

LA TOMA DE DECLARACIÓN A TRAVÉS DE LA CÁMARA GESELL COMO MEDIO PARA EVITAR LA DOBLE VICTIMIZACIÓN

TAKING VICTIMS' STATEMENTS IN A GESELL DOME TO PREVENT SECONDARY VICTIMIZATION

Ana Sánchez Rubio^{1, a, *} 

¹ Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España

^a  asanrub@upo.es

Resumen

El presente artículo analiza la reciente utilización de la Cámara Gesell en el ordenamiento jurídico español. La finalidad de esta nueva herramienta es loable, pues trata de reducir los efectos de la doble victimización. No obstante, este método de toma de declaración de víctimas especialmente vulnerables ha planteado dudas acerca de cómo, cuándo, ante qué víctimas y ante qué delitos es válida la preconstitución de esta prueba. La reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha modificado la LECrim para dar cabida a estos supuestos, adecuándose, en buena parte, a lo que venía estableciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con el propósito de garantizar un justo equilibrio entre la protección de la víctima y la salvaguarda de los derechos procesales del acusado.

Palabras clave: Cámara Gesell; victimización secundaria; víctimas especialmente vulnerables; prueba preconstituida.

Abstract

This paper analyses the current use of the Gesell Dome in the Spanish legal system. The aim of this new legal tool is laudable: to reduce the effects of secondary victimization. Nevertheless, this new method of taking particularly vulnerable victims' statements has raised doubts about how, when, with what victims and with which crimes it is possible the pre-constitution of this evidence. The recent Organic Law 8/2021, June 4th, of comprehensive protection of children and adolescents against violence, has modified the Spanish Criminal Procedural Law. The aim of this legal reform is adapting these situations to the prerequisites established by the Spanish Supreme Court, to ensure a fair balance between the victims' protection and the safeguarding of the defendant's procedural rights.

Keywords: Gesell Dome; secondary victimization; particularly vulnerable victims; pre-constituted evidence.

* Profesora Contratada Doctora. ORCID: orcid.org/0000-0002-2027-8232

Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Dirección: Ctra. Utrera, km1, CP. 41013, Sevilla. Email: asanrub@upo.es



INTRODUCCIÓN

La toma de declaración de testigos, como ocurre con el resto de diligencias de investigación y de pruebas en el proceso penal, ha sufrido importantes cambios que han ido adaptando su regulación a las circunstancias y particularidades de los avances producidos en el ámbito procesal. Así, encontramos modificaciones en relación con las dispensas al deber de declarar, el tratamiento de la protección de testigos, la posibilidad de prestar testimonio por escrito, la testifical anticipada o la testifical preconstituida, entre otras.

En este último punto relativo a la testifical preconstituida es en el que nos centraremos en el presente trabajo, pues la utilización de la herramienta conocida como Cámara Gesell implica que la toma de declaración practicada en fase de investigación pueda ser utilizada como prueba en la fase de juicio oral. Con ello se pretende evitar que la persona que tiene que prestar declaración deba hacerlo dos veces, una ante el juez de instrucción y otra ante el órgano sentenciador, pues prestar la declaración como diligencia de investigación y, más tarde, como prueba, incide doblemente en el sufrimiento que pueda padecer quien haya de revivir el hecho delictivo. De esto último se colige que la preconstitución de la prueba testifical mediante la Cámara Gesell está prevista únicamente para cuando quien haya de declarar sea una víctima y no para cualquier testigo. Se trata, por tanto, de sortear el efecto de la doble victimización, también conocido como revictimización o victimización secundaria².

Esta doble victimización ocasiona que la persona que afirma haber sufrido un hecho delictivo haya de volver sobre aquellos dolorosos e incómodos momentos, con el estrés emocional que ello conlleva, particularmente cuando el delito es grave y la víctima es especialmente vulnerable, por lo que deriva de las relaciones de la víctima con el sistema procesal penal³. Por ello, como se verá a continuación, la Cámara Gesell está considerada como una buena práctica procesal, al tratarse de un mecanismo específico de protección de estas víctimas, que les brinda una consideración y atención reforzadas con el fin de garantizar su bienestar y evitar que se acentúe el trauma vivido⁴.

² En relación con este concepto, señalan GUTIÉRREZ DE PIÑERES, CORONEL y ANDRÉS que «muchos autores coinciden en definir la victimización secundaria como las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal, supone, un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión acerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, dejándolas desoladas e inseguras y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a las necesidades de las mismas. Así mismo se entiende como una segunda experiencia victimal que resulta con alguna frecuencia siendo más negativa que la primaria, y puede llevar a incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión psicológica o patrimonial». GUTIÉRREZ DE PIÑERE BOTERO, C., CORONEL, E., ANDRÉS PÉREZ, C., «Revisión teórica de concepto de victimización secundaria», en *Liberabit*, v. 15, núm. 1, 2009, p. 50.

³ Sobre el concepto de victimización secundaria asevera SEMPERE FAUS que «cuando la víctima entra en contacto con el sistema penal, policial y/o judicial, experimenta la excesiva burocracia y dilación de los procedimientos, sufre la incompreensión de los operadores jurídicos y del propio sistema que incluso las ignora. En ocasiones las víctimas son tratadas como acusados en los interrogatorios, sufren la falta de tacto o la incredulidad ante su relato de determinados profesionales, se enfrentan a su agresor cara a cara en las declaraciones en el juicio oral, o no se sienten reparadas por la sentencia [...] En consecuencia, el maltrato que la víctima recibe por parte de las instituciones puede agravar el daño psicológico a la víctima, siendo con cierta frecuencia más grave a veces que la victimización primaria». SEMPERE FAUS, S., «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto, 2020, p. 880.

En lo que sigue explicaremos cómo se desarrolla este interrogatorio a través de la citada Cámara, destacando qué sujetos intervienen y de qué manera lo hace cada uno. En segundo lugar, nos detendremos en las notas esenciales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el respeto a los principios procesales y la preconstitución de esta prueba. A continuación, analizaremos sobre la base de qué artículos es posible practicar esta toma de declaración en el ordenamiento jurídico español. En cuarto lugar, trataremos sobre el ámbito subjetivo y objetivo en el que puede aplicarse esta herramienta, es decir, qué víctimas son susceptibles de ser interrogadas mediante la Cámara Gesell y qué delitos han de haber sido denunciados. Y, por último, apuntaremos algunas consideraciones sobre los expertos que asisten a estas víctimas durante la toma de declaración, para finalizar con algunas conclusiones al respecto.

1.-¿QUÉ ES LA CÁMARA GESELL?

La Cámara Gesell es una reciente técnica de toma de declaración que, desde su creación, viene siendo empleada para interrogar a menores víctimas de delitos sexuales. Su nombre proviene del célebre psicólogo estadounidense Arnold Gesell, quien ya en los años 20 solía trabajar recopilando fotografías y vídeos acerca del comportamiento de los niños pues, según su investigación, las reacciones y pautas infantiles eran analizadas con mayor detalle de este modo. Tomar nota de ciertas respuestas o conductas infantiles no era tan preciso como poder observarlas una y otra vez mediante una videograbación. Por lo que así fue como desarrolló sus múltiples trabajos en el campo de la pediatría y de la psicología infantil⁵.

Esta herramienta tiene numerosas aplicaciones, en tanto que sirve para estudiar conductas, reacciones emocionales y procesos cognitivos de los menores, tanto de forma individual como a través de las interacciones por grupos. Su utilización en la psicología viene de muy atrás, no obstante, su uso en el ámbito jurídico es bastante más novedoso. Particularmente, en lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, no es hasta el año 2016 cuando se emplea por primera vez esta técnica para la toma de declaración de un menor en un juzgado de Valencia, mismo año en el que se instaura esta sala en los juzgados de Málaga⁶.

⁴ La atribución del calificativo de “buena práctica procesal” a esta nueva herramienta de toma de declaración ha sido reconocida en la *Guía de buenas prácticas judiciales para la declaración de las víctimas de violencia de género*, elaborada por el Grupo de Expertos y Expertas que asesora al Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género y publicada por el Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 2018. Esta guía amplió sus directrices siendo no solo de aplicación a las mujeres víctimas de violencia de género, sino también a los menores de edad, sean o no víctimas de violencia de género. Como consecuencia, en el apartado referente a las buenas prácticas sobre la declaración de la víctima en la fase de instrucción se considera a la cámara Gesell como un medio idóneo para reducir o, en el mejor de los casos, suprimir la victimización secundaria que pueden sufrir los menores víctimas de un delito de naturaleza sexual. Esta Guía está disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Guia-de-buenas-practicas-para-la-toma-de-declaracion-de-victimas-de-violencia-de-genero> [Última consulta: 30 de diciembre de 2021]

⁵ Para profundizar sobre las técnicas empleadas por Arnold Gesell vid., *ad exemplum*, HUNNIUS, S., BEKKERING, H., «The early development of object knowledge: a study of infants' visual anticipations during action observation», en *Developmental psychology*, 2010; CURTIS, S., «“Tangible as Tissue”: Arnold Gesell, Infant Behavior, and Film Analysis», en *Science in Context*, 24(3), 2011; ADOLPH, K., «Video as data: from transient behaviour to tangible recording», en *APS Obs.*, 29(3), 2016.

⁶ Incluso en juzgados como los de Valencia ya se había protocolizado el procedimiento para llevar a cabo actuaciones en este sentido y garantizar así una prueba preconstituida válida que reduzca la victimización secundaria que afecta al menor. Buen ejemplo de ello son las “Normas de funcionamiento para la práctica de

Siguiendo esta idea sobre captación filmada del comportamiento de menores, los tribunales españoles han ido adoptando los requisitos objetivos y subjetivos que exige la Cámara Gesell.

En relación con los requisitos objetivos cabe destacar la estructura de la sala, pues tener un habitáculo debidamente equipado para llevar a cabo la toma de declaraciones es un elemento esencial para el buen funcionamiento de esta técnica. En este sentido, comenzaremos señalando que se necesitan dos salas contiguas que estén separadas por un cristal que tenga un efecto reflejo, es decir, que permita que en una de las salas pueda observarse lo que sucede en la otra pero que impida el efecto contrario. En esta segunda sala, en la que no se puede ver ni siquiera que hay una sala contigua, será en la que preste declaración el menor. Esta habitación, además, ha de estar equipada con cámaras en cada punto de la estructura y con sus correspondientes micrófonos, todo ocultamente colocado, para que la toma de declaración pueda ser reproducida en juicio oral y no sea necesario que el menor declare dos veces⁷.

Normalmente, en función de la edad del menor, se colocarán en esta sala elementos que puedan aportar confianza como pueden ser juguetes, peluches o lápices y hojas para pintar; pensando en que el menor en un momento dado de la declaración prefiera utilizar símiles o lenguaje no verbal sobre determinadas acciones (por ejemplo, en qué habitación de la casa se encontraba en ese momento, quienes estaban, posiciones, etc.), ya que esto suele facilitar la comunicación entre la víctima y el psicólogo. Más aún, cuando se trata de delitos sexuales, al ser temas en los que el menor todavía no tiene conceptos desarrollados o los que tiene pueden ser equivocados⁸. El objetivo primordial de este equipamiento es crear un ambiente cálido y acogedor para el menor, en el que se sienta cómodo, para lograr, así, que la declaración sea lo más distendida posible.

diligencias de exploración de menores, declaraciones de víctimas de especial vulnerabilidad y pruebas anticipadas por videoconferencia”, adoptadas por el Decanato de los Juzgados de Valencia, en 2016. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Comunidad-Valenciana/Actividad-del-TSJ-Comunidad-Valenciana/Protocolos-y-convenios/Decanato-de-los-Juzgados-de-Valencia-Normas-de-funcionamiento-para-la-practica-de-diligencias-de-exploracion-de-menores-declaraciones-de-victimas-de-especial-vulnerabilidad-y-pruebas-anticipadas-por-videoconferencia> [Última consulta: 30 de diciembre de 2021].

Además, también cuentan estos tribunales con una Guía Práctica para la aplicación del Estatuto de la Víctima elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el año 2016, en la que se incluyen importantes referencias a la toma de declaración preconstituida en el caso de menores de edad. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Comunidad-Valenciana/Actividad-del-TSJ-Comunidad-Valenciana/Protocolos-y-convenios/Decanato-de-los-Juzgados-de-Valencia-Guia-practica-para-la-aplicacion-del-Estatuto-de-la-Victima-en-los-Juzgados-de-Valencia> [Última consulta: 30 de diciembre de 2021].

