

Prevenir la victimización secundaria de los menores mediante la prueba preconstituida: la visión de una muestra de operadores judiciales

Sumario

La prueba preconstituida ha recibido especial atención en las últimas décadas por sus aportes al proceso penal y su función protectora con los menores de edad. No obstante, también ha sido objeto de críticas, especialmente de índole procesal, que han puesto en cuestión su asentamiento en el contexto español. En 2021, a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, la figura fue reformada, lo que ha motivado un estudio cualitativo para analizar si la nueva regulación ha modificado la percepción de los operadores judiciales y, al mismo tiempo, evaluar si las ventajas y limitaciones identificadas encuentran respaldo en la práctica judicial, considerando la experiencia directa de quienes intervienen en el proceso penal con niños y adolescentes. A partir de los hallazgos obtenidos, se proponen recomendaciones orientadas a optimizar el uso de la prueba preconstituida, integrando la protección de la infancia y la adolescencia con los estándares del proceso penal.

Abstract

Pre-recorded evidence has received special attention in recent decades due to its contributions to criminal proceedings and its protective role for minors. However, it has also been the subject of criticism, especially of a procedural nature, which has called into question its establishment in the Spanish context. In 2021, following the approval of the Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, the figure was reformed, prompting a qualitative study to analyze whether the new regulation has changed the perception of judicial operators and, at the same time, to assess whether the advantages and limitations identified are supported by judicial practice, considering the direct experience of those involved in criminal proceedings with children and adolescents. Based on the findings, recommendations are proposed aimed at optimizing the use of pre-established evidence, integrating the protection of children and adolescents with the standards of criminal proceedings.

Title: Preventing secondary victimization of underage victims through pre-recorded evidence: the perspective of a sample of judicial operators

Palabras clave: prueba preconstituida, victimización secundaria, menores de edad, proceso penal

Keywords: pre-recorded evidence, secondary victimization, minors, criminal process

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.10

2.2026

Recepción
09/01/2026

-

Aceptación
11/03/2026

-

Índice

-

1. Estado de la cuestión

- 1.1. La especial vulnerabilidad del menor de edad
- 1.2. La prueba preconstituida
- 1.3. Balance de costes y beneficios
 - a. De corte jurídico-procesal
 - b. De corte victimológico

2. Metodología

- 2.1. Objetivos
- 2.2. Diseño metodológico y procedimiento
- 2.3. Muestra

3. Resultados

- 3.1. Sobre la nueva regulación de la prueba preconstituida
- 3.2. Sobre las luces y sombras de la prueba preconstituida
 - a. Ventajas victimológicas y procesales
 - b. Desventajas victimológicas y procesales
 - c. Inmediación y contradicción
- 3.3. Sobre las valoraciones personales frente a la prueba preconstituida

4. Discusión

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

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

1. Estado de la cuestión*

1.1. La especial vulnerabilidad del menor de edad

Existe un consenso dentro de la Victimología respecto a que determinados sectores poblacionales tienen una mayor predisposición a ser victimizados. De entre todos estos grupos, los menores de edad han constituido uno de los colectivos que más interés ha suscitado. En el ámbito de la victimización infantojuvenil, destaca la Victimología del desarrollo, explorada por FINKELHOR, la cual concluye que los niños y los adolescentes sufren las mismas tipologías delictivas que los adultos, no obstante, se encuentran en una posición especialmente vulnerable a la victimización debido a sus características¹.

Esta circunstancia implica que, aunque poseen las capacidades propias de su edad, aún no han alcanzado el nivel de madurez y desarrollo integral esperable en un adulto, lo que les sitúa en una posición de desventaja. Esta falta de autonomía propia y su consiguiente alto nivel de dependencia implica que los menores son más propensos a ser victimizados por personas cercanas a su círculo más íntimo². A ello se suma la indisponibilidad de mecanismos de autoprotección, la inconsciencia sobre el delito y una situación de inferioridad física y cognitiva, lo que incrementa más su vulnerabilidad frente a posibles situaciones de abuso y violencia³.

Los mismos factores que establecen la alta predisposición de los menores a ser víctimas determinan su especial vulnerabilidad a experimentar efectos graves tras el delito. Entre ellos destacan los problemas de conducta; retrasos en el desarrollo; desajustes emocionales; problemas psicosomáticos; desarrollo de psicopatologías; e, incluso, afecciones en la esfera sexual, propias del padecimiento de victimizaciones de este mismo carácter⁴.

La experiencia de un episodio de abuso no constituye la única fuente de perjuicio a la que se encuentran expuestos los menores de edad. La incoación de un proceso penal puede constituir una nueva forma de afectación al generar una victimización secundaria. Este fenómeno comprende los efectos adversos que experimenta la víctima como consecuencia de una actuación

* Beatriz Martínez Perpiñá (beatrizmartper@gmail.com). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Nacional del I+D+I (PID2020-112683GB-I00). «Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal ¿Nuevo modelo? Adaptaciones transformativas». Asimismo, se ha llevado a cabo en el marco de la concesión de una Beca IFUDG de 2022 para la Contratación de Personal Investigador en Formación. Quisiera agradecer, en primer lugar, a los participantes que accedieron a ser entrevistados y aportaron su tiempo al presente estudio. Seguidamente, expreso mi eterno agradecimiento a Josep Maria Tamarit Sumalla y Sílvia Pereira Puigvert, cuya orientación y mentoría han sido determinantes para llevar a buen término la investigación.

¹ FINKELHOR, «Developmental victimology: The comprehensive study of childhood victimization» en DAVIS/LURIGIO/HERMAN (ed.), *Victims of crime*, Sage Publications, 2007, pp. 9 ss.

² WHITCOMB/SHAPIRO/STELLWAGEN, «When the victim is a child», *National Institute of Justice*, 1985, p. 31.

³ HERRERA MORENO, «Historia de la Victimología» en BACA BALDOMERO/ECHEBURÚA ODRIÓZOLA/TAMARIT SUMALLA (coord.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 68; y PEREDA BELTRAN, «La victimización en la infancia y la adolescencia» en PEREDA BELTRAN/TAMARIT SUMALLA (ed.), *Victimología teórica y aplicada*, Huygens, 2013, p. 112.

⁴ RUNYAN/EVERSON/EDELSON/HUNTER/COULTER, «Impact of legal intervention on sexually abused children», *The Journal of Pediatrics*, vol. 113, núm. 4, pp. 647-563; HENRY, «System intervention trauma to child sexual abuse victims following disclosure», *Journal of Interpersonal Violence*, 1997, pp. 499-512; PARSONS/BERGIN, «The impact of criminal justice involvement on victims' mental health», *Journal of Traumatic Stress*, vol. (2)1, pp. 1-7; y QUAS/GOODMAN, «Consequences of criminal court involvement for child victims», *Psychology, Public Policy and Law*, vol. 18(3), 2012, pp. 392-414.

inadecuada e incluso dañina por los diferentes agentes que intervienen en el proceso de atención, intervención y judicialización de un delito⁵. Entre la diversidad de actores que toman un rol activo en este sistema – psicólogos, forenses, policías, etcétera –, ha cobrado particular relevancia la actuación de los órganos judiciales, Fiscalía y la abogacía⁶, quienes tienen el potencial de reproducir dinámicas que invisibilizan o desatienden las necesidades, deseos y derechos de los principales perjudicados por el episodio delictivo.

Estos perjuicios pueden manifestarse en la esfera psicológica, emocional, económica y social de la víctima, y materializarse en cualquier momento del proceso. Entre los factores que favorecen la victimización secundaria se encuentran la falta de información; las demoras injustificadas; la intimidación ambiental de la escena judicial; la dispensa de un trato insensible por parte de los profesionales; y la instrumentalización de la víctima⁷, entre otros. Y aunque cualquier víctima es susceptible de padecer una victimización secundaria, la literatura señala que los menores de edad presentan una vulnerabilidad acentuada, siendo la declaración la actuación más problemática⁸.

No se pierde de vista que la victimización infantojuvenil se distingue por desarrollarse en la intimidad y sin testigos. Este elemento conlleva que el testimonio y el posible daño psíquico asociado al delito son los únicos elementos probatorios de los que dispone el tribunal⁹. El sometimiento a diversas declaraciones, la exposición a diferentes profesionales, el empleo de preguntas invasivas o tendentes a la culpabilización y la continua sujeción del menor a la contradicción y la publicidad, entre otros factores, son elementos que inciden, por un lado, en que las víctimas sientan temor para denunciar el delito¹⁰ y, por otro, afectan negativamente al bienestar psicosocial de aquellas que intervienen en el proceso.

En el caso particular de los niños y los adolescentes, la literatura especializada evidencia una disonancia entre las demandas jurídico-procesales y las capacidades cognitivas y comunicativas aún en desarrollo de éstos¹¹. El estudio de GOODMAN ET AL, posteriormente complementado por el de QUAS ET AL, confirma que el proceso de declaración ordinario puede generar efectos traumáticos a corto y largo plazo, teniendo los niños que declararon en numerosas ocasiones una mayor probabilidad a desarrollar problemas conductuales y síntomas de evitación y disociativos

⁵ LANDROVE DÍAZ, *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, 1998, p. 50; FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Editorial La Ley, 2005, pp. 165-167; Tamarit Sumalla, «La Victimología: Cuestiones conceptuales y metodológicas» en BACA BALDOMERO/ECHBURÚA ODRIÓZOLA/TAMARIT SUMALLA, *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 32-34; y VILLACAMPA ESTIARTE, *Introducción a la Victimología*, Editorial Síntesis, 2019, p. 128.

⁶ SEMPERE FAUS, «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, p. 880.

⁷ Herrera Moreno, *La hora de la víctima*, 1996, p. 315; FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, 2005, p. 167; MARTÍN RÍOS, *Víctima y justicia penal*, Atelier, 2012, p. 460; ARRIETA OUVIÑA, «Diversos escenarios judiciales y su impacto en la victimización secundaria», *Eguizkilore*, núm. 28, 2014, pp. 288-320; y SEMPERE FAUS, «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», 2020, p. 880.

⁸ HERRERA MORENO, *La hora de la víctima*, 1996, p. 315; MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, 2014, p. 117; y VILLACAMPA ESTIARTE, *Introducción a la Victimología*, 2019, p. 128.

⁹ MUÑOZ/GONZÁLEZ-GUERRERO/SOTOC/TEROL/GONZÁLEZ/MANZANERO, «La entrevista forense: Obtención del indicio cognitivo en menores presuntas víctimas de abuso sexual infantil», *Papeles del Psicólogo*, vol. 37(3), 2016, pp. 205-216.

¹⁰ KIDD/CHAYET, «Why do victims fail to report? The psychology of criminal victimization», *Journal of Social Issues*, vol. 40, núm. 1, 1984, pp. 39 ss.

¹¹ NATHANSON/SAYWITZ, «Preparing children for court: Effects of a model court education program on children's anticipatory anxiety», *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 33, núm. 4, 2015, p. 459.

durante la adultez¹². En el mismo sentido, los resultados obtenidos por SAYWITZ Y NATHANSON, así como GOODMAN ET AL, apuntan a que la declaración prestada directamente en sede penal suele tener un impacto más negativo en los niños al exponerles a factores de estrés propios del entorno judicial, mientras que las modalidades de declaración adaptadas a la infancia y la adolescencia contribuyen a reducir un impacto emocional y psicológico negativo¹³.

