



## MESA REDONDA: ÁMBITO JURÍDICO (II)

### LA PRUEBA PRE-CONSTITUIDA COMO PIEZA CENTRAL, GARANTÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PREVENCIÓN DE LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.

**Raquel Raposo Ojeda. Experta en valoración de casos de victimización sexual infantil y adolescente.**

#### PONENCIA LIBRO DE ACTAS.

*La protección como continuo.*

La protección a niños, niñas y adolescentes frente a cualquier forma de violencia, necesariamente ha de entenderse como un continuo, una sucesión de tutelas o garantías perfectamente articuladas y engranadas entre sí, que aseguren el buen trato a la infancia y adolescencia, la salvaguarda de los derechos y satisfagan sus necesidades, atenúen cualquier limitación fomentando capacidades, habilidades y potencialidades individuales y tengan por objetivo asimismo la recuperación ante cualquier forma de maltrato y/o vulneración de sus derechos (por cualquier medio, persona o institución), la plena reparación del daño sufrido y así como la prevención de otras consecuencias a lo largo del tiempo y/o del propio proceso de intervención.

La victimización sexual de personas menores de edad es una realidad y constituye una modalidad de maltrato que compromete su adecuado desarrollo e integridad personal, tanto en el momento en que viven la experiencia traumática, como en el futuro.

La necesidad de garantizar la protección y los derechos de las víctimas menores de edad de la victimización sexual se recoge en el Convenio del Consejo de Europa *para la protección de los niños y niñas del abuso sexual y la explotación sexual*. En España, este marco de acción se ha desarrollado a través del *Programa Justicia e Infancia: buenas prácticas y recomendaciones para la mejora de la atención a niños, niñas y adolescentes en el ámbito jurídico*, promovido por FAPMI-ECPAT España desde 2010.

La atención holística a esta tipología de maltrato, con características y particularidades singulares, exige la articulación de las medidas necesarias y concretas para garantizar la protección continua de la víctima durante todo el procedimiento de intervención, desde el momento justo en que se detecta la victimización sexual, hasta la fase de juicio oral y/o alta terapéutica en su caso; de modo que la atención multidisciplinar e inter-institucional, no se convierta en una victimización secundaria para niños y niñas, puesto que en





ocasiones supone un coste mayor para la víctima el itinerario profesional tras la notificación y denuncia, que la propia victimización sexual a la que se han podido ver sometidos.

No en vano, el testimonio de un niño o adolescente que ha podido sufrir victimización sexual constituye –en la mayoría de los casos– la principal prueba de cargo en los procedimientos penales y consecuentemente, las víctimas menores de edad son objeto de numerosas exploraciones y actuaciones con el mismo fin: obtener el relato de los supuestos hechos vividos.

#### *El derecho ininterrumpido a la recuperación.*

Cuando se le pide a un testigo, -en este caso víctima y menor de edad- que recuerde su experiencia de victimización sexual para aportarla durante la fase del juicio oral (y en cualquier otra fase del proceso de intervención), este ejercicio no comporta sólo una acción de recuperación de la huella mnémica sobre el hecho traumático, sino que supone la re-experimentación de la victimización sexual. Ello implica que le pedimos a la víctima que vuelva a situarse en el escenario, con la persona agresora, en su malestar, indefensión y asimetría de poder, para que exprese de nuevo la experiencia vivida. Además, puede suponer la reactivación de síntomas (incluso años después), un retroceso hacia las mismas sensaciones, generando inseguridad, indefensión y la actualización del trauma. Efectivamente, no es sólo un acto de recuperación de información de la memoria, como si de un examen se tratara, va más allá, supone en cierta medida victimizar de nuevo o volver a situar en la posición y momento de ser víctima, años después, cuando la persona menor de edad, probablemente ya ha empezado a normalizar su vida y a recuperarse de la experiencia traumática. La fase de juicio oral implica una interrupción brusca de dicho proceso de recuperación para la víctima, y conlleva una desconfianza en el sistema por cuanto tiene que volver a repetir su relato y una situación de indefensión ante la pérdida de criterios en el testimonio o lagunas de memoria, por lo que a su vez la “prueba” de cargo puede verse alterada por estos motivos.