⁷SEMPERE FAUS, S., «La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la Cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria», en *Revista General de Derecho Procesal. Iustel*, núm. 48, 2019, p. 39.

⁸ «En la entrevista, también existen prácticas comunes como la utilización de figuras humanas corrientes (de juego) y muñecos anatómicamente correctos en los casos de abuso sexual. En el caso de las figuras humanas, su uso es recomendable en la fase de entendimiento y compenetración del menor, pues en la fase de interrogatorio existe el riesgo de “favorecer la sugestibilidad y las falsas memorias”. Por otro lado, los muñecos anatómicamente correctos, si bien se caracterizan por tener un mayor grado de especificación en cuanto a los atributos sexuales (órganos sexuales definidos), su utilización no es recomendable, porque al no ser los que acostumbra el menor puede dar lugar a una mayor contaminación de la fantasía con los sucesos reales». ROBLES SEVILLA, A., «Los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell en el proceso penal peruano», en *Derecho y Cambio Social*, núm. 59, ene-mar 2020, pp. 18-19.

Por otra parte, la otra sala es conocida como sala de observación, al ser aquella en la que se produce la observación directa y clara de lo que está pasando en la habitación contigua. El equipamiento de esta sala es más sencillo, basta con que el cristal colocado en una de sus paredes permita la visión de lo que sucede en la sala contigua y que se oiga también lo que en ella acontece. En ella se dispondrá de varias sillas, en función de los sujetos que a continuación veremos que deben presenciar el interrogatorio. Además, si las circunstancias del caso lo requiriesen, podría colocarse una mampara que separase al acusado de los representantes legales de los menores para evitar confrontaciones y situaciones de tensión⁹.

En lo que respecta a los requisitos subjetivos, es decir, las personas que deben participar de manera activa o pasiva durante esta toma de declaración, cabe destacar, en primer lugar, la presencia del menor víctima y de un psicólogo experto. Ambos estarán en la sala conocida como sala de trabajo o sala amigable, esto es, aquella ambientada para el confort del menor. En dicha sala el psicólogo experto será quien realice las preguntas al menor, por lo que ni el juez ni los abogados de las partes interactuarán con él de manera directa, sino a través del experto¹⁰. Para ello, con carácter previo a la toma de declaración, se le proporcionarán por escrito al experto una serie de preguntas para que pueda prepararse la interacción que llevará a cabo con el menor. Aun así, está permitido que, bien en un descanso bien de manera simultánea si los medios tecnológicos lo permiten en dicho juzgado, las partes o el juez puedan añadir nuevas preguntas en el momento en el que se está desarrollando el interrogatorio, tal y como podrían hacerlo si la declaración se estuviese prestando de forma tradicional.

La clave para el correcto devenir de esta técnica es, precisamente, que el experto encargado de formular las preguntas relativas a los hechos objeto de la causa, lo haga de la forma más adecuada a la situación personal y a la edad del menor¹¹. Es por ello por lo que es imprescindible que dicho experto pueda preparar de antemano el diálogo que mantendrá con

⁹ Además, tal y como indica el Manual de procedimiento para el uso de la Cámara Gesell de la Fundación para la ayuda a la infancia y adolescencia en las necesidades especiales del desarrollo, «Conectado a la red corporativa el videograbador y las cámaras serán accesibles mediante los permisos adecuados a través de la misma desde los equipos designados pudiendo visualizarse mediante el software incluido o bien mediante un navegador de Internet, existiendo la posibilidad de observar las cámaras y/o grabaciones desde el exterior incluso desde teléfonos móviles», 2017, p. 14.

¹⁰ En relación con la conducción de esta entrevista entre menor y experto, apunta ROBLES SEVILLA que «las fases de la entrevista cognitiva serán las mismas que para los adultos, pero adaptadas al nivel cognitivo de los menores, en cuanto a su madurez, física, biológica, sexual, así como del conocimiento y lenguaje. Luego de ello, se iniciará formalmente el procedimiento del interrogatorio, en el cual: Primero, deberá procurarse un ambiente correcto de la entrevista para que el menor pueda recuperar la mayor cantidad de información posible, de esta manera, la inserción de instrucciones previas para el menor es vital. Se le debe instruir para que intente recordar todo lo que pueda y lo exprese de manera completa sin excluir información, para que tenga consciencia de que todo su relato es importante. Segundo, la técnica del interrogatorio debe responder a la técnica del recuerdo libre, basado en preguntas libres y no directas, lo que supone evitar a toda costa las preguntas cerradas o de naturaleza sugestiva o que induzcan a determinadas respuestas, de esta manera se procura que el menor permanezca relajado y no tenga sentimientos de culpabilidad; esto es contrario a lo que se enseña en las técnicas de litigación oral para testigos adultos, pues se trata de un testimonio especial, en el que debe prevalecer la integridad emocional del menor». ROBLES SEVILLA, A., «Los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell en el proceso penal peruano», *ob. cit.*, p. 18.

¹¹ En este sentido, recuerda ESTRADA JARAMILLO que de ahí deriva «la importancia de conocer la Cámara Gesell, un método de entrevista que debe ser aplicado por expertos en conducta de niños, niñas y adolescentes, pues teniendo en cuenta el interés superior del menor y la prevalencia de sus derechos, la sociedad debe asegurarles la no revictimización, propósito que esta herramienta tecnológica ofrece». ESTRADA JARAMILLO, L. M., «La Cámara

la víctima, para lo cual necesitará no solo las preguntas de las partes y, en su caso, del juez, sino también información precisa sobre las alegaciones de cada parte y sobre datos personales y familiares del menor que puedan influir en su conducta. Sobre la cualificación y el desempeño de este experto trataremos en el apartado quinto del presente trabajo.

Por otro lado, en la sala de observación es preceptivo que se cuente con la presencia del juez de instrucción, el fiscal, el letrado de la administración de justicia, los abogados de ambas partes, el investigado y el representante legal del menor, para que pueda hacerse valer posteriormente la toma de declaración como prueba. Como acaba de señalarse, es posible que los abogados de las partes, el fiscal o el juez realicen preguntas espontáneas durante la toma de declaración del experto, pero salvo esa posible intervención, la participación de las personas que se encuentran en esta sala será una participación pasiva¹². También se permite, como no podría ser de otra forma, la impugnación de preguntas si lo estiman necesario o la petición de aclaraciones que consideren de interés. Finalmente, estas preguntas se adjuntarán al acta levantada por el letrado de la administración de justicia.

La utilización de esta herramienta es un fenómeno en auge, puesto que a través de la misma se ha demostrado que el hecho de evitar que el menor víctima de un delito tenga contacto directo con quien dice que ha sido su agresor aminora con creces el daño psicológico que deriva de estos acercamientos, por lo que mediante la Cámara Gesell se prioriza el interés del menor, siempre susceptible de una protección especial¹³. Además, se garantiza el derecho a la defensa, al permitirse la presencia de la contraparte durante todo el desarrollo del interrogatorio y también se salvaguarda el derecho del menor a expresar libremente todo aquello que sirva para el esclarecimiento de los hechos. Muestra de este auge, al menos en lo que al ordenamiento jurídico español respecta, es el crecimiento exponencial de la implantación de estas salas en numerosos juzgados de todo el territorio nacional. De esta forma, como hemos indicado *supra*, en el año 2016 solo se contaba con salas Gesell en Valencia y en Málaga y en la actualidad ya hay varias en Madrid, Sevilla, Jaén, Alicante o Zaragoza, entre otros lugares. Además, está prevista su inminente creación en otras ciudades como es el caso de Vigo, por lo que lejos de ser algo excepcional, su uso se está extendiendo notablemente por todo el país, de ahí que el legislador haya impulsado la reciente reforma de la LECrim en lo que a esta toma de declaración respecta, operada, como veremos *infra*, por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Gesell: una herramienta para la entrevista de niños en los procesos de familia», en *Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, núm. 1, vol. 2, 2019, pp. 2-3.

¹² En lo que a ello concierne, señala ÁLVAREZ RAMOS, F., que «para que la declaración tenga validez como medio de prueba, resulta necesario que se cumpla el principio de contradicción, es decir, que el abogado de la defensa pueda formular al menor víctima o testigo cuantas preguntas considere oportunas; así como el de concentración, oralidad, intermediación y publicidad que suponen la comparecencia de testigos y peritos en el juicio oral». ÁLVAREZ RAMOS, F., «Asistencia psicológica a las declaraciones infantiles en sede judicial: la prueba preconstituida como forma de evitar la victimización», en *Niñas y niños víctimas y testigos en los procedimientos judiciales: implicaciones desde la psicología forense*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2011, p. 107.

¹³ En este sentido, advierten SUBIJANA y ECHEBURÚA sobre el daño que sufren los menores al afirmar que «la huella amnésica de la víctima adquiere un especial protagonismo en este tipo de delito, pero este testimonio es fácil de contaminar en víctimas vulnerables por razón de su edad, capacidad intelectual o equilibrio emocional». SUBIJANA, I. J., ECHEBURÚA, E., «Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados», en *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 28, 2018, p. 22.

2.-LA POSIBLE AFECTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN EN LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA

Como es sabido, el proceso penal español otorga validez exclusivamente a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral a los efectos de enervar la presunción de inocencia. Es esta una regla general que, como todas ellas, admite excepciones. Una de estas excepciones es lo que se conoce como preconstitución de la prueba o prueba preconstituida. Dicha excepción permite que pueda valorarse en sede judicial una prueba practicada en fase de investigación. No obstante, para ello han de cumplirse ciertos requisitos encaminados a salvaguardar las garantías procesales básicas, que no son meras formalidades, sino principios esenciales para la validez del proceso debido, como lo son la inmediación y la contradicción.

Es por ello por lo que en este apartado nos centraremos en analizar si el desarrollo de esta toma de declaración puede preconstituir prueba válida para ser valorada en juicio oral debido, principalmente, a la afectación que pueda ocasionar en el derecho de defensa del acusado¹⁴. Y es que, tal y como afirmaba la Sentencia del Tribunal Supremo 832/1999, de 28 de febrero, “pese a ser unánimemente reconocida la necesidad de tutelar eficazmente la indemnidad sexual de los menores, así como la de minimizar los efectos negativos de su intervención en el proceso, ha de convenirse también en que estos objetivos no pueden alcanzarse a través de la creación de un modelo procesal de carácter cuasi-inquisitorial, en el que se impida a la defensa el acceso directo a las fuentes de prueba sin posibilidad de contradicción. Ya que, 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”.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 19/2013, de 9 de enero, recuerda que nuestro ordenamiento jurídico “no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad”. Idea que desarrolla con mayor profundidad la Sentencia 632/2014, de 14 de octubre, también del Tribunal Supremo, cuando asevera que “no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores. Por ello, la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado”.

Sin embargo, continúa esta sentencia declarando que “cuando existan razones fundadas y explícitas —como puede ser un informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer—, puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo

¹⁴ Con relación a la denominación de “preconstituida”, IGLESIAS CANLE señala que «resulta absurdo adjetivar con el participio “preconstituida” el sustantivo “prueba” pues una actividad no se puede preconstituir. Lo que sí se puede es dejar constancia de que se ha realizado y el modo como se ha hecho, en un soporte apto para albergar datos (documentos, fotos, vídeos, etc.), pero ello no es cosa distinta a la creación de una fuente de prueba». IGLESIAS CANLE, I., «La denominada “prueba pericial preconstituida”: La nueva redacción del art. 788 LECrim», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 605, 2003, p. 1. Asimismo, GUZMÁN FLUJA opina que la expresión “prueba preconstituida” debería sustituirse por la de “preconstitución de las fuentes de prueba para juicio”, por ser esta, a su parecer y teniendo en cuenta el propio objetivo que se persigue con esta clase de actuaciones, más adecuada. GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 292.

desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias”.

Se recoge ya, por tanto, en 2014, la posibilidad de introducir la declaración del menor como prueba preconstituida, sin que existiera ningún precepto legal que lo contemplase, pues, como se verá en el siguiente apartado, no fue hasta 2015 cuando se introdujo dicha opción en un texto con rango de ley. En este sentido, cabe recalcar que, hasta ese momento la causa habitual por la que se preconstituían pruebas no era la de evitar la repetición innecesaria de interrogatorios en las distintas fases procesales para mitigar los daños derivados de la victimización secundaria que pudieran sufrir los agraviados por el hecho delictivo. La justificación de la prueba preconstituida nada tenía que ver con dicho fundamento. La finalidad esencial de la prueba preconstituida no era otra que asegurar el elemento de prueba por tratarse de una actuación irreproducible e irreplicable en juicio oral. De ello se desprende que la pretensión principal de la preconstitución de la prueba ha sido tradicionalmente la de evitar que se produzca la pérdida o desaparición de fuentes de prueba durante la tramitación de la causa. Se trataba, por tanto, de diligencias de investigación que por su propia naturaleza y sus características de irrepeticibilidad e irreproducibilidad podían adquirir eficacia probatoria plena siempre que no se hubiera conculcado el derecho de defensa durante su obtención y desarrollo¹⁵. Piénsese en la autopsia, en la recolección, traslado y análisis de muestras y huellas del delito y, en fin, en cualquier diligencia de investigación debidamente documentada en autos no susceptible de ser repetida ante el órgano sentenciador por causa de una imposibilidad material¹⁶.