1.2. La prueba preconstituida

La perturbación psico-emocional de la víctima menor de edad en el proceso ha representado un problema persistente en el sistema penal. A nivel internacional y europeo se han venido propugnando diversas medidas para mitigar este fenómeno, entre las que se ha destacado como principal protagonista la grabación de la declaración en instrucción¹⁴, ya que permite abordar diversos aspectos de la victimización secundaria, como las demoras en el proceso, la intimidación ambiental de la audiencia o el trato insensible o invasivo durante la toma de testimonio. Esta serie de recomendaciones ha impregnado el ordenamiento jurídico español y ha encontrado concreción a través de la figura de la prueba preconstituida, prevista originalmente en los artículos 448 y 449 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (en adelante, LECrim).

En España, con carácter general, reciben la consideración de pruebas todas las practicadas durante el juicio oral en presencia del juez decisor y con plena intervención de los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad¹⁵. Sólo aquellas que cumplan estas condiciones tendrán la capacidad de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. De lo anterior se desprende ya un rasgo definitorio de la prueba preconstituida, pues constituye una excepción a la norma general establecida en el artículo 730 de la LECrim.

La prueba preconstituida es una institución procesal extraordinaria, conformada por diligencias de instrucción, por la cual se permite el aseguramiento de fuentes de prueba ante el riesgo de pérdida o alteración sustancial mediante el empleo de un medio documental. En su configuración inicial, las justificaciones abarcaban la indisponibilidad del testigo en juicio oral con motivo de enfermedad, ausencia del territorio español o riesgo de fallecimiento¹⁶. No obstante, posteriormente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo empezó a

¹² GOODMAN/TAUB/JONES/ENGLAND/PORT/RUDY/PRADO, «Testifying in criminal court: Emotional effects on child sexual assault victims», *Monographs of the Society for Research in Child Development*, serie 229, vol. 57, núm. 5, 1992, pp. 44-63; y QUAS/GOODMAN/GHETTI/ALEXANDER/EDELSTEIN/REDLICH/CORDON/JONES/HAUGAARD, «Childhood sexual assault victims: Long-term outcomes after testifying in criminal court», *Monographs of the Society for Research in Child Development*, serie 280, vol. 70, núm. 2, 2005, pp. 57-76.

¹³ SAYWITZ/NATHANSON, «Children's testimony and their perception of stress in and out of courtroom», *Child Abuse and Neglect*, vol. 17, núm. 5, 1993, pp. 617-618; y GOODMAN/TOBEY/BATTERMAN-FAUNCE/ORCUTT/THOMAS/SHAPIRO/SACHSENMAIER, «Face-to-face confrontation: Effects of closed-circuit technology on children's eyewitness testimony and jurors' decisions», *Law and Human Behavior*, vol. 22, núm. 2, 1998, p. 187.

¹⁴ Vid. artículo 8 de la Decisión Marco 2001/220/JAI; artículo 35 del Convenio para la protección de los niños y niñas contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007; reglas 70 y 71 de las Reglas de Brasilia; y artículo 24 de la Directiva 2012/29/UE.

¹⁵ Vid. STC (Sala Primera) 31/1981, de 28 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981); STC (Sala Segunda) 150/1987, de 1 de octubre (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1987); y STC (Sala Primera) 217/1989, de 21 de diciembre (BOE núm. 10, de 11 de enero de 1990).

¹⁶ Vid. STS 4994/1990, Penal, de 27 de junio [ECLI:ES:TS:1990:4994]; STS 15785/1992, Penal, de 14 de septiembre [ECLI:ES:TS:1992:15785]; STS 14941/1992, Penal, de 15 de enero [ECLI:ES:TS:1992:14941]; y STS 15904/1993, Penal, de 26 de marzo [ECLI:ES:TS:1993:15904].

ampliar los supuestos tradicionales para dar cobertura a las declaraciones de la infancia y la adolescencia ante supuestos de victimización secundaria¹⁷.

Esta orientación hacia la protección del menor ha recibido un reconocimiento legislativo más firme a partir de la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia* (en adelante, LOPIVI), convirtiendo en excepción la declaración del menor de 14 años en audiencia pública con la inclusión del nuevo artículo 449 *ter* de la LECrim¹⁸. A su vez, con ocasión de la reforma, se ha procedido a consolidar la figura con la inclusión de una regulación sistemática de la que hasta entonces se carecía. En el también recientemente incorporado artículo 449 *bis* de la LECrim se delimitan los cuatro requisitos que deberá acatar la prueba preconstituida para que pueda reputarse válida.

La primera de ellas exige la acreditación de la imposibilidad de que la declaración pueda prestarse en la fase de enjuiciamiento. La sola condición de ser menor de 14 años se considera suficiente para entender cumplida esta exigencia. A continuación, se requiere que durante la realización de la grabación estén presentes el juez instructor, el fiscal y la defensa. En tercer lugar, si bien la comparecencia del acusado no es preceptiva, la de su defensa letrada sí resulta obligatoria, por cuanto asegura la adecuada oportunidad para la contradicción. En el supuesto de incomparecencia injustificada del abogado o por razones de urgencia, el mismo precepto contempla la posibilidad de designar un abogado de oficio con tal de salvaguardar el derecho de defensa del investigado. Y, por último, la prueba preconstituida resultante debe ser reproducida en juicio oral conforme lo determinado en el artículo 730 de la LECrim.

1.3. Balance de costes y beneficios

a. De corte jurídico-procesal

Al margen de su reconocimiento internacional como instrumento de tutela, desde sus orígenes la prueba preconstituida ha sustentado su valor con motivaciones procesales al contribuir a alcanzar la denominada verdad procesal¹⁹. En otras palabras, no solo protege a aquellos justiciables especialmente vulnerables, sino que también permite asegurar la eficacia del proceso judicial al posibilitar que el tribunal tenga a su alcance suficientes elementos probatorios para fundamentar una resolución.

Aun cuando los hechos hayan alcanzado a ser puestos en conocimiento de los tribunales, existen diversas circunstancias que pueden devaluar el testimonio. En la medida en que el proceso puede inducir emociones negativas de gran intensidad, ello puede repercutir negativamente en la

¹⁷ Vid. STS 3678/2006, Penal, de 2 de junio [ECLI:ES:TS:2006:3678]; STS 151/2007, Penal, de 28 de febrero [ECLI:ES:TS:2007:1585]; STS 743/2010, Penal, de 17 de junio [ECLI:ES:TS:2010:4235]; y STS 884/2010, Penal, de 6 de octubre [ECLI:ES:TS:2010:5244].

¹⁸ CASTILLEJO MANZANARES, «Modelo procesal de adaptación de la víctima menor en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 66, 2025, p. 22 y CASANOVA MARTÍ, «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 *ter* LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2022, pp. 82-83.

¹⁹ DURÁN SILVA, «La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho penal procesal español» en MOYA GUILLEM (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 263-264; y HUERTAS MARTÍN, «La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente vulnerables» en BUJOSA VADELL/DEL POZO PÉREZ (dir.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: Una guía de buenas prácticas*, Thomson Reuters, 2019, p. 56.

memoria del testigo y/o víctima²⁰. Al mismo tiempo, el transcurso del tiempo entre fases procesales, la repetición del recuerdo y la exposición a contaminaciones por parte de terceros pueden perjudicar de igual manera en la huella de memoria del menor²¹. Ante este panorama, la toma anticipada de la declaración, al limitar el riesgo de confrontación directa; adaptar las dependencias en las que el menor declara, facilitar la participación de equipos psicosociales; y restringir la participación de la víctima a la fase inicial del proceso, permite proteger la indemnidad del recuerdo²².

Con todo, las limitaciones procesales han tendido a imponerse a las ventajas dentro de la doctrina procesal. Las objeciones relativas a las restricciones que la prueba preconstituida impone a los principios rectores de la prueba penal han constituido una constante en el debate sobre su encaje garantista en el proceso penal español.

Por lo que se refiere a la inmediación, la crítica principal radica en la presunta distancia que se establece entre prueba testifical y órgano decisor²³, en tanto se ha entendido que la convicción judicial alcanza un grado superior cuanto mayor es la proximidad con el testigo o la víctima²⁴. En el ámbito de la prueba testifical se ha otorgado aún mayor relevancia, si cabe, a esta proximidad al considerarse que la interpretación de los elementos paralingüísticos puede resultar crucial para la valoración de la declaración²⁵. Ahora bien, la preconstitución del testimonio supone un desafío a la interpretación clásica de la inmediación puesto que la percepción de dichos gestos o manifestaciones se ven mediados por recursos audiovisuales, lo que conlleva una restricción espacio-temporal del principio²⁶.

En atención a esta valoración, conviene destacar cómo la Psicología jurídica y de testimonio contribuye a cuestionar la relevancia que se atribuye a este principio desde un enfoque puramente procesal. Ambas disciplinas señalan la carencia de evidencia que respalde la

²⁰ SAYWITZ/NATHANSON, «Children's testimony and their perception of stress in and out of courtroom», 1993, pp. 613 ss; NATHANSON/SAYWITZ, «The effects of courtroom context on children's memory and anxiety», *The Journal of Psychiatry & Law*, núm. 31, 2003, pp. 67 ss; REY ANASTASI/PEDROCHE GARDE/MARTÍNEZ MIGUEL, «La intervención del psicólogo en la prueba preconstituida. Un nuevo reto profesional», *Información Psicológica*, núm. 114, 2017, pp. 121-122; y VARA/MANZANERO/VALLET, «Víctimas de abuso sexual especialmente vulnerables: Obtención del testimonio», *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 57, 2021, p. 8.

²¹ GOODMAN/TAUB/JONES/ENGLAND/PORT/RUDY/PRADO, «Testifying in criminal court: Emotional effects on child sexual assault victims», 1992, pp. 44-63; CECI/BRUCK, «Suggestibility of the child witness: A historical review and synthesis», *Psychological Bulletin*, vol. 113, núm. 3, 1993, pp. 403 ss; y GONZÁLEZ/MUÑOZ/SOTOCÁ/MANZANERO, «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», *Papeles del Psicólogo*, vol. 34(3), 2013, p. 230.

²² CASANOVA MARTÍ, «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», 2022, pp. 82-83; y ARANGÜENA FANEGO, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3, 2022, p. 1097.

²³ ORMAZABAL SÁNCHEZ, «El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo» en ARMENTA DEU/ROMÍ VALL-LLOVERA (coord.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, 2010, p. 141.

²⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 22-23.

²⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, «Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la Democracia*, núm. 46, 2003, pp. 58-59.

²⁶ MUERZA ESPARZA, «Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 39, 2016, p. 770; y ARANGÜENA FANEGO, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», 2022, p. 1105.

presunción de que la percepción directa de la comunicación no verbal posibilite discernir con mayor acierto si una persona miente o dice la verdad²⁷. De igual modo, la posibilidad de visualizar y escuchar al menor mediante las nuevas tecnologías permite que la declaración no sea radicalmente distinta ni comprometa la inmediación, lo cual sería inevitable en el caso de una declaración escrita.

