



FACULTAD DE DERECHO

LOS MENORES DE EDAD COMO VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL:
ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Autor: Lucía Menor de la Torre

5º E5

Derecho Procesal

Tutor: Marta Gisbert Pomata

Madrid

Abril, 2024

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
1. CAPÍTULO I: LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL.....	6
1.1. Concepto y Fundamento.....	6
1.2. Principios informadores de la práctica de la prueba.....	7
2. CAPÍTULO II: EL MENOR COMO VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.....	10
2.1. El interés superior del niño.....	10
2.2. Los menores como víctimas.....	12
2.2.1. Los menores como víctimas especialmente vulnerables.....	13
2.2.2. La victimización secundaria en menores de edad.....	16
3. CAPÍTULO III: LA PRUEBA PRECONSTITUIDA.....	21
3.1. Naturaleza jurídica.....	21
3.1.1. Concepto.....	21
3.1.2. Naturaleza.....	22
3.1.3. Fundamento.....	23
3.2. Evolución de la aceptación jurisprudencial del uso de la prueba preconstituida	
26	
3.2.1. Postura inicial: tendencia a descartar la prueba preconstituida como	
verdadera prueba de cargo.....	26
3.2.2. Reconocimiento jurisprudencial de la prueba preconstituida como medida	
de protección del menor víctima.....	29
3.3. La prueba preconstituida a la luz de la LOPIVI.....	31
3.3.1. Artículo 449 bis LECrim.....	32
Artículo 449 ter LECrim.....	35
3.3.2.....	35
3.3.3. Uso de la prueba preconstituida tras la entrada en vigor de la LOPIVI.....	38
CONCLUSIONES.....	42
BIBLIOGRAFÍA.....	46

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art./Arts.:	Artículo/artículos
ATS:	Auto del Tribunal Supremo
CDN:	Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989
CE:	Constitución Española
CP:	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
FGE:	Fiscalía General del Estado
Ídem:	Ibídem “Misma obra”
LECrim:	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPIVI:	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
p./pp:	Página/páginas
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
Vid.:	Vide “véase”

Resumen

La violencia contra los menores constituye un grave ataque contra sus derechos, su condición de dependencia e incapacidad para defenderse adecuadamente implica que son especialmente vulnerables ante conductas de maltrato. Esta vulnerabilidad pone de manifiesto la necesidad imperiosa de asegurar que el ordenamiento jurídico cuenta con medidas específicas para proteger su bienestar y salvaguardar sus derechos. En las últimas décadas, el proceso penal ha experimentado una evolución jurisprudencial significativa con respecto de la salvaguarda del interés superior de los menores en España. Así, esta evolución ha culminado con 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, que entre otras medidas hace preceptiva la práctica de la prueba preconstituida para menores de 14 años. Este análisis examina el uso de la prueba preconstituida como medida de protección de las víctimas menores de edad en el proceso judicial, al facilitar la obtención de su declaración minimizando la victimización secundaria de estos causada por la interacción con el sistema judicial.

Palabras Clave: interés superior del niño, LOPIVI, principio de contradicción, prueba preconstituida, víctima menor de edad, victimización secundaria

Abstract

Violence against minors constitutes a severe violation of their rights; their dependency and inability to adequately defend themselves imply that they are particularly vulnerable to situations of abuse. This vulnerability underscores the urgent need to ensure that the Spanish legal framework incorporates specific measures to protect their well-being and safeguard their rights. Over the past decades, the criminal justice process in Spain has undergone significant jurisprudential evolution concerning the safeguarding of the best interests of minors. This evolution has culminated with the enactment of Organic Law 8/2021, of June 4, on comprehensive protection for childhood and adolescence against violence, which, among other measures, mandates the use of pre-constituted evidence for minors under 14 years old. This analysis examines the use of pre-constituted evidence as a protective measure for underage victims in the judicial process, facilitating their testimony while minimising their secondary victimisation resulting from interaction with the judicial system.

INTRODUCCIÓN

La protección de los menores de edad como víctimas de un delito es un tema de vital importancia en la actualidad. Esta preocupación también se refleja en el ámbito del Derecho Procesal, dónde el proceso debe procurar proteger al máximo a este colectivo victimológico. Con motivo de su condición de vulnerabilidad, los menores de edad merecen una atención especial dentro del proceso penal, particularmente cuando participan en calidad de víctima. Este Trabajo de Fin de Grado se propone abordar, en el contexto del ordenamiento jurídico español, un análisis jurídico de la prueba preconstituida como herramienta de protección en casos donde los menores de edad deban participar en el proceso.

Para alcanzar su máxima efectividad y garantizar la justicia, el proceso penal debe contemplar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, los procedimientos judiciales tradicionales han venido siendo, en muchos casos, una experiencia traumática para las víctimas menores de edad. La necesidad de declarar en sede judicial, reviviendo los hechos delictivos y enfrentándose a sus agresores, puede generar en ellos sentimientos de miedo, ansiedad y desamparo. Consecuentemente, la prueba preconstituida, al tratarse de una diligencia sumarial que no debe practicarse de nuevo en el juicio oral, surge como una herramienta jurídica fundamental para proteger a los menores en el proceso penal. El objetivo de la prueba preconstituida es evitar la victimización secundaria del menor y preservar su integridad física y psíquica sin menoscabar el derecho de las partes a la necesaria tutela judicial efectiva.

La preocupación por la protección de los menores de edad en el proceso penal viene formando parte de la agenda internacional desde hace décadas. Así, diversos organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) han venido impulsando la adopción de medidas para garantizar la salvaguarda de sus derechos e intereses en el ámbito judicial, culminando en 1989 con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el plano nacional, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reforzó la protección de los menores como víctimas de delitos. Esta ley reconoció el derecho de los menores a ser oídos y tenidos

en cuenta en el proceso penal, así como a recibir asistencia y apoyo especializados. Finalmente, la protección de las víctimas menores en el proceso ha culminado con 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 (LOPVI), priorizando el interés superior del menor y estableciendo, entre otras cosas, medidas para evitar su victimización secundaria.

El principal objetivo de este trabajo es realizar un análisis exhaustivo del régimen jurídico de la prueba preconstituida en el ordenamiento jurídico español. Se busca analizar el marco normativo que regula la prueba preconstituida identificando sus fundamentos y alcances. Además, se incide en la posición de las víctimas menores de edad en el ordenamiento jurídico español. Por otro lado, el análisis de la jurisprudencia relevante del Tribunal Supremo en relación con la utilización de la prueba preconstituida busca arrojar luz sobre la evolución de esta práctica. Finalmente, se pretende ilustrar los cambios principales que ha supuesto 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 (LOPVI), en relación con la preconstitución de la prueba testifical.

La metodología utilizada se basa en la investigación jurídica. Por esto, se ha realizado un análisis exhaustivo de la normativa legal vigente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina científica sobre la prueba preconstituida en relación con los menores de edad. Para ello se han consultado diversas fuentes de información como las bases de datos jurídicas Aranzadi y vLex, así como revistas de derecho especializadas y trabajos doctrinales obtenidos de Dialnet, entre otros.

1. CAPÍTULO I: LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL

1.1. Concepto y Fundamento

Dado que la potestad de castigo por el incumplimiento de una norma jurídica de carácter penal es una competencia exclusiva del Estado, el proceso penal es el único instrumento jurídico empleable para sancionar a quien infringe las normas¹. Los procesos penales -en contraste con los demás procesos judiciales- gozan de dos momentos: la fase de instrucción y la de juicio oral. En este sentido, el propósito de la primera fase, la de instrucción, es incoar el procedimiento a través del desarrollo de las primeras diligencias con objeto de determinar la existencia del hecho ilícito. Posteriormente, la segunda fase, el juicio oral, se sustenta en probar que los descubrimientos de la primera fase hayan ocurrido o no². Consecuentemente, la práctica de la prueba, generalmente en la fase de juicio oral, constituye un elemento esencial del proceso sancionador en tanto en cuanto opera como mecanismo que habilita a los interesados para formar parte de dicho proceso.

La prueba en el proceso penal queda recogida bajo el amparo del artículo 24 de la Constitución Española (en adelante CE), por el cual «*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*»³. En consecuencia, ya que la práctica de la prueba evita la indefensión, queda establecida como un derecho fundamental tanto en el Ordenamiento Jurídico Español en general como en el proceso penal en particular. A la luz de este reconocimiento legal básico, se entiende que el derecho a practicar la prueba encuentra su fundamento en que las partes puedan convencer al órgano judicial sobre la existencia, o no, del hecho objeto del litigio⁴.

¹ Chocrón Giráldez, A. M. (2008). *Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español*. Recuperado de Dialnet.

² Álvarez Buján, M. V. (2015, julio). *Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: referencia a la prueba preconstituída y a la prueba anticipada*. Recuperado de Dialnet

³ Constitución Española (CE). Artículo 24. 6 de diciembre de 1978 (España)

⁴ Picó Junoy, J. (2009). *El derecho a la prueba en el proceso penal: luces y sombras*. Recuperado de Dialnet

Atendiendo a la posibilidad de delimitar conceptualmente la noción de prueba entendemos que:

«es el instrumento a través del cual se logra la formulación del juicio de hecho, la determinación del relato fáctico en que consiste un caso concreto y sobre el cual debe procederse a la aplicación e interpretación del derecho»⁵

Por tanto, puede deducirse que la prueba y su práctica son la base del proceso penal ya que constituyen la herramienta necesaria para su desarrollo y la determinación de la existencia de los hechos acaecidos.

1.2. Principios informadores de la práctica de la prueba

Atendiendo al fundamento y propósito de la prueba, esto es, la comprobación del relato fáctico sin causar la indefensión de cualquiera de las partes en el proceso, y en aras de afianzar su conformidad con la ley, los principios que rigen la práctica de la prueba en el proceso son cinco: Concentración, contradicción, inmediación, oralidad y publicidad⁶. Estos principios están interrelacionados ya que, en su conjunto, informan el derecho a una tutela judicial efectiva. Destacan por su relevancia los principios de contradicción y de inmediación, mientras que los restantes (concentración, oralidad y publicidad) adoptan un rol complementario a la labor angular de los primeros.

En el proceso penal español la tutela judicial efectiva nace como herramienta para frenar la indefensión de las partes. Así pues, el principio de contradicción se consagra como elemento esencial del principio de igualdad de armas. Igualmente, las partes deben tener la oportunidad de contradicción en el proceso para así asegurar la

⁵ Guzmán Fluja, V.C. (2006) *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Tirant lo Blanch.

⁶ Álvarez Buján, M. V. (2015, julio). *Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: referencia a la prueba preconstituída y a la prueba anticipada*. Recuperado de Dialnet.

máxima protección de sus intereses⁷. En este contexto, se entiende que el principio de contradicción permite la participación activa de las partes ya que el desarrollo de la prueba testifical radica en que las intervenciones en las declaraciones para desdecir o poner en duda aquello alegado por la contraparte. Dicho de otro modo, la contradicción busca refutar el relato de los hechos presentado por la parte contraria⁸ porque permite a la parte acusada confrontar un relato fáctico, que, en caso de ser erróneo daría pie a una decisión condenatoria no merecida⁹.