#### *La garantía de derechos en la práctica de la prueba preconstituida.*

La prueba preconstituida (en fase de Instrucción) es un instrumento factible en la legislación vigente, de accesibilidad a la Justicia para las personas menores de edad, y de prevención de la victimización secundaria en la infancia y adolescencia; garantiza el *derecho ininterrumpido a la recuperación*, que podría verse alterado por la rememoración reiterada y re-experimentación de la experiencia traumática en distintos interrogatorios y/o en la vista oral. Asimismo, es posible la reproducción en sistema audiovisual de la declaración grabada como prueba preconstituida en el juicio oral, aportando al Tribunal juzgador “la inmediatez” que la calidad de los medios técnicos empleados en fase de Instrucción y ante el Juez instructor pueden extrapolar en el tiempo –a diferencia de la inmediatez plena que aporta específicamente





la práctica de la prueba anticipada ante el Tribunal juzgador-; no obstante, con menos interferencias que una demora temporal a su vez podría suponer para la práctica de la propia prueba (testimonio) durante el juicio, en tanto en cuanto la víctima menor de edad en el juicio oral ya no presenta –puede que incluso varios años después– las características de la persona que sufrió la victimización (edad o momento evolutivo diferenciado, memoria modificada, experiencias personales, expectativas, conocimiento, elaboración de la propia vivencia traumática, circunstancias personales, etc.).

La práctica de la prueba preconstituida garantiza el derecho de defensa y principio de contradicción de las partes, así como la invariabilidad de la prueba, que entronca directamente con la presunción de inocencia.

Asimismo durante la práctica de la misma, a fin de garantizar su derecho a la información, debe comunicarse a la víctima en lenguaje comprensible y adaptado a sus características individuales, sobre el objetivo de dicha toma de declaración, quiénes conforman la Comisión Judicial y las partes, la fase de contradicción, así como la grabación de dicha sesión, como posibilidad de ser reproducida en acto de juicio oral posteriormente.

La toma de declaración a personas menores de edad que han podido sufrir victimización sexual no sólo protege la principal prueba de cargo (testimonio) a lo largo del tiempo, sino que supone una garantía de protección para la víctima: favorece su recuperación sin interrupciones por la celebración del juicio oral (años después) o por reiterados señalamientos de una misma vista oral, si ésta no se celebra por algún motivo; se desarrolla en un espacio físico adaptado, sin interferencias; es una única persona experta, entrenada especialmente para ello, quién entrevista a la víctima; se previenen las consecuencias y efectos que la fase de contradicción directa pueden provocar en la declaración de una víctima (tipo de preguntas que se formulan, cómo se formulan, relacionada o no con el hecho en sí que se enjuicia; preguntas que se admiten, frente a las que son desestimadas, preguntas impertinentes,...etc. ); evita la confrontación visual con el investigado/acusado y otros familiares o asistentes en mayor o menor medida relacionados; previene los resultados negativos que el paso del tiempo puede causar en la víctima.

La prueba preconstituida –en los términos descritos- constituiría un instrumento al servicio de los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial), a fin de dar cobertura efectiva al principio de igualdad de las partes cuando la víctima es menor de edad, máxime cuando se trata de situaciones de victimización sexual (caracterizadas por una asimetría de poder), posibilitando y otorgando de este modo un equilibrio y proporcionalidad en el proceso penal, en definitiva una igualdad fáctica, frente a la igualdad de derechos ante la ley o igualdad meramente formal (STC 75/1983; STC 34/81, de 10 de Noviembre).

Por tanto, la toma de declaración como prueba preconstituida satisface el derecho a ser escuchado de las personas menores de edad inmersas en un procedimiento judicial, (en este caso, penal), y como se recoge en el Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015, de 27 de abril), permite adaptar en el proceso la



UNIVERSITAT  
BARCELONA



intervención a la individualidad de la víctima a través del experto, evitando por otra parte la asistencia a la sede judicial, en el caso que sea posible contar con las sedes de equipos especializados o expertos externos.

*La necesaria Cadena de Custodia (de la prueba = víctima) para la práctica de la Prueba Preconstituida.*

La validez y eficacia de la prueba preconstituida radica en su inclusión en un proceso más amplio de protección a la víctima, un continuo denominado cadena de custodia, que garantice inicialmente las condiciones para la práctica de esta prueba a las personas menores de edad, en un procedimiento reglado (protocolo), y no excepcional; que además, una vez practicada con todas las garantías exigidas, pueda ser reproducida en el juicio oral y valorada por el Tribunal juzgador, sin la necesidad de volver a examinar a niños, niñas y adolescentes después del tiempo, y sin que ello pueda entenderse como una ausencia de prueba (testimonio). A continuación se sintetizan sus elementos definitorios.

- El Protocolo tiene que ir dirigido a la protección de la víctima, preservación del testimonio y garantías procesales del investigado/acusado.