Con respecto a la contradicción, la presunta vulneración de los derechos de defensa ha suscitado una preocupación aún mayor²⁸. Tomando como base el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, el precepto reconoce en su apartado 3.d) el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su perjuicio, el cual debe tomarse en consideración junto a lo determinado en los artículos 10 y 24.2 de la Constitución Española. ARANGÜENA FANEGO, a este respecto, recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce al acusado el derecho a que toda actividad probatoria se desarrolle en audiencia pública, en su presencia y con vistas a un debate contradictorio²⁹. En consecuencia, la prueba preconstituida, sustanciándose en fase distinta a la ordinaria, ha sido considerada contraria al derecho de defensa.

Ante estos planteamientos, cabe traer a colación que la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la sustitución de la presencia del menor en juicio por la prueba preconstituida es favorable, en la medida en que admite esta posibilidad. En los asuntos de P.S. contra Alemania de 20 de diciembre de 2001; Bocos Cuesta contra Países Bajos de 10 de noviembre de 2005; y A.H. contra Finlandia de 10 de mayo de 2007, el tribunal insiste en que el empleo de la declaración videograbada se adecúa a los derechos de defensa cuando se encuentre fundamentado en motivos de seguridad de la víctima. Todo ello, siempre que el acusado haya sido debidamente informado de dicha circunstancia y haya tenido la oportunidad de contradecir su relato, ya sea de manera directa o a través de su representante.

b. De corte victimológico

Considerando que el sometimiento del menor a prestar numerosas declaraciones o a múltiples exámenes, así como la prolongada implicación en el sistema judicial que esto conlleva, puede resultar perjudicial, la prueba preconstituida permite limitar su participación a la fase de instrucción³⁰. De igual modo, la posibilidad de contar con la intervención de equipos psicosociales permite adaptar el ritmo de la entrevista y el lenguaje empleado, así como limitar la exposición del menor a múltiples profesionales, lo que contribuye a disminuir la sensación de intimidación presente en el circuito tradicional³¹. Todo ello considerando, además, que, tal como

²⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, «Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)», 2003, pp. 57-62 y NIEVA FENOLL, «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2025, p. 397.

²⁸ ORMAZABAL SÁNCHEZ, «El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo», 2010, p. 141.

²⁹ ARANGÜENA FANEGO, «Exigencias en relación con la prueba testifical contenidas en el artículo 6.3.d) del CEDH» en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA MACHETTI (coord.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 459-462.

³⁰ MARAVALL BUCKWALTER, *La declaración del menor en el proceso penal. Admisibilidad y práctica en el Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 195.

³¹ SAYWITZ/JAENICKE/CAMPARO, «Children's knowledge of legal terminology», *Law and Human Behavior*, vol. 4, núm. 6, 1990, pp. 524-534; y ZAJAC/GROSS/HAYNE, «Asked and answered: Questioning children in the courtroom», *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 10, núm. 1, 2003, pp. 199-209.

se configura en España, la entrevista se desarrolla fuera de la sala de audiencias, pudiendo llevarse a cabo en un despacho o sala multiusos, la cámara Gesell o a través del modelo Barnahus³², que se encuentra en pleno proceso de implementación en nuestro país³³.

En conjunto, los estudios realizados en el ámbito de la violencia infantojuvenil ponen de relieve los riesgos de sujetar a los menores de edad a los exigentes estándares de un modelo procesal adultocéntrico. Mediante diversas propuestas de protocolo se aconseja la toma de declaración a través de expertos, la habilitación de espacios amigables con la infancia y la adolescencia y la limitación del número de exploraciones, directrices que la evidencia empírica ha determinado como inherentes a la preconstitución de la prueba testifical³⁴.

Dejando a un lado las ventajas, las críticas victimológicas se dirigen a la forma en que ha sido regulada tras la promulgación de la LOPIVI. En primer lugar, se cuestiona la obligatoriedad de su empleo, dado que el acceso automático ha dejado a un lado al menor al no garantizarle su derecho a ser oído ni tampoco su interés superior desde la perspectiva de la autonomía progresiva³⁵. A su vez, esta imperatividad no cubre a los menores de entre 14 y 18 años, lo que ha originado un panorama incierto al no disponer la norma si estos menores tienen acceso a dicha prerrogativa³⁶. Sin embargo, tanto el límite etario como el carácter preceptivo únicamente condicionan la práctica de la prueba preconstituida, no su posterior admisión.

2. Metodología

2.1. Objetivos

El objetivo general que persigue el presente estudio es conocer la realidad judicial de la admisión y la práctica de la prueba preconstituida de las víctimas menores de edad en el proceso penal español cuando su uso se justifica por la necesidad de evitar la victimización secundaria. Con el

³² El modelo Barnahus se origina en Islandia en la década de 1990. Esta propuesta plantea la creación de un sistema de justicia e intervención amigable con la infancia y la adolescencia victimizada a partir de una cooperación interdepartamental y multidisciplinar de los servicios encargados del abordaje de supuestos de abusos sexual infantojuvenil. Para ello, se crea un espacio único destinado donde los menores de edad víctimas de violencia sexual puedan realizar todas las actuaciones destinadas al enjuiciamiento del delito y la recuperación del menor. En el ámbito procesal, se destaca la posibilidad de emplear estos espacios para la realización de la prueba preconstituida, evitando, así, que el menor deba desplazarse a las inmediaciones judiciales para declarar.

³³ ARANTEGUI ARRÀEZ, «El uso de cámaras Gesell con niños: Derechos humanos y victimización secundaria», *Revista de Victimología*, núm. 13, 2022, pp. 40 ss; y TORRES ROSELL/CRUZ JIMÉNEZ/HERNÁNDEZ HIDALGO/CASANOVA MARTÍ, «Indicadores de victimización secundaria en procesos penales por violencia sexual infantil en el contexto Barnahus», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2025, pp. 375-376.

³⁴ GONZÁLEZ/MUÑOZ/SOTOC/MANZANERO, «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», 2013, pp. 227-237; REY ANASTASI/PEDROCHE GARDE/MARTÍNEZ MIGUEL, «La intervención del psicólogo en la prueba preconstituida. Un nuevo reto profesional», 2017, pp. 119-131; y BAÑÓN GONZÁLEZ/GRIJALBA MAZO, «Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: Intervención desde la Psicología forense, en particular en la prueba preconstituida», *Ministerio de Justicia*, 2022, pp. 20-26.

³⁵ MARTÍN RÍOS, «La protección del menor en el proceso penal español: ¿El fin justifica los medios?» en Asencio Mellado/Fuentes Soriano (dir.), *El proceso como garantía*, Atelier, 2023, p. 698.

³⁶ ARANGÜENA FANEGO, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», 2022, p. 1111; PILLADO GONZÁLEZ, «La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización» en BARONA VILAR (dir.), *Justicia poliédrica en período de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 560-561; y DURÁN SILVA, «La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho penal procesal español», 2023, pp. 262-263.

propósito de concretar este mismo objetivo general, se establecieron los siguientes objetivos específicos:

1. *Obtener datos de índole cualitativa referentes a la prueba testimonial preconstituida en procesos penales concernientes a menores de edad*: a pesar de la gran relevancia que ha adquirido la prueba preconstituida, se ha identificado una importante laguna de estudios empíricos relativos al empleo de esta herramienta. A este respecto, se pretende contribuir a completar el conocimiento existente mediante este estudio.
2. *Determinar cuáles son las ventajas que se obtienen de la prueba preconstituida del menor de edad*: se pretende corroborar si los planteamientos teóricos llevados hasta la fecha sobre sus beneficios, tanto victimológicos como procesales, encuentran respaldo en la realidad judicial.
3. *Identificar las principales dificultades que plantea la prueba preconstituida en el sistema penal español*: al margen de la reforma recientemente introducida, la prueba preconstituida continúa careciendo de una regulación precisa y, al mismo tiempo, ha suscitado un profundo debate doctrinal en torno a su compatibilidad con el sistema de garantías procesales. Es por este motivo que se ha considerado necesario corroborar si las críticas que comúnmente han acompañado a la figura se confirman en la práctica.
4. *Conocer la percepción subjetiva de los operadores judiciales ante la prueba preconstituida del menor de edad*: los jueces y los fiscales ostentan un gran poder de decisión respecto a la adopción de mecanismos de protección, entre los cuales se ha venido destacando la prueba preconstituida. A partir de esta consideración, y en atención a las lagunas normativas identificadas, se ha considerado indispensable profundizar en la opinión y valoración que mantienen estos profesionales del Derecho.

2.2. Diseño metodológico y procedimiento

La investigación se ha llevado a cabo empleando una metodología cualitativa. Dado que uno de los objetivos centrales del estudio consiste en explorar y conocer la perspectiva de los operadores judiciales implicados en la práctica de la prueba preconstituida, se determinó que la entrevista semiestructurada es el instrumento de recolección de datos más idóneo para tal fin. Con la posibilidad de introducir cierto grado de flexibilidad, el guion se compone de un total de 14 preguntas abiertas, organizadas en las siguientes unidades temáticas generales: introducción, regulación de la prueba preconstituida tras la aprobación de la LOPIVI, principales ventajas e inconvenientes de la prueba preconstituida, consideración subjetiva de los operadores judiciales ante la prueba preconstituida y cierre y reflexión abierta.

La mayor parte de las entrevistas efectuadas en Cataluña se llevaron a cabo presencialmente. En cambio, aquellas correspondientes a participantes ubicados en otras Comunidades Autónomas se desarrollaron de manera telemática mediante la plataforma *Teams*. En lo relativo a la duración de los encuentros, la media aproximada fue de 40 minutos, siendo la mínima de 26 minutos y la máxima de 55. Finalmente, en cuanto a los compromisos éticos y de protección de datos asumidos ante el *Comitè d'Ètica i Bioseguretat de la Universitat de Girona*, éstos se garantizaron mediante el consentimiento informado suscrito por los participantes y la anonimización de los datos recogidos.

2.3. Muestra

La selección de participantes se efectuó a través de un muestreo intencional de carácter no probabilístico dentro de la población de jueces, magistrados y fiscales de la jurisdicción penal en España. Dentro del orden penal se seleccionaron los órganos judiciales encargados de llevar a cabo la investigación del delito – Juzgados de Instrucción, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y Juzgados de Violencia contra la Mujer –, así como los órganos con competencias para el enjuiciamiento – Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales³⁷ –. No se aplicaron criterios de exclusión ni cuotas referentes a género, edad o territorio.

La toma de contacto se realizó vía correo electrónico a partir de las direcciones públicas facilitadas por el Directorio de Órganos Judiciales del Poder Judicial de España y, subsidiariamente, por muestreo de bola de nieve. Se enviaron un total de 3.341 correos por el territorio español y se recibieron 49 respuestas favorables a la participación, de las cuales se materializaron 30 encuentros. De este número, se excluyeron 2 entrevistas por no alcanzar el tiempo mínimo indispensable para recabar información relevante y por haberse apreciado deficiencias en el sonido que imposibilitaron su transcripción.

