiene la condena del acusado por un delito continuado de agresión sexual a un menor de 13 años, pese a que en ese caso el dictamen psicológico obtuviera un resultado «indeterminado» sobre la credibilidad del menor, sin poder decidirse en un sentido o en otro. Al afirmar «que la duda que puedan mantener los peritos sobre la credibilidad o no del testimonio de la víctima, no puede transferirse automáticamente al Tribunal, que a fin de cuenta es el órgano que debe dirimir el resultado de la prueba después de escuchar a todos los testigos y de valorar el resto de las pruebas, operando así con un material probatorio individual y de conjunto que le permite obtener una visión global del cuadro probatorio con sus diferentes perfiles y contrastes».

Por último, y para cerrar este último apartado dedicado a la formación, consideramos muy oportuna la remisión que realiza la LOPIIA en su DF 20.^a para abordar la especialización de los órganos judiciales, de la fiscalía y de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los juzgados y tribunales a una futura modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), que habría de realizarse en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor, y conforme a los principios y medidas que inspiran la LOPIIA. Donde el legislador podrá plasmar las exigencias de capacitación y formación que hemos considerado necesarias para actuar en este ámbito de la justicia penal. Si bien es criticable que, al tiempo de cerrar las líneas de este estudio, el Ejecutivo haya incumplido el compromiso contraído en la norma, dejando transcurrir el año comentado sin hacer efectiva la referida reforma.

120 GIBERT POMATA, M., «La tutela procesal de la violencia contra la infancia...», *op. cit.*, p. 341.

VII. CONCLUSIONES

1.ª En el marco del derecho internacional y europeo, la necesaria tutela de las personas menores de edad y con discapacidad, como víctimas especialmente vulnerables en sus relaciones con el sistema de justicia penal, ha sido reconocida en numerosos instrumentos normativos de diverso alcance promulgados en sendos ámbitos. Todos los cuales tienen como fin principal el poderles ofrecer una respuesta adecuada a sus necesidades durante su participación en los procedimientos penales y paliar los riesgos de sufrir una doble victimización, garantizándoles de este modo una efectiva protección de sus derechos en sede judicial. Y que para proteger «su interés superior» habrán de interpretarse con arreglo a la Convención de los Derechos del Niño (art. 3), que inspira también las disposiciones adoptadas en el marco regional europeo. Entre las que, por su valor vinculante, también hemos puesto en valor el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote en 2007 y ratificado por el Estado español, al reconocer de forma expresa la posibilidad de aplicar la prueba preconstituida en estos supuestos. Además de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, cuyo art. 24.1.a) prevé expresamente que las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y utilizadas como elementos de prueba en el proceso penal sin perjuicio de los derechos de la defensa. Lo que hemos valorado muy positivamente que años después se haya podido implementar en nuestro ordenamiento jurídico nacional, ofreciéndoles una solución similar a la regulada por otros países de nuestro entorno en el derecho comparado.

2.ª A partir de las recomendaciones de la normativa internacional y europea, consideramos trascendental la propuesta planteada en nuestro derecho por la Ley 4/2015, de 27 de abril, sobre el Estatuto de la víctima, que, con el fin de incorporar a nuestro ordenamiento procesal las disposiciones de la Directiva 2012/UE/29, ofrece nueva cobertura legal a la prueba preconstituida para las declaraciones de las víctimas-testigos menores de edad y con discapacidad en sede judicial, entre las medidas específicas a favor de estos colectivos necesitados de especial protección que se contemplan en su texto (art. 26 LEVD). Y que de manera coherente, se complementó con la modificación de nuestra ley procesal, para dar nueva redacción entre otros, a los arts. 433, 448, 707 y 730 LECrim (DF 1.ª LEVD), reformados nuevamente por la LO 8/2021, de 4 de junio. Sin perjuicio de estimar acertadas otras propuestas que *de lege ferenda* se han planteado en nuestro ordenamiento jurídico, como el reciente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (ALECR) aprobado en Consejo de Ministros a finales de 2020, por configurar la prueba preconstituida como una vía hábil y procedente para evitar que estos colectivos vean incrementado su sufrimiento con ocasión de tener que volver a declarar en el plenario.