Por otro lado, el principio de inmediación encuentra su sentido en que la práctica de la prueba permite un mayor acercamiento a los hechos que cualquier vía alternativa. Además, la dota simultáneamente de mayor fiabilidad porque es el órgano juzgador quien recaba la prueba¹⁰. De esta forma, la inmediación en la práctica de la prueba tiene un propósito epistémico, es decir, busca realizar la prueba de la forma más pura y cercana a los acontecimientos, para que la información recabada acerca de los hechos alcance la máxima fiabilidad posible¹¹.

A modo de cierre del concepto de la prueba en el proceso judicial, la doctrina general emplaza la práctica probatoria durante la fase del juicio oral. Sin embargo, en ocasiones sucede que no es posible practicarla en ese momento, dando pie a la aparición de la prueba preconstituida. Para alcanzar su máxima extensión y eficacia como verdadera prueba o prueba de cargo es indispensable que concurran los principios de contradicción de las partes y de inmediación judicial en su práctica durante la fase de instrucción¹². La doctrina constitucional estipula que la regla general es la práctica de la prueba en la fase oral. No obstante, admite que las pruebas practicadas en la fase de

⁷ Calaza López, S. (2011). *Principios rectores del proceso judicial español*. Revista de Derecho UNED, Núm. 8. Recuperado de Dialnet.

⁸ Álvarez Buján, M. V. (2015, julio). *Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada*. Recuperado de Dialnet

⁹ Rovatti, P. (2020). *Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos*. p. 37

¹⁰ Álvarez Buján, M. V. (2015, julio). *Ídem*

¹¹ Gisbert Pomata, M. (2021). Capítulo VI La tutela procesal de la violencia contra la infancia y adolescencia: La prueba preconstituida. En *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*. P. 331

¹² Gisbert Pomata, M. (2021). *Ídem* P. 330

instrucción, en especial la prueba preconstituida, adquieran cualidad de prueba de cargo siempre y cuando su desarrollo se haya realizado respetando y asegurando el derecho de defensa del acusado, lo cual necesita de la contradicción al testimonio del acusador y así contestar dichas declaraciones¹³. Asimismo, a la luz de las modificaciones regulatorias de los últimos años, la prueba preconstituida cobra especial importancia en el ámbito de los testimonios de víctimas menores de edad. Esto conlleva que se emplee como herramienta para evitar que el testimonio se vea empobrecido o contaminado como consecuencia del lapso de tiempo entre el acaecimiento de los hechos delictivos y la práctica de la prueba en el juicio oral¹⁴.

¹³ Calaza López, S. (2011). *Ídem*.

¹⁴ Gisbert Pomata, M. (2021). *Ídem* P. 331

2. CAPÍTULO II: EL MENOR COMO VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

2.1. El interés superior del niño

El interés superior de los menores pasa a ser considerado un principio universal a partir de 1989 tras su consagración en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN):

«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño¹⁵»

Así pues, este interés superior se erige como la satisfacción de los derechos y necesidades básicas de los menores de edad, que debe darse en todas las esferas en las que se desenvuelve la infancia (ámbito público y privado)¹⁶. En otras palabras, toda decisión, ley o política pública que afecte a la infancia tiene como obligación salvaguardar el bienestar y desarrollo integral del menor¹⁷. En concreto, en la esfera procesal, este mandato consagrado en la Constitución debe materializarse a través de la actuación de los jueces y el ministerio fiscal¹⁸. De la misma forma, esta disposición ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español y es aplicada por sus órganos judiciales *«la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección¹⁹»*.

¹⁵ Convención Sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, art. 3 párr. 1

¹⁶ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

¹⁷ Arangüena Fanego, C. (2022). Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal. p. 1095

¹⁸ Álvarez Vélez, M^a I. y De Montalvo Jaakelainen, F. (2013) La protección del menor como víctima frente al Derecho constitucional de defensa. Aspectos constitucionales de la victimización secundaria. Derecho Privado y Constitución N° 27, 2013 pp. 256 - 258

¹⁹ STS 19/2013, de 9 de enero

Desde su materialización en la CDN hasta ahora, el concepto de interés superior del niño en la legislación española ha sido objeto de varias interpretaciones. Si bien el legislador considera que se trata de un concepto indeterminado, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y adolescencia frente a la Violencia (en adelante LOPIVI) ofrece en el segundo apartado de su exposición de motivos cómo debe interpretar el sistema esta noción. De esta forma, el interés superior del menor se manifiesta a través de una triple función sistemática en su plasmación en el ordenamiento jurídico, siguiendo las indicaciones del Comité de la CDN²⁰ (en adelante el Comité).

En primer lugar, el interés superior del niño se conforma como un derecho sustantivo, adoptando un rol *«primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión²¹»*. Esto implica la ponderación de todos los intereses en juego antes de la adopción de cualquier medida que pueda concernir al niño. Segundo, se trata de un principio jurídico de carácter interpretativo²² por el cual, cuando una norma admita varias interpretaciones, siempre habrá que elegir la interpretación que resulte más favorable de cara al bienestar del niño²³. En última instancia, el interés superior del niño se conforma como una norma de procedimiento ya que exige un análisis del impacto potencial que puedan tener las decisiones que afecten a los menores²⁴. El Comité entiende que es una norma de procedimiento porque requiere de garantías procesales para asegurar que se da *«una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño²⁵»* y que el interés superior del niño pasa a formar un elemento indispensable en aquellos procesos en los que se vean involucrados.

²⁰ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

²¹ Ídem

²² Ídem

²³ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

²⁴ Martínez García, C. (Coord.) y otros (2016). *Tratado del Menor: La protección jurídica a la infancia y adolescencia* (1.ª ed.). Thomson Reuters (Legal) Limited. p. 112 - 113

²⁵ Observación general N° 14 (2013)

2.2. Los menores como víctimas

La Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, Ley 4/2015, de 27 de abril, describe en su apartado segundo que uno de sus propósitos es esclarecer la definición de víctima y proponer un concepto que abarque este término. Así pues, el artículo 2 de esta ley busca ofrecer un entendimiento general de la condición de víctima, yendo más allá del ámbito procesal y añadiendo una vertiente subjetiva a su definición, que venía asumiéndose en la práctica procesal. Atendiendo a esto, se puede determinar que será una víctima directa *«toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito»*²⁶.

A partir de 1989, con la ratificación de la CDN, el concepto de infancia sufre una transformación que da pie a que los menores pasen a considerarse activamente miembros de la sociedad, en lugar de ser vistos y tratados como objetos. De manera que *«[dejan de ser] admisibles el paternalismo, la institucionalización en el ámbito penal y en general las actitudes que ignoren la realidad de la infancia como grupo»*²⁷. Es decir, en tanto a que socialmente se pasa a reconocer a los menores como sujetos de derechos, su participación activa en el aspecto jurídico de la sociedad pasa a ser inevitable y en muchos casos imprescindible.

Por otro lado, el trato del menor como víctima en el proceso penal se ve informado por la normativa europea²⁸ en tanto en cuanto exige que su protección sea mayor²⁹. De esta manera la UE establece que *«el cuidado de la víctima-menor se considera un valor de la justicia por lo que debe universalizarse»*³⁰ en todos los estados

²⁶ Art. 2. a), Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

²⁷ Arantegui Arràez, L. (2022). *El uso de cámaras Gesell con niños: derechos humanos y victimización secundaria*. Revista de Victimología N.º 13, 2022, p. 38

²⁸ Vid. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

²⁹ Bonilla, J. (2023) *La participación en el proceso penal de la víctima menor de edad: el ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar*. pp. 3 - 6

³⁰ Bonilla, J (2023) p. 5

miembros. En consonancia con esta normativa, la actual legislación española prevé de forma subsidiaria la posibilidad de intervención de las entidades públicas cuando las familias de los menores no ejerzan su obligación de protegerles³¹. Además, en su Libro II, el Código Penal refleja la especial protección que requieren los menores, imponiendo penas agravadas en los delitos en los que el sujeto pasivo sea menor de edad³². De la misma manera, los estados se ven obligados por vía del artículo 39 de la CDN a introducir medidas de protección «*de cualquier niño o niña víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso*».

Así pues, cuando un menor de edad sufra un daño o perjuicio como consecuencia de un delito será considerado víctima y, consiguientemente, tendrá reconocidos todos los derechos de los que gozan las víctimas en aras de evitar mayor perjuicio. Es más, en el caso de los menores de edad, la legislación española les reconoce como víctimas especialmente vulnerables debido al momento de desarrollo evolutivo en el que se encuentran cuando sufren el daño. Consecuentemente, se entiende que los menores son víctimas especialmente vulnerables (concepción agravada en el caso de los procesos penales de adultos³³) cuya protección debe ser más profunda y compleja.

2.2.1. Los menores como víctimas especialmente vulnerables

El interés superior del menor se configura como un principio fundamental en el ordenamiento jurídico español encontrando su máxima expresión en la legislación y jurisprudencia a través del reconocimiento de la especial vulnerabilidad de los menores como víctimas – ya sea en forma de testigo o como perjudicado – en el proceso penal.

Se categoriza al menor de edad como víctima especialmente vulnerable por su condición de inmadurez física, psíquica y social. Esta condición genera indefensión dada la susceptibilidad de este grupo para percibir los daños delictivos con mayor intensidad. Por consiguiente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en

³¹ Martínez García, C. (2016) p. 381

³² Molina Blázquez, C. (2016) Tratado del Menor, Capítulo VIII *Los menores y la legislación penal: el menor víctima y el menor infractor*

³³ Sempere Faus, S. (2020). La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria

varias sentencias la especial vulnerabilidad de los menores. En la STS 331/2019 de 27 de junio, el tribunal resalta que «[el acusado] *aprovechó que la víctima es especialmente vulnerable, por razón de su edad (14 años)*», destaca la especial vulnerabilidad de la víctima por motivo de su edad, la posición de dominio del agresor y la débil oposición de la menor «*que puede no llegar a comprender la trascendencia o gravedad para su libertad sexual*» en la que destaca su falta de capacidad de discernimiento.

Atendiendo al ámbito procesal penal, esta especial vulnerabilidad de los menores cobra una trascendencia aún mayor. Las secuelas psicológicas no solo derivan del hecho delictivo, sino también de la experiencia del proceso en sí. El proceso conlleva una victimización que se «*incrementa en el menor de edad cuyo desarrollo cognitivo todavía no ha finalizado*³⁴» Esta experiencia puede impactar de forma profunda y duradera su desarrollo personal y social afectando a múltiples ámbitos de su vida privada³⁵. De ahí que esta especial vulnerabilidad requiera un enfoque de carácter integral donde, además de investigar y castigar el delito, se proteja y apoye a la víctima menor de edad.

Por consiguiente, el aumento de reconocimiento jurisprudencial de la especial vulnerabilidad de los menores ha dado lugar a que se reconozca, en el plano legislativo, la necesidad de una mayor protección para estos. De esta forma, el Código Penal (en adelante CP) prevé, en ciertos tipos delictivos, la agravación de la pena cuando la víctima es menor de edad. A modo de ejemplo puede observarse la agravación de la pena del delito de lesiones del artículo 147.1 CP, por el cual «*será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses*», mientras que si la víctima es menor de catorce años atendiendo al artículo 148 CP «*las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años*».