La muestra final se compone de 28 operadores judiciales con experiencia en la práctica y admisión de la prueba preconstituida de la víctima menor de edad. Respecto a su distribución, 10 desempeñan sus funciones en la fase de audiencia – 8 magistrados y 2 jueces –; 9 en la fase de instrucción – 8 magistrados y 1 juez –; y, finalmente, 9 son fiscales. La muestra se distribuye geográficamente por el territorio español, si bien hay una mayor presencia de participantes en el territorio catalán: 15 participantes se encuentran en Cataluña; 6 en el País Vasco; 2 en Madrid; 2 en Andalucía; 1 en Galicia; 1 en La Rioja; y 1 en Extremadura. Sobre los datos demográficos, 15 participantes fueron hombres (53,57%) y 13 participantes fueron mujeres (46,43%), con una edad promedio de aproximadamente 48 años.

3. Resultados

3.1. Sobre la nueva regulación de la prueba preconstituida

Antes de la reforma llevada a cabo en 2021, una de las críticas más recurrentes hacia la preconstitución era su falta de concreción normativa. Al respecto, los participantes coinciden en valorar positivamente el contenido de la LOPIVI en esta materia, habiéndose identificado un total de 5 elementos reseñables: la obligatoriedad de llevar a cabo la documentación del testimonio con menores de 14 años (n=26); el asentimiento de directrices en la ley procesal (n=13), el fortalecimiento de la postura del menor en el proceso en sintonía con los derechos del acusado (n=13); la inclusión de los equipos psicosociales (n=7) y el impulso para la expansión del modelo Barnahus (n=4). Además, varios participantes pusieron de manifiesto que estos criterios, lejos de ser novedosos, reflejan una formalización de la práctica forense:

³⁷ El estudio se desarrolló hasta inicios de 2025, con anterioridad a la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, lo que implicó que se conservase la estructura organizativa de los tribunales vigente hasta entonces.

La ley ha venido a objetivar algo que se hacía en la práctica y ha venido a especificar y a dar criterios a cuestiones que, en base de muchos años de ensayo y error y desarrollo, pues los juzgados, con mayor o menor acierto, habían ido perfilando (JS01).

Si bien los entrevistados consideran que la regulación no ha supuesto un cambio de paradigma, una amplia mayoría (n=22) estima que sí ha generado un incremento en la práctica de la prueba preconstituida. Atribuyen esta circunstancia a la obligatoriedad establecida por el artículo 449 *ter* de la LECrim, argumentando que la voluntad de la reforma ha sido garantizar el acceso incondicionado a esta medida a los menores de edad y restringir la discrecionalidad de la autoridad judicial.

En esta misma línea, al explorar si esta tendencia se replica en la admisión de la prueba, los participantes comparten la misma consideración al señalar una mayor parte (n=18) que el número de videgrabaciones aceptadas en juicio oral ha aumentado desde 2021. En este sentido, algunos señalan que su admisión y su valoración son prácticamente automáticas con motivo de la delimitación de criterios:

(...) viene unido la ley y la fuerza, que se doten de medios y esos medios hacen a quien tiene que valorar la prueba le dé más seguridad porque ya son pruebas que se pueden considerar pertinentes, ¿no? Entonces, sí, se admiten con una mayor facilidad porque vienen respaldadas legalmente. Para denegarla también tienen que motivarlo (F03).

Al objeto de analizar más a fondo la nueva ordenación, conviene abordar algunas de sus lagunas. Habiéndose delimitado la edad de 14 años para el acceso automático a la preconstitución, queda un tramo de edad – entre los 14 y los 18 años – sobre el que la normativa no se pronuncia. Esta ausencia de mención ha derivado en la incógnita acerca de si dicha franja de edad puede emplear este mecanismo. A este respecto, la práctica totalidad de la muestra considera que sí tienen derecho a acceder a la prueba preconstituida, pero siempre atendiendo al caso particular y valorando, individual o conjuntamente, 5 ítems: la vulnerabilidad particular del menor (n=15); la naturaleza del delito (n=13); la gravedad de los hechos (n=8); la edad concreta del adolescente (n=2); y el rol que asume en el proceso penal (n=2). La valoración de cada uno de estos factores recae sobre la discreción de la autoridad judicial, siendo posible recabar una evaluación previa a cargo de los equipos psicosociales. Sobre esto, algunos de los operadores judiciales manifiestan que este trámite es habitual en su actuación, mientras que otros consideran tener la suficiente experiencia para saber identificar situaciones de riesgo sin el auxilio de terceros.

Ahora bien, un participante comparte una experiencia personal que ejemplifica la posibilidad de no detectar a un menor vulnerable cuando no se cuenta con la participación de profesionales multidisciplinares, más allá de la experiencia profesional y la intención de actuar con sensibilidad:

He tenido una menor de 15 años y no lo hice como prueba preconstituida. Le tomé declaración, no vino prácticamente nadie, sólo estábamos la fiscal y yo, y luego los informes técnicos... Es decir, luego estaba tan afectada por la situación que me llamaron directamente de todos los equipos técnicos, médicos incluso, se pusieron en contacto conmigo para decirme que, por favor, lo hiciera como prueba preconstituida para evitarle lo que iba a implicar el juicio (MI03).

Retomando el artículo 449 *ter* de la LECrim, la obligatoriedad establecida se limita a la práctica de la prueba cuando la víctima es menor de 14 años. La duración del proceso puede llevar a que

la víctima haya superado la edad prevista para el juicio oral, lo que genera dudas sobre si la videograbación sigue siendo admisible. En lo que concierne a esta cuestión, emergen dos posturas contrapuestas. La primera de ellas, con una clara predominancia (n=25), sostiene que, a pesar de no contar con una base normativa categórica, el ingreso de la prueba preconstituida en juicio oral es una consecuencia que redundará en la voluntad de la reforma motivada por la LOPIVI:

Hasta donde yo tengo conocimiento, no debería poderse repetir porque eso iría, literalmente, en contra de lo que se pretende conseguir con la prueba preconstituida. (...) Si se vuelve a repetir, no deja de ser una... echar en tierra todo lo que se ha intentado conseguir con la formalidad de la declaración de la prueba preconstituida (...) No estoy seguro de si eso se puede hacer, pero... yo creo que... yo creo que no se debería hacer (MI01).

Asimismo, esta inadmisión no es automática. Por un lado, puede darse que alguna de las partes solicite prescindir de la grabación. Por el otro, el tribunal continúa disponiendo de un cierto poder para requerir una declaración pública. A partir de las experiencias compartidas por los participantes, se identificaron tres resultados derivados de este ejercicio discrecional: la admisión de la grabación cuando quien declara continúe por debajo de los 18 años; la admisión de la grabación cuando quien declara sea mayor de 18 años y se disponga de informe psicosocial que acredite su vulnerabilidad; y la admisión de la grabación cuando se cumplan los requisitos normativos, con independencia de la edad.

La segunda postura, sin embargo, asevera que, decaída la causa que justificó la preconstitución del testimonio, no debería proceder la admisión de dicha prueba, puesto que se habría extinguido la imposibilidad de declarar con motivo del riesgo de victimización secundaria:

Claro, en el caso de los menores, no estamos hablando de irrepitibilidad o imposibilidad futura. Estamos hablando que no conviene o no se recomienda, pero la imposibilidad no está. Mi criterio es si... cuantos casos han pasado que tenemos un procedimiento donde era un menor de 14 años y 4, 5 años después se da el juicio. Mi criterio es que la preconstitución ha desaparecido. (...) Si ha decaído el elemento que justificó la preconstitución, como es un elemento temporal, la edad, ha decaído la preconstitución (JS01).

3.2. Sobre las luces y sombras de la prueba preconstituida

a. Ventajas victimológicas y procesales

La práctica mayoría de los entrevistados (n=27) coinciden en señalar que el principal valor de la documentación audiovisual del testimonio reside en su capacidad para reducir el riesgo de victimización secundaria en niños, niñas y adolescentes. De este beneficio principal, son diversas las buenas prácticas que acompañan el mecanismo.

La segunda ventaja (n=20) es la reducción del tiempo total que el menor se ve involucrado en el sistema penal. Siendo el enjuiciamiento la fase ordinaria designada para la práctica de la prueba, no pasa por alto que el tiempo mediado entre la denuncia y el juicio puede alargarse de forma excesiva, lo que imposibilita al menor desvincularse del proceso y un acceso temprano a servicios de terapia psicológica.

En sus palabras, esta fuente de perjuicios puede cercenarse en el momento en que la única actuación que requiere de la participación del menor se limita a la instrucción, momento en que el relato de los hechos queda fijado desde el mismo momento en que se documenta. Así, el propósito que se persigue mediante el mecanismo es limitar las comparecencias judiciales al mínimo indispensable:

Sabemos el trauma que supone el estrés postraumático, cómo hace revivir a la víctima cada vez que tiene un acceso a la información de lo que pasó... Para declarar en un juicio hay que hacer esa operación de acceso a lo que pasó, recuperar la memoria, volver a describirla... Y eso sabemos que condiciona la recuperación y que produce efectos traumáticos por sí mismo, ¿no? Entonces, si eso es así, ¿por qué tenemos que someter a la víctima a una nueva revictimización? (MS01).

De esta misma ventaja se desprende una tercera: la adecuación de los espacios físicos (n=13). El ambiente judicial es descrito por los participantes como intimidante y manifiestan que es recurrente que los niños y los adolescentes se sientan sobrecogidos, mientras que la preconstitución sitúa al menor en un ambiente más informal, bien sea mediante una cámara Gesell, en una sala polivalente o en instalaciones Barnahus. No obstante, se han identificado ciertas reticencias a la extensión de éstos últimos, ya que podría implicar un riesgo para la objetividad del sistema penal español y una sobrecarga de trabajo para los operadores judiciales:

¿Qué se han pensado? ¿Que estaremos todo el día en el Barnahus? Hombre, esto no es serio, eh... Es que esto me parece una barbaridad. (...) Y, honestamente, a mí ya me gustaba como lo hacíamos aquí. (...) Las reglas del juego no podemos dejarlas a un lado y las reglas del juego, pienso, son más garantistas si las hacen quien las sabe hacer. ¿Quién sabe hacer las reglas del juego? ¿Quién conoce las reglas del juego del procedimiento penal? ¿Quién las aplica cada día? ¿Quién tiene la obligación de que se cumplan? Nosotros. (F01).

De forma similar, la limitación de la participación del menor en la investigación favorece la reducción del número de profesionales a los que se expone (n=4). Aun con mayor incidencia en los delitos de carácter sexual o violento, la víctima es objeto de un amplio abanico de exámenes médicos y psicológicos para la cuantificación o la valoración de las lesiones atribuibles al delito. Si a ello se suma la cantidad de profesionales del Derecho que interactúan con el menor, el número de personas con las que debe entrar en contacto es significativamente alto e induce la experimentación de emociones negativas.