- Por otra parte, el Protocolo debe abarcar actuaciones y un periodo temporal más amplio que el desarrollo concreto de la práctica de la prueba (toma de declaración), al menos deberían considerarse las siguientes fases o acciones diferenciadas:

FASE 1.- Acuerdo de la práctica de la Prueba Preconstituida por parte del juez, en este momento deben garantizarse determinadas condiciones por parte de la Entidad Judicial, como por ejemplo la protección de la víctima (que el agresor u ofensor no tenga acceso a la víctima, ni contacto por ningún medio) y la mínima reiteración o repetición del testimonio por parte de las personas menores de edad, a fin de evitar una victimización secundaria y alteración e interferencias en el relato que debe ser obtenido.

FASE 2.- Valoración técnica de la pertinencia sobre la toma de declaración a niños, niñas y adolescentes (NNA) como prueba preconstituida.

La pertinencia deber ser entendida como oportunidad, adecuación y conveniencia de realizar la toma de declaración como prueba preconstituida a una persona menor de edad que haya podido sufrir algún tipo de victimización sexual:

-*oportunidad*: circunstancias o momento apropiado.

-*adecuación*: cumple con las exigencias y garantías de los derechos fundamentales.

-*conveniencia*: puede resultar útil para la protección de la víctima, preservación del testimonio (en su caso, prueba de cargo) y prevención de la victimización secundaria.





Esta valoración deber ser emitida por un experto como recomendación al órgano judicial competente, en un informe donde la conclusión principal se base en la pertinencia motivada de dicha toma de declaración, o por el contrario, desaconsejar la práctica de la misma por las características (propias y contextuales) que pueda presentar la víctima en ese momento.

-Actuaciones por parte del experto:

a) -Valoración del expediente aportado (intervenciones profesionales previas -específicas de la victimización sexual o no-, si existe reiteración del relato por parte de la víctima, diligencias policiales o judiciales, otros informes diagnósticos, si existe o no evaluación de la credibilidad del testimonio realizada, medidas de protección, riesgo de retractación del testimonio, otros medios de prueba...etc.)

b) -Coordinación con los distintos sectores profesionales implicados. Análisis de la información aportada y valoración desde las distintas disciplinas.

c) -Entrevista directa con la fuente de detección y/o notificación (familiares o profesionales, normalmente tutores legales y/o que conocen inicialmente la sospecha de victimización), a fin de poder valorar las circunstancias de la alegación original (reacción y apoyo efectivo del contexto tras la detección y/o revelación, principales consecuencias derivadas, actuaciones realizadas desde ese momento), así como las características particulares y actuales de la víctima (edad, actitud, competencias para comunicar y aportar testimonio, grado de conocimiento e información aportada sobre las derivaciones del procedimiento en curso, etc.).

d) -Sesión de valoración inicial con NNA sobre las necesidades, competencias y limitaciones (cognitivas, emocionales, contextuales,...) para hacer frente a la toma de declaración por parte de la supuesta víctima, así como para proponer el momento temporal y condiciones más apropiadas que favorezcan la práctica de la prueba preconstituida, adaptado a la individualidad de cada NNA (edad, tipo de victimización, relato, relación con el investigado/acusado, mecanismos de producción de la victimización, sintomatología y consecuencias derivadas, si presenta o no algún grado de discapacidad y/u otras características que indiquen una adaptación específica de la práctica de la toma de declaración, como por ej. el idioma, necesidad de intérprete, etc.).

Esta entrevista inicial con las personas menores de edad, con sospecha de haber sido sufrido victimización sexual, es necesaria de forma previa en cualquier proceso de valoración del testimonio, a fin de que resulten válidas las preguntas que se formulen de forma adaptada a





la idiosincrasia de cada NNA y planteadas de forma individualizada durante la evaluación específica de la victimización sexual y/o toma de declaración como prueba preconstituida, es por ello que se recomienda que a fin de evitar una nueva victimización en NNA sea el mismo experto el que efectúe:

- \* la valoración inicial de las competencias de NNA para declarar y/o recomendar o no la pertinencia de la toma de declaración como prueba preconstituida.
- \* la intermediación como experto en la toma de declaración a NNA como prueba preconstituida, propiamente dicha.
- \* la exploración o valoración del testimonio de NNA a fin de realizar un análisis de la validez y credibilidad del testimonio sobre victimización sexual.

e)-Informe de valoración técnica sobre la pertinencia o no de realizar la toma de declaración a NNA que han podido sufrir victimización sexual, en base a las conclusiones obtenidas en las actuaciones referidas y emitido por el experto como recomendación al órgano judicial competente. (ANEXO)