Así se advertía en el Anteproyecto de LECrim del año 2011, donde se contemplaba la creación de un incidente de aseguramiento en caso de que existiera peligro de pérdida de una fuente de prueba. Dicho Anteproyecto disponía que, en este punto, el dato fundamental es la previsibilidad del evento que puede impedir la práctica de este tipo de prueba en el acto del juicio. De manera que los actos de aseguramiento solo deberían acceder al juicio oral cuando el riesgo prevenido se hubiera materializado, de forma que hubiera quedado totalmente impedida la práctica en el plenario de la genuina prueba. Si así fuera, el acto realizado, debidamente documentado y custodiado por el Letrado de la Administración de Justicia, sería testimoniado en caso de apertura de juicio oral. Además, en el plenario procedería su lectura si el riesgo que motivó el aseguramiento se materializase y la verdadera prueba no pudiera practicarse.

No obstante lo anterior, este Anteproyecto que, como es sabido, no llegó a ser aprobado, recogía también, como se verá con mayor detalle en el apartado siguiente, dos supuestos que, en virtud de la literalidad de la exposición de motivos, “no obedecen al fundamento general de

¹⁵ Vid. más sobre esta prueba y la diferencia con la prueba anticipada en [ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., «Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2108, 2015, pp. 18-26.](#)

¹⁶ En este sentido, GIMENO SENDRA sistematiza la prueba preconstituida en prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención, tales como los métodos alcoholimétricos, las grabaciones de videovigilancia, análisis sobre estupefacientes, las inspecciones corporales y la geolocalización; en prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial, tales como circulación y entrega vigilada de drogas, escuchas telefónicas, intervenciones de los datos electrónicos de tráfico y la gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN; y en cuanto prueba preconstituida del Juez de Instrucción, la recogida y conservación del cuerpo del delito, el reconocimiento judicial, las inspecciones e intervenciones corporales, la entrada y registro y la intervención de las comunicaciones. [GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 450.](#)

la institución del aseguramiento probatorio”. En este sentido, precisamente se menciona, por un lado, la confesión judicial urgente del investigado y, por otro, la declaración de personas vulnerables, ya que son supuestos caracterizados por estar desde un principio orientados a acceder al juicio oral, sin depender del riesgo de pérdida de la fuente de prueba. Según lo previsto en este texto legal, el caso de las personas vulnerables se refiere a cuando resulta absolutamente inidóneo el examen contradictorio del testigo por las propias condiciones de edad, enfermedad o discapacidad que presenta. En estas situaciones se debe establecer un cauce especial de aseguramiento que pasa por incluir la colaboración de un especialista con conocimientos especializados para entablar la adecuada comunicación con el testigo menor y evitar, así, la victimización secundaria.

Por consiguiente, podemos considerar que el hecho de admitir la práctica de una prueba preconstituida, que por su propia naturaleza sí puede ser repetida en fase de juicio oral, es una novedad bastante notable en el ordenamiento jurídico español. Precisamente por ello, la admisión como prueba preconstituida de una toma de declaración realizada en fase de instrucción no es algo automático, sino que han de justificarse las razones que fundamentan la excepción a la regla general de declarar también en sede judicial. Y es que el fundamento de la preconstitución de la prueba en el caso de la Cámara Gesell, esto es, la evitación de la doble victimización, no guarda relación alguna con la justificación que dio vida a este tipo de prácticas. Es por esto por lo que, quizás, podría haberse planteado el legislador referirse a esta toma de declaración como un incidente probatorio de obtención anticipada del testimonio o como una diligencia instructora de aseguramiento y disponibilidad del testimonio, para evitar la victimización secundaria¹⁷.

En cualquier caso, con independencia del término con el que nos refiramos a esta práctica, lo esencial es tener en consideración que la validez como prueba de cargo de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que han sido agrupados jurisprudencialmente según su naturaleza en cuatro categorías:

“a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el artículo 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral”.

Estos requisitos fueron establecidos por el Tribunal Supremo en la sentencia 71/2015, de 4 de febrero. Tan solo dos años más tarde, la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2017, de 29 mayo, amplió ligeramente el requisito cuarto, al añadir que, la introducción de la declaración sumarial podía hacerse también mediante el visionado de la grabación de la diligencia, si es que se hubiese contado con medios tecnológicos que lo permitiesen. Y, un año después, dicho Tribunal, continuando con la aportación de doctrina cada vez más exhaustiva en relación con

¹⁷ Esta figura del incidente de anticipación probatoria mediante la grabación del testimonio viene recogida en la legislación penal italiana (arts. 392 y 398 del Codice di Procedura Penale) para menores de dieciséis años víctimas de delitos sexuales. El examen o interrogatorio puede tener lugar fuera de la sede del Tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el domicilio del menor. Las declaraciones testificales han de ser documentadas en su integridad con medios de reproducción fonográfica y audiovisual.

las pautas que han de seguirse para practicar esta prueba preconstituida de la manera más garantista posible, en la sentencia 178/2018, de 12 de abril, completa con mayor detalle los requisitos anteriormente expuestos.

De lo declarado en este último pronunciamiento de 2018 debe señalarse, primero, que no basta con que la causa legítima que impida la declaración del menor en el juicio oral venga apoyada en meras argumentaciones del tribunal, sino que se precisará de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico sobre un posible riesgo concreto para los menores y cuya entidad ha de determinarse, en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes. Por ello, es insuficiente alegar que se pretende con ello evitar que el menor reviva una experiencia posiblemente muy traumática si no existe indicación en el expediente de que este motivo se fundamente en prueba concreta, como, por ejemplo, lo sería un dictamen pericial.

En segundo lugar, continua este pronunciamiento declarando que es necesario, además, que el tribunal realice un análisis ponderativo que descienda a las circunstancias del caso concreto. Muy particularmente, la edad del menor, pero también su madurez y demás condiciones concretas de su personalidad. Porque, en la medida de lo posible, si se pueden adoptar cautelas que garanticen su protección —como llevar a cabo su exploración evitando la confrontación visual con el acusado mediante dispositivos físicos de separación o mediante la utilización de videoconferencia—, no se podrá prescindir de la presencia del menor en la vista del juicio oral. Es decir, hasta la citada modificación de la LECrim, operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, la regla general era que el menor declarase también en juicio oral y para acudir a su excepción había que justificar con razones fundadas y explícitas el posible riesgo para su integridad psíquica en cada caso concreto. No bastaba, en consecuencia, con alegar que al ser un menor había que tomarle declaración de manera preconstituida. Ello ocasionaba que pudiéramos encontrarnos con casos en los que frente a un menor de la misma edad que había sufrido un mismo delito un tribunal estimase pertinente su interrogatorio preconstituido y otro no, por carecer de una prueba concluyente que aconsejase exceptuar la regla general de testificar en sala¹⁸.

En tercer lugar, se recalca, como no podría ser de otra forma, que el desarrollo de la prueba debe respetar escrupulosamente los principios de contradicción y de igualdad de armas, así como el derecho de defensa; pues, aunque nada se pueda objetar a que una sentencia condenatoria tenga como único fundamento la declaración de la víctima, su análisis valorativo cuando es la única o la principal prueba de cargo debe ser especialmente

¹⁸ Y es que, tal y como declara la STS 598/2015, de 14 octubre, «la regla debe ser el interrogatorio de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa. Ello no impide que la declaración del menor haya de practicarse en el juicio con todas las prevenciones necesarias para proteger su incolumidad psíquica. Así, el art. 707 de la LECrim, dispone para el ámbito del juicio oral que “ *la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la prueba*”. Sin embargo, esa misma doctrina (SSTS 96/2009, de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) también señala que la «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos. Lo cual se 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 y verse sometidos al interrogatorio de las partes» (FJ 1º).

cuidadoso. De manera que tanto el acusado como el abogado han de estar en la sala de observación y este último podrá realizar las preguntas que al derecho de su cliente convengan. Asimismo, la exploración al menor habrá de ser debidamente grabada, a fin de que el Tribunal sentenciador pueda observar su desarrollo. Cabe decir que esta exigencia opera tanto si se trata de la única prueba de cargo como si viene acompañada de otras. La clave está en que para que pueda valorarse la declaración del menor como prueba preconstituida es preceptivo que se cumpla con los citados principios en aras del derecho de defensa¹⁹.

Y, en cuarto lugar, insiste la sentencia en que el juez de instrucción, al aceptar que la toma de declaración se realice como prueba preconstituida, deberá motivar que concurre el presupuesto excepcional de exclusión de la declaración en juicio oral. Es decir, debe dar cuenta de las razones por las que entiende que los mecanismos alternativos a la confrontación con el acusado y al escenario en que el juicio se desenvuelve podrían agravar los indeseados efectos que derivan de la victimización secundaria²⁰. Sin embargo, como veremos más adelante, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, no en todos los supuestos tendrá que darse cuenta de dichas razones, siendo obligatorio el empleo de la Cámara Gesell.

Con todo, podemos afirmar que la regla general establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo es que la toma de declaración del menor víctima de un delito sexual se lleve a cabo como el resto de testificales, es decir, en un primer momento en fase de instrucción y en un segundo momento en fase de juicio oral. Para que esta regla general se vea exceptuada y dicha declaración se realice mediante prueba preconstituida es necesario, por un lado, justificar razonadamente, tanto por la parte que lo solicita como por el juez que lo admite, que si el menor no declara de este modo se le va a causar un daño irreversible en su integridad psíquica. Si bien cabe puntualizar algo que se verá a continuación con mayor desarrollo, y es que la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, no ha acogido esta doctrina del Tribunal Supremo al introducir la obligatoriedad de preconstituir la declaración de víctimas menores de catorce años (arts. 449 bis y ter LECrim).

Y, por otro lado, es requisito *sine qua non* observar todas las garantías procesales básicas que han de regir en un proceso justo, especialmente, el principio de contradicción y de igualdad de armas, al ser los pilares fundamentales del derecho de defensa²¹. Si dicha

¹⁹ Al respecto, insiste la STS 222/2019, de 29 de abril, en que «la presencia de las partes en lugar en que no pueden ser vistas por el menor y su comunicación a través del experto posibilita una comunicación indirecta con éste que garantiza el respeto del principio de contradicción procesal, en condiciones suficientes y óptimas para salvaguardar el derecho de defensa» (FJ 4°).

²⁰ En este sentido, resulta oportuno destacar lo declarado por la STS 282/2019, de 30 de mayo. En este caso no se empleó la Cámara Gesell para la toma de declaración de las menores víctimas de un delito sexual, por lo que declararon ante el plenario. Con relación a ello, señala el Tribunal que «especial consideración merecen las declaraciones que las menores hicieron cuando comparecieron en el acto del segundo juicio oral, en las que narraron de nuevo los hechos objeto de enjuiciamiento, repitiendo otra vez más lo que tantas veces dijeron en ocasiones anteriores. Es de resaltar el patente sufrimiento que ambas menores experimentaron al prestar sus declaraciones, hasta el punto de que quedaron interrumpidas por sus sollozos y excitación nerviosa, habiendo tenido que acudir el Presidente del tribunal, juntamente con el Ministerio Fiscal y los Abogados de la acusación y de la defensa, a hablar privadamente con ellas a fin de hacerles ver que tenían que tranquilizarse y contestar a las preguntas que se les hiciesen, en un último esfuerzo por zanjar definitivamente esta etapa de sus vidas, cosa que finalmente hicieron de una manera más que aceptable, respondiendo pacientemente a todo cuanto se les preguntó, sin limitación ninguna, tal y como se puede comprobar mediante el recomendable visionado de las grabaciones.» (FJ 3°). Con lo que queda evidenciado, a *sensu contrario*, el dolor que se experimenta cuando no se opta por la preconstitución de esta prueba.

justificación razonada no aconteciera, la prueba preconstituida no sería practicada y si dicho respeto a las garantías procesales básicas no se cumpliera, la prueba preconstituida no podría ser valorada. Así lo ha declarado recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo 690/2021, de 15 de septiembre, al absolver al acusado de un delito de abuso sexual a menores porque “el tribunal sentenciador ha ponderado como única prueba la intervención de los psicólogos/psiquiatras como peritos y testigos de referencia, desplazando así la declaración de las víctimas, desplazando así el principio de contradicción así como el derecho de defensa del acusado por el hecho de que la víctima era menor de edad, vulnerando ello el derecho a un procedimiento con todas las garantías”, (FJ 1^º)²².