3.ª La reforma llevada a cabo en nuestra norma procesal por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia, (LOPIIA), por la cual se crean tres nuevos artículos (arts. 449 *bis*, 449 *ter* y 703 *bis* LECrim) y se modifican otros tantos (arts. 433, 448, 707, 730, 777 y 788 LECrim), para ofrecer una nueva regulación de la prueba preconstituida, creemos que conlleva

notables ventajas. Pues, mediante el nuevo art. 449 *ter* LECrim (al cual se remite el art. 777.3 LECrim), se convierte en excepcional la declaración en juicio de las personas menores de 14 años y con discapacidad necesitadas de especial protección, en los procedimientos seguidos por «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». Estableciéndose como regla general, en estos casos, la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del plenario, para evitar que el lapso del tiempo entre la primera declaración y la fecha del juicio oral afecte a la calidad de su relato, y su victimización secundaria. Lo que calificamos como un avance en la materia, ya que, a partir de ahora y frente al criterio anteriormente sustentado por una consolidada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y el Constitucional, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención de estas víctimas-testigos en el juicio oral, cuando, interesada por alguna de las partes, sea considerada necesaria en resolución motivada, o la prueba preconstituida no reúna los requisitos legales necesarios y cause indefensión a alguna de las partes (arts. 703 *bis* y 788 LECrim).

4.ª Asimismo, valoramos positivamente el nuevo art. 449 *bis* LECrim que la LOPIIA introduce en nuestro ordenamiento procesal penal, pues, remitiéndose al art. 730.2 LECrim, reglamenta de forma más clara y coherente los requisitos materiales, subjetivos, objetivos y formales que venían siendo exigidos por nuestra jurisprudencia para conferir validez como prueba de cargo a la prueba preconstituida en estos supuestos. Y que se resumen en los tres siguientes: 1.º *garantía del principio de contradicción en la práctica de la declaración*, si bien la ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba, aunque su defensa letrada si deberá estar presente en todo caso o excepcionalmente proveer a la designación de un abogado de oficio; 2.º *documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen*, debiendo el letrado de la Administración de Justicia de forma inmediata comprobar la calidad de la grabación audiovisual, y acompañar acta autorizada con la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba, y 3.º *reproducción de la grabación audiovisual de la declaración* de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción en el acto del juicio oral a instancia de cualquiera de las partes para ser valorada en el plenario. De esta forma, se cubre un déficit hasta ahora existente en nuestra legislación procesal penal, y, frente a los criterios que se han venido sustentando en nuestra jurisprudencia, consideramos que se logra una mayor seguridad jurídica con la regulación actual.

5.ª Al hilo de las reformas gestadas por la LOPIIA, y las actuales previsiones legales para otorgar validez como prueba de cargo en el plenario a las declaraciones de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección realizadas durante la fase de instrucción como prueba preconstituida, cuando concurren los presupuestos y requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

creemos que la elaboración de un protocolo común para su uso en la práctica forense deviene en un objetivo fundamental. Para lo cual, y teniendo en cuenta los dos fines perseguidos con ella —salvaguardar su interés superior para evitar la victimización secundaria, y proteger su testimonio como elemento probatorio en el curso del proceso penal—, la ayuda que la psicología jurídica puede ofrecer al derecho se considera determinante. Al entender que las exigencias psicológicas se han de integrar necesariamente con los imperativos jurídicos a la hora de reglamentar las pautas que seguir por todos los profesionales que hayan de intervenir en este tipo de diligencias. Para permitirles que puedan seguir durante su actuación una guía de buenas prácticas en el abordaje de la exploración de estos colectivos de víctimas especialmente vulnerables en el curso del proceso penal, proteger sus derechos y obtener pruebas válidas para utilizar en el juicio con las debidas garantías y respeto de los derechos de los investigados.