FASE 3.- Una siguiente fase sería el desarrollo en sí mismo de la práctica de la Prueba Preconstituida, esto es, la toma de declaración a niños y niñas y debe comprender aspectos tales como: momento idóneo para el desarrollo de la prueba (en función de las características de la propia víctima y circunstancias propias de la victimización sexual); lo más cercano posible al hecho en sí que se investiga o a la revelación del mismo; a través de la intermediación de un experto (especialización, experiencia, etc.); evaluación previa (de las características de la víctima siempre, del expediente o evaluación de la sospecha de victimización sexual siempre que sea posible); sala amigable (características concretas que cumplan la funcionalidad de proporcionar confort, seguridad y calma a la víctima sin interrupciones y/o distracciones); medios técnicos (grabación, reproducción, visualización simultánea que permita la contradicción de las partes,...); autenticación de la grabación por el Letrado de la Administración de Justicia.

FASE 4.- Validez de la prueba preconstituida basada en la adecuación de la obtención, custodia y traslado del testimonio grabado, como garantía de derechos fundamentales debe ser grabada en sistema audiovisual digital, que posibilite la adecuada conservación e inalterabilidad de la misma y su posterior reproducción en el proceso penal, evitando la comparecencia y/o declaración de la víctima menor de edad, en el juicio oral años después.





Con el fin de trasladar al Tribunal juzgador la máxima inmediación que permiten los medios técnicos de grabación audiovisual, en relación al testimonio obtenido durante la práctica de la Prueba Preconstituida, debería constar de la siguiente documental:

- 1 DVD grabado con la declaración de la víctima y preguntas trasladadas a la misma en fase de contradicción a través del experto. Este DVD debe ser autenticado con la firma del Letrado de la Administración de Justicia;
- 1 DVD grabado de la sesión en la que se sigue y se instruye bajo la directrices del Juez instructor el desarrollo de la prueba por parte de la Comisión Judicial y las partes, en la que constará por parte de éstos el traslado de las preguntas al experto bajo el principio de contradicción (ej. las preguntas que son admitidas, las que no, los fundamentos de derecho de tal resolución, etc.), a fin de que puedan además contrastarse con las formulaciones finales de estas cuestiones a la víctima por parte del experto. Este DVD debe ser igualmente autenticado por el Letrado de la Administración de Justicia.
- Acta de la toma de declaración y fase de contradicción, seguida en todo momento, documentada y certificada por el Letrado de la Administración de Justicia.

CONCLUSIONES: la protección a la infancia y adolescencia debe suponer una *cadena de custodia*, continua, coordinada y articulada mediante un procedimiento o protocolo basado en la legislación vigente, consensuado entre todos los intervinientes en la atención integral a las personas menores de edad inmersas en procesos penales seguidos por delitos de victimización sexual, a fin de garantizar su derecho a la protección y derecho a ser escuchados, atendiendo a las necesidades y limitaciones particulares de cada víctima, previniendo la victimización secundaria y cumpliendo con las exigencias y garantías procesales, a la vez que se pretende la invariabilidad de la prueba o testimonio, posibilitando este procedimiento las condiciones de obtención y preservación de una prueba válida y de cargo, en su caso. Todo lo anterior, en clara observancia de lo dispuesto en el marco de referencia a nivel internacional y que España debe incluir en su ordenamiento y práctica jurídica.

#### Palabras Clave / Keywords.

Cadena de custodia, prueba preconstituida, protección, derecho a ser escuchado.





### Referencias bibliográficas / Webgrafía.

-Echeburúa, E. y Subijana, I.J. (2008). *Guía de Buena Práctica Psicológica en el Tratamiento Judicial de los Niños Abusados Sexualmente*. *Internacional Journal Clinical and Health Psychology*, Vol.8, Núm 3, septiembre-sin mes, 2008, pp. 733-749. Asociación Española de Psicología Conductual, España.

-*Estudio Sobre la Escucha del Menor, Víctima o Testigo*. Defensor del Pueblo. Madrid, Mayo de 2015.

-González, J.L.; Muñoz, J.M.; Sotoca, A. y Manzanero, A.L. (2013): *Propuesta de Protocolo para la Conducción de la Prueba Preconstituida en Víctimas Especialmente Vulnerables*. *Papeles del Psicólogo*, 2013. Vol. 34(3), (págs. 227-237).

-Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 11 (LOPJM).

-Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. Boletín Oficial del Estado, Núm.101 de 28 de Abril de 2015.