3.-LAS REFORMAS LEGALES QUE POSIBILITAN EL USO DE LA CÁMARA GESELL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Todas las exigencias analizadas son de creación jurisprudencial, pues la novedad de esta herramienta hacía que no estuviera expresamente prevista en nuestras leyes procesales hasta 2015. La última reforma legal, como se expondrá a continuación, es la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. No obstante, con anterioridad a la entrada en vigor de dichas modificaciones, la práctica de estos interrogatorios encontraba una clara cobertura legal en distintas normas que han sido modificadas al efecto.

Sobre este contexto normativo que posibilitaba el uso de la Cámara Gesell en el proceso penal español cabe destacar, en primer lugar, algunas normas europeas como la Decisión Marco 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, que establecía que «el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que les garanticen un nivel adecuado de protección». Y, en el mismo sentido, la Directiva 2012/29, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y que sustituye esta decisión marco, en sintonía con su predecesora, ordena «a grabar, en las investigaciones penales, las declaraciones de las víctimas que sean menores. Al objeto de emplear después dicha grabación como medio de prueba»²³.

²¹ En consonancia con esta idea, afirma BUJOSA VADELL que «las limitaciones que se impongan en la práctica de la prueba testifical del menor en ningún caso pueden suponer restricciones insuperables para la defensa del acusado, que debe poder combatir las declaraciones testificales en su contra, e incluso poner en duda la credibilidad del testigo, del modo que pueda introducir una duda razonable en la consideración del juzgador que le impida entender desvirtuada esa verdad interina que conocemos como presunción de inocencia». BUJOSA VADELL, L., «La declaración testifical del menor en el proceso penal de adultos y las nuevas tecnologías como instrumentos de protección», en GÓMEZ FRÖDE (Coord.) *Nuevos paradigmas del Derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 582.

²² Hemos de remarcar que esta sentencia no alude a la nueva normativa, la cual estaba ya en vigor en el momento de dictarse el pronunciamiento. Por el contrario, hace referencia al artículo 448 LECrim (derogado en parte por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio), obviando los nuevos preceptos 449 bis y ter LECrim.

²³ Debe recordarse, en relación con el plano internacional, que el uso de un espacio conveniente para que un niño exprese su opinión, previa a la decisión que se pueda adoptar sobre sus intereses, es una exigencia y no una mera recomendación. La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas es imperativa en este punto. Conforme a la O.G. núm. 12, de su artículo 12 se desprende que: «No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de

Cumpliendo con lo dispuesto por dicha normativa europea, en nuestro ordenamiento jurídico se han sucedido varias reformas, que han consistido en la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en la aprobación del Estatuto de la Víctima del año 2015 y en diversos cambios efectuados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, primero, a raíz de la entrada en vigor de este último texto legal y, segundo, como consecuencia de la aprobación de la citada Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Una de estas reformas, en concreto la operada en la LOPJ, es aquella encaminada a la actualización de los medios tecnológicos en el desarrollo de los distintos actos procesales. Así, el art. 230 establece desde el año 2003 que “Los juzgados y tribunales y las fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad”. Del mismo modo, el art. 229 dispone que las declaraciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas, eso sí, se refiere a personas geográficamente distantes. Por lo que con base en este precepto no sería posible emplear medios tecnológicos o informáticos para la práctica de testificales de personas que residen en la localidad en la que han de tomarle declaración. No obstante, sí lo permite el artículo 325 de la LECrim, aunque ya en la fase de juicio oral, al establecer que “el juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como investigado o encausado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido”.

En este orden de cosas, puede afirmarse que el proceso judicial español ha avanzado notablemente en la senda de la incorporación de las nuevas tecnologías en los actos procesales²⁴. Al menos sobre el papel, ya que son sobradamente conocidos los problemas prácticos que hay para la aplicación efectiva de estas técnicas. Aun así, el hecho de que se

información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal (...).».

²⁴ En palabras de ABA CATOIRA, «es general la opinión favorable a la introducción de la implantación y uso de las nuevas técnicas vía art. 230 LOPJ, sobre todo si tenemos en cuenta los Convenios Internacionales sobre la materia que ha ratificado España y sobre los que se ha hecho referencia. La primera de las conclusiones favorables es, a nuestro juicio, la gran variedad de sujetos que pueden utilizar la videoconferencia en el proceso penal español, según resulta de una interpretación conjunta de los artículos examinados, esto es, art. 229 LOPJ y arts. 306, 325 y 731 bis de la LECrim. [...] Así lo anterior, tanto las pruebas testificales como las ratificaciones periciales por videoconferencia son bien recibidas, tal como se desprende de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2002 que corrigió la Instrucción 1/2002. Asimismo, la jurisprudencia, tal como también se ha recogido, se muestra favorable a su uso, siempre y cuando se salvaguarden las garantías constitucionales de los imputados y se respeten las previsiones normativas establecidas al efecto. Ya en la fase del juicio oral, pueden intervenir a través de videoconferencia los imputados, testigos o peritos, según reza el art. 731 bis LECrim, que reproduce el contenido del art. 325 referido a la fase de instrucción. Sobre el Ministerio Fiscal nada se dice por lo que cuando se habla de “persona que intervenga en otra condición distinta a la de imputado, testigo o perito” hay que tener en cuenta que el Ministerio Fiscal no interviene en el proceso en el mismo plano que los citados.». ABA CATOIRA, A., «La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas (Realidad y futuro de la Administración de Justicia. La aplicación de las TICs)», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 34-35.

contemple su utilización ha supuesto el primer gran paso para posibilitar la utilización de herramientas como la de la Cámara Gesell.

En concreto, descendiendo a la preconstitución de la toma de declaración de menores y su relación con el uso de las nuevas tecnologías, la normativa que ha protagonizado el avance más destacado es el Estatuto de la Víctima aprobado en el año 2015. Sin embargo, antes de adentrarnos en dicha regulación debe hacerse especial mención a dos textos legales que, aunque no llegasen a ser aprobados, recogían importantes novedades al respecto. Nos referimos al Anteproyecto de LECrim del año 2011 y al Borrador del Código Procesal Penal del año 2013.

El primero de estos textos establecía en su artículo 68 que son víctimas en situación de especial vulnerabilidad, aquellas que, por las especiales características del delito y por sus singulares circunstancias personales, precisan adaptar su intervención en el procedimiento a su particular situación. Y que serán consideradas en todo caso víctimas especialmente vulnerables las que por razón de su edad, enfermedad o discapacidad no puedan someterse directamente al examen contradictorio de las partes. Para estos casos se prevé recabar el auxilio de expertos para examinarlas y que, cuando fuera necesario, la declaración se realice empleando medios que eviten la confrontación visual. En esta misma línea, el art. 382 especifica que la declaración de los menores de edad, enfermos o discapacitados se llevará a cabo por esta vía. Y el artículo 513 dispone, con mayor detalle, que la declaración del testigo menor o vulnerable se tomará de forma reservada a través del perito que el juez designe, procediendo en todo caso a su grabación audiovisual. Antes de su práctica, el juez oír a las partes sobre las informaciones que ha de aportar el testigo, trasladando al experto las que estime pertinentes para que las incluya en la exploración, que se practicará utilizando los métodos y técnicas adecuados a las características del testigo. Además, especifica que la diligencia será presenciada por el juez y las partes a través de medios técnicos que impidan que puedan ser vistos por el testigo. Lo cual casa a la perfección con los requisitos de la Cámara Gesell.

Por otro lado, el segundo texto, esto es, el Borrador del Código Procesal Penal del año 2013, amplía el ámbito subjetivo de persona vulnerable, al considerar en su artículo 61 que no solo serán las personas que por su edad, enfermedad o discapacidad puedan sufrir efectos perjudiciales de relevancia por su intervención en cualquier actuación procesal, sino también aquellas que se encuentren en una situación peculiar. Al respecto, establece que estos casos se adaptarán a la forma del acto y tomarán las medidas necesarias para evitar o reducir todo lo que sea posible tales efectos, con el dictamen de expertos si resulta conveniente y con respeto por el contenido esencial del derecho de defensa.

De manera más concreta, el artículo 383 establece que en caso de testigos menores de edad la toma de declaración se llevará a cabo bien evitando la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la diligencia, bien mediante la intervención de expertos; en cuyo caso y si así se acordara, serán los únicos que estarán en presencia del menor y que le formularán las preguntas oportunas de la manera que le sea menos perjudicial. En tal caso, la declaración así practicada deberá serlo en condiciones que permita a los Letrados de las partes presenciar la declaración y dirigir al testigo las preguntas que, siendo admisibles a criterio del Fiscal, se realizarán por medio de los citados expertos si se hallan presentes. Por lo que nos encontramos, de nuevo, ante una regulación de la aplicación de la Cámara Gesell en un texto que finalmente no fue aprobado.

Precisamente, puesto que ninguno de estos dos textos fue aprobado, no es, como decíamos *supra*, hasta el año 2015 cuando, mediante la entrada en vigor del Estatuto de la

Víctima, se recoge expresamente la posibilidad de declarar de manera preconstituida en caso de personas especialmente vulnerables, tal y como establecían los mandatos europeos y las disposiciones de estos dos conatos de LECrim. En lo que aquí interesa, hemos de citar el art. 26 de este Estatuto que dictamina que “En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección: Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal”²⁵.

De la dicción literal de este precepto podemos extraer una clara contradicción con lo que ha declarado la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pues este artículo dispone que las declaraciones “serán grabadas”, lo cual implica una generalidad en esta manera de proceder. También el Anteproyecto de LECrim de 2011 establecía que estas declaraciones “se tomarán de manera reservada” por un perito experto y “procediendo en todo caso a su grabación”. Sin embargo, el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 contempla esta toma de declaración como una posibilidad, pues en su redacción utiliza la expresión “podrá ser grabada” o “podrá ser acordada”. Lo cual concuerda con el criterio jurisprudencial expuesto, que defiende que la toma de declaración no va a ser grabada en fase de instrucción por el mero hecho de que sea un menor o una persona discapacitada necesitada de especial protección quien deba prestarla. Sino que se precisa del cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados para optar por la grabación de la declaración y su posterior reproducción en sede judicial. Por ello, esta falta de precisión del artículo 26 del Estatuto de la Víctima fue matizada por los artículos que modificaron la LECrim en el año 2015 como consecuencia de la aprobación de dicho Estatuto.

Así las cosas, el artículo 433 LECrim, desde el referido año y hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, disponía que “en el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el juez de instrucción podrá acordar que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal”, pero no siempre, sino cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarle graves perjuicios. “Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible”.

Era este el precepto que mejor encajaba con el desarrollo de la dinámica de la Cámara Gesell. Pues, aunque otros artículos como el 448, el 707 y el 731 bis de la LECrim permitían la utilización de videoconferencia u otro sistema similar que facilite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y evite la confrontación del menor con el inculpado, la herramienta que en este trabajo analizamos no se emplea de este modo. Esto es, no se trata de la clásica grabación del interrogatorio que realiza el juez de instrucción para

²⁵ En relación con esta previsión señala TINOCO PASTRANA que «las referencias a estas víctimas que consideran especialmente vulnerables, en modo alguno excluye la evaluación individual de otras posibles víctimas que presenten otras características subjetivas o sean víctimas de otros delitos o bajo otras circunstancias, en la medida en que sea necesario evitarles los perjuicios que se pudieran derivar del proceso. Por tanto, la evaluación individual se prevé para todas las víctimas, si bien las medidas especiales de los arts. 25 y 26 sólo se reconocerán a las víctimas que tras la evaluación sean consideradas con necesidades especiales de protección». TINOCO PASTRANA, A., «El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección», en *Processo penale e giustizia*, núm. 6, 2015, p. 3.

que luego sea reproducido en juicio oral. Ni tampoco del interrogatorio a tiempo real que se lleva a cabo por videoconferencia en el momento del juicio oral por el órgano sentenciador para evitar que la víctima acuda a sala. Sino que se precisa de un experto que conduzca la declaración y realice las preguntas, de un habitáculo especialmente preparado para ello y, sobre todo, de asegurar la presencia de las partes para que pueda garantizarse la igualdad de armas y la contradicción²⁶.