6.^a Pese a que la gran mayoría de instrumentos internacionales y europeos ponen un especial énfasis en cuanto a la necesidad de que los menores víctimas o testigos de delitos sean entrevistados en sede judicial sin ser vistos por su presunto agresor, e instan a la provisión de espacios especialmente acondicionados para llevar a cabo estas entrevistas a través de profesionales expertos designados para este fin, consideramos criticable que la LOPIIA no haya procedido a regular de manera específica estos lugares, aunque pensamos que nada impediría que lo pudiera hacer con ocasión de la modificación pendiente de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, prevista en su DF 20.^a. Para, de esta forma, establecer los estándares mínimos que debieran reunir los espacios habilitados para el desarrollo de este tipo de exploraciones. Y lo que consideramos más importante, dotar los recursos económicos suficientes para que estos sean una realidad en la Administración de Justicia en todo el territorio nacional, sin discriminación alguna por razón de las CC.AA. donde vayan a ser creados —bien con arreglo al modelo de la denominada cámara Gesell, o al modelo de casa de los niños, *Children's House* o *Barnahus*—, Cuyas respectivas ventajas han sido elogiadas en nuestro trabajo por crear un entorno amigable para las víctimas y testigos menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección a la hora de su exploración judicial, y prevenir, así, su victimización secundaria.

7.^a A la hora de llevar a la práctica la nueva regulación procesal de la prueba preconstituida que establece la LOPIIA, creemos que la formación desempeña un papel fundamental. Razón por la cual valoramos muy positivamente que la norma la exija con carácter especializado, de forma tanto inicial como continuada, para todos los profesionales que tengan contacto habitual con las personas menores de edad, y, además, establezca la necesaria cooperación y colaboración entre todas las Administraciones públicas a la hora de organizarla. Considerando un acierto que uno de los principios generales que inspiran a la LOPIIA para hacer efectiva la vigencia del superior interés de los menores ante este tipo de situaciones sea la «especialización y capacitación» profesional (art. 4.1.f LOPIIA), y que entre las materias que deben integrarla incluya «los mecanismos para evitar la victimización secundaria»

(art. 5 LOPIIA). Y, asimismo, compartimos que la LOPIIA, a la hora de regular esta formación, la extiende más allá de los operadores jurídicos intervinientes en el proceso, exigiéndola también para el resto de personas expertas —habitualmente profesionales de la psicología—, que constituyen, como sabemos, una pieza clave en la exploración de los menores y la preconstitución de su testimonio en el marco del proceso penal (art. 449 ter LECrim), al asegurar «la debida preparación y especialización de los profesionales, metodologías y espacios, para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto» (art. 11.2 LOPIIA). Pues serán las que más frecuentemente accederán a este tipo de exploraciones como prueba preconstituida, al imponerlas ahora obligatoriamente la LECrim para los menores de 14 años y para las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ARGEÑAL, O. R., «La cámara de Gesell», *Anuario de Justicia de Menores*, núm. X, 2010: 81-108.
- ALARCÓN ROMERO, L., ARAGONÉS DE LA CRUZ, R. M., BASSA BERTRÁN, M., FARRÁN PORTÉ, M., GUILLÉN VILLEGAS, J. C., JUNCOSA FONT, X., LÓPEZ FERRÉ, S., TORO MARTÍ, L. «Comunicación sobre el Programa de Apoyo a la Exploración Judicial de Testigos Vulnerables en Cataluña», *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 18, 2008: 11-20.
- ARANTEGUI ARRÁEZ, L., «El uso de cámaras Gesell con niños: derechos humanos y victimización secundaria», *Revista de Victimología*, núm. 13, 2022: 35-64.
- BERLINERBLAU, V., NINO, M., VIOLA, S., *Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Buenos Aires, 2013, en: <https://www.unicef.org/argentina/media/1746/file/Guia%20de%20Buenas%20Pr%C3%A1cticas%20para%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20derechos%20y%20el%20acceso%20a%20la%20justicia%20de%20ni%C3%B1os%20v%C3%ADctimas%20de%20abuso%20sexual.pdf> [Consulta: 10-12-2022].
- BUENO MATA, F., «Bases legales y puntos clave para la configuración de un protocolo de videgrabación de la declaración de menores víctimas de violencia de género», en DEL POZO PÉREZ, M., BUJOSA VADELL, L. (dirs.), GONZÁLEZ MONJE, A. (coord.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019: 281-297.
- BUJOSA VADELL, L. M., «El menor como víctima», en DEL POZO PÉREZ, M., BUJOSA VADELL, L. (dirs.), GONZÁLEZ MONJE, A. (coord.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019: 27-48.
- CALVO SÁNCHEZ, M. C., BUJOSA VADELL, L., «Aspectos jurídico-penales de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores en Europa», *Anuario de Justicia de Menores*, núm. XII, 2012: 67-93.
- CASANOVA MARTÍ, R., «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 34, N° 2, 2022: 77-91.
- CUBILLO LÓPEZ, I. J., *La protección de testigos en el proceso penal*, Civitas, Pamplona, 2009.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Especialidades en la declaración del testigo menor en la fase de instrucción», en ALCÓN YUSTAS, M. F., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (coords.), *Los menores en el proceso judicial*, Tecnos, Madrid, 2011: 93-122.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la escucha del menor víctima o testigo*, Madrid, 2015, en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/la-escucha-del-menor-victima-o-testigo-mayo-2015/> [Consulta: 10-12-2022].