³⁴ Sempere Faus, S. (2020). La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria, p.882

³⁵ Arangüena Fanego, C. (2022). Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal. p. 1098

La especial vulnerabilidad de las víctimas menores de edad nace, principalmente, de la situación de dependencia³⁶ -emocional, física y económica- a la que están sujetos. Así pues, cuando los menores son sujetos pasivos de un delito, su posición de vulnerabilidad suele manifestarse a través de tres elementos principales:

«a) la vulnerabilidad de la víctima (implica que los menores no suelen denunciar a sus agresores, invisibilidad del delito ya que permanece oculto y genera dificultades en las declaraciones); b) el autor es en la mayoría de ocasiones de su círculo de confianza; c) falta de elementos probatorios (generalmente la única prueba de cargo es la declaración de la víctima)³⁷»

La problemática surge como consecuencia de que se genera una desprotección en el ámbito en el que los menores deben sentirse más seguros. Así, en conjunto con la tierna etapa evolutiva en la que están, los menores encuentran severas trabas emocionales a la hora de testificar como, entre otras, alteraciones en el testimonio. A modo de ejemplo, la STS 794/2024, de 15 de febrero, resalta dos circunstancias que sostienen esta problemática: primero, que la proximidad del acusado al entorno familiar de la víctima no solo agrava la desprotección de la menor, sino que además dificulta su capacidad de relatar los hechos; y segundo, que la edad de la víctima (9 años) en la primera declaración implica un alto nivel de miedo ante la situación y aumenta la posibilidad de ser susceptible a influencias de su entorno cercano. Del mismo modo, la STS 101/2024 de 10 de enero, recalca las presiones a las que se enfrenta el menor y como estas afectan a su capacidad de testificar *«una retractación efectuada en esas condiciones de alteración psíquica no responde a la realidad, sino que obedece a la conjunción de la presión, explícita o tácita, del entorno familiar³⁸»*.

³⁶ Beltrán Montoliu, A. (2021). *Víctimas vulnerables: Especial referencia al Estatuto del Menor a la luz de la Lo 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la violencia* p.127

³⁷ Beltrán Montoliu, A. (2021). p. 129

³⁸ STS 101/2024, de 10 de enero, p. 5

2.2.2. *La victimización secundaria en menores de edad*

Uno de los retos que presenta el proceso penal para los menores, ya sea como víctimas directas del delito (sujeto pasivo o perjudicado) o como testigos, es la victimización secundaria nacida como consecuencia directa su participación en él. De esta forma, el término victimización secundaria hace referencia al daño o perjuicio de corte psicológico adicional que pueden sufrir los menores a raíz de su participación en el proceso judicial³⁹. Es decir, aquella que se da como consecuencia de la interacción con las instituciones⁴⁰. Además, conceptualmente, cabe destacar la diferencia entre victimización secundaria y revictimización. Mientras la primera hace referencia a «*los daños adicionales [que causa el proceso] a su [el de los menores] estado emocional*⁴¹», la última «*implica que el sujeto es víctima de varios delitos a lo largo de un período de tiempo*⁴²».

Cuando el sujeto pasivo de un delito de violencia o índole sexual se encuentra en una etapa de la infancia o adolescencia, precisamente debido a la fase evolutiva en la que se encuentra, su desarrollo habitual se ve gravemente afectado «*considerándose un factor de riesgo general para la presencia de problemas médicos, psicológicos, conductuales y sexuales, tanto en varones como en mujeres*⁴³». Otro de los efectos que despliegan este tipo de supuestos de hecho es la posibilidad de que la víctima se vea afligida por un trastorno de estrés postraumático, derivando en el desarrollo de conductas antisociales⁴⁴. Así, cuando los niños sufren maltrato infantil se da un «*aumento de la reactividad de la amígdala*⁴⁵» es decir la percepción de conductas

³⁹ Villacampa Estiarte, C. (2005) *Víctima menor de edad y proceso penal especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas*. Revista de Derecho Penal y Criminología, ISSN 1132-9955, N° 16, 2005, pp. 265-299

⁴⁰ Arantegui Arràez, L. (2022). *El uso de cámaras Gesell con niños: derechos humanos y victimización secundaria*. Revista de Victimología N.º 13, 2022, págs. 35-64

⁴¹ Pereda, N., Bartolomé, M., & Rivas, E. (2021). Revisión del Modelo Barnahus: ¿Es posible evitar la victimización secundaria en el testimonio infantil? p. 1

⁴² Arantegui Arràez, L. (2022) p. 38

⁴³ Pereda, N., Bartolomé, M., & Rivas, E. (2021) p. 2

⁴⁴ Arantegui Arràez, L. (2022)

⁴⁵ Alvarado Merino, R. Y. (2015) *El Cerebro Adolescente. Cognición, Neurociencia y Aprendizaje: El Adolescente en la Educación Superior*. p.153

violentas en la infancia genera adolescentes y adultos violentos. De ahí que el estado psicológico de las víctimas que son menores de edad deba considerarse más delicado y tratarse con especial atención.

Debido a las características que informan el proceso penal – cuya finalidad primaria es enjuiciar al culpable y no la protección del interés superior del niño⁴⁶, en determinadas ocasiones, desde la repetición de entrevistas ante los agentes de policía o tener que testificar ante jueces y fiscales varias veces, los menores se ven expuestos a tener que revivir múltiples veces la agresión o experiencias traumáticas sufridas, en muchos casos con lapsos de tiempo amplios, quedando expuestos al trauma durante toda la duración del proceso⁴⁷. Además, debido a su frágil estado emocional y la violencia sufrida, generalmente debido a cuestiones puramente fisiológicas al no haber alcanzado aún su desarrollo biológico completo, la memoria de estas víctimas suele ser deficiente dando pie a *«que cometan errores involuntarios al recordarlo»*⁴⁸.

Asimismo, en la mayoría de los casos de violencia contra la infancia, la fase probatoria queda reducida al careo entre el acusado y el testigo menor de edad. Así lo muestra, por ejemplo, la STS 153/2022 de 22 de febrero: *«en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado»*⁴⁹. Esto implica que el relato ofrecido por este último es la clave para enjuiciar adecuadamente al acusado. En estas circunstancias, el sistema jurídico busca proteger este testimonio dejando en segundo plano el bienestar emocional del menor. La problemática surge cuando se proyecta sobre el menor la importancia de lo que está contando, sometiéndole a altos niveles de angustia provocando que no pueda relatar con detalle lo sucedido⁵⁰. Esta victimización secundaria no solo puede tener secuelas perjudiciales a largo plazo en los menores, como impedir su recuperación psicológica y ahondar su estrés postraumático, sino que también afecta de forma negativa al

⁴⁶ Pereda, N., Bartolomé, M., & Rivas, E. (2021)

⁴⁷ Vid. STS 153/2022, de 22 de febrero

⁴⁸ Arantegui Arràez, L. (2022) p. 39

⁴⁹ Vid. STS 71/2015, de 4 de enero *«la única prueba de cargo se fundamenta en las manifestaciones efectuadas desde la acusación»* (p.4)

⁵⁰ Pereda, N., Bartolomé, M., & Rivas, E. (2021)

desarrollo del proceso, ya que al verse mermada la capacidad del menor a la hora de declarar, se dan testimonios imprecisos.

En síntesis de lo anteriormente expuesto, la comparecencia de los menores en calidad de víctimas en un proceso resulta una experiencia intimidante y abrumadora. Las formalidades procedimentales, así como la presencia de jueces, fiscales y partes puede ejercer una presión psicológica significativa sobre el niño que, añadida a su vulnerabilidad inherente por su edad y estado emocional, puede verse exacerbada por su inexperiencia en el sistema legal. Así la jurisprudencia resalta que:

«La victimización secundaria nace fundamentalmente de la necesaria intersección entre un sujeto y el complejo aparato jurídico-penal del Estado, y se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quién se dirige a él pidiendo justicia⁵¹»

Cabe destacar que la confrontación tanto con el acusado como con sus representantes legales puede agravar la situación y ahondar aún más el trauma. Es evidente que un juzgado no es el entorno más propicio para fomentar la tranquilidad y sentimiento de protección que debe sentir el menor donde poder así exponer de manera apropiada y que su testimonio no encuentre obstáculos⁵². De la misma manera, el Tribunal Supremo destaca que la toma de declaración mediante prueba preconstituida es una forma de evitar la victimización secundaria del menor⁵³ y de asegurar un testimonio de mayor calidad, ya que cuando el menor se ve obligado a tener que declarar una segunda vez, pasado un tiempo considerable, su testimonio se puede ver ensuciado tanto por la angustia que crea el propio proceso como por la contaminación de familiares y personas de su entorno. En este sentido, la prueba preconstituida adopta un papel no ya

⁵¹ STS 153/2022, de 22 de febrero p. 6

⁵² Arantegui Arràez, L. (2022)

⁵³ Vid. STS 71/2015, de 4 de enero; STS 886/2022, de 10 de noviembre

complementario sino principal porque se convierte en la versión más fiable de los hechos acaecidos⁵⁴.

De un tiempo a esta parte la actuación judicial en España ha pasado por una transformación protocolaria destinada a adaptarse a las necesidades de los menores víctimas. La ley 4/2015 en sus artículos 25 y 26 impone un nuevo mecanismo de toma de declaración de los menores en delitos, como pueden ser los delitos de índole sexual donde se enfrentan a un grado de violencia agravado⁵⁵. Los estudios victimológicos recientes⁵⁶ resaltan que el proceso de declaración de la víctima – múltiples entrevistas en un juzgado, lugar que para un niño resulta intimidante – reconstruye una vivencia traumática para el niño, ya que tanto la situación delictiva como el momento de declaración:

«[...]se caracterizan por la falta de control, el sentimiento de indefensión de la víctima ante el victimario y el sistema de evaluación y justicia que, en ocasiones, reconstruye estas características al tratar a la víctima. Así, la evaluación de las víctimas de abuso sexual infantil puede conllevar daños adicionales a su estado emocional⁵⁷»

Por tanto, para abordar la victimización secundaria en menores, la jurisprudencia y la legislación van encaminadas hacia la adopción un enfoque multidisciplinar entre profesionales de varios campos, entre otros psicólogos y juristas, dando lugar a la adopción de entornos menos intimidantes y la utilización de técnicas de entrevista adaptadas a su edad y nivel de desarrollo. La legislación reciente busca encontrar un equilibrio entre la consecución apropiada del enjuiciamiento del encausado y la garantía del respeto de los derechos de los menores como víctimas, así como su integridad, tanto psíquica como física, a la hora de involucrarse en el proceso penal. El objetivo es

⁵⁴ La Ley (2024) Es válida como prueba preconstituida la declaración inculpativa de la menor, aunque se retracte posteriormente en juicio oral. Diario LA LEY, Nº 10457, Sección La Sentencia del día, 1 de marzo de 2024.

⁵⁵ Pereda, N., Bartolomé, M., & Rivas, E. (2021)

⁵⁶ Sempere Faus, S. (2020)

⁵⁷ Pereda, N., Bartolomé, M., & Rivas, E. (2021). p. 4

alcanzar simultáneamente la integridad del testimonio del menor y promover un proceso que se adapte a sus necesidades.