Al mismo tiempo, también es posible favorecer la intervención de equipos psicosociales (n=15). Los informantes destacan esta fortaleza y la consideran especialmente valiosa porque permite generar un clima cercano, identificar indicadores de reticencia o bloqueo y adaptar el ritmo del encuentro al niño o el adolescente. Los operadores subrayan la relevancia de las competencias de psicólogos y trabajadores sociales en relación con el abordaje de menores con algún tipo de discapacidad o neurodivergencia:

Tienes que tener en cuenta que las personas con problemas de discapacidad, no estamos hablando visual, sino de expresión, niños con TDAH o que tengan dificultades, niños que tengan un proceso de comunicación que solo entienden el padre, la madre, los hermanos... permite que puedan tener acceso a la justicia, que es algo que todavía no se les había tomado en consideración (MS04).

Dando paso a los beneficios procesales, la ventaja con mayor respaldo radica en que permite minimizar el riesgo de pérdida de elementos relevantes del relato frente a pérdidas de memoria

(n=16). No pasa desapercibido para los participantes que un factor que aumenta la probabilidad de que ciertos detalles del suceso se pierdan es el elemento temporal, bien porque el delito no es denunciado inmediatamente, bien porque han transcurrido meses o años entre la instrucción y el juicio. En el mismo sentido, para los informantes la prueba preconstituida contribuye a reducir un riesgo de naturaleza similar: la contaminación del recuerdo (n=9), ya sea por la sugestión de terceros o por la constante repetición del relato:

Está demostrado empíricamente que cuando tú exploras varias veces a un menor, primero, depende mucho de cómo se haga la exploración, el sugerir la respuesta y, por otro lado, muchas veces ya no sabes si al niño lo han explorado 5 veces en la policía, en instrucción, en fase de enjuiciamiento o qué es un recuerdo auténtico o cuál es un recuerdo inducido. Porque, al final, a base de repetir la historia, la van a alterar (MI08).

Estas dos ventajas conforman un beneficio más amplio: el aseguramiento de la prueba (n=13). Esta consideración se sustenta en dos premisas. La primera es la necesidad de custodiar pruebas testificales determinantes que podrían no estar disponibles en audiencia, especialmente en casos donde los menores son víctimas de delitos que implican movilidad forzada y dificultan su localización, como los supuestos de trata de personas. La segunda reside en la consecución de la verdad procesal, basada en las pruebas presentadas y practicadas. El malestar de la víctima puede derivar en respuestas evasivas, incompletas o alteradas. En cambio, la preconstitución probatoria incrementa las posibilidades que el relato sea más claro y preciso:

Nosotros no queremos el testimonio de un menor que nos diga lo que el fiscal quiere escuchar. Los fiscales queremos que los menores declaren lo que ha pasado de verdad para atinar lo más posible y pedir la condena si es culpable o la absolución si es inocente. Por lo tanto, estamos siempre a favor de que todos los medios se pongan en el canal necesario para que ese menor o esa persona diga la verdad, lo que ha pasado (F03).

En menor medida, algunos entrevistados consideran que la prueba preconstituida favorece la eficiencia procesal (n=5). En este sentido, la declaración audiovisual contribuye a una mayor celeridad en la audiencia al reducir la carga de trabajo del juez de valorar en tiempo real la pertinencia o la necesidad de las preguntas. Más aún, destacan que los delitos cometidos contra la infancia y la adolescencia son abordados rápidamente por el sistema penal, siendo la entrevista documentada con el menor una de las actuaciones con mayor prioridad:

En este caso, como las pruebas preconstituidas son, además... tienen un carácter prioritario a efectos de cualquier otro tipo de señalamientos. Se asegura que, cuando se haga una prueba preconstituida con un menor, siempre se le tome declaración al investigado, por lo cual es un trámite que se quita de en medio y que ya se puede tender a terminar el procedimiento mucho más rápido. Además, también al mismo tiempo se garantiza que el miembro del equipo técnico que está entrevistando al menor pueda realizar un informe sobre la situación y la capacidad del menor, que, posteriormente, luego siempre también viene muy bien para... valorar, entonces, cuánta credibilidad se le puede dar a la declaración del mismo. (...) Eso acelera muchísimo la causa (MI01).

Finalmente, el quinto beneficio repercute de manera directa sobre el acusado y su defensa técnica (n=2). Aunque solo una pequeña fracción de los participantes comparte esta percepción, se considera que el mecanismo facilita el acceso anticipado al contenido de la declaración del menor, lo que les permite conocer de antemano la versión completa de los hechos aportada por el menor y, a partir de ello, elaborar una estrategia defensiva más informada y sólida en vistas del juicio oral.

b. Desventajas victimológicas y procesales

La gran mayoría de los participantes no ha destacado elementos que puedan afectar negativamente al menor. Son dos los relatos que manifiestan cierta inquietud respecto a dos elementos propios de la prueba preconstituida, uno referente a la actual disponibilidad de medios y otro a su regulación en España.

Una primera observación toma pone el foco de atención en la carencia de infraestructuras adaptadas a la infancia y la adolescencia, la escasa formación del personal y las disfunciones propias de los recursos audiovisuales. La experiencia de estos obstáculos es señalada como un factor con el suficiente potencial para generar irritabilidad y frustración en la comitiva judicial, comprometiendo el trato adecuado que el menor debe recibir:

(...) y todo eso, además, presuponiendo, lo que digo, que la conexión de la videoconferencia sea buena, que todo vaya bien, que el audio se escuche bien, porque si ya encima tenemos esos problemas añadidos, pues a lo mejor podemos tardar 1 hora, 1 hora y media, que es lo que me pasó la última vez que hice dos preconstituídas. Solamente para conectar todo correctamente y poder iniciar la prueba del menor. Y al final, todos estos problemas técnicos, aparte del perjuicio que nos supone a los operadores jurídicos, porque es tedioso o porque, al final, te estresas, te cansas, etcétera y repercute en el propio menor que tiene que declarar (JI02).

Una segunda pone de relieve su preocupación por la automaticidad de la práctica de la prueba preconstituida. Tal y como se contempla en la ley procesal, el acceso directo al recurso se ha visto simplificado, pero a expensas de los deseos y opiniones del menor. Debido a esta merma del derecho a la participación, se pasa por alto el proceso de desarrollo continuo de los niños y los adolescentes, quienes, desde la perspectiva de la autonomía progresiva, deben ser alentados a asumir un rol participativo, siempre dentro de los límites de sus capacidades. Esta perspectiva aboga por una interpretación autonomista del interés superior del menor, en cuanto promueve una participación progresiva del menor en la toma de decisiones:

El inconveniente es que igual el menor... que se ha prescindido de la voluntad del menor y se ha decidido por él. (...) Si solo estamos a la prueba preconstituida privamos al menor y, además, estamos excluyendo a la víctima con una decisión que se ha tomado extrajudicialmente y extraprocesalmente. Ha sido el legislador el que lo ha establecido con base en un criterio ponderativo de que es mejor, y yo seguramente estoy con el legislador en lo que ha decidido, pero, por la experiencia, quizá sería conveniente también atender a este tipo de supuestos (MS04).

En lo que se refiere a las limitaciones procesales, éstas son mayores en número. La desventaja más destacada es la insuficiencia de recursos para la realización eficaz de la prueba preconstituida (n=18). Los operadores indican que esta problemática afecta tanto a los recursos materiales como personales, además de resaltar una clara desigualdad infraestructural entre las áreas metropolitanas y rurales, así como entre las distintas comunidades autónomas, lo que es percibido como una barrera económica y geográfica para el menor y su familia.

Este escenario se complica más al considerar las dificultades organizativas subrayadas por los operadores (n=9). El requisito normativo que establece la presencia obligatoria del fiscal, el juez instructor y las respectivas defensas – sin perjuicio de la participación de los psicólogos – complica la coordinación entre agendas. A ello se suman los casos en que el menor se muestra reticente a hablar, lo que obliga a reprogramar la entrevista, y las situaciones en que exista un

solapamiento de órganos judiciales objetivamente competentes por la presencia de dos acusados, uno mayor y otro menor de edad.

De manera similar a cómo los fallos técnicos han sido percibidos por los informantes como un inconveniente victimológico, éstos también poseen una dimensión procesal (n=7). En este caso, el seguimiento del relato por parte de los operarios que se encuentran en sala distinta y la creación de un espacio de confianza con el menor pueden verse dificultados cuando existan interrupciones. Asimismo, el malfuncionamiento de los sistemas de grabación origina grabaciones defectuosas, inutilizables por la imposibilidad de extraer una declaración clara:

Al objeto de una valoración, si la cámara está puesta aquí y el menor aquí, y yo no le veo la cara, no le veo la interacción, no veo el lenguaje no verbal, es como si estuviera escuchando la radio. No me hace falta una prueba videográfica, podría ser una prueba sonora. He visto pruebas preconstituidas en que al menor no se le ve y solo se ve la espalda de las técnicas o de los técnicos. Hay mucho que avanzar sobre determinados criterios o requisitos para validar. Por ejemplo, que sea posible hacer zoom de tal manera que veas las expresiones, la forma de diálogo... (MS04).

Seguidamente, a pesar de que la disposición de equipos multidisciplinarios ha sido resaltada como un elemento positivo, se ha identificado una cierta preocupación por la falta de capacitación (n=5). Se desprende de los discursos un especial interés en complementar la formación psicológica de los equipos psicosociales con conocimientos de Derecho penal y procesal, en tanto es necesario conciliar las necesidades de la víctima con los requerimientos del proceso:

Pero si vamos a apostar, y hemos apostado por la preconstituida, ahora tenemos que apostar por una formación. O sea, porque verdaderamente las personas que atiendan, los técnicos que atiendan a esos menores sean especialistas. Pero no especialistas en infancia, no, en Derecho penal... O sea, en todo. Que sepan qué es un proceso penal, cómo se desarrolla el proceso penal, qué se busca en un proceso penal, ¿no? (...) Si no tiene esa formación podrá ser muy bueno, pero, claro, no nos va a servir porque lo que nosotros estamos intentando con la prueba preconstituida no es que el menor tenga un proceso de sanación, estamos buscando qué hechos han pasado (MI02).

En menor medida, durante los encuentros se ha mencionado el posible choque entre el ejercicio de la dispensa y la prueba preconstituida (n=3). Sobre esto, un participante expone que un menor de muy corta edad no va a poseer la suficiente madurez para tomar una decisión de esta envergadura, por lo que se podrá proceder a la preconstitución. Sin embargo, si el juicio oral acaba por celebrarse cuando el menor en cuestión presenta unas mayores capacidades volitivas, es posible que desee valerse de esta opción y desechar la utilidad de la grabación.

Finalmente, con un respaldo similar al anterior, se señala la dificultad de obtener un conocimiento detallado del delito con carácter previo a la entrevista. Mientras los postulados victimológicos incentivan tomar una única declaración, los profesionales expresan que dar inicio al proceso con escasa información obstaculiza considerablemente sus labores, siendo relevante destacar la experiencia de uno de ellos con acceso a los servicios Barnahus:

Pero si ese menor de edad son los padres los que interponen la denuncia y, en ese momento, se le nombra un abogado, pues, por ejemplo, a través del Barnahus ya se le dice que no se le hable del tema, que tiene que ser algo espontáneo que quiera hablar, pero que no se le pregunte. Y, claro, eso a veces, ya no solo para nosotros como fiscales, sino, por ejemplo, para su propio abogado, claro, se le recomienda que no intente sacar información o preguntar a la víctima. También se ve un poco falto de información, ¿no? (...) (F08).

c. *Inmediación y contradicción*

Al examinar las limitaciones procesales de la prueba preconstituida, una parte de los discursos se orientan de manera natural a la inmediación y la contradicción. No todos los participantes identifican la limitación de dichos principios como inconvenientes trascendentales: 10 participantes destacan posibles limitaciones en la contradicción, mientras que son 8 los que mencionaron restricciones en la inmediación.