No obstante, el párrafo del artículo 433 recién expuesto ha sido derogado por la Disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, así como el párrafo tercero del artículo 448. En sustitución de ambos se han introducido los artículos 449 bis y 449 ter LECrim. El primero de ellos establece que la autoridad judicial podrá acordar la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida en los casos legalmente previstos, siempre y cuando se respete el principio de contradicción y se documente la toma de declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen. En relación con el respeto a la contradicción matiza que el interrogatorio se llevará a cabo aunque no esté presente la persona investigada, con la presencia de su abogado o, cuando concurren razones de urgencia, con uno de oficio designado al efecto²⁷. En el siguiente apartado veremos cuáles son los casos legalmente previstos, que han sido introducidos por el artículo 449 ter LECrim.

En cuanto a su introducción como medio de prueba, recoge el artículo 797 en su apartado segundo que “a efectos de la valoración de la declaración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia”. Esta vía será la utilizada para hacer valer la declaración prestada por el menor ante el psicólogo que la haya realizado, para que pueda ser visionada y valorada por el órgano sentenciador con base en el principio de inmediación²⁸. Además, respecto a esta grabación, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, ha introducido el artículo 703 bis LECrim

²⁶ Con relación a ello, apunta ARROM LOSCOS una falta de idoneidad en la introducción de esta nueva redacción del art. 433 LECrim «lo que está realmente introduciendo el párrafo 4º del art 433 de la LECrim es, sorprendentemente, el tercer supuesto de prueba anticipada. Y digo sorprendentemente no porque no aplauda la novedad, sino porque la ubicación me parece totalmente desafortunada, pues debería, a mi juicio, haberse configurado como tercer supuesto dentro del art 448 de la LECrim, que es el que regula dicha modalidad anticipatoria de la prueba, y no dentro del art 433. A su vez, curiosamente, el último párrafo del art 448 de la LECrim, tendría una ubicación más adecuada en el citado art 433, puesto que es éste el precepto que explica cómo se desarrolla la diligencia de la declaración testifical». ARROM LOSCOS, R., «La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 2015, p. 42.

²⁷ Textualmente, el citado artículo dispone que: “Cuando, en los casos legalmente previstos, la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida, la misma deberá desarrollarse de conformidad con los requisitos establecidos en este artículo.

La autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la declaración. La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

La autoridad judicial asegurará la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, de forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual. Se acompañará 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 preconstituida.

Para la valoración de la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en los párrafos anteriores, se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2”.

que dispone, en relación con los artículos 449 bis y siguientes, que “se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista” y que la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional o cuando la prueba preconstituida no reúna los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión. En este sentido, es importante reseñar que la práctica de la prueba no quedaría invalidada únicamente porque no se haya cumplido algún requisito formal, sino que ese incumplimiento ha de conllevar una indefensión para algunas de las partes. Por lo que, *a sensu* contrario, podemos afirmar que, aunque haya habido incumplimiento, si no ha sido de suficiente entidad como para causar indefensión, la toma de declaración en fase de instrucción tendría valor probatorio.

Por último, no podemos terminar este apartado sin mencionar el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020. En este texto queda reflejada la intención del legislador de regular estos supuestos de toma de declaración adecuándose a las pautas jurisprudenciales mencionadas *supra*. Así, su artículo 469 establece que cuando las condiciones del menor lo requieran (de acuerdo con sus habilidades, edad y madurez intelectual), la declaración se tomará con la intervención de un perito experto en psicología del testimonio. Y añade, además, que se garantizará que las partes puedan presenciar la declaración del menor a través de medios técnicos que impidan que puedan ser vistos por el menor que preste testimonio. Además, en aras del interés superior del menor, el artículo 672 de este Anteproyecto dispone en su letra b que la declaración de los testigos menores de dieciséis años siempre se llevará a cabo evitando la confrontación visual con el acusado²⁹.

Por todo ello, puede afirmarse que la normativa procesal española contiene un extenso marco de posibilidades donde se permite que el derecho de contradicción y de defensa se ejercite de forma indirecta al tiempo que se protege la integridad psíquica de quienes tengan que declarar, lo que hace perfectamente posible la práctica de la toma de declaración a través de la Cámara Gesell, aunque no se le haya denominado de esta manera en el texto legal.

²⁸ En íntima conexión con este precepto se encuentra el artículo 730 LECrim, pues permite también leer o reproducir las diligencias de investigación practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de las partes, no puedan ser reproducidas en el juicio oral. En lo que a ello respecta, señala ARROM LOSCOS que «En realidad, lo que hace la nueva redacción del art. 730 de la LECrim es recoger, ahora de forma expresa, dos supuestos: a) por un lado, respecto de la prueba anticipada, en tanto que atempera el requisito de la misma consistente en la necesidad de nueva declaración del testigo cuando la misma no fuera posible; b) por otro, operando en los casos de que, tomada la declaración bajo la forma de diligencia de investigación, esto es, sin contradicción, no fuera posible una nueva declaración del testigo en el acto del juicio por imposibilidad sobrevenida. De este modo, la imposibilidad del art. 730 ya no es, desde la literalidad del mismo, sólo una imposibilidad material sino también legal en el caso de declaraciones de víctimas menores de edad o con discapacidad, es decir, sujetos que presentan una especial vulnerabilidad». ARROM LOSCOS, R., «La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *ob. cit.*, p. 57.

Cabe señalar que este precepto 730 ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y ha quedado redactado como sigue: «1. Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral. 2. A instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis».

²⁹ Este Anteproyecto del año 2020 fue aprobado por el actual Consejo de Ministros, pero queda aún un debate intenso sobre el mismo hasta llegar, si es que finalmente se llega, a su aprobación definitiva.

4.-ÁMBITOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DE APLICACIÓN DE ESTA HERRAMIENTA EN LA TOMA DE DECLARACIÓN

La Cámara Gesell, como decíamos al comienzo de este trabajo, es una herramienta que ha empezado a utilizarse en nuestro ordenamiento jurídico hace apenas unos cinco años. Y durante ese corto espacio de tiempo su aplicación se ha restringido a la toma de declaración de menores de edad víctimas de delitos sexuales. Sin embargo, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, ha ampliado este ámbito subjetivo. Además, al ser una herramienta destinada a evitar o, al menos, a reducir la doble victimización, cabría preguntarse si no podría extenderse a más casos de los actualmente previstos. Tanto desde el prisma subjetivo, en relación con el perfil de víctimas idóneo para que la toma de declaración pueda ser realizada por esta vía, como objetivo, en relación con los delitos que han sufrido dichas víctimas. Por lo que en este apartado analizaremos si es posible y aconsejable extender la práctica de la Cámara Gesell a otros supuestos o si, por el contrario, es conveniente mantenerla acotada a su actual aplicación.

4.1.-Ámbito subjetivo de aplicación de la Cámara Gesell

La actual regulación, contenida en los artículos 449 bis y ter LECrim, se refiere a menores de catorce años y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Sin embargo, la realidad es que, en la práctica, la toma de declaración a través de la Cámara Gesell en el ordenamiento jurídico español solo se ha llevado a cabo con menores. Ahora bien, ¿solo puede ser aplicada la Cámara Gesell ante estos sujetos? Si lo determinante es la vulnerabilidad de la víctima, parece lógico que pueda ampliarse el ámbito subjetivo de esta herramienta y, además, deben concretarse las características de quienes están incluidos en el mismo³⁰.

Por ejemplo, cuando nos referimos a menores, debemos concretar qué se entiende por menor de edad. En este sentido, es por todos conocido que en España el menor de edad es la persona que tiene menos de 18 años. No obstante, no es lo mismo interrogar a un menor de 5 años que a un menor de 16. Por ello, señala la jurisprudencia que deberán valorarse previamente a optar por la toma de declaración de manera preconstituida circunstancias como la franja de edad, el grado de madurez o la necesidad de preservar la estabilidad emocional y el normal desarrollo personal ante el riesgo, razonablemente previsible, de que se pueda producir algún quebranto.

Como decíamos *supra*, antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, este tipo de consideraciones, además de ser apreciadas por el juez, necesitaban de un informe pericial que las detallase. Sin embargo, existían Guías y Protocolos de actuación en los que se recogen franjas concretas de edad que servían de referencia para decidir si convenía preconstituir el interrogatorio de menores víctimas³¹. En ellos se indica, en líneas generales, que el juez de instrucción deberá prescindir de la toma de declaración de la víctima cuando

³⁰ Al respecto, para GÓMEZ COLOMER se podría establecer un grupo amplio de víctimas vulnerables y especialmente vulnerables por razones de etnia, de orientación sexual, de edad, de enfermedad, de nacionalidad, por razones psíquico-físicas, de sexo, delincuencia organizada, pero el listado que expone en el que cada grupo de víctimas puede tener una justificación aceptable que lo incardine dentro del concepto de víctima vulnerable, no es asumible siendo preciso ser más rigurosos con un concepto legal de víctima especialmente vulnerable. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la víctima del delito .La posición jurídica de la víctima ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito en España*, Aranzadi, 2015, pp. 216-218.

ésta tenga menos de 3 años, por lo que en esos casos habrán de valorarse otro tipo de pruebas con las que puedan acreditarse los hechos delictivos. Por otro lado, cuando el menor tenga entre 4 y 10 años se recoge que deberá practicarse su exploración mediante prueba preconstituida. Y, por último, cuando tenga entre 11 y 17 años inclusive, se señala que es conveniente realizar la exploración mediante prueba preconstituida³².

Estas franjas de edad habían de tomarse como meras recomendaciones pues, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, los jueces eran libres para determinar si era más o menos conveniente en cada caso concreto que dicha declaración se preconstituyese como prueba o si el menor había de comparecer también el día del juicio oral. No obstante, el artículo 449 ter LECrim ha establecido una edad concreta, al disponer que cuando la persona sea menor de catorce años la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida. No se trata ya de una conveniencia o de una valoración por parte del juez instructor sino de una obligación de tomar la declaración de esta manera³³. Según la nueva regulación, que, como se indicó *supra*, contraviene la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la excepcionalidad de la toma de declaración de manera preconstituida, aunque es obligatorio preconstituir prueba, el hecho de que el interrogatorio lo lleve a cabo un experto podrá ser acordado por el juez, por lo que no es preceptivo.

¿Cómo actuar, entonces, con los menores de dieciocho años y mayores de catorce? Para responder a esta cuestión debemos acudir a la nueva redacción del artículo 707 LECrim, que establece que “...cuando una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible”. De manera que, según la legislación actual, es preceptivo preconstituir la toma de declaración en víctimas menores de catorce años y es evaluable utilizar otros medios tecnológicos que eviten la confrontación del menor de entre catorce y dieciocho años³⁴.

³¹ Entre ellos, cabe destacar el Protocolo de actuación en caso de víctimas o testigos menores de edad y/o con discapacidad disponible en: <https://www.icalpa.es/sites/default/files/DOCUMENTOS/NOTICIAS/Circulares/PROTOCOLO%20DE%20ACTUACION%20EN%20CASO%20DE%20VICTIMAS%20O%20TESTIGOS%20MENORES%20O%20DISCAPACIDAD.pdf> [Última consulta: 30 de diciembre de 2021]

³² En relación con los menores de edad, opina ARROM LOSCOS que «los niños no pueden fabular sobre hechos que no se encuentran en su campo vital como son las relaciones sexuales, por lo que si un niño de 5 años describe con detalle lo que acontece en una felación difícilmente cabe entender que pueda haber inventado ese lamentable episodio». ARROM LOSCOS, R., «La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *ob. cit.*, p. 25.

³³ Suponemos que es este el límite de edad fijado porque así lo recoge la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 361, cuando dispone que los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente.

³⁴ Cabe señalar que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal fijaba la obligatoriedad de evitar la confrontación del menor y del acusado cuando el primero tuviese menos de dieciséis años (artículo 672), por lo que no coincide con la regulación actual.