3. CAPÍTULO III: LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

3.1. Naturaleza jurídica

3.1.1. Concepto

En aras de favorecer la comprensión del objeto de este trabajo -la prueba preconstituida- se procederá en esta sección a delimitar conceptualmente este término. La prueba preconstituida, también conocida como impropia anticipada, es aquella que se realiza durante las diligencias llevadas a cabo en la fase de instrucción y que, posteriormente, adquiere valor probatorio en la fase de juicio oral en tanto en cuanto sirve para destruir la presunción de inocencia del acusado⁵⁸.

Así pues, la prueba preconstituida es una figura cuya práctica se lleva a cabo durante la fase de instrucción, por lo que forma parte de las diligencias de investigación de los hechos delictivos⁵⁹. En contraste, recibe el nombre de prueba impropia anticipada porque tiene lugar fuera de la fase del juicio oral donde, de forma general, se practican las pruebas de cargo⁶⁰. Así pues, resulta esencial esclarecer la diferencia entre prueba anticipada e impropia anticipada (o preconstituida).

La prueba anticipada, como adelanta su nomenclatura, es aquella cuya realización tiene lugar en un momento anterior al juicio oral. No obstante, a diferencia de la prueba preconstituida, su anticipo no implica que se practique durante la instrucción. En ocasiones, alguna de las partes solicita que una prueba se practique de forma anticipada porque su práctica resulta imposible en la fecha señalada para el juicio oral por motivos sobrevenidos pero previsibles⁶¹. De esta forma, los legisladores tanto en el derecho continental como en el *common law* prevén la necesidad de integrar en los códigos procesales los mecanismos de actuación que deben seguirse en los casos en los

⁵⁸ Guzmán Fluja, V.C. (2006) *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Tirant lo Blanch.

⁵⁹ González, J. L., Muñoz, J. M., Sotoca, A., Manzanero, A. L. (2013). *Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables*

⁶⁰ Guzmán Fluja V.C. (2006). *Ídem*

⁶¹ Guzmán Fluja V.C. (2006). *Ídem*

que no se pueda practicar la prueba testifical en el momento del juicio oral⁶². Así pues, en el ordenamiento jurídico español la prueba anticipada se configura como herramienta procesal a través de su plasmación en el artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim).

En contraste, tal y como señala la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia 1219/2002, de 27 de junio, la prueba de sumario (la prueba preconstituida) es susceptible de ser valorada en el juicio oral siempre que se haya realizado conforme a las garantías previstas por la ley. Es decir, la prueba preconstituida es una ampliación impropia de la anticipada, ya que parte del mismo concepto, no poder practicar la prueba en juicio oral, pero su configuración y necesidad son distintas.

3.1.2. *Naturaleza*

La prueba preconstituida, de sumario o impropriamente anticipada, nace de la necesidad de poder emplear en la fase del juicio oral las pruebas recabadas en instrucción que, por circunstancias sobrevenidas, no pueden o deben practicarse de nuevo ante el tribunal sancionador. Parte de la premisa de que no se va a poder o no es conveniente testificar en la fecha señalada para el juicio oral⁶³ y se sustenta en la protección de las víctimas que participan en la prueba testifical.

Así, el ordenamiento jurídico no contempla que la prueba preconstituida se emplee para recabar todos los testimonios del proceso. Este mecanismo de protección destaca por su excepcionalidad en tanto en cuanto su uso se prevé únicamente para recabar el testimonio de quienes hayan sufrido directamente los daños provocados por el delito, no para otros testigos⁶⁴. En la legislación actual, la esencia de la legitimación de la prueba preconstituida como herramienta jurídica radica en la necesidad de proporcionar mayor protección a las víctimas especialmente vulnerables como, por

⁶² Rovatti, P. (2020). *Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos*

⁶³ Gisbert Pomata, M. (2021). *Ídem* p. 331

⁶⁴ Sánchez-Rubio, A. (2022). *La toma de declaración a través de la Cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización*

ejemplo, menores de edad o víctimas de trata de seres humanos en casos de delitos de violencia y de atentados contra la indemnidad sexual⁶⁵. De conformidad con esta premisa, a la luz de la LOPIVI, y la consecuente reforma del artículo 449 LECrim, es preceptivo que la declaración de los menores de catorce años se preconstituya⁶⁶.

Además, atendiendo a la naturaleza que informa la práctica de la prueba preconstituida, ésta se distingue de otras en el cumplimiento del principio de inmediación. En contraste con otras pruebas - como puede ser la prueba anticipada - el principio de inmediación en la preconstitución de la prueba testifical se ve alterado, en su sentido estricto, ya que no se realiza ante el órgano juzgador, sino ante el de instrucción. Sin embargo, esto no implica que no se salvaguarden los derechos del acusado porque, en consonancia con la jurisprudencia, y como señala la STS 96/2009, de 10 de marzo, es necesaria su reproducción ante el órgano juzgador:

«busca garantizar al menos una inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el instructor se documente en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen»

3.1.3. Fundamento

La validez y reconocimiento de la prueba preconstituida como verdadera prueba de cargo encuentra su fundamento en la jurisprudencia doctrinal que se ha ido desarrollando en los procesos penales en España en los últimos 20 años. Así pues, tanto la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo como las circulares emitidas por el Ministerio Fiscal han sentado las bases para establecer la prueba preconstituida como una herramienta procesal esencial en determinados procesos penales.

⁶⁵ Gisbert Pomata, M. (2021). *Ídem* P. 331

⁶⁶ Álvarez Suárez, L. (2022, febrero). *Las declaraciones de los menores como prueba preconstituida en el proceso penal*

Actualmente se considera que la participación del menor en el proceso requiere una especial atención y trato. La puesta en práctica de esta tendencia comienza a desarrollarse a fondo a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En su artículo 9.1 la Ley⁶⁷ hace referencia a la importancia de la adaptación de las administraciones públicas a las circunstancias particulares de cada niño, sentando las bases para un marco procesal que permita adaptación de determinadas herramientas procesales que salvaguarden la protección de los menores participantes⁶⁸.

Así pues, la prueba preconstituida encuentra cabida para su reproducción en el juicio oral a través del art. 730 de la LECrim⁶⁹. De forma que esta disposición, ya en su redacción de 1997, habilitaba la posibilidad de que se aportasen en el juicio oral las diligencias sumariales practicadas durante la instrucción del procedimiento. Desde esa fecha hasta ahora esta disposición ha sido objeto de múltiples modificaciones que han ido ampliando el ámbito que abarca.

En 2009, a través de la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, la doctrina de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) destaca que los procesos deben adaptarse a las necesidades psicológicas de los niños cuando estos intervienen como víctimas en el proceso penal⁷⁰. Siendo así que puede observarse que la tendencia doctrinal de la FGE se ha mantenido firme en la defensa del uso de la prueba preconstituida como verdadera prueba de cargo en los casos en los que la víctima es especialmente vulnerable. De hecho, la Memoria de Fiscalía de 2019, reivindica la importancia de la ampliación del ámbito de aplicación de

⁶⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

⁶⁸ García Rodríguez, M. J. (2022). *Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal* p. 22

⁶⁹ Segarra Crespo, M. J. (2019) *Memoria Elevada al Gobierno de Su Majestad el Rey presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado*

⁷⁰ Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos p. 2

este mecanismo, resaltando el papel esencial que supone la prueba preconstituida como verdadera prueba de cargo de carácter testifical.

Por consiguiente, a la luz de dicho documento puede determinarse que el fundamento de la prueba preconstituida es primordialmente victimológico. Igualmente, atendiendo a que el testimonio de las víctimas es la piedra angular de la fase probatoria del proceso penal, la legislación debe disponer de mecanismos de protección para las víctimas especialmente vulnerables porque:

«habiendo declarado el testigo-víctima en dependencias policiales más de una vez y en sede de instrucción con carácter de prueba preconstituida, se ve de nuevo obligado a declarar ante el órgano de enjuiciamiento [...] los graves daños psicológicos generados a las víctimas por el comportamiento ilícito persisten de manera intensa en el momento de la celebración del juicio oral, agravándose de manera innecesaria como consecuencia de una nueva declaración⁷¹»

Por otro lado, la citada Memoria hace hincapié en el desgaste psíquico que sufren las víctimas a lo largo del proceso penal ya que:

«exige a las víctimas del delito una colaboración con la administración de justicia que, en muchas ocasiones, colisiona con la reparación psicológica del daño causado, lo que les genera desconfianza y desmotivación, haciendo más difícil su colaboración, ya de por sí debilitada por miedo, presión y secuelas⁷²».

⁷¹ Segarra Crespo, M. J. (2019) p.1288

⁷² Ídem

Resultando de tal forma que la reproducción de la prueba preconstituida es necesaria por su labor como herramienta para salvaguardar el derecho a una tutela judicial efectiva de las víctimas quienes, ante las circunstancias ambientales y psicológicas que rodean la práctica de la prueba testifical en el juicio oral, se podrían ver cohibidas a la hora de prestar testimonio.

3.2. Evolución de la aceptación jurisprudencial del uso de la prueba preconstituida

En los últimos años la tendencia jurisprudencial española ha atravesado un notable cambio en lo relativo a la aceptación del uso de la prueba preconstituida. Hasta hace poco tiempo la jurisprudencia se mostraba reticente a admitir la práctica de estas pruebas como prueba de cargo, y como única prueba practicada fuera de la fase oral. Destacaba la importancia del papel informador del principio de contradicción, cuya plena eficacia se despliega en el momento del juicio oral. No obstante, a partir de 2009 el Tribunal Supremo comenzó a admitir esta prueba en los casos en los que las víctimas eran menores de edad y/o presentaban especial vulnerabilidad. Posteriormente, el reconocimiento de esta prueba culminó con la LOPIVI, que convirtió su práctica en preceptiva con víctimas menores de catorce años. A continuación, se mostrará cómo ha evolucionado la posición de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo con respecto a la preconstitución de la prueba testifical de menores de catorce años.

3.2.1. Postura inicial: tendencia a descartar la prueba preconstituida como verdadera prueba de cargo

Inicialmente, la problemática de admitir la prueba preconstituida como prueba de cargo radicaba de la percibida imposibilidad de salvaguardar el principio de contradicción en la defensa del acusado. La jurisprudencia, que se analizará a continuación, reiteró en varias ocasiones que los derechos de los menores de edad no podían prevalecer sobre el derecho a una tutela judicial efectiva del acusado⁷³. De esta forma, el artículo 730 LECrim preveía el mecanismo por el cual las diligencias

⁷³ STS 3857/2019, de 26 de noviembre. p. 3

sumariales podían pasar a ser verdadera prueba de cargo en el juicio oral, pero, por lo general, los tribunales optaban por descartar esta opción.

Así pues, la STS 197/2005, de 15 de febrero, reflejaba la línea jurisprudencial por la que se guiaban los tribunales con respecto a la prueba preconstituida. Por un lado, la sentencia recuerda el criterio impuesto por el Tribunal Constitucional⁷⁴ «*únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar sentencia las practicadas en el acto del juicio oral*⁷⁵». En línea con este criterio, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo establece que «*la ausencia no justificada de la denunciante*» merma la capacidad de defensa del acusado. De esta forma puede observarse que la posición inicial del Tribunal Supremo no contemplaba que la posible victimización secundaria de una víctima de abuso sexual fuese una causa de imposibilidad para practicar la prueba testifical en un momento ajeno al del juicio oral⁷⁶.