En cuanto a la inmediación, se identificaron dos posiciones con un respaldo prácticamente equivalente. 13 de los operadores estiman que la inmediación no se ve comprometida en base a dos ideas fundamentales: que se ve salvaguardada en la medida en que se encuentra presente la autoridad judicial y que se debe reinterpretar el principio para dar cabida a los medios audiovisuales. Quienes sostienen esta última corriente de pensamiento defendieron que la videograbación no presenta cambios radicalmente distintos respecto a una declaración directa. Es más, también se diserta sobre el valor de los indicadores paralingüísticos de la declaración. Hay quienes, sin menoscabar su relevancia, consideran que los medios audiovisuales no restringen su apreciación:

Yo discrepo, pero muy profundamente, de que el no tener en persona a la víctima en un acto de juicio oral afecte al principio de inmediación. Yo creo que no. Yo creo que se le da una preeminencia con una visión decimonónica del proceso penal, pero que, actualmente, con las tecnologías que tenemos y las posibilidades de grabar perfectamente en primeros planos al testigo, no hay afectación al principio de inmediación (MS02).

Al mismo tiempo, algunos reducen la importancia que habitualmente se ha otorgado a estos aspectos en sede penal y desplazan el foco de la cuestión hacia el contenido de la declaración, susceptible de ser valorado de idéntica manera con la grabación:

La inmediación, con el paso de los años, te das cuenta que es importante si atiendes a lo que dicen, no a cómo lo dicen porque nosotros no conocemos a las personas que están delante nuestro declarando. Ninguno, ni el juez ni el fiscal. ¿Por qué te digo esto? Porque si tú no conoces a esa persona, tú no sabes si está nerviosa, cómo se expresa cuando lo está, si está asustada, si está mintiendo. Tú no conoces la personalidad de esa persona, no sabes cómo se comporta. (...) Eso son estímulos visuales que tú no te tienes que dejar llevar por ellos porque lo único que te van a llevar, a lo mejor, es a un prejuicio (MI04).

En cambio, 14 manifiestan que la afectación del principio es inherente a la prueba preconstituida porque la falta de proximidad espacio-temporal cercena la facultad judicial de valorar la declaración en todo su conjunto, incluyendo los criterios extralingüísticos. En esta línea, una parte de ellos expresa notar la ausencia de esta cercanía al afirmar tener suficiente capacidad y experiencia para valorar correctamente estos elementos, además de considerar que han sido restringidos de llevar a cabo sus funciones, como poder formular preguntas y valorar la prueba directamente percibida:

El problema para mí está en la inmediación, (...) porque solo tienes la inmediación del juez de instrucción, pero el penal tiene la inmediación de una cámara. Es que al final pierde... pierde sentido. Si mi trabajo es que se practiquen pruebas, yo decido con base en las pruebas, no me quites esta prueba. Quítasela a quien quieras, no te diré a instrucción, no te diré... no sé a quién, soluciones no te aportaré, pero no me la quites a mí (JS01).

Por lo que se refiere a la contradicción, se aprecian de nuevo dos posturas contrapuestas, aunque en este caso una de ellas cuenta con mayor apoyo. 4 de ellos exponen que la preconstitución no supone una vulneración expresa de la contradicción, pero sí destacan ciertos supuestos que pueden mermar los derechos de defensa, por ejemplo, cuando surgen nuevos datos sobre los que no se pudo interrogar al menor o cuando es necesario solicitar una segunda declaración:

Pueden surgir durante la instrucción algún elemento que aconsejara repetir esa declaración, por poner un ejemplo, porque ten en cuenta que esas declaraciones se producen al principio de la investigación. Y no es lo mismo enfrentarse a un interrogatorio al principio de la instrucción que en el acto del juicio. ¿Eso es una merma del derecho de defensa? Bueno, pues se ha considerado que no, pero igual es mucho mejor ejercitar tu derecho de defensa con todos los elementos que van a sostener tu acusación que al principio, cuando apenas cuentas con nada, ¿no? (MS05).

Esta circunstancia ha sido traída a colación por aquellos que no consideran que los derechos de defensa y la contradicción son vulnerados por la prueba preconstituida (n=24), si bien la importancia que se le otorga a esta escena difiere. Al seguir explorando las ideas que sustentan esta línea argumentativa, se sugiere que los requisitos establecidos por la LOPIVI han reforzado la garantía de la contradicción. Al ordenar la debida citación del investigado y la presencia de su defensa letrada – o, en su caso, mediante la designación expresa de abogado de oficio –, la contradicción se constituye como un elemento indisoluble de la prueba preconstituida:

(...) el principio de contradicción nunca se vulnera si están todas las partes presentes en ese momento procesal. Cuestión distinta es que se quieran hacer pruebas preconstituidas sin presencia del fiscal o sin la presencia de algún abogado que sea constituido como parte. Y es verdad que en ese caso no hay una contradicción completa, pero esa prueba no se puede llamar prueba testifical o prueba preconstituida (F03).

Todo ello teniendo presente que, pese a la participación de un intermediario – ya sea el juez instructor, el fiscal o un psicólogo –, la prueba preconstituida en España contempla de forma inherente que la defensa pueda formular preguntas o solicitar aclaraciones adicionales.

Finalmente, dentro de este grupo emerge una reinterpretación de la concepción clásica de la contradicción en la que se incorpora el equilibrio entre los derechos del acusado y los derechos de la víctima. Dos de los participantes ponen en evidencia dicha dinámica del principio, entendida como un juego de confrontación reiterada donde se buscan inconsistencias o discrepancias que sirvan de base para cuestionar la veracidad del relato, de la cual no son partidarios:

Que me digan “es que claro, el principio de defensa, no sé qué”. Bueno, ¿y qué le vas a preguntar a una niña de ocho años en una sala de un juicio? ¿Si le ha violado su tío? ¿Delante de un montón de gente que no conoce se lo vamos a preguntar? Para cumplir el principio de contradicción, ¿le vamos a hacer daño a esa criatura que le han hecho daño ya? Muchísimo daño (F02).

3.3. Sobre las valoraciones personales frente a la prueba preconstituida

Una proporción considerable de los participantes reconocen que el proceso penal puede generar afectaciones significativas en la víctima, especialmente durante la declaración del menor de edad. Enfatizan que, para las víctimas, es mucho más importante recibir un trato respetuoso y

empático de los profesionales del sistema penal, más incluso que obtener una sentencia condenatoria:

(...) la prioridad para la víctima muchas veces es no declarar porque nos manifiesta que no podría volver, es decir, que supondría un gran agravio para esa persona, que a lo mejor ya es mayor, volver a recordar y remover todo otra vez y someterse a un juicio con todo lo que eso conlleva. (...) Entonces, personalmente yo creo que hay que evitarlo porque, con independencia de lo que se tenga en cuenta a nivel procesal o con el posible resultado del juicio, personalmente para la víctima es un trabajo que si se puede evitar... No le va a hacer ningún bien, ni siquiera compensado con una sentencia condenatoria (F08).

Solo uno de los relatos se distancia de esta postura, sosteniendo que se ha sobredimensionado la mala actuación del sistema penal respecto a las víctimas. Al margen de este pronunciamiento, todos los operadores entrevistados coinciden en considerar la prueba preconstituida como el mecanismo de protección más eficaz para prevenir la victimización secundaria en menores de edad, sin existir otra herramienta capaz de cumplir la misma función. No obstante, algunos se muestran dudosos respecto a si la erradicación total de este fenómeno es una posibilidad viable:

Yo creo que, como todo, seguro que hay alguna solución. Alguien la está pensando y dentro de algún tiempo a él se le ocurrirá. Pero hoy en día, al menos para la victimización secundaria, mejor solución que ésta para evitarla no la tenemos. O sea, con las herramientas que tenemos hoy en la mano, no existe. No se me ocurre algo mejor (MI07).

Esta concepción se apoya en todos los beneficios victimológicos previamente aportados, pero también se consolida desde una óptica procesal, puesto que la amplia mayoría considera que esta herramienta es plenamente compatible con el sistema de garantías constitucionales (n=26). Los entrevistados defienden que la ordenación actual de la figura encuentra sustento tanto en las líneas directrices emanadas de los entes supranacionales y europeos como por los estándares internos. Del mismo modo, señalan la existencia de mecanismos de control judicial que permiten someter a revisión el cumplimiento de los requisitos de la prueba preconstituida:

Yo creo que el hecho de que pase el filtro del juez de instrucción, el filtro del fiscal en el escrito de acusación o de la acusación particular y el filtro de un segundo juez, que sería en este caso el juez enjuiciador, creo que garantiza suficientemente, o sea, que respeta plenamente el derecho de defensa y todas las garantías del artículo 24 de la Constitución (F07).

No solo ello, una serie de participantes ofrecen una nueva interpretación del sistema de garantías para dar cabida, no solo a los derechos que tutelan a la defensa, sino también a aquellos reconocidos a las víctimas del delito y a los menores de edad que participan en el sistema de justicia:

La protección del menor es un principio general del Derecho y de un Estado democrático que tiene que primar en determinadas ocasiones, y el derecho de defensa no puede obviar todos los demás derechos que existen. Y las víctimas también tienen derechos. Entonces, porque te limiten un poquito la intermediación o que te puedan limitar un poco lo que hemos hablado antes, la contradicción, no hace que tengas menos derecho de defensa. (...) La protección de los menores también es tan importante como derechos difusos y puramente formales de defensa, porque parece que el derecho de defensa está por encima y no necesariamente, porque la vulneración tiene que ser real, no formal (MI04).

Al margen del marco normativo vigente, se recopiló la opinión de los operadores entrevistados sobre qué factores, bajo su consideración personal, deberían ser los determinantes para el empleo de la documentación audiovisual del testimonio. La edad fue el factor más destacado (n=28) y más de la mitad se mostraron conformes con el límite establecido por el legislador. No obstante, una parte minoritaria consideró que dicho linde podría ser objeto de reforma. Dentro de este grupo, algunos proponen ampliarlo hasta los 16 o los 18 años, mientras que otros plantean la posibilidad de reducirlo. Por contrapartida, dos informantes abogan por una evaluación individual del caso concreto al considerar que los adolescentes presentan unos niveles de madurez significativamente diferentes en comparación con generaciones anteriores:

Yo aprecio que, a ver, que vienen... conociendo muchas cosas. Y nosotros nos atestamos a protegerlos y preguntarlos de una manera y ellos nos miran como diciendo “pero, ¿qué me estás preguntando? Si esto ya lo sé, ¿qué dices?”. Y yo esta percepción sí que la tengo. Hoy en día, en este tema, están muy, pues muy... bueno, más informados, digámoslo así, mucho más informados, ¿vale? Que han consumido mucho porno, que han visto muchas cosas, a eso me refiero. (...) Pero es que yo, hasta los 14 años, yo pienso que es demasiado, que se podría haber cortado un poco antes (F01).