Ante este escenario, cabe preguntarse si es conveniente establecer franjas de edad que determinen cuándo es más o menos aconsejable la utilización de la Cámara Gesell o si, por el contrario, debe dejarse a la libre valoración judicial determinar su aplicación. Haciendo una breve alusión al derecho comparado cabe señalar que los distintos Códigos procesales penales de nuestro entorno contemplan distintas edades para el empleo de la Cámara Gesell. Así, en Alemania, el § 255a STPO prevé la grabación videográfica de las declaraciones de menores de dieciocho años víctimas de un delito sexual; en Italia, los artículos 392 y 398 bis de su Código recogen esta posibilidad para menores de dieciséis años, pudiendo desarrollarse el interrogatorio incluso en el domicilio de las víctimas; en Francia, los artículos 706-52 y 706-53 del Code de procédure pénale permiten también la utilización de esta herramienta para menores, sin especificar edad; y el Código de procedimiento penal Suizo establece en el artículo 154 la posibilidad de interrogar de este modo a los menores de dieciocho años, siempre que acudir a juicio suponga una grave presión psicológica.

En nuestra opinión, aunque las franjas de edad podrían ser un criterio orientativo, debería primar el criterio judicial de evaluar cada caso concreto para preconstituir esta prueba, por lo que consideramos más apropiado que el legislador hubiera aconsejado la preconstitución de la prueba y no la imposición de la misma, sin hacer referencia, además, a una edad en concreto. Y es que son tan variados los supuestos que pueden darse, que circunscribir la aplicación de esta herramienta a la edad de la víctima no parece del todo adecuado. Piénsese en un abuso sexual de leves tocamientos por parte de un familiar adulto que sufre un menor de quince años que no ha experimentado ninguna situación sexual consentida previa. Por otro lado, piénsese en un abuso sexual que sufre un menor de 13 años que ha experimentado varias relaciones sexuales completas previas y que dicho abuso se ha llevado a cabo por una expareja en un contexto en el que ambos estaban retomando la relación. Al haber optado por el límite de 14 años, creo que estaríamos obviando circunstancias determinantes, tanto del hecho delictivo como de la madurez del menor que lo sufre, para decidir sobre la idoneidad de la utilización de la Cámara Gesell. Es por ello por lo que abogamos por una valoración conjunta de las circunstancias que rodean a cada caso para proceder a tomar la declaración de manera preconstituida o no ³⁵.

Avanzado en el ámbito subjetivo de aplicación de esta herramienta, por otro lado, debemos detenernos en las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, al ser expresamente citadas en nuestra LECrim como sujetos idóneos para declarar de manera preconstituida. Con anterioridad a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, la LECrim no se refería a personas discapacitadas sino a personas que tuvieran la capacidad judicialmente modificada. Sin embargo, la reforma de la Ley Orgánica 8/2021, en sintonía con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y con el artículo 26 del Estatuto de la

³⁵ De otra parte, y puesto que la Cámara Gesell ha sido utilizada para casos de delitos sexuales, cabría utilizar también como límite de edad la del consentimiento sexual. Esta edad se situó en el año 1999, mediante la reforma del Código Penal operada por la LO 11/1999, de 30 de abril, en 13 años. Sin embargo, 13 años era la edad de consentimiento sexual más baja de la Unión Europea, contemplando otros países la edad de 14 años (República Federal de Alemania, Italia, Portugal, Austria, Hungría), 15 (Francia, Polonia, Dinamarca, Suecia), 16 (Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega), 17 (Irlanda y Chipre) y 18 años (Malta). Atendiendo a esta realidad, el Comité de los Derechos del Niño (2007) recomendó a España considerar “la posibilidad de elevar la edad de consentimiento sexual para brindar una mayor protección contra los delitos abarcados por el Protocolo Facultativo”. Y, como consecuencia de tal recomendación, el legislador de 2015 fijó en el artículo 183 quater del Código Penal la edad de consentimiento sexual en 16 años.

Víctima, es clara: se precisa que sean personas discapacitadas necesitadas de especial protección. No obstante, no todos los textos legales que se han referido a estos supuestos han tenido la misma redacción. Por un lado, tanto el Anteproyecto de LECrim de 2011 como el Borrador del año 2013, al respecto, establecían que eran víctimas especialmente vulnerables las que por razón de enfermedad o discapacidad no pudieran someterse a examen contradictorio. Y, por otro, el reciente Anteproyecto de LECrim del año 2020 hace alusión también a personas con discapacidad, atendiendo al grado de la misma, que será lo que determine su situación de vulnerabilidad.

Con relación a ello, consideramos más adecuado hablar de personas con discapacidad necesitadas de especial protección que referirse únicamente a personas con la capacidad judicialmente modificada, como hacía el anterior artículo 433 LECrim, pues esto restringía sobremedida la posibilidad de emplear la Cámara Gesell en personas que, aunque no hubieran obtenido una resolución judicial en la que constase que tenían su capacidad modificada, efectivamente sufrían alguna enfermedad o discapacidad, que debía venir acreditada por informes médicos, y que justificase su declaración preconstituida y realizada por un experto³⁶. Por otro lado, la redacción actual, cuando alude a la necesidad de “especial protección”, es poco precisa, además de dejar atrás a personas no discapacitadas pero que igualmente requieren una adecuación en el modo de prestar testimonio³⁷.

Por ello, a nuestro juicio, la redacción más acertada es la que contienen los textos no aprobados de 2011 y 2013 porque no solo se refieren a personas con discapacidad, sino también a personas enfermas, haciendo clara alusión a personas que padecen trastornos psíquicos. Creemos que, al igual que sucede con el libre criterio que defendemos para que los jueces decidan sobre la idoneidad de la Cámara Gesell en menores, debería imperar este libre criterio también para personas con alguna enfermedad psíquica que no conlleve una discapacidad y que las haga víctimas especialmente vulnerables, al menos hasta que el legislador no afine al regular estos supuestos y siempre sobre la base de informes periciales que así lo justifiquen. Por último, respecto a este colectivo, no podemos dejar de señalar que, aunque nos parece un descuido del legislador, no ha sido acertado no incluir a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección en el párrafo segundo del artículo 449 ter

³⁶ Si bien, en este sentido, no cabría ya hablar de capacidad judicialmente modificada pues, el cambio más sustancial que ha introducido la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha sido la sustitución de los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad.

³⁷ Con relación a la toma de declaración de manera preconstituida en el caso de personas con discapacidad la Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual, elaborada por el Ministerio del Interior, propone la utilización de la figura del facilitador. Se trata de «un profesional independiente, que no se presenta como acusación ni como defensa, sino que sirve como apoyo al proceso policial y judicial en sus diferentes fases y contribuye a activar la adaptación de los procedimientos judiciales conforme a lo que nos obliga la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad. El perfil del facilitador es el de un psicólogo criminalista forense, especializado en el trabajo con personas con discapacidad intelectual y en psicología clínica». Según esta guía, entre sus principales funciones se encuentran: preparación de la víctima para la entrevista policial y judicial; evaluación de las capacidades de la víctima que pueden condicionar la prueba testifical; obtención del testimonio y realización de la prueba preconstituida; valoración de la capacidad de la víctima para consentir; y labores de intérprete. Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual, Ministerio del Interior, Fundación A La Par, 2017, pp. 99-100. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201295/GuiaIntervenci%C3%B3nPolicialPDIversi%C3%B3nweb.pdf/806b2414-8c6b-483a-a928-434daf3d5dc3> [Última consulta: 30 de diciembre de 2021]

LECrim, que es el que habilita al juez para decidir que el interrogatorio lo lleve a cabo un equipo psicosocial; algo que sí ha hecho para los menores de catorce años.

Aun así, lo cierto es que en España las salas Gesell que hay instauradas en los distintos juzgados de la nación no se han empleado hasta la fecha en personas con algún tipo de discapacidad o enfermedad mental. No obstante, sí que se han empleado para otras víctimas que no vienen recogidas en el artículo 449 ter LECrim, nos referimos a las víctimas de violencia de género. La doble victimización que sufren estas mujeres es especialmente acentuada, debido al sentimiento negativo propio de la doble victimización acerca de la repetición de la información emocionalmente dolorosa por las distintas fases procesales, el cual aparece ligado con el sentimiento de vergüenza y de culpabilidad que padecen gran parte de ellas³⁸. Para mitigar esta doble victimización se ha considerado conveniente el uso de la Cámara Gesell en la toma de declaración de estas víctimas, pese a no estar previsto legalmente³⁹.

Huelga decir que para estos interrogatorios la decoración de la sala variaría sustancialmente de la que se utiliza para el interrogatorio de un menor, por lo que, aunque la sala pueda ser la misma por estar acondicionada y equipada para garantizar la contradicción, habría que realizar algunas modificaciones que adecuen el entorno físico a las características de la víctima en cuestión. Asimismo, como veremos en el apartado quinto de este trabajo, tampoco servirá el mismo experto para conducir el interrogatorio de un menor que el de una víctima de violencia machista. Pero, pese a la necesidad de realizar estos ajustes, puede afirmarse que utilizar la Cámara Gesell para los casos de violencia de género es un importante avance en la protección de estas víctimas. Por lo que, en sintonía con la tesis que venimos defendiendo, será cada juez, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, quien decida sobre la conveniencia de interrogar a una víctima de violencia de género utilizando esta herramienta, con independencia de que no venga recogida en la ley esta posibilidad, siempre y cuando quede suficientemente acreditada esta necesidad a través de los informes periciales pertinentes⁴⁰.

³⁸ En lo que atañe a la declaración de las víctimas de violencia de género, cabe señalar que el miedo que suelen sufrir estas víctimas y la dominación que padecen por parte de su agresor las hace cambiar de opinión en cuanto a declarar en su contra o no hacerlo. De manera que es muy habitual que, aunque declaren en fase de instrucción, se retracten de hacerlo en fase de juicio oral. Para evitar que esta decisión resulte en la absolución del acusado por falta de pruebas la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020, de 10 de julio, ha prohibido que la víctima pueda acogerse a la dispensa del deber de declarar que establece el art. 416 LECrim. Pues no es esta un simple testigo, sino la víctima de los hechos denunciados. Mediante la utilización de la Cámara Gesell, se facilitaría en estos casos la falta de prueba, ya que al tener la grabación de la declaración de instrucción ni siquiera podría la víctima cambiar su testimonio, al no haber una segunda declaración en sede judicial.

³⁹ En consonancia con esta idea, apunta SEMPERE FAUS que «nuestra propuesta sería que el legislador regulase este sistema de prueba para las declaraciones de los menores, de las personas especialmente vulnerables o de las víctimas mayores de edad con discapacidad, al legislador le correspondería recoger el ámbito de aplicación, los requisitos de validez esgrimidos por la Jurisprudencia durante los últimos años, para no dar lugar a interpretaciones, estableciendo con carácter preceptivo la utilización de la Cámara Gesell o sistemas análogos en los supuestos que considerase, a saber, delitos sexuales, violencia de género, trata de seres humanos, entre otros, o bien, con carácter facultativo en otros supuestos». SEMPERE FAUS, S., «La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la Cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria», *ob. cit.*, pp. 48-49.

⁴⁰ En este mismo sentido, afirma LUACES GUTIÉRREZ que no solo deben ser víctimas especialmente vulnerables los menores y las personas con discapacidad, aunque la Directiva 12/29/UE haga más hincapié en estos sujetos. Y continúa la autora añadiendo que «las mujeres víctimas de Violencia de Género, es otro de los grupos o colectivos de víctimas especialmente vulnerables que requieren medidas especiales de protección, debiendo en este caso,

Por último, no debemos soslayar que existen otras víctimas que también padecen una severa victimización secundaria y que ni la actual LECrim, ni sus anteproyectos, ni los juzgados se han hecho eco de la conveniencia de que declaren mediante la Cámara Gesell⁴¹. Nos referimos ahora a las víctimas de trata de seres humanos. No hay duda de que el perfil de estas víctimas encaja de pleno en el de aquellas que sufren una doble victimización especialmente grave. Sin embargo, no han recibido la misma atención por parte de nuestro ordenamiento jurídico en lo que a su inclusión en el ámbito subjetivo de la Cámara Gesell se refiere. Sí que se han contemplado respecto a ellas ciertas medidas de protección, como las contenidas en el Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos⁴². Un protocolo creado a nivel nacional que ha sido desarrollado por algunas Comunidades Autónomas como Madrid, Galicia, Cataluña, Extremadura o Navarra.