- DEL MORAL GARCÍA, A., «Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, noviembre 2014: 1-7.
- DELGADO MARTÍN, J., «Un proceso amigable y adaptado a las necesidades de las personas menores de edad», *Diario La Ley*, núm. 9671, 10 de julio de 2020: 1-6.
- DIESEN, C., SÁNCHEZ HERAS, J., DEL MOLINO ALONSO, C., HORNO GOICOECHEA, P., SANTOS NÁÑEZ, A., *Niños y niñas víctimas de abuso sexual y el procedimiento judicial. Informes nacional y europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.
- DIGES JUNCO, M., PÉREZ-MATA, N., «La entrevista forense de investigación a niños supuestas víctimas de delitos sexuales: guía de buenas prácticas (I)», *Diario La Ley*, núm. 8919, 10 de Febrero de 2017: 1-13.
- ECHEBURÚA, E., SUBIJANA, I. J., «Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente», *Internacional Journal of Clinical and Health Psychology*, vol. 8, núm. 3, 2008: 733-749.
- FÁBREGA RUIZ, C., «Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales», *Diario La Ley*, núm. 6289, 6 de julio de 2005:1-8.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, en: https://www.fiscal.es/documents/20142/109407/Circular+3_2009%2C+de+10+de+noviembre%2C+sobre+protecci%C3%B3n+de+los+menores+v%C3%ADctimas+y+testigos.pdf/7edc93cb-d444-14a4-3e9a-07c42ebf9130?t=1531464647629 [Consulta: 10-12-2022].
- FLORES PRADA, I., *La prueba anticipada en el proceso penal italiano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- FRA-Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los profesionales sobre la participación de los niños en los procedimientos civiles y penales en diez Estados miembros de la Unión Europea*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, 2015, en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/child-friendly-justice-perspectives-and-experiences-professionals-summary> [Consulta: 10-12-2022].
- FRA-Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los niños implicados en los procedimientos judiciales en calidad de víctimas o partes en nueve Estados miembros de la UE*, Oficina de Publicaciones, Luxemburgo, 2017, en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-friendly-justice-perspectives-and-experiences-children-involved-judicial> [Consulta: 10-12-2022].
- GAMAZO CARRASCO, M. B., «Análisis de las principales novedades en la LECRIM introducidas por la LO 8/21 de 4 de junio», *Diario La Ley*, núm. 9936, 20 de octubre de 2021: 1-10.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Código de los Derechos de las Víctimas* (3.ª ed.), TAMARIT SUMALLA, J. M. (pról.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2019, en: <https://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/publico/libros/derechoVictimas/> [Consulta: 10-12-2022].

- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Curso de Victimología y Asistencia a las Víctimas en el Proceso Penal*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017: 1-33.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-24 (2016): 1-84.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 35, 2015: 1-41.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el sistema de justicia penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2174, enero de 2015: 1-52.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005: 121-144.
- GENERALITAT DE CATALUÑA, Protocolo Marco de Actuaciones en casos de Abusos Sexuales y otros Maltratos Graves a Menores (firmado en Barcelona 13-9-2006) por la Delegación del Gobierno del Estado en Cataluña, Presidencia y fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, departamentos de Justicia, Interior, Educación y Universidades, Salud y de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña, y el Sindic de Greuges de Cataluña).
- GIMENO JUBERO, M. A., «El testimonio de niños», en *La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada*, núm. 12, Consejo General del Poder Judicial, 2000: 143-177.
- GISBERT POMATA, M., «La tutela procesal de la violencia contra la infancia y adolescencia», en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.), *Infancia, violencia y derechos. El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021: 261-356.
- GISBERT POMATA, M., «La preconstitución de la prueba y el testimonio de referencia», en ALCÓN YUSTAS, M. F., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (coords.), *Los menores en el proceso judicial*, Tecnos, Madrid, 2011: 139-157.
- GONZÁLEZ, J. L., MUÑOZ, J. M., SOTOCA, A., MANZANERO, A. L., «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», *Papeles del Psicólogo*, vol. 34, núm. 3, 2013: 227-237.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., ALEMANY CARRASCO, A. (coord.), *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, Ministerio del Interior, Madrid, 2017, en: https://www.policia.es/miscelanea/ufam/guia_int_pol_pers_discapacidad.pdf [Consulta: 10-12-2022].
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El juicio oral. La prueba», en CARMONA RUANO, M. (dir.), *Hacia un nuevo proceso penal*, *Manuales de Formación Continuada*, núm. 32, Consejo General del Poder Judicial, 2005: 351-418.

- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., MIRANDA ENTRAMPES, M., «¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral? (a propósito de la STEDH caso S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002)», *Diario La Ley*, núm. 6335, 7 de octubre de 2005: 1-5.
- JUNTA DE ANDALUCÍA, «Justicia cuadruplica el número de salas Gesell disponibles en los juzgados andaluces» (15-6-2021), en: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/justiciaadministracionlocalyfuncionpublica/servicios/actualidad/noticias/detalle/262000.html> [Consulta: 10-12-2022].
- LA VANGUARDIA, «La Generalitat crea un servicio pionero para atender a niños víctimas de abusos sexuales» (28-10-2021), en: <https://www.lavanguardia.com/local/catalunya/20211028/7817096/generalitat-crea-servicio-pionero-atender-ninos-victimas-abusos-sexuales-brl.html> [Consulta: 10-12-2022].
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021: especial referencia a la utilización de Cámaras Gesell como instrumento para evitar la victimización secundaria», *La Ley, Derecho de Familia*, núm. 34, 1 de abril de 2022: 1-23.
- MAGRO SERVET, V. «Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *Diario La Ley*, núm. 9862, 2 de junio de 2021: 1-16.
- MAGRO SERVET, V. «Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos contra la libertad sexual», *Diario La Ley*, núm. 6972, 20 de junio de 2008 (D-193): 1482-1488.
- MARRERO GUANCHE, D., «La prueba testifical anticipada como instrumento para reducir la victimización secundaria de menores de edad en el proceso penal», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 38, septiembre 2021: 105-129.
- MARTÍNEZ GUERRERO, A., «Comentario al nuevo artículo 449 bis LECrim», *Diario La Ley*, núm. 9872, 16 de junio de 2021: 1-5.
- MERCHÁN GONZÁLEZ, A., «El derecho de los menores de edad a ser escuchados en el proceso penal y su práctica tras la LO 8/2021 de 4 de junio», *Diario La Ley*, núm. 10088, 13 de junio de 2022: 1-5.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Protocolo Básico de Intervención contra el Maltrato Infantil Protocolo (Aprobado en el Pleno del Observatorio de la Infancia 22-11-2007), Madrid, 2008.
- MIRANDA ENTRAMPES, M., «Los menores como víctimas de hechos delictivos tratamiento procesal», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013: 131-158.
- NACIONES UNIDAS, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> [Consulta: 10-12-2022].
- NACIONES UNIDAS, *Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas*, Nueva York, 2010, en: <https://www.unodc.org/>

documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Professionals_and_Policymakers_Spanish.pdf [Consulta: 10-12-2022].