En todo caso, ninguno de los entrevistados considera que el criterio de edad es suficiente por sí mismo para restringir la declaración en fase de enjuiciamiento. En menor medida, y al margen de las presunciones sobre la vulnerabilidad, hay quienes consideran más adecuado atender a la vulnerabilidad (n=3) y a la madurez (n=3) concreta del niño o adolescente, la cual puede variar sustancialmente entre individuos.

Por su parte, los dos factores que destacan, junto con la edad, son la naturaleza del delito (n=10) y la gravedad del hecho (n=6). Se recoge una notable preocupación por los delitos de naturaleza sexual o violenta, categorías delictivas que, además, son las que tienen una mayor incidencia en la victimización de la infancia y la adolescencia. Los participantes asocian la naturaleza del delito con la gravedad del acontecimiento y consideran que los hechos de especial gravedad son prácticamente inseparables del carácter sexual o violento del delito. No obstante, bajo su valoración, podrían excluirse supuestos leves, como hurtos, peleas o tocamientos:

Es evidente que tiene más sentido, está más justificado el uso de la prueba preconstituida y grabada en delitos graves. Pero es que, en realidad, los delitos que se cometen sobre menores suelen ser graves. O sea, fundamentalmente, nosotros vemos delitos contra menores de dos tipos, o contra la integridad física del menor, agresiones por parte de los padres u otras personas, o contra su integridad sexual, agresiones sexuales. (...) Creo que está justificada plenamente (MS07).

En relación con este último punto, también se destacó la relevancia de la relación que guarda la víctima con el acusado (n=5). Quienes otorgan importancia a este criterio destacan que la proximidad entre víctima y agresor coloca al menor en una encrucijada entre sus necesidades de reparación y el vínculo afectivo, siendo importante disponer de una mecánica de declaración distinta a la ordinaria. Siguiendo esta estela, la condición de víctima (n=5) cobra también importancia para otros, pues, en su consideración, la condición de testigo o víctima indirecta no permite justificar la sustitución de la declaración en juicio oral:

En la guardia te entran muchos casos que son conflictos familiares. Entonces, en donde ese niño de doce años no es la víctima directa, sino la víctima indirecta, o incluso es testigo de lo que ha ocurrido entre su padre y su hermana, no sexual, sino de una agresión... No vamos a montar una prueba preconstituida por un testigo indirecto (MS04).

En última instancia, la disponibilidad de buenas prácticas, protocolos o cursos de sensibilización y formación por los que orientar la práctica de la prueba preconstituida recibe una buena acogida. Una proporción significativa de la muestra es partidaria y aboga activamente por estas iniciativas (n=20) al objeto de alinear los requerimientos del proceso con las necesidades de la infancia y la adolescencia, y manifiesta tener conocimiento de la existencia de documentos semejantes a nivel provincial, autonómico y estatal. En contraste, una pequeña parte (n=8), bien defiende la suficiencia de la normativa vigente e interpreta la integración de perspectivas multidisciplinarias como interferencias en los pilares esenciales del proceso, bien considera que la intervención de equipos psicosociales es suficiente:

El único protocolo que hay es la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los protocolos, muchas veces, pervierten el procedimiento. El protocolo es para alterar las leyes, desde mi punto de vista. (...) Yo también soy muy crítica de los protocolos porque normalmente, cuando los hacen, a nosotros no nos llaman. (...) Es que la Ley de Enjuiciamiento Criminal... yo es que la tengo que defender. Yo tengo que defender el orden del juego porque yo quiero un procedimiento justo y garantista. Es lo único que yo pido (F01).

4. Discusión

Los resultados obtenidos en el estudio apuntan a que la reforma sustanciada por la LOPIVI en materia de prueba preconstituida ha permitido solventar una serie de problemas que venían ensombreciendo su fortalecimiento en el sistema penal español. Las valoraciones positivas y la buena acogida por parte de los operadores sugieren que la determinación normativa ha generado una mayor confianza y seguridad jurídica en su aplicación, además de posibilitar un trato igualitario a las víctimas.

Sin perjuicio de ser una figura con arraigo en la ley procesal, los hallazgos indican que su uso ha adquirido un mayor protagonismo desde 2021. No obstante, los profesionales consultados advierten que la consolidación de la prueba preconstituida como cauce ordinario de declaración del menor de edad no parece responder tanto a un acogimiento de los postulados victimológicos como al mandato legal que exige su uso.

Persisten, no obstante, ciertas inconcreciones. En particular, el acceso de menores de entre 14 y 18 años a la prueba preconstituida continúa dependiendo en gran medida de la discrecionalidad de la autoridad judicial, quien podrá tomar la decisión autónomamente o recabar el apoyo de profesionales. Mismo escenario se ha valorado en torno a la admisión de la grabación cuando el declarante ha superado los 14 o los 18 años. Los resultados continúan apuntando a un escenario diverso donde el criterio particular del tribunal es el decisivo, generando esta ausencia de criterios unificados una desigualdad en la respuesta institucional.

Por lo que respecta al balance de costes y beneficios del mecanismo, las fortalezas identificadas coinciden en su totalidad con las ya señaladas por la evidencia empírica: el procedimiento de declaración ordinario es una importante fuente de perjuicios, mientras que la prueba

preconstituida permite flexibilizar las formalidades procesales, incorporar profesionales especializados y reducir la sobreexposición del menor³⁸.

Respecto a los inconvenientes victimológicos, el estudio revela un aspecto poco explorado en la literatura: la experimentación de fallos técnicos recurrentes, al margen de las complicaciones procesales que se derivan, hace que el menor sea susceptible de padecer agotamiento y frustración, tanto por someterse a largas esperas como por percibir esas mismas emociones por parte de los operadores judiciales. A esto se le suma que la consolidación de la prueba preconstituida como vía ordinaria de declaración obvia la participación activa del menor en la toma de decisiones³⁹. Este hallazgo pone de relieve la necesidad de reflexionar sobre la ausencia de cauces por los cuales considerar los deseos y las voluntades de los niños y adolescentes en cuanto a la forma en que participan y declaran en el proceso penal.

En cuanto a las ventajas procesales, además de las ya señaladas por la doctrina – como el refuerzo de la protección del menor y la salvaguarda de declaraciones trascendentales –, el estudio suma dos beneficios procesales adicionales: la mayor rapidez de proceso al concentrar actuaciones en un único encuentro y reducir la carga de trabajo prevista para el juicio; y el acceso anticipado a la declaración del menor favorece a la defensa técnica.

Ahondando en las limitaciones desde la perspectiva del proceso, si se atiende a la preocupación por las restricciones inherentes a los principios de inmediación y contradicción⁴⁰, se observa que esta cuestión ha emergido igualmente en las entrevistas. Se ha identificado que esta cuestión mantiene su relevancia entre los operadores entrevistados, si bien su nivel de controversia es menor al anticipado. Las respuestas recogidas sobre la contradicción apuntan a una postura mayoritariamente conforme con la idea de que se ve salvaguardada, sin perjuicio de casos particulares que los participantes mayoritariamente consideran restricciones puntuales y poco frecuentes. En relación con la inmediación, se observa que no existe una postura mayoritaria dentro de la muestra, pero ello no impide identificar una apertura hacia la reinterpretación del principio para dar cabida a medios tecnológicos, ya se dé una cierta importancia o no a los elementos paralingüísticos de la declaración.

La interpretación que los entrevistados realizan de dichos principios ha desempeñado un papel importante en su valoración sobre si la prueba preconstituida es o no garantista. De estos resultados se desprende que, al estar reinterpretados estos dos principios, los participantes consideran que la prueba preconstituida se ajusta plenamente al sistema de garantías previsto en el proceso penal español desde la perspectiva de la víctima menor como desde la posición del acusado.

³⁸ SAYWITZ/NATHANSON, «Children's testimony and their perception of stress in and out of courtroom», 1993, pp. 617-618; GOODMAN/TOBEY/BATTERMAN-FAUNCE/ORCUTT/THOMAS/SHAPIRO/SACHSENMAIER, «Face-to-face confrontation: Effects of closed-circuit technology on children's eyewitness testimony and jurors' decisions», 1998, p. 187; GONZÁLEZ/MUÑOZ/SOTOCÁ/MANZANERO, «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», 2013, pp. 227-237; y GONZÁLEZ/GRIJALBA MAZO, «Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: Intervención desde la Psicología forense, en particular en la prueba preconstituida», 2022, pp. 20-26.

³⁹ MARTÍN RÍOS, «La protección del menor en el proceso penal español: ¿El fin justifica los medios?» en Asencio Mellado/Fuentes Soriano (dir.), *El proceso como garantía*, Atelier, 2023, p. 698.

⁴⁰ ORMAZABAL SÁNCHEZ, «El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo», 2010, p. 141.

Al proseguir con la exploración sobre las apreciaciones propias de los informantes, se observa que la victimización secundaria es un fenómeno reconocido por los operadores judiciales. Ante esta problemática, la prueba preconstituida es considerada el mecanismo de protección más eficaz para reducir la victimización secundaria en menores de edad, sin existir otra herramienta capaz de cumplir la misma función. Ahora bien, de sus propias palabras se desprende cierto escepticismo respecto a la posibilidad de poder erradicar por completo este riesgo.

Las entrevistas han permitido indagar sobre los criterios que, a juicio de los participantes y al margen de la normativa, resultan más adecuados para determinar la necesidad de anticipar la toma de declaración en instrucción. Hay un consenso generalizado en que este mecanismo debe estar disponible para los menores de edad, y más de la mitad se muestran conformes con el límite establecido. En el resto de la muestra aparecen opiniones diversas: algunas a favor de cubrir hasta los 16 o los 18 años y otras que proponen reducir el criterio etario o atender al caso particular. Aunque algunos discursos apuntan a una mayor madurez de los adolescentes por su acceso temprano a pornografía, alcohol o un entorno digital sin restricciones, se identifica una incomprensión respecto la idiosincrasia de la adolescencia, etapa caracterizada por la concurrencia de rasgos de infancia y adultez. Al encontrarse aún en desarrollo, los adolescentes continúan siendo una población con necesidades particulares de protección.

En todo caso, prácticamente ninguno de los participantes estima que la edad debe ser el único criterio a considerar. Los más apoyados fueron la naturaleza del delito y la gravedad de los hechos. La opinión de los operadores coincide con los estudios sobre victimización infantojuvenil al señalar que los delitos violentos y sexuales suelen ser los más frecuentes y los que justifican intentar evitar la declaración en audiencia pública. Seguidamente, la norma se refiere de manera genérica al menor de 14 años, sin diferenciar entre víctima y testigo. En este punto no se ha apreciado consenso alguno, ya que algunos defienden garantizar la protección con independencia del rol del menor en el proceso, mientras que otros abogan por limitarla a las víctimas directas del delito, excluyendo a víctimas indirectas de la violencia intrafamiliar.

A modo de broche final, resulta de particular interés resaltar sus consideraciones sobre la necesidad de adoptar herramientas de apoyo para la realización de la prueba preconstituida. Con todo, la mayor parte se muestra partidaria y aboga por la promulgación de directrices y buenas prácticas que sustenten la actuación profesional o, incluso, cursos de sensibilización y formación en extensión de las guías.