En lo que aquí interesa, el Protocolo Marco establece en el punto XI.C.2, relativo a actuaciones procesales de protección, que los fiscales se asegurarán de que la declaración de la víctima durante la instrucción se realice con los requisitos necesarios para que pueda ser válida como prueba preconstituida. Ahora bien, dispone que ello será así cuando existan lógicas dudas sobre la futura comparecencia al acto del juicio oral. Es decir, recurre al fundamento tradicional de la prueba preconstituida, pero no alude al nuevo fundamento basado en evitar la doble victimización. Por tanto, interpretando esta disposición *a sensu contrario*, habrá de entenderse que, si no existen dudas sobre la posibilidad de que la víctima declare en juicio oral, no podrá recurrirse a la declaración preconstituida, pese a la vulnerabilidad de estas víctimas. Además, continua este punto disponiendo que también los fiscales podrán solicitar algunas de las medidas previstas en la Ley 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales, y el uso de otros medios que contribuyan a la protección de la víctima en el juicio oral, como la utilización de videoconferencias para su declaración⁴³.

Sin embargo, uno de los protocolos que desarrolla el recién mencionado, elaborado en la Comunidad de Madrid⁴⁴, recoge que los letrados y procuradores de oficio designados para

completar las disposiciones del Estatuto con las medidas reguladas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género». LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal», en *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 15, enero, 2016, pp. 145-148.

⁴¹ En relación con el concepto de víctimas especialmente vulnerables, cabe decir que podrían englobarse muchas otras víctimas como personas de la tercera edad o personas discriminadas socialmente por razón de sexo, raza o religión. Sobre víctimas especialmente vulnerables y su tratamiento en el proceso penal vid., ampliamente, BUJOSA VADELL, L., DEL POZO PÉREZ, M., *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinarios*, Aranzadi, 2019.

⁴² Protocolo disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/va/otrasFormas/trata/normativaProtocoloMarco/docs/protocoloTrata.pdf> [Última consulta: 30 de diciembre de 2021]

⁴³ En idénticos términos se pronuncia la Circular 2/2014 de la Secretaría General de la Administración de Justicia relativa a las actuaciones procesales de protección de las víctimas de trata de seres humanos y víctimas de violencia de género y doméstica, y las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Esta declaración se llevará a cabo, siempre que ello fuere posible, con el apoyo y el asesoramiento de profesionales especializados, y en un contexto adecuado a las necesidades de la víctima y/o testigo, principalmente en caso de menores y personas de especial vulnerabilidad. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionalesInvestigacion/juridico/protocolos/docs/CIRCULAR_2_2014.pdf [Última consulta: 30 de diciembre de 2021]

⁴⁴ Protocolo disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/ca/otrasFormas/trata/normativaProtocoloMarco/docs/ProtocoloTrataMadrid.pdf> [Última consulta: 30 de diciembre de 2021]

asistir a víctimas de trata deberán adoptar las prevenciones necesarias para evitar la revictimización, dirigiendo, a tal efecto, las peticiones oportunas al órgano judicial que en cada caso conozca del asunto, tales como: solicitud de medidas de protección visual durante la práctica de cualquier declaración de la víctima, incluido el uso de videoconferencia, petición de acompañamiento de la víctima por especialistas durante todo el procedimiento, o cualesquiera otras encaminadas a evitar cualquier tipo de victimización secundaria. Es decir, sí se acoge al fundamento de evitar la doble victimización para utilizar cualquier medida de protección en el acto procesal de toma de declaración de las víctimas de trata de seres humanos.

Es por ello por lo que consideramos más acertada esta disposición que la que contiene el Protocolo Marco a nivel nacional, al permitir que se justifique la adopción de la toma de declaración de manera preconstituida para ahorrar el sufrimiento a la víctima que previsiblemente le produzca el hecho de declarar más de una vez. Ahora bien, esta ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Cámara Gesell ha de observar, al igual que las demás, los referidos límites para no convertir a esta herramienta en la regla general de toma de declaración. Su uso, por tanto, ha de estar debidamente justificado en los informes exigidos al efecto.

4.2.-Ámbito objetivo de aplicación de la Cámara Gesell

Una vez planteada la posibilidad de ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la Cámara Gesell, procede analizar su ámbito objetivo. Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, la LECrim no hacía mención alguna al hecho delictivo que hubiera sufrido el menor o la persona con discapacidad necesitada de especial protección. Tampoco el Estatuto de la Víctima ni ningún Anteproyecto de reforma del Código Procesal Penal recogían los delitos que debían haberse cometido para que pudiera estudiarse la idoneidad de la Cámara Gesell. No obstante, la realidad es que, en la práctica, en el caso de menores todas las sentencias que han dictado los tribunales españoles se refieren a delitos sexuales.

No cabe duda de que los delitos sexuales son una de las conductas delictivas más reprochables, dada la directa influencia que tienen en la integridad sexual de las personas y, como consecuencia, en su dignidad. Esta reprochabilidad se acentúa aún más cuando el delito de carácter sexual se ha cometido contra un menor⁴⁵. Por ello, la aplicación de la Cámara Gesell para estos supuestos ha sido la que ha encontrado más acogida en nuestra jurisprudencia. No obstante, el legislador ha considerado adecuado añadir un catálogo de delitos cerrado para la aplicación de esta herramienta. En concreto, el artículo 449 ter LECrim se refiere a delitos de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata

⁴⁵ Sobre la base del que el interés superior del menor sea prioritario ante estos supuestos se aprobó en 2015 el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales. Según la exposición de motivos de este texto legal, el mismo pretende, en primer lugar, la prevención y protección de los menores frente a la delincuencia de naturaleza sexual, de conformidad con las normas nacionales y supranacionales, y acorde con los sistemas registrales de otros países de nuestro entorno. En segundo término, se desarrolla un sistema para conocer si quienes pretenden acceder y ejercer profesiones, oficios y actividades que impliquen un contacto habitual con menores carecen de condenas, tanto en España como en otros países, por los delitos a los que se refiere este real decreto. Y en último lugar, se busca facilitar la investigación e identificación de los autores de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, así como de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, con independencia de la edad de la víctima.

de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo. Y en el último párrafo señala que “las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve”.

Ahora bien, ¿es acertado acotar los delitos que han de cometerse o es preferible centrarse en el ámbito subjetivo con independencia del delito que se enjuicie? En el caso del ámbito subjetivo, aunque la LECrim se ciñe a menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección, hemos visto cómo la práctica procesal y la recomendación de algunos protocolos aconsejan su extensión a otras víctimas. Pero, en el caso de los delitos no existen estos protocolos o recomendaciones, por lo que, si el menor sufre, por ejemplo, un delito de amenazas no podrá ser interrogado por esta vía.

A nuestro juicio, al igual que consideramos acertado atender a la especial vulnerabilidad de las víctimas para decidir sobre la preconstitución como prueba de la declaración en fase sumarial, pues la finalidad no es otra que proteger al sujeto, creemos que hay delitos de los que debe presuponerse una doble victimización más acusada⁴⁶. Es por ello por lo que nos parece adecuado el listado que ha incluido el nuevo artículo 449 ter LECrim. Sin embargo, creemos que debería ser *numerus apertus* y no *numerus clausus*. Es decir, si se demuestra que debido a la vulnerabilidad de la víctima el interrogatorio en sede judicial va a causarle graves daños en su integridad psíquica debería optarse por la utilización de la Cámara Gesell, aunque el delito que se haya cometido no venga recogido en el citado precepto y con independencia de que sea leve o grave, ya que es esa experiencia especialmente traumática la que provoca la doble victimización que justifica la preconstitución de la toma de declaración.

5.-ACERCA DEL EXPERTO QUE CONDUCE EL INTERROGATORIO

Tal y como ha sido expuesto en el apartado dos del presente trabajo, si se opta por preconstituir la declaración del menor de edad, de la persona con capacidad judicialmente modificada o de una víctima de violencia de género o de trata de seres humanos a través de la Cámara Gesell, las preguntas no serán formuladas directamente por el juez de instrucción, sino por una persona especialmente designada para ello. Esta persona, según el artículo 26 del Estatuto de la Víctima y el artículo 449 ter de la LECrim, ha de ser un experto. También los Anteproyectos de LECrim del año 2011 y del año 2013 se refieren a un perito y a un experto. No obstante, ninguna de estas normas especifica qué tipo de experto es el que ha de conducir el interrogatorio.

En este sentido, el Anteproyecto de LECrim del año 2020 va un paso más allá, al disponer en el artículo 469.4 que “la declaración se tomará con la intervención de un perito experto en psicología del testimonio con experiencia en esta clase de pericia”. Ya antes de la aparición de este Anteproyecto, los interrogatorios realizados mediante esta herramienta se han llevado a cabo por psicólogos, puesto que era fácilmente comprensible que al referirse las anteriores normas mencionadas a un experto o a un perito aludían claramente a un licenciado en

⁴⁶ Al respecto, y en consonancia con esta idea, señalan ECHEBURÚA, DE CORRAL y AMOR que los delitos violentos (agresiones sexuales, terrorismo, violencia familiar, etc.) suelen generar con mucha frecuencia un trastorno de estrés postraumático, así como otros cuadros clínicos asociados (depresión, problemas psicósomáticos, abuso de alcohol, etc.) y una inadaptación a la vida cotidiana. ECHEBURÚA, E., DE CORRAL, P., y AMOR, P. J., «Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos», en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 4, 2004, p. 235.

Psicología. Sin embargo, no existía la exigencia de que este perito fuese experto en psicología del testimonio y, por ende, no se le requería ningún tipo de especialidad⁴⁷. Tampoco el actual artículo 449 ter especifica tal requisito, pues se refiere ampliamente a un equipo psicosocial interdisciplinar e interinstitucional. Sin embargo, la diferencia no es baladí, pues se acota sobremanera el número de profesionales aptos para participar de esta toma de declaración, en aras de las víctimas y del proceso en su conjunto, ya que se entiende que este tipo de expertos se desenvolverán mejor ante las posibles reticencias o temores que puedan experimentar los interrogados⁴⁸.

Siendo así, y aunque no haya sido ni siquiera aprobado este Anteproyecto de LECrim, consideramos conveniente que en la actualidad la práctica judicial se haga eco de esta exigencia y que los interrogatorios los realicen expertos que posean la cualificación recién mencionada. Además, no bastaría con dicha cualificación, sino que tal y como indica el señalado precepto, también habría de reunir la experiencia necesaria en esta clase de pericia. Cuánta experiencia será requerida dependerá del número de profesionales que cumplan estos requisitos y que estén disponibles dentro del partido judicial en cuestión. Aunque nada obsta a que estos expertos, si su número fuese escaso, pudieran desplazarse a otro juzgado para conducir el interrogatorio⁴⁹.

Al hilo de esta observación, cabe preguntarse si dichos peritos han de ser de oficio o podrían ser de parte. Por un lado, podría pensarse que al ser el experto de oficio se garantizaría su imparcialidad de mejor manera que si fuese de parte, aunque es por todos sabido que los peritos de parte que intervienen en un proceso judicial están obligados a prestar juramento o promesa de decir la verdad, por lo que nada obsta a que puedan ser expertos de parte quienes intervengan sin que tenga que ponerse en entredicho su imparcialidad. La cuestión es, ¿qué es más conveniente para la víctima? Es decir, ¿la toma de declaración se realizará con mejores efectos para la victimización secundaria si la realiza un experto de parte o, por el contrario, es más oportuno que lo haga un perito de oficio designado aleatoriamente? Pues bien, en principio, no debe dudarse de la profesionalidad de un perito de parte y, por tanto, no debe existir prevalencia por uno u otro profesional, aunque es cierto

⁴⁷ ROBLES SEVILLA aboga por la necesidad de esta experticia al afirmar que «es imprescindible que el profesional se encuentre formado y capacitado en las técnicas para esta clase de entrevista, que por su naturaleza son distintas a las realizadas a las personas adultas». Con relación a ello especifica que esta formación debe incidir en: «el conocimiento sobre el desarrollo emocional, cognitivo y lingüístico de los niños; el conocimiento del sistema legal y judicial; el entrenamiento en técnicas para asesorar la competencia mental, legal y lingüística de los niños; el entrenamiento en técnicas de entrevistas investigativas forenses con niños para obtener declaraciones confiables, objetivas y válidas; los antecedentes de formación sobre la dinámica del abuso de niños y adolescentes y su impacto en el psiquismo; y la actualización permanente la forma de consultas a colegas, de la literatura científica y de cuestiones legales». ROBLES SEVILLA, A., «Los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell en el proceso penal peruano», *ob. cit.*, p. 17.

⁴⁸ En relación con la necesidad de especialización de los profesionales, apunta FLORES PRADA que «la admisibilidad del dictamen depende de que el perito posea los conocimientos especializados mínimos que le permitan ser considerado como un experto en la materia objeto de prueba». FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 376.