Con el paso del tiempo las decisiones de los tribunales pasaron por una ligera evolución que contemplaba el uso de la prueba preconstituida como prueba de cargo fuera de los casos de imposibilidad⁷⁷. Así, la STS 71/2015, de 4 de febrero, reconoce que aquella prueba practicada durante la fase de instrucción sin la presencia del abogado del acusado, y por ende sin la posibilidad de ejercer la contradicción correspondiente, no podía ser considerada verdadera prueba de cargo⁷⁸.

De la misma manera la STS 181/2015, de 1 de abril, reitera la importancia del principio de contradicción en la práctica de la prueba preconstituida. Por este motivo, el Tribunal desestima el recurso de casación presentado por la acusación, y resalta que la

⁷⁴ Vid. STC 251/1994, de 19 de septiembre y STC 284/1994, de 24 de octubre.

⁷⁵ STS 197/2005, de 15 de febrero. p. 6

⁷⁶ Vid. ATS 8049/2004, de 17 de junio.

⁷⁷ Antigua redacción art. 730 LECrim

⁷⁸ Vid. STS 832/1999, de 28 de febrero y STS 632/2014, de 14 de octubre. Así, el Tribunal Supremo esclarece que «*la justicia penal no puede obtenerse a cualquier precio, y por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, en ningún caso puede justificar el prescindir de las garantías fundamentales del derecho de defensa*

prueba preconstituida no cumple debidamente con los principios informadores de la práctica de la prueba. No obstante, la sentencia no descarta la admisión de la prueba de instrucción a juicio oral⁷⁹ ya que sienta las bases para su aceptación siempre y cuando su desarrollo se haga conforme a la normativa prevista:

«[...] el derecho de referencia solo se satisface mediante el reconocimiento de la posibilidad real de confrontación del acusado (normalmente a través de su defensa) con el testigo que le inculpe, en los momentos del trámite en que este fuera interrogado, y, esencialmente, en el acto del juicio. Pero, como es razonable admitir que la observancia de esta regla se halla sujeta a imponderables, la generalidad de las legislaciones, y entre ellas la nuestra, entienden que cuando no pudiera darse cumplimiento a la misma [...], sería necesario, al menos, que el letrado del inculcado tuviese la oportunidad de interrogar directamente a quien es fuente de la inculpación, siquiera una vez en el curso del proceso».

Por otra parte, la STS 598/2015, de 14 de octubre, sienta como norma general la comparecencia del menor (testigo) en el juicio oral, si bien contempla la posibilidad del uso de la prueba preconstituida, establece que debe ser excepcional y tras un riguroso informe psicológico que acredite su necesidad⁸⁰. El tribunal reconoce que los menores gozan de una serie de derechos procesales para la salvaguarda de su integridad psíquica pero que *«la imposibilidad de practicar una prueba testifical [...] se ha vinculado con la existencia de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer»*. Debido a esto el Tribunal estima el recurso de casación del acusado y reconoce que no se ha cumplido con el principio de contradicción que informa la práctica de la prueba testifical y, por tanto, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del acusado.

⁷⁹ Vid. STS 940/2013, de 13 de diciembre y art. 24 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre

⁸⁰ Vid. STS 743/2010, de 17 de junio, que sigue esta línea jurisprudencial

3.2.2. *Reconocimiento jurisprudencial de la prueba preconstituida como medida de protección del menor víctima*

En contraste con momentos anteriores, la tendencia jurisprudencial desde el final de la primera década del siglo XXI ha sido buscar la máxima protección de los menores víctimas en el proceso. Así, la jurisprudencia ha dado un vuelco reconociendo que, cuando el sujeto pasivo del delito sea un menor de edad, debe darse una excepción a la norma general de práctica de la prueba testifical en el juicio oral.

La sentencia clave en este cambio de perspectiva es la STS 96/2009, de 10 de marzo, también conocida como el “Caso Pupino”, que arroja luz sobre el hecho de que, por lo general en los delitos contra la integridad sexual de los menores, muchas veces el único testigo es este. Así, en este caso el acusado alegó que la única prueba de cargo empleada en el juicio fue el testimonio de la víctima menor - recabado durante las diligencias de instrucción – y que esto vulneraba el principio de contradicción. Con respecto a esto, el Tribunal Supremo determina que el correcto desarrollo de la prueba preconstituida requiere:

«la presencia del procesado y de su Abogado defensor [...] y la presencia del Fiscal y del querellante si quisieran asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; y que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes⁸¹».

De esta forma, reconociendo que el testimonio de los menores muchas veces es la única prueba de cargo, la jurisprudencia esclarece que, si se realiza adecuadamente, la práctica de la prueba preconstituida no será contraria al derecho de tutela judicial efectiva del acusado.

⁸¹ Vid. fundamento de derecho tercero de la STS 96/2009, de 10 de marzo

Así mismo, el Tribunal menciona en este fallo la victimización secundaria a la que tendría que enfrentarse la víctima en el caso de tener que testificar otra vez, años más tarde, con una comprensión mayor de los abusos sufridos:

«es razonable pensar que la ignorancia que presentaba en los momentos iniciales por su misma ingenuidad infantil pudiera en algo disminuir con el tiempo y aumentar por consiguiente el riesgo de sufrir negativas consecuencias por la repetición de su testimonio en tiempo posterior»

Se asientan pues, de esta forma, las bases para consolidar la validez de la prueba preconstituida como verdadera prueba de cargo. Debido a que el testimonio de los menores de edad víctimas de abusos suele ser la única prueba de cargo⁸², se requiere una declaración limpia y sin trabas que es esencial para esclarecer los hechos. Así lo establece el Tribunal Supremo en su sentencia 19/2013, de 9 de enero:

«ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción. De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor [...]»

Similarmente, la STS 538/2018 de 8 de noviembre, pondera que los menores disponen de unos derechos procesales reconocidos tanto en la legislación nacional como en la internacional. Adicionalmente reitera que no procederá la confrontación -entre la menor víctima y el presunto autor- durante el juicio oral cuando un informe pericial acredite la necesidad de evitarlo (como medida de precaución y prevención de una

⁸² Vid. en este sentido STS 210/2014, de 14 de marzo: «la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente». Así como, STS 355/2015, de 28 de mayo.

victimización secundaria del menor)⁸³. Atendiendo a este criterio la sentencia destaca que, «desde el punto de vista estrictamente procesal o formal, el modo de proceder del instructor en este punto fue, no ya regular, sino de una exquisita escrupulosidad» y que:

«la excepción a la regla general [siendo esta que los menores comparezcan en juicio oral] debe ser admitida en el presente caso, ya que se trata de cinco menores, víctimas de delitos violentos, por lo que es necesario velar por sus intereses, y lograr una más eficaz tutela de los mismos, ya que presentan especiales necesidades de protección».

Consecuentemente, puede observarse que, la jurisprudencia emitida por Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo reitera en este momento la importancia de velar por el cumplimiento del principio de contradicción durante la práctica de las pruebas de cargo pero reforzando la protección del menor como víctima del proceso.

3.3. La prueba preconstituida a la luz de la LOPIVI

La aprobación de la LOPIVI, marca un antes y un después en el uso de la prueba preconstituida como verdadera prueba de cargo en los procesos penales en los que la víctima es especialmente vulnerable. Así pues, la prueba preconstituida queda instituida como la herramienta fundamental para proteger a estas víctimas de la victimización secundaria que conlleva el proceso⁸⁴.

El propósito de esta sección es analizar que modificaciones ha introducido la LOPIVI en relación con la práctica de la prueba preconstituida. En concreto, se busca analizar detalladamente la nueva redacción de la LECrim, particularmente los artículos

⁸³ Vid. en el mismo sentido STC 174/2011, 7 de noviembre

⁸⁴ Alberola, E. G.-, Vayá, E. J. C., & Alcocer, M. C. (2017). Debate: La prueba preconstituida. *Información Psicológica*, 117, 137-148.

449 bis y ter, cuyo contenido refleja aquel suprimido de los de los artículos 433 y 448 de la misma norma. De esta forma, el artículo 449 bis establece los requisitos indicados por la ley⁸⁵ para la validez del desarrollo de la prueba, de forma que se salvaguarden los derechos de todas las partes involucradas. Además, el art. 449 ter cambia la percepción de la prueba preconstituida ya que su redacción consagra que su práctica deja de tener un carácter excepcional y pasa a ser la norma general, en ciertos casos.

3.3.1. Artículo 449 bis LECrim

La aprobación de la LOPIVI tiene gran trascendencia procesal en tanto en cuanto ha supuesto la creación y modificación de varios artículos de la LECrim en relación con la obligatoriedad y práctica de la prueba preconstituida⁸⁶.

De esta forma, la Disposición Final primera⁸⁷ enumera qué artículos - de la LECrim – de entre los que regulan la práctica de la prueba preconstituida se han visto afectados por la reforma. Primeramente, cabe destacar la reforma del artículo 449 LECrim, a cuya redacción se han añadido el art. 449 bis y ter. Destacan ambos por contener los requisitos para el correcto desarrollo de la prueba preconstituida y que esta pueda desplegar plena validez⁸⁸.

Por su parte, el artículo 449 bis LECrim establece tres requisitos⁸⁹ que deben concurrir para que la preconstitución de la prueba en fase sumarial sea válida. Primero:

⁸⁵ LOPIVI

⁸⁶ García Rodríguez, M. J. (2022). *Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal*. Boletín del Ministerio de Justicia, N.º 2258. p. 29

⁸⁷ De la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia

⁸⁸ Merchán González, A., (2022) *El derecho de los menores de edad a ser escuchados en el proceso penal y su práctica tras la LO 8/2021 de 4 de junio*, Diario La Ley, N.º 10088, pp. 1-5

⁸⁹ Vid. art. 449 bis LECrim y Disposición Final Primera LOPIVI

«La autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la prueba. La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, deberá estar presente»

Este primer requisito debe analizarse en dos partes. Por un lado, corresponde al juez de instrucción asegurar que se cumple debidamente con el principio de contradicción durante la declaración⁹⁰. Como viene advirtiéndose, el sistema jurídico no admite la prevalencia del interés superior del menor sobre el derecho a una tutela judicial efectiva (informada por el principio de contradicción) del acusado. Es por esto por lo que la práctica de la prueba debe desarrollarse en sede judicial y de forma que el juez instructor este presente. Por otro lado, atendiendo a la redacción del artículo, la ausencia del reo durante las diligencias sumariales no constituye una vulneración por indefensión del principio de contradicción ya que basta con la presencia del letrado⁹¹. Este segundo hito resulta especialmente relevante en los casos en los que el acusado o su representación legal no comparecen a la práctica de la prueba (habiendo sido debidamente citados) por motivos injustificados, y, posteriormente, buscan la nulidad de la prueba en instancias posteriores alegando vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva⁹². Ante esto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo responde que:

«En esos casos, hubo posibilidad de contradicción; otra cosa es que no fuera aprovechada por la defensa. El principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener

⁹⁰ García Rodríguez, M. J. (2022). p. 34

⁹¹ Vid. art. 449 bis LECrim; García Rodríguez, M. J. (2022); Planchadell Gargallo, A. (2021)

⁹² Luaces Gutiérrez, A. I. (2022). *La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021: Especial referencia a la utilización de cámaras Gesell como instrumento para evitar la victimización secundaria*. La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica Sobre Familia y Menores, N.º34

lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurables⁹³»

En segundo lugar, para que la preconstitución de la prueba en fase sumarial sea verdadera prueba de cargo la autoridad judicial debe documentar el desarrollo de la prueba (la declaración) «*en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen⁹⁴»* e inmediatamente después de haberla realizado el Letrado de la Administración de Justicia debe reproducirla para comprobar su calidad, acompañándola de «*acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida⁹⁵»*. Mediante este párrafo la LOPIVI responde al problema que suponía la reproducción de grabaciones defectuosas en el juicio oral, obligando a llevar a cabo un control más riguroso de la práctica de la diligencia sumarial, ya que el acta sucinta obliga a que el Letrado de la Administración de Justicia esté presente -físicamente- durante el desarrollo de la diligencia⁹⁶.