5. Conclusiones

Los resultados obtenidos en el estudio permiten arrojar luz sobre el tratamiento que recibe la prueba preconstituida en el proceso penal español. Se ha identificado que, aunque la adopción de esta modalidad probatoria como mecanismo de protección frente a la victimización secundaria ha enfrentado importantes desafíos, actualmente se encuentra más consolidada y aceptada.

La reforma introducida por la LOPIVI ha desempeñado un papel relevante en este avance al proporcionar una mayor seguridad jurídica mediante el establecimiento de criterios generales para la admisión de esta clase de prueba y criterios específicos para su aplicación con menores

de edad. Los beneficios victimológicos y procesales asociados a la prueba preconstituida también han constituido importantes motores para su consolidación, hallando respaldo en la realidad judicial, tal como se ha podido corroborar a partir de las experiencias y valoraciones de los operadores jurídicos españoles entrevistados.

Sin perjuicio de lo anterior, persisten diversas lagunas normativas y dificultades en la práctica judicial, señalados tanto por la literatura como por los hallazgos de la presente investigación, que podrían obstaculizar su asentamiento en el proceso penal cuando intervienen víctimas y testigos menores de edad. A este respecto, se ofrecen una serie de propuestas que buscan articular el enfoque teórico y empírico con la experiencia y las percepciones directas recabadas en el estudio. Así, se plantean las siguientes propuestas en aras de optimizar la protección de la infancia y la adolescencia en el contexto de las pruebas preconstituidas en sintonía con las exigencias del proceso penal

1. Incorporar la obligatoriedad de que los profesionales del equipo psicosocial sean quienes lleven a cabo la prueba preconstituida, siempre con la debida intervención y supervisión de la autoridad de instrucción.
2. Concretar que esta disposición englobe tanto a víctimas como testigos de delitos violentos y/o sexuales, que son los que mayoritariamente se incluyen en el listado determinado en el artículo 449 ter de la LECrim. Es necesario que este mismo catálogo no establezca restricciones con criterios relativos a la gravedad del delito.
3. Especificar que, una vez realizada la prueba preconstituida, y habiéndose corroborado que la grabación resultante satisface el requisito objetivo, material, formal y subjetivo, la prueba debe ser admitida en los supuestos en que el juicio oral acabe por celebrarse cuando el declarante haya superado la edad establecida.
4. En cuanto al límite cronológico del artículo 449 ter de la LECrim, incrementar la edad hasta la mayoría legal o, en su defecto, establecer como paso obligatorio que sea el equipo psicosocial quien evalúe en todos los casos en que el menor de edad tenga entre catorce y dieciocho años la necesidad de recurrir a la prueba preconstituida.

Al mismo tiempo, se sugiere flexibilizar el automatismo de la norma para favorecer una mayor intervención de los menores en las decisiones que les afectan, contemplando el acceso directo al mecanismo, aunque condicionado a la voluntad informada del menor en particular.

6. Bibliografía

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la Democracia*, núm. 46, 2003, pp. 57-66.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3, 2022, p. 1097.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, «Exigencias en relación con la prueba testifical contenidas en el artículo 6.3.d) del CEDH» en GARCÍA ROCA, Francisco Javier, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (coord.),

La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 459-462.

ARANTEGUI ARRÀEZ, Laura, «El uso de cámaras Gesell con niños: Derechos Humanos y victimización secundaria», *Revista de Victimología*, núm. 13, 2022, pp. 40 ss.

ARRIETA OUVIÑA, Verónica, «Diversos escenarios judiciales y su impacto en la victimización secundaria», *Eguizkilore*, núm. 28, 2014, pp. 288-320.

BAÑÓN GONZÁLEZ, Rafael, GRIJALBA MAZO, Marta, «Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: Intervención desde la Psicología forense, en particular en la prueba preconstituida», *Ministerio de Justicia*, 2022, pp. 20-26.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 22-23.

CASANOVA MARTÍ, Roser, «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2022, pp. 82-83.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Modelo procesal de adaptación de la víctima menor en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 66, 2025, p. 22.

CECI, Stephen, BRUCK, Maggie, «Suggestibility of the child witness: A historical review and synthesis», *Psychological Bulletin*, vol. 113, núm. 3, 1993, pp. 403 ss.

DURÁN SILVA, Carmen, «La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho penal procesal español» en MOYA GUILLEM, Clara (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 263-264.

FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Editorial La Ley, 2005, pp. 165-167.

FINKELHOR, David, «Developmental victimology: The comprehensive study of childhood victimization» en DAVIS, Robert C., LURIGIO, Arthur J., HERMAN, Susan (ed.), *Victims of crime*, Sage Publications, 2007, pp. 9 ss.

GONZÁLEZ, José Luis, MUÑOZ, José Manuel, SOTOCÁ, Andrés, MANZANERO, Antonio L., «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», *Papeles del Psicólogo*, vol. 34(3), 2013, p. 230.

GOODMAN, Gail S., TAUB, Elizabeth Pyle, JONES, David P. H., ENGLAND, Patricia, PORT, Linda K., RUDY, Leslie, PRADO, Lydia, «Testifying in criminal court: Emotional effects on child sexual assault victims», *Monographs of the Society for Research in Child Development*, serie 229, vol. 57, núm. 5, 1992, pp. 44-62.

GOODMAN, Gail S., TOBEY, Ann E., BATTERMAN-FAUNCE, Jennifer M., ORCUTT, Holly, THOMAS, Sherry, SHAPIRO, Cheryl, SACHSENMAIER, Toby, «Face-to-face confrontation: Effects of closed-circuit technology on children's eyewitness testimony and jurors' decisions», *Law and Human Behavior*, vol. 22, núm. 2, 1998, p. 187.

HENRY, Jim, «System intervention trauma to child sexual abuse victims following disclosure», *Journal of Interpersonal Violence*, 1997, pp. 499-412.

HERRERA MORENO, Myriam, «Historia de la Victimología» en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (coord.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 68

HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Edersa, 1995, pp. 315-316.

HUERTAS MARTÍN, María Isabel, «La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente vulnerables» en BUJOSA VADELL, Lorenzo, DEL POZO PÉREZ, Marta (dir.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: Una guía de buenas prácticas*, Thomson Reuters, 2019, p. 56.

KIDD, Robert F., CHAYET, Ellen F., «Why do victims fail to report? The psychology of criminal victimization», *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 33, núm. 4, 2015, p. 459.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 22-50.

MARAVALL BUCKWALTER, Isabel, *La declaración del menor en el proceso penal. Admisibilidad y práctica en el Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 195.

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

MARTÍN RÍOS, Pilar, «La protección del menor en el proceso penal español: ¿El fin justifica los medios?» en ASENCIO MELLADO, José María, FUENTES SORIANO, Olga (dir.), *El proceso como garantía*, Atelier, 2023, p. 698.

MUERZA ESPARZA, Julio, «Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 39, 2016, p. 770.

MUÑOZ, José M., GONZÁLEZ-GUERRERO, Laura, SOTOCÁ, Andrés, TEROL, Odette, GONZÁLEZ, José L., MANZANERO, Antonio L., «La entrevista forense: Obtención del indicio cognitivo en menores presuntas de abuso sexual infantil», *Papeles del Psicólogo*, vol. 37(3), 2015, pp. 205-216.

NATHANSON, Rebecca, SAYWITZ, Karen J., «Preparing children for court: Effects of a model court education program on children's anticipatory anxiety», *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 33, núm. 4, 2015, p. 459.

NATHANSON, Rebecca, SAYWITZ, Karen J., «The effects of courtroom context on children's memory and anxiety», *The Journal of Psychiatry & Law*, núm. 31, 2003, pp. 67 ss.

NIEVA FENOLL, Jordi, «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2025, pp. 382-405.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, «El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctimas en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo» en ARMENTA DEU, Teresa, OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana, *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, 2010, p. 141.

PARSONS, Jim, BERGIN, Tiffany, «The impact of criminal justice involvement on victims' mental health», *Journal of Traumatic Stress*, vol. (2)1, pp. 1-7.

PEREDA BELTRAN, Noemí, «La victimización en la infancia y la adolescencia» en PEREDA BELTRAN, Noemí, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (ed.), *Victimología teórica y aplicada*, Huygens, 2013, p. 112.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther, «La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización» en BARONA VILAR, Silvia (dir.), *Justicia poliédrica en período de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 560-561.

QUAS, Jodi A., GOODMAN, Gail S., «Consequences of criminal court involvement for child victims», *Psychology, Public Policy and Law*, 2012, vol. 18(3), pp. 392-414.

QUAS, Jodi A., GOODMAN, Gail S., GHETTI, Simona, ALEXANDER, Kristen W., EDELSTEIN, Robin, REDLICH, Alison D., CORDON, Ingrid M., JONES, David P.H., HAUGAARD, Jeffrey J., «Childhood sexual assault victims: Long-term outcomes after testifying in criminal court», *Monographs of the Society for Research in Child Development*, serie 280, vol. 70, núm. 2, 2005, pp. 56-76.

REY ANASTASI, Adriana, PEDROCHE GARDE, Inmaculada, MARTÍNEZ MIGUEL, Elena, «La intervención del psicólogo en la prueba preconstituida. Un nuevo reto profesional», *Información Psicológica*, núm. 113, 2017, pp. 121-122.

RUNYAN, Desmond K., EVERSON, Mark D., EDELSON, Gail A., HUNTER, Wanda M., COULTER, Martha L., «Impact of legal intervention on sexually abused children», *The Journal of Pediatrics*, vol. 113, núm. 4, pp. 647-663.

SAYWITZ, Karen J., JAENICKE, Carol, CAMPARO, Lorinda, «Children's knowledge of legal terminology», *Law and Human Behavior*, vol. 4, núm. 6, 1990, pp. 524-534.

SAYWITZ, Karen J., NATHANSON, Rebecca, «Children's testimony and their perception of stress in and out of courtroom», *Child Abuse and Neglect*, vol. 17, núm. 5, 1993, pp. 617-618.

SEMPERE FAUS, Silvia, «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, p. 880.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, «La Victimología: Cuestiones conceptuales y metodológicas» en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 32-34.

TORRES ROSELL, Núria, CRUZ JIMÉNEZ, África, HERNÁNDEZ HIDALGO, Patricia, CASANOVA MARTÍ, Roser, «Indicadores de victimización secundaria en procesos penales por violencia sexual infantil en el contexto Barnahus», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2025, pp. 369-391.

VARA, Alba, MANZANERO, Antonio L., VALLET, Rocío, «Víctimas de abuso sexual especialmente vulnerables: Obtención del testimonio», *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 57, 2021, p. 8.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Introducción a la Victimología*, Editorial Síntesis, 2019, p. 128.

WHITCOMB, Debra, SHAPIRO, Elizabeth R., STELLWAGEN, Lindsey D., «When the victim is a child», *National Institute of Justice*, 1985, p. 31.

ZAJAC, Rachel, GROSS, Julien, HAYNE, Harlene, «Ask and answered: Questioning children in the courtroom», *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 10, núm. 1, pp. 199-209.