⁴⁹ En países como Argentina se permite que, cuando por cualquier motivo no fuere posible contar con profesionales en psicología forense, la autoridad judicial pueda auxiliarse de cualquier profesional del comportamiento humano con entrenamiento en la entrevista en Cámara Gesell de niñas, niños y adolescentes, como profesionales en trabajo social forense u otro profesional que tenga la calidad de perito permanente debidamente capacitado. Al respecto, la propia Corte Suprema de Justicia ha sido quien ha capacitado a trabajadoras sociales en técnicas de entrevista en Cámara Gesell.

que, tal vez un perito de oficio tenga más experiencia en estos casos que uno de parte, por el simple hecho de haber trabajado previamente en sede judicial⁵⁰. No obstante, sí que hay un caso que plantea dudas sobre si puede que sea más conveniente la intervención del perito de parte. Este caso sería cuando este experto haya tratado a la víctima previamente, esto es, que sea su psicólogo habitual, como puede suceder con personas con discapacidad o víctimas de violencia de género que hayan necesitado apoyo psicológico en algún momento de su vida anterior al interrogatorio.

En estos casos podría argumentarse que la víctima se sentiría en un ambiente más relajado y distendido para realizar su declaración si quien le interroga es el psicólogo de su confianza. Además, este experto conoce a la víctima, su forma de ser y sus problemas o preocupaciones previas, por lo que puede que se dirija a ella con mayor acierto que otro experto que es ajeno a estos datos. En sentido contrario, podría argüirse también que al ser el experto conocido por la persona que va a ser interrogada éste podría realizar preguntas dirigidas o hacer alusión a situaciones o sensaciones que la víctima le hubiera trasladado fuera del caso que se enjuicia y podría mezclarse, por tanto, la declaración actual con anteriores sesiones de terapia.

Por todo ello, y para evitar impugnaciones innecesarias que ralenticen el desarrollo del proceso penal, creemos que, aunque nada impide que el perito sea de parte, en la medida de lo posible, el experto que conduzca el interrogatorio de la Cámara Gesell debe ser un psicólogo de oficio con la especialidad en psicología del testimonio y con experiencia suficiente —más de tres años— en la práctica de interrogatorios. Además, este experto no debe ser el mismo para el caso de víctimas menores o discapacitadas o de violencia de género, sino que su experiencia habría de ir conectada con el tipo de víctima, pues no se requieren de las mismas técnicas para tomar declaración a un menor que a una mujer que ha sufrido malos tratos por parte de su pareja. En cuanto a la información que pueda tener el experto de confianza y a la que es ajena el perito de oficio, este experto de confianza debería poner a disposición del perito de oficio todo aquello que considere que pueda influir en el devenir del interrogatorio. De manera que, aunque sea el de oficio el que entre en la sala Gesell y realice el interrogatorio, el trabajo previo puedan hacerlo de manera conjunta, para que la víctima sea tratada del mejor modo posible⁵¹.

⁵⁰ Además, tal y como señala FLORES PRADA, «es razonable pensar que la parte no elegirá a un perito ni aportará un dictamen que resulte desfavorable a sus pretensiones procesales». FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte...*, ob. cit., p. 188. Es aquí donde gravita la imparcialidad y objetividad de estos profesionales y la clásica distinción entre el experto privado y el experto que desempeña un cargo público. En lo que a ello concierne opina ETXBERRÍA GURIDI que los dictámenes científicos elaborados por organismos oficiales gozan de mayor credibilidad debido a la especial consideración que merecen los trabajadores de los mismos, gracias a la cual se presupone su objetividad, imparcialidad e independencia. En este sentido señala el autor, que «la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha destacado una serie de notas características que concurren en los organismos oficiales mencionados y que permiten atribuir una excepcional eficacia a su actividad». ETXBERRÍA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 316-317.

⁵¹ En palabras de ROBLES SEVILLA, «La eficacia de la pericia, entonces, se encuentra relacionada con la calidad y capacidad del perito que se encargó de la labor pericial, esto también puede entenderse, señalando que, la acreditación del perito como experto es necesaria como el respaldo idóneo de sus conclusiones, así, el grado de fiabilidad o credibilidad que le ofrezca el juzgador a sus conclusiones dependerá de la fiabilidad en la calidad del perito que realizó la labor pericial. En consecuencia, la credibilidad de un experto dependerá fundamentalmente de la fiabilidad de su informe, pero también el juez deberá estar convencido de que la persona tiene conocimiento, habilidad, entrenamiento o la educación suficiente para cumplir los requisitos de un experto en el campo científico

CONCLUSIONES

La utilización de la Cámara Gesell para evitar la victimización secundaria es un fenómeno en auge en el ordenamiento jurídico español, que está modernizando tanto la arquitectura de los juzgados como la manera de proceder de los jueces. Los beneficios que tiene su aplicación respecto a la doble victimización son evidentes, pues las víctimas especialmente vulnerables —menores, personas discapacitadas necesitadas de especial protección o víctimas de violencia de género— evitan pasar dos veces por la traumática experiencia de relatar los hechos delictivos y, además, la única vez que lo hacen no tienen que enfrentarse cara a cara con el acusado, ni tan siquiera tienen que hacerlo en un ambiente hostil, como suele resultar la sala de un juzgado, ni ante la autoridad y el formalismo que emana de un juez, sino ante un psicólogo que, de la manera más cercana posible, le transmitirá las mismas preguntas que le haría el juez instructor y las partes, en su caso.

No obstante, no debe soslayarse que, aunque estemos ante un fenómeno en auge, su utilización no debe entenderse siempre como la regla general. Y es que, la toma de declaración mediante la Cámara Gesell, pese a ser reconocida como una buena práctica procesal para preservar la estabilidad emocional de las víctimas y mitigar el coste personal que conlleva revivir lo sucedido, es la excepción a la regla general, que no es otra que la doble comparecencia: una ante el juez de instrucción y otra ante el tribunal sentenciador. Según la reciente modificación en la legislación procesal operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, cuando las víctimas sean menores de catorce años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección y los delitos que se cometan vengan recogidos en el artículo 449 ter LECrim, en todo caso se optará por preconstituir el interrogatorio; y se hará de la manera que lo estipula la Cámara Gesell, es decir, valiéndose de un equipo psicossocial, en menores de catorce años cuando el juez lo considere oportuno. En este sentido, llama poderosamente la atención que este nuevo precepto no se haya referido también a la utilización de un equipo psicossocial para el caso de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, lo que consideramos un descuido del legislador, al haber incluido a este colectivo vulnerable en la obligación de preconstituir la prueba.

Por otro lado, para menores de dieciocho y mayores de catorce años el interrogatorio podrá llevarse a cabo evitando la confrontación entre inculpado y víctima, utilizando los medios tecnológicos precisos, aunque no se prevé la preconstitución (artículo 707 LECrim). Y es que, como apunta la mejor doctrina, por más que en la prueba preconstituida se garantice la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral. La plena contradicción sólo es posible en el juicio oral, pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla. Por ello, no debe preconstituirse la prueba mientras puedan utilizarse otros medios que disminuyan la doble victimización como puede ser, también, la declaración por videoconferencia. No obstante, parece que la nueva normativa ha soslayado esta doctrina del Tribunal Supremo sobre la inexistencia de un derecho consustancial al hecho de ser víctima especialmente vulnerable en lo que atañe a la preconstitución de la prueba testifical, al establecer que cuando estemos ante víctimas menores de catorce años o

o técnico respecto del cual elaboró la pericia». ROBLES SEVILLA, A., «Los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell en el proceso penal peruano», *ob. cit.*, p. 32.

discapacitadas necesitadas de especial protección se acordará, en todo caso, practicar la audiencia como prueba preconstituida.

En relación con esta idea, es importante volver a señalar que la legitimidad de la Cámara Gesell depende de que en su desarrollo se hayan salvaguardado todas las garantías procesales de las que goza el derecho de defensa del acusado. Por ello, si se incumple alguno de los requisitos exigidos por nuestra jurisprudencia para la correcta práctica de la preconstitución de la declaración de la víctima —grabación de mala calidad, limitar las preguntas de una de las partes, que el psicólogo haya conducido algunas respuestas, etc.— se corre el riesgo de que la misma no sirva como prueba y la víctima tenga que declarar de nuevo en sede judicial, con las devastadoras consecuencias que ello conlleva.

Por otro lado, tal y como hemos sugerido a lo largo de estas páginas, consideramos que debería delimitarse con mayor precisión el ámbito subjetivo y el ámbito objetivo de aplicación de esta herramienta. Y es que, al margen de la discrecionalidad que tiene el juez para decidir sobre su conveniencia, aportaría mayor seguridad jurídica que se contemplase, bien en el Estatuto de la Víctima bien en la LECrim, una ampliación del perfil de víctimas más adecuado para declarar mediante este método y no detallar de manera cerrada los delitos que han de cometerse para poder preconstituir esta toma de declaración. Somos conscientes de que ello implicaría una gran inversión, pues no es lo mismo acondicionar una sala para un menor que para una víctima de trata de seres humanos o para una persona con discapacidad, pero creemos que todas ellas son merecedoras de esta especial protección para evitar su doble victimización.

Por último, establecer legalmente los requisitos y la cualificación que ha de tener el experto que conduzca la declaración es vital para el buen desempeño de esta prueba, ya que pese a no ser esta una prueba pericial, sino testifical, el perito que interviene será el único que tenga contacto directo con la víctima y, además, la única vez que se va a tener dicho contacto. Por lo que mientras más formado y especializado esté el experto, menores riesgos tendrá de errar al conducir el interrogatorio, más completo lo hará y más información podrá extraer de la víctima que está declarando. En este mismo sentido, que se trate de un experto con suficiente experiencia es fundamental para el éxito de la prueba preconstituida. Por ello, tanto si finalmente es aprobado el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020 como si no lo es, los requisitos que el mismo recoge sobre el experto que ha de dirigir el interrogatorio han de ser implantados cuanto antes para garantizar el correcto desarrollo de esta prueba.

Bibliografía

- ABA CATOIRA, A., «La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas (Realidad y futuro de la Administración de Justicia. La aplicación de las TICs)», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009.
- ADOLPH, K., «Video as data: from transient behaviour to tangible recording», *APS Obs.*, 29(3), 2016.
- ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., «Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2108, 2015.
- ÁLVAREZ RAMOS, F., «Asistencia psicológica a las declaraciones infantiles en sede judicial: la prueba preconstituida como forma de evitar la victimización», en *Niñas y niños víctimas y testigos en los procedimientos judiciales: implicaciones desde la psicología forense*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2011.

- ARROM LOSCOS, R., «La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 2015.
- BUJOSA VADELL, L., «La declaración testifical del menor en el proceso penal de adultos y las nuevas tecnologías como instrumentos de protección», en GÓMEZ FRÖDE (Coord.) *Nuevos paradigmas del Derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- BUJOSA VADELL, L., DEL POZO PÉREZ, M., *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinarios*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- CURTIS, S., «Tangible as Tissue: Arnold Gesell, Infant Behavior, and Film Analysis», *Science in Context*, 24(3), 2011. <https://doi.org/10.1017/S0269889711000172>
- ECHEBURÚA, E., DE CORRAL, P., AMOR, P. J., «Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos», en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 4, 2004.
- ESTRADA JARAMILLO, L. M., «La Cámara Gesell: una herramienta para la entrevista de niños en los procesos de familia», en *Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, núm. 1, vol. 2, 2019.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Comares, 2000.
- FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la víctima del delito (La posición jurídica de la víctima ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito en España)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- GUTIÉRREZ DE PIÑERE BOTERO, C., CORONEL, E., ANDRÉS PÉREZ, C., «Revisión teórica de concepto de victimización secundaria», en *Liberabit*, v. 15, núm. 1, 2009.
- GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- HUNNIUS, S., BEKKERING, H., «The early development of object knowledge: a study of infants' visual anticipations during action observation», *Developmental psychology*, 2010.
- IGLESIAS CANLE, I., «La denominada "prueba pericial preconstituida": La nueva redacción del art. 788 LECrim», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 605, 2003.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal», en *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 15, enero, 2016.
- ROBLES SEVILLA, A., «Los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell en el proceso penal peruano», en *Derecho y Cambio Social*, núm. 59, ene-mar, 2020.
- SEMPERE FAUS, S., «La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la Cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria», en *Revista General de Derecho Procesal. Iustel*, núm. 48, 2019.
- SEMPERE FAUS, S., «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto, 2020.
- SUBIJANA, I. J., ECHEBURÚA, E., «Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados», en *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 28, 2018.
- TINOCO PASTRANA, A., «El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección», *Processo penale e giustizia*, núm. 6, 2015.