Este segundo requisito cobra especial importancia ya que es la mejor manera de comprobar que no se quebrantan los derechos de ninguna de las partes durante la declaración y que su desarrollo transcurre adecuadamente⁹⁷. Así, la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia 794/2024, de 15 de febrero, destaca que el acta sucinta es el medio por el que puede comprobarse la versión original de las declaraciones, que a su vez son el medio por el cual se esclarecen los hechos, y que son prueba tanto del relato fáctico contado por la víctima, como de que no se quebrantan los derechos del acusado durante su desarrollo⁹⁸.

⁹³ STS 19/2019, de 23 de enero. p. 9

⁹⁴ Art. 449 bis párr. 3º LECrim

⁹⁵ Ídem

⁹⁶ Martínez Guerrero, A., (junio, 2021) *Comentario al nuevo artículo 449 bis LECrim*, Diario La Ley, nº 9872, pp. 1-5.

⁹⁷ García Rodríguez, M. J., (2022) p.39

⁹⁸ STS 794/2024, de 15 de febrero, p. 5

El tercer y último requisito estipulado en la redacción del art. 449 bis LECrim, es de carácter formal⁹⁹, ya que habilita la reproducción de las diligencias sumariales como verdadera prueba de cargo en el juicio oral por vía del art. 730.2 LECrim. Atendiendo a la doctrina del Tribunal Supremo para poder considerar la prueba preconstituida como verdadera prueba de cargo se requiere que «*el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral*¹⁰⁰». De este modo, la redacción del art. 449 bis LECrim blindada en su último párrafo su propósito principal: que la prueba preconstituida sea un instrumento «*al servicio del juicio oral*¹⁰¹».

3.3.2. Artículo 449 ter LECrim

La introducción del artículo 449 ter LECrim refleja un paso de gigante en la protección de las víctimas menores de edad. A través de este artículo la LOPIVI busca ampliar la protección de los menores en el proceso convirtiendo la prueba testifical en juicio oral (de estos) en una práctica procesal excepcional.

Así, la LECrim prevé la práctica de la prueba preconstituida cuando el hecho delictivo recaiga sobre bienes jurídicos personales¹⁰² – como por ejemplo la integridad sexual. En consecuencia, se deduce que la naturaleza del testimonio otorgado por las víctimas es más delicado que en el caso de otros delitos. Como se viene advirtiendo, el proceso de superación del daño causado por esta clase de delitos en menores es más largo y la herida causada más profunda. De ahí que el principal propósito de la LOPIVI en relación con la prueba preconstituida sea limitar la cantidad de veces que un niño debe prestar declaración¹⁰³. En este contexto nace el artículo 449 ter LECrim, que convierte en obligatoria la declaración de los menores de catorce años fuera del juicio oral¹⁰⁴.

⁹⁹ García Rodríguez, M. J., (2022) p.42

¹⁰⁰ STS 853/2022, de 27 octubre

¹⁰¹ Martínez Guerrero, A., (junio, 2021)

¹⁰² Gamazo Carrasco, M. B. (2021, 7 octubre). Análisis de las principales novedades en la LECRIM introducidas por LO 8/21 de 4 de junio. *Diario la Ley*.

¹⁰³ Luaces Gutiérrez (2022)

¹⁰⁴ *Vid.* redacción art. 449 ter LECrim

En este sentido, la redacción del art. 449 ter LECrim fija dos pautas esenciales para la protección de los menores testigos. Por un lado, fija una horquilla de edad para la declaración obligatoria de menores (dentro del mencionado rango de edad) mediante la preconstitución de la prueba. La ley establece un rango de edad por dos motivos, primero por la madurez del menor en el momento de testificar. Segundo para evitar la victimización secundaria a causa del proceso. Por otro lado, facilita que dicho testimonio se recabe (previa aprobación de la autoridad judicial) por un experto (psicólogo) que deberá seguir un guion facilitado por la autoridad judicial y en el que las partes han podido fijar sus correspondientes preguntas¹⁰⁵.

En relación con la madurez de los menores de dieciocho años cabe destacar la STS 329/2021, de 22 de abril, en la que el Tribunal destaca que podría empezar a hablarse de madurez en menores de edad a partir de los doce años (edad establecida legalmente), pero *«que no puede quedar exenta de ponderación respecto las particulares circunstancias y condiciones del menor, sin restar relevancia al hecho de que el propio ordenamiento procesal civil imponga como preceptiva a partir de esa edad que los menores sean escuchados»*¹⁰⁶. De esta forma, se establece una horquilla de edad, un criterio que reconoce que la edad no asegura un nivel de madurez y, por tanto, el rango establecido en el art. 449 ter es una ampliación de la protección de los menores de edad.

Por otro lado, la declaración preconstituida pasa a ser preceptiva dentro de este rango de edad en aras de proteger la integridad psíquica de las víctimas menores de edad¹⁰⁷. Así la LOPIVI reconoce que el daño causado a menores de catorce años es mayor por el momento evolutivo en el que se encuentran y *«justifica el establecimiento de la práctica de su declaración como prueba preconstituida en la fase de instrucción*

¹⁰⁵ Magro Servet, V. (2021). Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Diario la Ley, Diario La Ley N.º 9862*

¹⁰⁶ STS 329/2021, de 22 de abril, Fundamento de Derecho 1º

¹⁰⁷ Álvarez Suárez, L. (2022). *El artículo 449 Ter LECrim sobre las declaraciones de los menores de catorce años en el proceso penal: ¿se puede hacer efectivo o es una misión imposible?* En *Procesos y prueba prohibida* (pp. 291-311)

*para su posterior reproducción en el acto del juicio oral como norma general*¹⁰⁸». Como recuerda la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el objetivo primordial de esta prueba es «[evitar] *un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer*¹⁰⁹» y de esta forma la LOPIVI busca «*objetivizar de forma imperativa que cuando se trate de menores de 14 años la declaración de estos se hará siempre mediante la reproducción en juicio de la grabación de la prueba preconstituida*¹¹⁰».

En atención a la toma de declaración, el artículo 449 ter LECrim permite la especialización a la hora de recabar el testimonio. Como advierte su redacción la prueba se puede practicar «*a través de equipos psicosociales [...], recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias [...] para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba*». Es decir, este artículo reconoce que la toma de declaraciones de menores de edad necesita una colaboración interdisciplinar¹¹¹.

En la práctica, esto se desarrolla a través de la iniciativa Barnahus y a nivel procesal con el uso de las denominadas cámaras Gesell. El proyecto Barnahus (casa de los niños) es una iniciativa cuyo objetivo es el acompañamiento de los menores desde que se da el delito. Es decir, en realidad va más allá de la protección estrictamente procesal ya que aboga por que todo aquello que involucre al menor en el proceso, como pueda ser su declaración, se realice fuera de la sede judicial¹¹². Barnahus promueve que los menores reciban una asistencia centralizada, esto es, que toda la interacción interdisciplinar que requieren los menores como víctimas tenga lugar en un mismo sitio¹¹³. Por otro lado, la cámara Gesell es una sala diseñada para optimizar, sin

¹⁰⁸ Álvarez Suárez, L. (2022) p. 299

¹⁰⁹ STS 3857/2019, de 26 de noviembre

¹¹⁰ STS 107/2022, de 10 de febrero

¹¹¹ Ramírez Ortiz, J. L. (2018). La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual. *La Ley Digital, Diario La Ley N.º 9199*.

¹¹² Martínez, L., & Del Moral, C. (Coords.). (2018). *Barnahus: bajo el mismo Techo. Análisis para la implementación de la barnahus en la Comunidad de Madrid*

¹¹³ Luaces Gutiérrez (2022) p. 16

cohibirles, el análisis del comportamiento de los menores durante la declaración, asegurando que su comportamiento sea normalizado¹¹⁴. Esta sala dispone de un espejo unidireccional tras el cual se sitúan la autoridad judicial, el ministerio fiscal y las partes, asegurando que el experto sigue las pautas indicadas y que no se da la indefensión de los derechos del acusado¹¹⁵.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mostrado su apoyo al uso de estas cámaras en reiteradas ocasiones ya que «*se facilita una mayor espontaneidad, que el menor se exprese en su lenguaje y que su intervención procesal no sea traumática*¹¹⁶». Además, en la STS 282/2019, de 30 de mayo, la Sala destaca que «*la exploración realizada mediante Cámara de Gesell [permitió] valorar las versiones de las menores expuestas con dos años de diferencia*» mostrando que estas salas también facilitan una exploración del testimonio años después del transcurso de los hechos y permitiendo al tribunal sancionador apreciar un relato menos contaminado y más cercano al momento de los hechos.

3.3.3. *Uso de la prueba preconstituida tras la entrada en vigor de la LOPIVI*

En 2021, la LOPIVI consolida la práctica jurisprudencial que se había ido adoptando en los últimos años ya que modifica la conformación del derecho procesal previendo la dispensa de la obligación de declarar en juicio oral de las víctimas menores de edad¹¹⁷¹¹⁸.

¹¹⁴ García Rodríguez, M. J., (2022) p.51

¹¹⁵ Luaces Gutiérrez (2022) p.17

¹¹⁶ Vid. STS 519/2022, de 26 de mayo.

¹¹⁷ Vid. STS 558/2023, de 6 de julio: «*la reciente reforma de la LO 8/2021, 4 de junio, se ha ocupado de la regulación de lo que se ha denominado la escenografía del examen judicial del menor víctima de un delito*».

¹¹⁸ Bonilla, J. (2023) *La participación en el proceso penal de la víctima menor de edad: el ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar*.

Por consiguiente, la STS 153/2022, de 22 de febrero, explica que el uso de la prueba preconstituida testifical en menores de edad es una práctica procesal que se ha potenciado en la última década. Insiste en que el fundamento de ésta es la protección del bienestar psicológico y moral del menor:

«La 'imposibilidad' de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluía los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos»

Además, destaca que los tribunales se han sensibilizado con respecto al sufrimiento de la víctima (victimización secundaria) durante el proceso. De esta forma la STS 5095/2023, de 23 de noviembre, reconoce que, debido a la dilatación temporal de los procesos penales, durante la cual las víctimas alcanzan en muchos casos la mayoría de edad, se abre la posibilidad de una segunda declaración ante el órgano enjuiciador, que desemboca en que la víctima reviva su experiencia traumática:

«la estrategia evolutiva de la víctima ha consistido en reprimir de forma muy intensa los episodios vividos [...] derivando en una incapacidad para relatar los hechos que se agudiza ante el estresor agudo que supone la declaración en juicio de estos hechos¹¹⁹».