NIETO FAJARDO, M. M., «La prueba preconstituida en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Los principios de intermediación y contradicción», artículo monográfico, noviembre de 2021, Editorial Jurídica Sepín SP/DOCT/14462: 1-6.

ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La exploración del testigo menor en el proceso penal: reflexiones a la luz de la jurisprudencia, legislación positiva y proyecto de reforma», *Diario La Ley*, núm. 9631, 13 de mayo de 2020: 1-28.

PEREDA, N., BARTOLOMÉ, M., RIVAS, E., «Revisión del Modelo Barnahus: ¿Es posible evitar la victimización secundaria en el testimonio infantil?», *Boletín Criminológico*, núm. 207, 2021: 1-20.

PEREDA, N., RIVAS, E., *Bajo el mismo techo. Las Casas de los Niños: un recurso para atender a los niños y niñas víctimas de abuso sexual y sus familiares en Catalunya*, Save the Children, 2018, en: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/bajo-el-mismo-techo-web-doble.pdf> [Consulta: 10-12-2022].

RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual», *Diario La Ley*, núm. 9199, 17 de mayo de 2018: 1-24.

RECIO ZAPATA, M., ALEMANY CARRASCO, A., MANZANERO PUEBLA, A., «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad», *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 43, núm. 243, 2012: 54-68.

REY ANASTASI, A., PEDROCHE GARDE, I., MARTÍNEZ MIGUEL, E., «La intervención del psicólogo en la prueba preconstituida. Un nuevo reto profesional», *Información Psicológica*, núm. 114, 2017: 119-131.

SALA PAÑOS, D., «Proceso penal: declaración de menores víctimas del delito. Limitaciones del derecho de defensa», *Diario La Ley*, núm. 9393, 9 de abril de 2019: 1-5.

SÁNCHEZ MELGAR, J., «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021», *La Ley, Derecho de Familia*, núm. 32, 1 de octubre de 2021: 1-19.

SÁNCHEZ RUBIO, A., «La toma de declaración a través de la cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 42, 2022: 1-30.

SANZ HERMIDA, A. M., «La declaración de los menores víctimas y/o testigos de delitos: Derecho de defensa, protección del interés del menor y eficacia de la justicia penal», en ARMENTA DEU, T., OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010: 111-133.

SAVE THE CHILDREN, *Barnahus: La casa que protege a los niños y niñas*, 2019, en: <https://www.savethechildren.es/actualidad/barnahus-la-casa-que-protege-los-ninos-y-ninas> [Consulta: 10-12-2022].

SEMPERE FAUS, S., «La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: La prueba preconstituida y la eficacia de la Cámara Gesell en la reducción de la

victimización secundaria», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, 2019: 1-49.

SERRANO MASIP, M., «Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal», *Indret*, núm. 2, 2013: 1-50.

SOTOCA, A., MUÑOZ, J. M., GONZÁLEZ, J. L., MANZANERO, A. M., «La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportación desde la psicología forense», *La Ley Penal*, núm., 102, mayo-junio 2013: 112-122.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «El proceso penal: los menores de edad en el debate probatorio», *Revista del Poder Judicial*, núm. 85, 2007: 427-442.

SUBIJANA, I. J., ECHEBURÚA, E., «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*, núm. 28, 2018: 22-27.

TAMARIT SUMALLA, J. M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La protección del menor víctima de abusos sexuales en el proceso penal», en TAMARIT SUMALLA, J. M., *La protección penal del menor frente al abuso y la exploración sexual (Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores)*, (2.ª ed.), Aranzadi, Pamplona, 2002: 131-149.