-Raposo Ojeda, R. (2015): *Justicia Accesible para Niños, Niñas y Adolescentes. Experiencia Práctica: La Prueba Preconstituida como Instrumento de Accesibilidad durante el Proceso Penal, en Casos de Abuso Sexual Infantil*. *Revista: Infancia, Juventud y Ley*, Nº 6 de 2015 (págs. 16-20). Ed.: Asociación Centro Trama. Madrid.

-Raposo Ojeda, R. (2017): *La Cadena de Custodia de la Prueba como garantía del derecho de las personas menores de edad a ser escuchado y protegido*. *Manual: Protección Jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*. Editorial Aranzadi, Diciembre de 2017 (págs. 451-473).

-Raposo Ojeda, R. (2018): *En el interés superior del Menor; Cadena de Custodia: La protección a la infancia y Adolescencia Víctima de Violencia Sexual durante el Proceso Penal*. *Revista "Forensic, La Revista de los Peritos Judiciales"*, Año I, Nº 3, Enero-Febrero de 2018 (págs. 5-9).







ANEXO:

INFORME DE VALORACIÓN TÉCNICA SOBRE LA OPORTUNIDAD, ADECUACIÓN Y CONVENIENCIA DE REALIZAR LA TOMA DE DECLARACIÓN COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA.

1.-Referencias sobre: la Entidad judicial y procedimiento; órgano de derivación o notificación; experto designado para la presente valoración técnica.

2.-Datos de identificación de la supuesta víctima y de la sospecha de victimización sexual.

3.-Caracterización de las actuaciones seguidas por el experto.

4.-Conclusiones respecto de la valoración técnica sobre la pertinencia o no de realizar la toma de declaración como prueba preconstituida, en base a los resultados obtenidos relativos a:

- habilidades cognitivas y de comunicación que presenta el NNA.
- presencia de relato sobre la supuesta victimización sexual sufrida.
- estado emocional o grado de afectación en el presente.
- actitud respecto del proceso de intervención y posibilidad de realizar la toma de declaración como prueba preconstituida.
- conocimiento del proceso de intervención, así como de las posibles consecuencias derivadas – propias y del contexto- tras la revelación / detección / notificación o denuncia que puedan interferir en la toma de declaración como prueba preconstituida.

**5.-recomendaciones sobre la práctica de la Prueba Preconstituida:**

a) Pertinencia de realizar la toma de declaración como prueba preconstituida.

-Justificación motivada en el presente en base a criterios de oportunidad, adecuación y conveniencia.

-Oportunidad o momento apropiado: inmediatez o urgencia; horario diferencial del señalamiento (evitar coincidencia con el investigado/acusado); secuencia respecto de la evaluación de la credibilidad del testimonio.



UNIVERSITAT  
BARCELONA



-A través de la intermediación de un experto. Dinámica propia de la prueba preconstituida, principalmente: toma de declaración y fase de contradicción.

-En un contexto o sala amigable (funcionalidad del espacio físico acorde a las necesarias medidas de protección, especificidad y libre de interrupciones).

-Sistema de grabación audio visual.

-Otras medidas de protección, etc.

b) No pertinencia respecto a realizar la toma de declaración como prueba preconstituida.

-Justificación motivada en el presente en base a criterios de oportunidad, adecuación y conveniencia.

-Postergar a un segundo momento (en base a las características de la víctima, de la sospecha de victimización sexual y de las circunstancias contextuales) la valoración técnica de la pertinencia de realizar la toma de declaración como prueba preconstituida, siempre y cuando sea posible obtener las condiciones que así la suscriban.

-Justificación definitiva a fin de no practicar la toma de declaración como prueba preconstituida.

**Cláusula relativa al uso de los datos de carácter personal:**

En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, le informamos que los datos personales facilitados van a ser incluidos en un fichero de datos de carácter personal, con la titularidad de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil (FAPMI), con domicilio en C / Delicias, nº. 8, entreplanta. 28045, Madrid, entidad destinataria de la información facilitada.

De conformidad con el Art. 6.1 de la LOPD, le comunicamos que los datos solicitados serán utilizados por FAPMI para la difusión de sus actividades y, con su firma, Ud. autoriza la cesión de dichos datos a otras entidades colaboradoras de la Federación o con fines análogos y complementarios. Ud. tiene derecho a acceder, modificar y cancelar los datos contenidos en nuestro fichero dirigiéndose a la dirección antes mencionada, a la atención de la Secretaría de la FAPMI.



UNIVERSITAT  
BARCELONA