Ante esta situación, el Tribunal Supremo admite que, a pesar del cambio de circunstancias, se practique en juicio oral la prueba preconstituida¹²⁰ mediante el art. 730 LECrim en aras de obtener un relato de los hechos sin trabas:

¹¹⁹ STS 5095/2023, de 23 de noviembre. p. 6

¹²⁰ *Vid.* STS 482/2022, de 18 de mayo, por la que la Sala ratifica la reproducción de la prueba preconstituida en juicio oral para salvaguardar el delicado estado emocional de la víctima menor de edad.

«Fue el derrumbe psicológico [...] lo que determinó la interrupción del juicio y la incorporación a la causa de su testimonio mediante la lectura de su declaración [...] La presencia en esa declaración preconstituida del Letrado de la defensa garantizó la posibilidad de una efectiva contradicción [...] Desde esta perspectiva, la Sala no constata la existencia de ninguna quiebra en la estructura lógica de la sentencia recurrida que permita concluir que ha existido una vulneración relevante del derecho a la presunción de inocencia¹²¹»

Así, el Tribunal Supremo amplía la protección que otorga la prueba preconstituida a las víctimas durante su minoría de edad, salvaguardando los derechos del acusado del art. 24. 2 CE. Este criterio de actuación queda reflejado a través de la doctrina expuesta en la STS 886/2022, de 10 de noviembre, que establece que cuando la víctima sea menor de catorce años procederá llevar a cabo un proceso *«con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios»* y que la declaración del menor como diligencia sumarial debe realizarse *«con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral»*.

Por último, la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo pone de manifiesto que el propósito principal de la LOPIVI es:

«una completa reforma de la manera en que han de declarar los menores en el proceso penal y de la eficacia de sus declaraciones, tanto en fase de investigación como en el juicio oral, siendo la finalidad prioritaria de la reforma evitar la victimización secundaria que causa la reiteración de las mismas¹²²»

¹²¹ STS 5095/2023, de 23 de noviembre. pp. 6-7

¹²² STS 101/2024, de 10 de enero. p. 6

Así, la trayectoria de la aceptación jurisprudencial, es decir en la práctica, del uso de la prueba preconstituida para sustituir el testimonio de las víctimas menores de edad se ve recogida en la LOPIVI, que refleja una doctrina jurisprudencial ampliamente aceptada. De hecho, esta norma supone la transformación de la noción anterior de prueba preconstituida convirtiéndola en una práctica obligatoria como mecanismo de protección del menor.

CONCLUSIONES

Puede concluirse que la introducción de la prueba preconstituida como herramienta de protección para los menores de edad en el proceso penal, especialmente después de la aprobación de la LOPIVI, representa un avance significativo en el reconocimiento y garantía de los derechos de los menores como víctimas. Con ello, junto con el desarrollo jurisprudencial que ha consolidado su uso, se refleja un compromiso por parte del sistema judicial en garantizar una justicia más sensible y efectiva para este grupo vulnerable al permitir la obtención anticipada de su testimonio de manera resguardada y en un entorno adecuado que salvaguarde el interés superior de los menores de edad.

Primera: La consagración del interés superior del niño, desde su inclusión en la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 hasta su reflejo en la legislación española, es fundamental para garantizar la protección y el bienestar de los menores en el proceso penal. Con la aprobación de la LOPIVI este principio se ha visto reforzado. La triple función sistemática que ofrece la ley: derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y norma de procedimiento, resalta su importancia como criterio rector en la toma de decisiones que afectan a los menores en el ámbito procesal. Esta concepción integral implica que el interés superior del niño debe considerarse un criterio rector en todas las actuaciones que afecten a la infancia en el ámbito judicial.

Segunda: Actualmente, la protección de los menores como víctimas en el proceso penal que reconoce la legislación española, conforme a los estándares europeos e internacionales, refleja un reconocimiento claro de su vulnerabilidad y necesidad especial de protección. El concepto de víctima menor de edad ha evolucionado en las últimas décadas ha concluido con la importancia de considerar a los menores como sujetos activos de derechos. En consecuencia, este grupo vulnerable tiene reconocidos los mismos derechos de las víctimas en general, además de medidas específicas de protección adicionales. Esta salvaguarda agravada se justifica por la etapa de desarrollo evolutivo en la que se encuentran los menores cuando sufren un daño, lo que les hace más vulnerables.

Tercera: El menor de edad se configura como una víctima especialmente vulnerable en el proceso penal. Por su condición evolutiva - inmadurez física, psíquica y social - se genera una indefensión que sale a la luz a la hora de comprender y enfrentar el proceso penal. Esta vulnerabilidad se manifiesta en: la dificultad para denunciar, la cercanía del agresor al entorno familiar y la falta de elementos probatorios más allá del testimonio de la víctima menor. Ante esta realidad, el sistema judicial va adoptando medidas que garantizan la protección y el bienestar de los menores. Esta sensibilización ha causado que, con más frecuencia, el proceso respete su dignidad y les brinde el apoyo necesario para superar las secuelas psicológicas y emocionales derivadas del delito y del proceso judicial.

Cuarta: La participación de las víctimas menores de edad en el proceso penal genera la denominada victimización secundaria, que exagera el daño original producido por el delito. Esta victimización secundaria se produce por la interacción del menor con el sistema judicial, que puede tener graves efectos adversos su desarrollo personal y social. Para abordar este efecto adverso es esencial adoptar un enfoque multidisciplinario que garantice la integridad del testimonio del menor y promueva un entorno menos intimidante, que asegure un equilibrio entre esclarecimiento de los hechos y la protección los menores involucrados en el proceso penal.

Quinta: La prueba preconstituida no es lo mismo que la prueba anticipada, ya que responden a necesidades distintas. A diferencia de la prueba anticipada, que puede practicarse previamente al juicio oral por razones logísticas, la preconstituida se lleva a cabo específicamente durante la instrucción. Mientras la prueba anticipada busca superar obstáculos temporales, la preconstituida es una herramienta integral de investigación que puede servir para fundamentar la acusación y garantizar el debido proceso.

Sexta: La prueba preconstituida es una herramienta procesal excepcional que se utiliza para proteger a las víctimas especialmente vulnerables. Se realiza durante la fase de instrucción y se reproduce en el juicio oral mediante una grabación de audio y video. Aunque compromete el principio de inmediación en su sentido estricto, al realizarse

ante el órgano de instrucción y no ante el juzgador, la jurisprudencia establece la necesidad de reproducir la diligencia ante el tribunal, garantizando así la oportunidad de contradicción para el acusado. Este equilibrio entre la protección de las víctimas y los derechos del acusado es fundamental para preservar la integridad y la equidad del proceso penal.

Séptima: La prueba preconstituida se ha asentado como práctica a raíz de la evolución jurisprudencial y la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado, que respaldan la validez y el reconocimiento de la prueba preconstituida como una herramienta procesal esencial, especialmente en casos donde las víctimas son especialmente vulnerables. La preconstitución de la prueba es una medida crucial para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva y la capacidad de los menores de colaborar con justicia sin sufrir un mayor perjuicio. Este enfoque victimológico subraya la importancia de adaptar el proceso penal a las necesidades psicológicas de los niños.

Octava: Inicialmente se puede observar la reticencia de los tribunales a aceptar la prueba preconstituida como verdadera prueba de cargo en el proceso. En este momento la jurisprudencia defendía la inmutabilidad del principio de contradicción como elemento informador del derecho a una tutela judicial efectiva del acusado. Sin embargo, también se observa una ligera aceptación del uso de la prueba preconstituida. Aunque se reconoce la importancia del principio de contradicción, se valora la necesidad de adaptar el proceso a las circunstancias particulares de las víctimas menores de manera excepcional y previa justificación mediante informes que acrediten su necesidad. Esta postura inicial refleja la búsqueda de equilibrio entre los derechos del acusado y la protección de los menores en el proceso penal.

Novena: A partir de 2009 la jurisprudencia tiende claramente a aumentar la protección de los menores víctimas en el proceso penal. Se reconoce la importancia del testimonio de los menores en casos de delitos contra su integridad sexual, siendo muchas veces la única prueba de cargo disponible. Además, se establecen directrices claras para la práctica adecuada de la prueba preconstituida, asegurando la presencia del acusado y su abogado defensor para garantizar el principio de contradicción. Este enfoque

jurisprudencial fortalece la validez de la prueba preconstituida como herramienta para esclarecer los hechos y proteger los intereses de los menores en el proceso penal.

Décima: El artículo 449 bis LECrim, cuya redacción es una reforma introducida por la LOPIVI, establece tres requisitos claros para garantizar la validez de la prueba preconstituida. Así, mediante la garantía de la presencia del principio de contradicción durante la toma de declaración del menor se aborda el reto que suponía la contraposición del derecho del menor y el derecho a una tutela judicial efectiva del acusado. El énfasis en la documentación de las diligencias sumariales asegura que la reproducción de la prueba preconstituida en el juicio oral sea fiel y efectiva, cumpliendo con el principio de inmediación. Esta evolución normativa refleja un compromiso con la equidad procesal y la protección de los derechos de los implicados en el procedimiento judicial.

Undécima: La introducción del artículo 449 ter LECrim marca un avance significativo en la protección de los derechos de los menores víctimas. Con la nueva redacción, la ley reconoce la necesidad de limitar la cantidad de veces que un menor debe prestar declaración, traduciéndose en la obligatoriedad de la declaración preconstituida para menores de catorce años fuera del juicio oral. Se ha establecido una horquilla de edad que equilibra la madurez del menor con la protección de su integridad psíquica. Además, ha dado pie a la colaboración interdisciplinar, destacando la importancia de iniciativas como Barnahus y el uso de cámaras Gesell, que garantizan un tratamiento adaptado a las necesidades de los menores.

Duodécima: La LOPIVI refuerza y consolida la práctica jurisprudencial establecida en los últimos años, centrada en la protección de las víctimas menores de edad. Esta ley amplía la utilización de la prueba preconstituida para evitar la victimización secundaria de los menores durante el juicio oral, garantizando al mismo tiempo los derechos del acusado. La legislación actual refleja una evolución significativa en la manera en que se aborda la declaración de los menores en el sistema judicial, priorizando su bienestar y evitando la victimización secundaria.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

Alberola, E. G., Vayá, E. J. C., & Alcocer, M. C. (2017). Debate: La prueba preconstituida. *Información Psicológica*, 117, 137-148. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6350817>

Álvarez Buján, M. V. (2015, julio). *Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada*. Recuperado de Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188644>

Alvarado Merino, R. Y. (2015) *El Cerebro Adolescente. Cognición, Neurociencia y Aprendizaje: El Adolescente en la Educación Superior*. Pease, M. A., Figallo, F., Ysla, A., Liz, C. (ed.) Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Álvarez Suárez, L. (2022, febrero). *Las declaraciones de los menores como prueba preconstituida en el proceso penal*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9200855>

Álvarez Suárez, L. (2022). El artículo 449 Ter Lecrim sobre las declaraciones de los menores de catorce años en el proceso penal:¿ se puede hacer efectivo o es una misión imposible?. In *Procesos y prueba prohibida* (pp. 291-311). Dykinson.