VIGUER SOLER, P. L., «Estatuto de la víctima, protección del menor y prueba preconstituida», *Diario La Ley*, núm. 9116, 11 de enero de 2018: 1-21.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testimonial de menores-víctimas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005: 265-299.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

— Sala Segunda. Sentencia 75/2013, de 8 de abril. Ponente: Excm. Sra. D.ª Adela Asua Batarrita (*BOE* núm. 112, de 10 de mayo de 2013).

— Sala Primera. Sentencia 174/2011, de 7 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (*BOE* núm. 294, de 7 de diciembre de 2011).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal

— Sentencia 519/2022, de 26 de mayo. Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo García (ECLI: ES: TS: 2022:2193).

— Sentencia 194/2022, de 2 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar (ECLI: ES: TS: 2022:1029).

— Sentencia 153/2022, de 22 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde (ECLI: ES: TS: 2022:679).

— Sentencia 107/2022, de 10 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet (ECLI: ES: TS: 2022:448).

— Sentencia 987/2021, de 15 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura (ECLI: ES: TS: 2021:4621).

- Sentencia 690/2021, de 15 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (ECLI: ES: TS: 2021:3450).
- Sentencia 541/2021, de 21 de junio. Ponente: Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García (ECLI: ES: TS: 2021:2741).
- Sentencia 329/2021, de 22 de abril. Ponente: Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García (ECLI: ES: TS: 2021:1405).
- Sentencia 88/2021, de 3 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura (ECLI: ES: TS: 2021:445).
- Sentencia 321/2020, de 17 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet (ECLI: ES: TS: 2020:1910).
- Sentencia 206/2020, de 21 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García (ECLI: ES: TS: 2020:1321).
- Sentencia 44/2020, de 11 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde (ECLI: ES: TS: 2020:449).
- Sentencia 579/2019, de 26 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet (ECLI: ES: TS: 2019:3857).
- Sentencia 222/2019, de 29 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina (ECLI: ES: TS: 2019:1413).
- Sentencia 19/2019, de 23 de enero. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (ECLI: ES: TS: 2019:153).
- Sentencia 239/2018, de 23 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (ECLI: ES: TS: 2018:1891).
- Sentencia 178/2018, de 12 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro (ECLI: ES: TS: 2018:1374).
- Sentencia 742/2017, de 16 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco (ECLI: ES: TS: 2017:3989).
- Sentencia 592/2017, de 21 de julio. Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS: 2017:3045).
- Sentencia 529/2017, de 11 de julio. Ponente: Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García (ECLI: ES: TS: 2017:2810).
- Sentencia 415/2017, de 8 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca (ECLI: ES: TS: 2017:2245).
- Sentencia 389/2017, de 29 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde (ECLI: ES: TS: 2017:2223).

- Sentencia 1008/2016, de 2 de febrero de 2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer. Votos particulares: Excmos. Srs. D. José Ramón Soriano Soriano y D. Antonio del Moral García (ECLI: ES: TS: 2017:323).
- Sentencia 750/2016, de 11 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro (ECLI: ES: TS: 2016:4521).
- Sentencia 632/2014, de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (ECLI: ES: TS: 2014:3916).
- Sentencia 470/2013, de 5 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Tourón (ECLI: ES: TS: 2013:2887).
- Sentencia 19/2013, de 9 de enero. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez (ECLI: ES: TS: 2013:173).
- Sentencia 593/2012, de 17 de julio. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano (ECLI: ES: TS: 2012:5087).
- Sentencia 743/2010, de 17 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruíz (ECLI: ES: TS: 2010:4235).
- Sentencia 96/2009, de 10 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar (ECLI: ES: TS: 2009:1804).
- Sentencia 1229/2002, de 1 de julio. Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo (ECLI: ES: TS: 2002:4878).
- Sentencia 429/2002, de 8 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo (ECLI: ES: TS: 2002:1652).

MAQUETACIÓN:

Ministerio de Justicia

Secretaría General Técnica

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