Álvarez Vélez, M^a I. y De Montalvo Jaakelainen, F. (2013) La protección del menor como víctima frente al Derecho constitucional de defensa. Aspectos constitucionales de la victimización secundaria. *Derecho Privado y Constitución* N° 27, 2013 pp. 256 - 258

Arangüena Fanego, C. (2022). Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 8(3). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.742>

- Arantegui Arràez, L. (2022). *El uso de cámaras Gesell con niños: derechos humanos y victimización secundaria*. Revista de Victimología N.º 13, 2022, págs. 35-64. Recuperado de Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8508860>
- Beltrán Montoliu, A. (2021). Víctimas vulnerables: Especial referencia al Estatuto del Menor a la luz de la Lo 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la violencia. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n.º 3, 2021, ISSN-e 2695-9976. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8072934>
- Bonilla, J. (2023) *La participación en el proceso penal de la víctima menor de edad. el ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar*. Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico, n.º 34, p. 256–281, 2023. doi: 10.36151/td.2023.074.
- Calaza López, S. (2011). *Principios rectores del proceso judicial español*. Revista de Derecho UNED, Núm. 8. Recuperado de Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=632558>
- Chocrón Giráldez, A. M. (2008). *Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español*. Recuperado de Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2783593>
- Gamazo Carrasco, M. B. (2021, 7 octubre). Análisis de las principales novedades en la LECRIM introducidas por LO 8/21 de 4 de junio. *Diario la Ley*. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/10/20/analisis-de-las-principales-novedades-en-la-lecrim-introducidas-por-lo-8-21-de-4-de-junio>
- García Rodríguez, M. J. (2022). *Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de*

especial protección en el proceso penal. Boletín del Ministerio de Justicia, nº 2258. <https://doi.org/10.53054/bmj.vi2258>

Gisbert Pomata, M. (2021). Capítulo VI La tutela procesal de la violencia contra la infancia y adolescencia: La prueba preconstituida. En *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España* (1.^a ed., pp. 329-342). ARANZADI / CIVITAS.

González, J. L., Muñoz, J. M., Sotoca, A., Manzanero, A. L. (2013). *Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables* en *Papeles del Psicólogo*, Vol. 343(3), pp. 227 - 237, <http://www.papelesdelpsicologo.es>

Guzmán Fluja, V.C. (2006) *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Tirant lo Blanch. Recuperado de https://www-tirantonline-com.eu1.proxy.openathens.net/base/tol/librodoctrinas?token_id=65b11e4d5a45e4000b8daa22

Hernández, J. T. (2020). *La declaración de menores víctimas de delitos sexuales como prueba de cargo. Comentarios a las sentencias de la sala segunda del tribunal supremo 579/2019, de 26 de noviembre de 2019. (roj: Sts 3857/2019. Ecli:Es:Ts:2019:3857)*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9136750>

Jaén Vallejo, M. (2008). Los principios de la prueba en el proceso penal español. Recuperado de https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_16.pdf

Luaces Gutiérrez, A. I. (2022). *La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021: Especial referencia a la utilización de cámaras Gesell como instrumento para*

evitar la victimización secundaria (1). *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica Sobre Familia y Menores*, N.º34, ISSN-e 2341-0566.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8563606>

Magro Servet, V. (2021). Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Diario la Ley, Diario* *La* *Ley* N.º 9862. https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2NQW_CMAyFfw25IE0tE4yLL6VHhNCodncTK40UYpY4hf77eYCIJz_Ln_1-K-VloIeAZRc8r2-UMJqyJE7LFYZcyQiOBZrVI21VG4NWKsaeLbT_Psw04AiN4ewod4s6YcH4TQXadrs1ZeL7CefgUQKnDvPra3AO-qHR-tzs9ru9mSkXBeAneEpCZgp-OqrkxRfCbKczegLNrldl-APL7fHedFVEr0dJl-dsbNteo9ABIyX3zv0D6DSdt_EAAAA=WKE

Martínez García, C. (Coord.) y otros (2016). *Tratado del Menor: La protección jurídica a la infancia y adolescencia* (1.ª ed.). Thomson Reuters (Legal) Limited.

Martínez Guerrero, A., (junio, 2021) *Comentario al nuevo artículo 449 bis LECrim*, *Diario La Ley*, n.º 9872, pp. 1-5.

<https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1CTEAAmMjC0MTQ7Wy1KLizPw8WyMDI0MDMwNzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAJYqjRs1AAA AWKE#divCommentsDocument>

Martínez, L., & Del Moral, C. (Coords.). (2018). *Barnahus: bajo el mismo Techo. Análisis para la implementación de la barnahus en la Comunidad de Madrid*. En *Save the Children*. <https://www.savethechildren.es/modelo-barnahus>

Merchán González, A., «El derecho de los menores de edad a ser escuchados en el proceso penal y su práctica tras la LO 8/2021 de 4 de junio», *Diario La Ley*, núm. 10088, 13 de junio de 2022: pp. 1-5.

https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEVQwW6DMAz9muU4paO04pBDCzsgwQYM7Vq5iQWRsgTFCRt_v3TVNks--Pn56T0HuJLIcgYyRDCVvk6IoirdJrzjC9bZyXqE_b4Kz4AKYAUkcDvzIaHafL7DqCYJ29gxejD4i06pt-jc0okUbO6-t1AuYXXbhWdopUY08VZbveZGzFT2IY_GuJ7QB2aynuUkd7lpApKmCAKJ8rS7taXwe6tPD0z4J7PqGEYKXcwcTikZTgGQtmgDKUQuhQwvmEWj5YtlkYpLBEgxa9eeUGohWzn1Ev90h8w_USjT9rw6DZTHb4EwK_0NcHKVnxY_kurYleBcpRebfD0bdtk8BAAA=WKE

Muerza Esparza, J. J. M. (2016). Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal. *Revista General de Derecho Procesal*, 39, ISSN-e 1696-9642. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5818312>

Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

Pereda, N., Bartolomé, M., & Rivas, E. (2021). Revisión del Modelo Barnahus: ¿Es posible evitar la victimización secundaria en el testimonio infantil? *Boletín Criminológico*, (27). <https://doi.org/10.24310/Boletin-criminologico.2021.v28i.12377>

Picó Junoy, J. (2009). *El derecho a la prueba en el proceso penal: luces y sombras*. Recuperado de Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5133274>

Planchadell Gargallo, A. (2021). Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* N°.63/2021. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8247027>

- Ramírez Ortiz, J. L. (2018). La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual. *La Ley Digital, Diario La Ley N.º 9199*.
<https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1CTEAAiMzMxMTQ7Wy1KLizPw8WyMDQwsDUwMLkEBmWqVLfnJIZ UGqbVpiTnEqANW5k7s1AAAAWKE>
- Rovatti, P. (2020). *Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos en Quaestio facti*. *Revista internacional sobre Razonamiento Probatorio*, nº 1, Marcial Pons, Madrid, p. 31- 66.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/doctrina48647.pdf>
- Sánchez Melgar, J. (2021). Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021. *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica Sobre Familia y Menores*, 32, pp. 2-15.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8311593>
- Sánchez-Rubio, A. (2022). *La toma de declaración a través de la Cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización*. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 42, pp. 1-30.
<https://doi.org/10.15304/epc.42.7513>
- Segarra Crespo, M. J. (2019) *MEMORIA Elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del Año Judicial por la Fiscal General Del Estado*. Recuperado de <https://fiscal.es>
- Sempere Faus, S. (2020). La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 874-897. Recuperado de Dialnet <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7557308>
- Sotoca, A., Muñoz, J. M., Álvarez, J. L. G., & Puebla, A. L. M. (2013). La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología

jurídica. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (102), 9.
<https://docta.ucm.es/entities/publication/19046215-ec60-42de-875f-2940f6abb703>

Villacampa Estiarte, C. (2005) *Víctima menor de edad y proceso penal especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ISSN 1132-9955, Nº 16, 2005, págs. 265-299.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1341621>

2. Jurisprudencia:

ATS 8049/2004, de 17 de junio. Roj: ATS 8049/2004 - ECLI:ES:TS:2004:8049A

STC 251/1994, de 19 de septiembre. <https://vlex.es/vid/1-stc-3-l-g-s-15355699>

STC 284/1994, de 24 de octubre.

<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/stc+284%2F1994/vid/15355667>

STC 174/2011, de 7 de noviembre <https://vlex.es/vid/337785066>

STS 832/1999, de 28 de febrero. <https://vlex.es/vid/-53579892>

STS 1219/2002, de 27 de junio. <https://vlex.es/vid/pu-on-15056460>

STS 197/2005, de 15 de febrero. <https://app.vlex.com/vid/181-2-17692118>

STS 96/2009, de 10 de marzo <https://vlex.es/vid/preconstituida-anticipada-imposibilidad-57821916>

STS 743/2010, de 17 de junio <https://vlex.es/vid/218422527>

STS 19/2013, de 9 de enero de 2013 https://vlex.es/vid/abuso-sexual-complice-menores-edad-418023382#section_4

STS 940/2013, de 13 de diciembre <https://vlex.es/vid/menor-edad-victima-delito-proteccion-483977250>

STS 210/2014, de 14 de marzo <https://vlex.es/vid/abuso-sexual-victima-declaraciones-503438218>

STS 632/2014, de 14 de octubre. <https://vlex.es/vid/540754462>

STS 71/2015, de 4 de febrero <https://app.vlex.com/vid/560894618>

STS 181/2015, de 1 de abril <https://vlex.es/vid/565825862>

STS 355/2015, de 28 de mayo <https://vlex.es/vid/576046454>

STS 598/2015, de 14 de octubre <https://vlex.es/vid/586988290>

STS 538/2018 de 8 de noviembre <https://vlex.es/vid/747168757>

STS 19/2019 de 23 de enero <https://app.vlex.com/vid/761990757>

STS 3857/2019, de 26 de noviembre

<https://www.icagi.net/archivos/archivoszonapublica/noticias/ficheros/579-2019.pdf>

STS 329/2021, de 22 de abril <https://app.vlex.com/vid/866174538>

STS 107/2022, de 10 de febrero <https://app.vlex.com/vid/897160305>

STS 153/2022, de 22 de febrero <https://vlex.es/vid/898384523>

STS 482/2022, de 18 de mayo

<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/STS+482%2F2022+18+MAYO/vid/905981354>

STS 853/2022, 27 de octubre <https://app.vlex.com/vid/915111302>

STS 886/2022, de 10 de noviembre <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-886-2022-ts-sala-penal-sec-1-rec-62-2021-10-11-2022-48447911>

STS 519/2022, de 26 de mayo <https://app.vlex.com/vid/906276709>

STS 558/2023, de 6 de julio <https://vlex.es/vid/938632849>

STS 5095/2023, de 23 de noviembre. Roj: STS 5095/2023 - ECLI: ES:TS:2023:5095

STS 101/2024, de 10 de enero. Roj: STS 101/2024 - ECLI: ES:TS:2024:101

STS 794/2024, de 15 de febrero. ECLI:ES:TS:2024:794

3. Legislación:

Artículo 24 de la Constitución Española 1978

Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989

Artículo 39 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989

Artículo 147. 1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Artículo 148 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Artículo 2. a), Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

Artículo 25 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

Artículo 26 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

Artículo 449 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Artículo 449 bis del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Artículo 449 ter del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Artículo 657 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Artículo 730 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Ref: FIS-C-2009-00003

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial

