

Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona

Sumario

El interrogatorio de menores es un medio de prueba que cada vez se practica menos, por fortuna, en la línea de la protección internacional de la vulnerabilidad ínsita a un menor. Sin embargo, su variedad pericial tampoco está exenta de varios inconvenientes estrictamente científicos que desaconsejan su práctica salvo cuando sea estrictamente necesaria. En particular, no parece procedente la práctica de la prueba utilizando una cámara de Gesell, que en realidad supone una resistencia a reconocer la escasa eficiencia probatoria de los interrogatorios en general.

Abstract

The interrogation of minors is a means of evidence that is slowly disappearing, fortunately, according to the international protection of a minor's inherent vulnerability. However, its expert variety is not exempt from a number of strictly scientific drawbacks that discourage its use except when strictly necessary. In particular, the use of a Gesell chamber does not seem appropriate, which in fact represents a reluctance to acknowledge the poor evidential efficiency of interrogations in general.

Title: *The interrogation of minors: a means of evidence -sometimes expert evidence- to avoid*

Palabras clave: Cámara de Gesell, valoración de la prueba, vulnerabilidad, testifical ...

Keywords: *Gesell chamber, Assessment of evidence, Vulnerability, Witness testimony*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.10

1.2023

Recepción
19/09/2022

-
Aceptación
03/11/2022

-

Índice

-

- 1. Introducción*
- 2. Interrogatorio y superstición*
- 3. La vulnerabilidad de un menor y su interrogatorio*
- 4. La evaluación psicológica de la credibilidad del menor*
- 5. Cumplimiento de estándares científicos de la entrevista cognitiva*
- 6. Conclusión: un medio de prueba demasiado controvertible*
- 7. Bibliografía*

-

1. Introducción *

El interrogatorio, pese a algunos esfuerzos para revitalizarlo¹, ha entrado en crisis como medio de prueba. Es posible incluso que acabe desapareciendo de la práctica habitual ante el abrumador valor superior que tienen a efectos de convicción las actuales pruebas biológicas y tecnológicas, pero también las que implican otros saberes científicos bastante más fiables que escuchar hablar a una persona intentando averiguar intuitivamente si dice la verdad. Hay que darse cuenta de que hasta hace muy poco tiempo, particularmente en los procesos penales, no teníamos mucho más que reo, víctima y testigos. Pero hoy disponemos de bastantes más materiales probatorios de muy alta calidad científica. En estas condiciones, un proceso basado en la prueba obtenida a través de la simple palabra de los citados sujetos es poco menos que una farsa sólo apta para los todavía crédulos en el siglo XXI².

Pese a todo ello, uno de esos interrogatorios todavía parece relevante: el de los menores de edad. Ello es así porque no es tan sumamente sencillo que esté preparado, como ocurre recurrentemente con el interrogatorio de los mayores de edad, y si lo está, debe descubrirse ese relevante hecho en el proceso, porque resulta ser crucial. Pero lo cierto es que existen algunos delitos, como vamos a ver, que solamente se descubren a través del relato del menor, como ocurre con los abusos sexuales de que puede haber sido víctima en situaciones de clandestinidad. Hay veces que no existe otro rastro que ese testimonio, y por ello es preciso examinarlo con el mayor cuidado, obteniendo el testimonio cuanto antes³.

Sin embargo, tampoco hay que tratarlo a través de una suerte de credibilidad automática⁴ que, de hecho, ni siquiera está extendida entre la sociedad al considerarse en general como poco fiable el relato de un testigo vulnerable⁵. Los menores tienen una memoria frágil⁶ y también mienten, o poseen un recuerdo alterado de la realidad que les puede llevar a creer acaecidos hechos que jamás sucedieron⁷, con mayor facilidad que un adulto, de hecho, siendo especialmente vulnerables a ser guiados⁸ en las respuestas si ya fueron abusados previamente, poseyendo una

*Jordi Nieva-Fenoll (jordinieva@ub.edu).

¹Artkämper, H. / Floren, T. / Schilling, K., *Vernehmungen. Taktik, Psychologie, Recht*, Hilden 2021. Bender, R. / Nack, A. / Treuer, W-D., *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München 2007.

²Desarrollé esta conclusión en Nieva Fenoll, J., “La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)”, *Ius et Praxis*, vol. 26, n. 3, dic. 2020.

³Marinović, D. et al., “Obtaining the Child Testimony in the Criminal Proceedings”, *Coll. Antropol.* 34 (2010) Suppl. 2, p. 253.

⁴Vid. Chaaya, M., “Children’s Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal”, *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 9, no. 3, March 1998, p. 265.

⁵Aunque no siempre sea cierto, Vid. Bull, R. “The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice”, *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 6 y 9.

⁶McEwan, J., “The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union”, *ERA Forum* 2009, 10, p. 379.

⁷Lamb, M.E. / Orbach, Y. / Herschkowitz / Esplin, P. W. / Horowitz, D., „Structured forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol”, *Child Abuse Negl.* 2007, 31(11-12), p. 1202.

⁸Vid. las diferentes formas de guiar al menor en Pires de Souza, L. F., *Prova testemunhal*, Coimbra 2020, pp. 55 y ss.

superior dificultad a decir “no”⁹. En etapas tempranas de la vida, distinguir entre realidad e imaginación no es sencillo. Incluso los sueños se entremezclan con lo realmente acontecido, y lo imaginado puede tener una potencia lo suficientemente poderosa como para alterar el relato de la realidad¹⁰.

A continuación se irán analizando todos esos inconvenientes y algunos otros obstáculos que se dan en este caso, así como la necesidad de protección del menor, fruto de su indiscutible vulnerabilidad¹¹. También se hará referencia a la valoración científica de este tipo de interrogatorio. Vaya por delante que incluso celebrado por psicólogos especializados, su valor científico es realmente controvertido, como después se explicará con más detenimiento.

2. Interrogatorio y superstición

Antes de todo ello, es preciso dedicar unas breves palabras a la relevancia científica de los interrogatorios practicados por abogados y jueces. Como se acaba de indicar en el epígrafe anterior, son y han sido solamente una espantosa pantomima a través de la que durante siglos los seres humanos nos hemos engañado completamente creyendo que podíamos valorarlos con seriedad, y que de esa valoración podía surgir incluso una sentencia justa. En el fondo, tuvo más sentido renunciar a la evaluación de esa credibilidad durante la larga vigencia del sistema de prueba legal, en beneficio de un valor privilegiado de los juramentos que enlazaba con las antiguas ordalías¹². También ello era absurdo, pero como mínimo se obtenía una especie de “justicia”, por llamarla de algún modo, dando la razón a quien hubiera acudido al proceso trayendo a más personas que le apoyaran, es decir, más testigos¹³. Por lo menos se fallaba a favor de quien tenía más respaldo en el grupo, lo que sin duda debía favorecer la convivencia pacífica, que al final es la razón de ser del proceso y de otras instituciones que buscan la paz social, entre ellas la mismísima noción de “justicia” en nuestra cultura. En el fondo, el método empleado por el sistema de prueba legal no es tan diferente de la validación actual de ciertas opiniones en la ciencia jurídica. Al margen de todo método científico, damos por buena una conclusión simplemente porque la apoyan varios autores o porque la jurisprudencia es mayoritaria en favor de esa opción. Es, de hecho, la misma base del controvertido *peer review*. Todo se abandona a ese

⁹Gudjonson, G. / Vagni, M. / Maiorano, T. / Giostra, V. / Pajardi, D., “Trauma symptoms of sexual abuse reduce resilience in children to give ‘no’ replies to misleading questions”, *Personality and Individual Differences*, 168, 2021, p. 1 y ss. Benedan, L. / Powell, M. B. / Zajac, R. / Lum, J.A.G. / Snow, P., “Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills”, *Elsevier, Child Abuse & Neglect*, 79, 2018, p. 51. Roma, P. / Sabatello, U. / Verrastro, G. / Ferracuti, S., “Comparison between Gudjonsson Suggestibility Scale 2 (GSS2) and Bonn Test of Statement Suggestibility (BTSS) in measuring children’s interrogative suggestibility”, *Personality and Individual Differences* 51, 2011, p. 488. Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, *South Dakota Law Review*, vol. 62, n. 3, 2017, p. 626. Vid. también Petzoldt, V. “Ermittlungsarbeit mit Iriminalitätstraumatisierten Personen”, *Siak-Journal*, 2/2021, pp. 44-45.

¹⁰Montanari Vergallo, G. / Marinelli, E. / Mastronardi, V. / Di Luca, N.M. / Zaami, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, *International Journal of Law and Psychiatry* 56, 2018, p. 61.

¹¹Bull, R. “The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice”, *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 5.

¹²Patetta, F. *Le ordalie*, Torino 1890, pp. 14-15.

¹³Degli Ubaldi, Baldo, *Practica Baldi*, Perugia 1521, folio 39 vuelto. De Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid 1856, pp. 133 y ss. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg 2012, pp. 128 y ss.

apoyo intersubjetivo. La comprobación científica, insisto, tantas veces parece brillar por su ausencia. Pura falacia *ad populum* puesta en práctica como base de una disciplina. Pero esa es otra desagradable cuestión de la que no puedo ocuparme ahora.

Sin embargo, la alternativa al sistema de prueba legal propuesta por Bentham a principios del XIX¹⁴, basada indudablemente en el funcionamiento de los jurados ingleses, tampoco era demasiado depurada. Bentham pensaba, como la enorme mayoría de personas en otras épocas¹⁵ y todavía hoy¹⁶, que mirar la cara y gestos de un interrogado permitía evaluar su credibilidad, acompañada en parte del análisis del contenido de lo declarado. Se basaba, además, en un prejuicio muy sostenido en la sociedad: que se esclarecerá la verdad si una vez que se le ha tomado juramento a un interrogado y está amenazado penalmente por quebrantarlo, se le maltrata psicológicamente, acosándole. De ahí toda la fe en la *cross-examination* que expresó con vehemencia Wigmore¹⁷ y que, en realidad, no es más que una vulgar forma de tortura. Psicológica y habitualmente leve, pero tortura. Hoy ya sabemos, gracias a las contundentes experimentaciones de la psicología del testimonio, que poco o nada de ello sirve para algo¹⁸. Las amenazas al declarante son contraproducentes para la evaluación de su credibilidad. Los interrogadores agresivos que juegan dialécticamente con el interrogado manipulan el contenido de la declaración. Finalmente, la creencia en los poderes adivinatorios del juez no era más que una superstición inveterada.

A pesar de todo lo anterior, ha quedado todavía el análisis técnico –es decir, no jurídico– de la memoria del interrogado y de las circunstancias que pueden afectarla, así como del contenido de la declaración¹⁹. Lo primero no está al alcance de un jurista habitualmente, al menos con la precisión científica deseable. Y lo segundo es más factible pero ciertamente complicado. Evaluar en una declaración su coherencia, contextualización, corroboración con otros medios de prueba, ausencia de comentarios oportunistas, o incluso la ausencia de móviles para mentir, no es algo sencillo ni siquiera para un psicólogo del testimonio, aunque lo haga de manera incomparablemente mejor que un jurista. Es difícil determinar si la contextualización debe ser evaluada con más o menos detalles, y qué cantidad de ellos es suficiente. No es fácil afirmar categóricamente que cualquier contradicción sea indicativa de mendacidad, igual que no es factible aseverar sin titubeos que miente quien formula un comentario oportunista.

Solamente la corroboración puede comprobarse realmente, a pesar de que en ese caso, posiblemente lo que muchas veces tenga un potencial valor corroborador, y tal vez innecesario, sea la declaración del interrogado y no el medio de prueba que hubiera servido, en teoría, para corroborar lo que dice. Si encontramos sangre de un agresor en el cuerpo de una víctima, es posible que un testigo nos sirva para confirmar la hipótesis de la agresión. Aunque esa corroboración, en el fondo, es débil comparada con la fuerza de la prueba biológica. Para lo único que sirve habitualmente el testimonio es para expresar un relato de hechos que pueda convertirse

¹⁴Bentham, J., *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, pp. 9 y ss.

¹⁵Partida III, Tít. XVI, Ley 28.

¹⁶Ekman, P., *Cómo detectar mentiras*, Madrid 2012. Ekman, P., *El rostro de las emociones*, Barcelona 2004.

¹⁷Wigmore, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Boston 1904, §1367, p. 1697.

¹⁸Loftus, *Eyewitness testimony*, Cambridge 1996. Mazzoni, G. *Psicología della testimonianza*, Roma 2015. Madrid 2010. Diges, M., *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997. Manzanero, A., *Memoria de testigos*, Madrid 2010.

¹⁹Sobre ambos aspectos y su tratamiento jurídico, vid. ampliamente Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 213 y ss.

en hipótesis que abra la investigación, o que confirme sus resultados. Pero al contrario de lo que, tal vez por el peso de la historia, se ha creído hasta ahora, el valor del interrogatorio es siempre instrumental y no principal, siempre que queramos acercarnos a la ciencia y separarnos de la creencia, claro está. Sorprender a un testigo en una contradicción, o en un renuncio, aunque pueda parecer espectacular y muy revelador –particularmente en la cinematografía–, puede ser solamente el fruto de la retórica y manipulación del interrogador, como ya se ha dicho, aprovechándose de los nervios del declarante, que simplemente yerra en una respuesta incluso pretendiendo decir la verdad.

Partiendo de estas realidades debe concluirse que los interrogatorios son muy escasamente útiles, más allá de lo ya indicado. Y que cuando deben realizarse es solamente en los casos en que no dispongamos de otros medios de prueba, y en ese caso debemos llamar a un perito especializado, es decir, a un psicólogo del testimonio. Uno de esos casos puede ser precisamente el del menor, que es el que se va a tratar a continuación.

3. La vulnerabilidad de un menor y su interrogatorio

Así como en principio muchas personas pueden resistir un interrogatorio, incluso innecesariamente violento verbalmente, una víctima nunca debiera ser puesta en ese riesgo de victimización secundaria, porque además suele servir de muy poco a efectos probatorios, como acabamos de ver. Pero sea como fuere, un menor, víctima o no, no puede ser sometido jamás a algo así, calificado por algunos, no sin razón, como una “ordalía”²⁰, reflejando con esa palabra más bien la violencia que la esencia de ese acto ancestral. La integridad psicológica del menor exige una alternativa, lo que ya ha sido reconocido desde hace bastante tiempo por la normativa internacional, aunque algunos tribunales hayan sido incomprensiblemente insensibles a ese hecho.

Y es que el movimiento a nivel global para proteger al menor en los procesos judiciales empezó hace ya tiempo, pero ha sido realmente lento probablemente por la resistencia a sustraer a dicho menor, no ya de las salas de justicia, sino de la propia presencia judicial. Es posible que la fe ciega en la eficacia de la *cross examination* haya tenido un peso demasiado relevante en este tema, puesto que incluso en normas muy recientes cabe observar la insistencia por no alejar al menor de las audiencias judiciales.

Todo empezó en 1989, con el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹, que dio protagonismo a un concepto que tendría mucho recorrido en los años posteriores: el “interés superior del menor”: “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. La Convención dispuso además en su art. 40 una protección procesal integral para el menor imputado, atribuyéndole todos los derechos del mayor de edad de una manera adaptada a su

²⁰STEDH S.M. v. Suecia, 2-10-2002 (n. 34209/96), 47. McEwan, J., “The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union”, *ERA Forum* 2009, 10, p. 373.

²¹Res. 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Sobre el traslado de la Convención al Derecho interno, vid. por ejemplo Forde, L., “The role of the courts in protecting children’s rights in the context of police questioning in Ireland and New Zealand”, *The Howard Journal of Crime and Justice*, 2022, 61, pp. 240 y ss.

condición²². Aunque en relación con el interrogatorio, sólo le reconoció el derecho al silencio (art. 40.2.b.iv).

Más tarde vino la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, referente al estatuto de la víctima en el proceso penal, que dio un paso más en su art. 8.4 disponiendo lo siguiente: “*Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.*” Es decir, por fin se estaba reconociendo expresamente que algo había que hacer con los interrogatorios de menores, a fin de que no fueran practicados como los de cualquier adulto. Y se señalaba específicamente como problemática a la comparecencia en audiencia pública ante un juez.

Poco después se añadió a este proceso evolutivo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el asunto *S.N. v. Suecia*²³ los jueces de Estrasburgo también insistieron en tomar medidas para garantizar la integridad de un menor, aunque sin perjudicar los derechos de defensa, operando una ponderación en este sentido, pero sin realizar más concreciones al respecto.

Tras ello llegó en 2005 la sentencia del conocido *asunto Pupino* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁴, en el cual sí empezaron a venir ya las deseadas precisiones en el tratamiento de un menor en una sala de justicia, mencionando la posibilidad de que declarara fuera del tribunal y antes del inicio del proceso en su fase oral²⁵, evitando en la medida de lo posible la repetición de la declaración²⁶. En esta resolución, además, se declaró que la condición de menor que alega sufrir malos tratos basta para considerarlo vulnerable²⁷.

Poco más de un mes después, Naciones Unidas, en sesión plenaria del Consejo Económico y Social adoptó una *Resolución sobre las directrices en materia de menores víctimas y testigos de*

²²Lo que tendría recorrido posteriormente, como veremos seguidamente. Vid. Radić, I., “Right of the child to information according to the Directive 2016/800/EU on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2, 2018, pp. 468 y ss. Rap, S.E. / Zlotnik, D., “The Right to Legal and Other Appropriate Assistance for Child Suspects and Accused”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26, 2018, pp. 110 y ss.

²³STEDH S.M. v. Suecia, 2-10-2002 (n. 34209/96).

²⁴STJCE C-105/2003 16-6-2005. Sobre esta sentencia, entre otros, Schünemann, B., “Protection of children and other vulnerable victims against secondary victimisation: making it easier to testify in Court”, *ERA Forum* 2009, 10 pp. 387 y ss.

²⁵“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 garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta”.

²⁶Punto 56: “...la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba previsto en el Derecho de un Estado miembro y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública.”

²⁷Punto 53: Sin embargo, con independencia de la cuestión de si el hecho de que la víctima de una infracción penal sea un menor basta, en general, para calificarla de especialmente vulnerable en el sentido de la Decisión marco, no cabe negar que cuando, como en el asunto principal, niños de corta edad alegan haber sufrido malos tratos, por parte, además, de una maestra, dichos niños pueden ser objeto de tal calificación habida cuenta, en particular, de su edad, así como de la naturaleza y consecuencias de las infracciones de las que consideran haber sido víctimas, a fin de disfrutar de la protección específica exigida en las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco.

*delitos*²⁸. En ellas se reconoció, ya sin matices, la vulnerabilidad de menores víctimas y testigos de hechos punibles, estableciendo la necesidad de adoptar medidas legislativas, particularmente procesales²⁹, en todos los Estados para prevenir daños ulteriores en sus personas, así como avanzar en la formación de profesionales adecuados para acompañar tales medidas. También se dijo expresamente que el menor es vulnerable por definición, particularmente si es mujer³⁰. Y con respecto al interrogatorio, se previó que los menores fueran oídos sobre la manera de prestar declaración para protegerlos más eficazmente³¹. Pero además, y esto es lo importante, se estableció ya un protocolo concreto³², disponiendo la creación de salas de interrogatorio especialmente diseñadas a fin de no ser agresivas para los menores, estableciendo también la posibilidad de modificar las salas de justicia ya existentes en el mismo sentido de buscar una atmósfera agradable para el menor, limitándose el número de interrogatorios o entrevistas cognitivas con el menor y previéndose la posibilidad de prescindir de la *cross examination*, respetando los derechos de defensa, evitando el contacto visual con el acusado y siendo interrogados de un modo sensible con su edad, excluyendo la intimidación y disponiendo la ayuda de psicólogos, con una extensión indeterminada en cuanto a la entidad de dicha ayuda³³. Sin duda, esta Resolución de 2005 es el documento de referencia en la materia al ser el que contiene más detalles al respecto.

Dos años después se volvió a pronunciar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *W.S. v. Polonia*³⁴, insistiendo en la utilidad de la entrevista cognitiva practicada por psicólogos, sugiriendo en su defecto, al menos, la celebración de un interrogatorio en presencia de esos mismos psicólogos y de la progenitora del menor, grabándose la diligencia para poder ser examinada posteriormente³⁵.

²⁸ECOSOC Resolution 2005/20, 22-7-2005, Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime.

²⁹I. 4. *In implementing the Guidelines, each jurisdiction should ensure that adequate training, selection and procedures are put in place to protect and meet the special needs of child victims and witnesses of crime, where the nature of the victimization affects categories of children differently, such as sexual assault of children, especially girls.*

³⁰II. 7. (b) *Recognizing that children are vulnerable and require special protection appropriate to their age, level of maturity and individual special needs; (c) Recognizing that girls are particularly vulnerable and may face discrimination at all stages of the justice system;*

³¹VIII.21 (b) *Ensuring that child victims and witnesses are enabled to express freely and in their own manner their views and concerns regarding their involvement in the justice process, their concerns regarding safety in relation to the accused, the manner in which they prefer to provide testimony and their feelings about the conclusions of the process;*

³²Punto XI.

³³XI.31. (c) *To ensure that child victims and witnesses are questioned in a child-sensitive manner and allow for the exercise of supervision by judges, facilitate testimony and reduce potential intimidation, for example by using testimonial aids or appointing psychological experts.*

³⁴STEDH *W.S. v. Polonia*, 24-9-2007 (n. 21508/02).

³⁵61. *However, the Court observes that it has not been shown or argued that the authorities envisaged or made attempts, either at the investigation stage, or later, before the court, to test the reliability of the victim in a less invasive manner than direct questioning. This could have been done, for example, by more sophisticated methods, such as having the child interviewed in the presence of a psychologist and, possibly, also her mother, with questions put in writing by the defence, or in a studio enabling the applicant or his lawyer to be present indirectly at such an interview, via a video-link or one-way mirror (Accardi and Others v. Italy (dec.), cited above; S.N. v. Sweden cited above, § 13). Had the authorities in the present case taken measures which would have allowed the court to have at its disposal, for instance, a recording of the interview which the psychologists had with the victim, the applicant's defence rights would have been better safeguarded.*

Todas esas sugerencias se concretaron en las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia compatible con la protección del menor*³⁶, que vinieron precedidas en 2007 por el *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual* (arts. 30-36)³⁷, insistiendo particularmente en la necesidad de grabar las entrevistas y comparencias del menor y disponiendo la necesidad, siempre que fuera posible, de que los menores fueran examinados solamente por “profesionales formados” a través de una entrevista cognitiva³⁸, evitando su repetición que, en caso de acaecer, debería ser practicada por el mismo profesional que la primera.

Finalmente, este periplo avanzando hacia la protección del menor en los tribunales ha culminado de momento de una forma un tanto accidentada³⁹ con la *Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, que añade a todo lo anterior una especial preocupación por la averiguación de las condiciones particulares de cada menor, disponiendo un examen individual en este sentido (art. 7), a fin de establecer los elementos concretos de su vulnerabilidad. Sin embargo, con respecto a los interrogatorios, sólo se dispone su grabación (art. 9), sin aludirse a la intervención de psicólogos, sino que sólo se refiere a la formación de jueces y fiscales en psicología infantil⁴⁰, lo que parte probablemente de la creencia –extendida entre algunos jueces⁴¹– de que un interrogatorio no traumatiza a un menor, lo cual es manifiestamente decepcionante, dado que un jurista no puede aspirar más que a ser un psicólogo *amateur*, salvo que a su profesión habitual añade efectivamente la formación y experiencia como psicólogo, lo que es difícilmente factible⁴². Ni siquiera se desarrolla realmente este importante tema en el

³⁶Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, 17-11-2010.

³⁷CETS N. 201, Lanzarote 25-10-2007. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=201>

³⁸64. *Interviews of and the gathering of statements from children should, as far as possible, be carried out by trained professionals.*

³⁹Vid. De Vocht, D., et al., “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission’s Proposal in Light of an eu Comparative Study”, *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, pp. 480 y ss. Sommerfeld, M., „Die EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder (= Personen im Alter von unter 18 Jahren), die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, und ihre Umsetzung ins deutsche Jugendstrafverfahrensrecht”, *ZJJ* 4/2018, pp. 296 y ss.

⁴⁰Punto 63 del preámbulo de la directiva: *Los Estados miembros deben adoptar medidas adecuadas para garantizar que los jueces y fiscales que intervengan en procesos penales en que estén involucrados menores dispongan de aptitudes específicas en esa materia o tengan acceso efectivo a una formación específica, en particular en materia de derechos de los menores, técnicas adecuadas de interrogatorio, psicología infantil y comunicación mediante un lenguaje adaptado a los menores. Los Estados miembros también deben adoptar medidas adecuadas para promover que reciban ese tipo de formación los letrados que intervengan en procesos penales en que estén involucrados menores.*

⁴¹Chaaya, M., “Children’s Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal”, cit., p. 266.

⁴²Vid. Anzenberger P., *Vernehmung von Verbrechensopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289a und 289b ZPO*, *ÖJZ* 2017, p. 256.

articulado, pese a existir estudios al respecto del protocolo NICHD⁴³, por ejemplo⁴⁴. No se alude siquiera a la cámara de Gesell que, pese a ser muy controvertida⁴⁵, al menos aleja en parte la directa intervención de jueces, abogados y fiscales.

Sea como fuere, lo que resulta de todo lo anterior es que a día de hoy ya nadie discute que el menor sea vulnerable⁴⁶, aunque todavía no hayan quedado específicamente concretadas todas las razones científicas de por qué lo sea⁴⁷, pero sí algunas de ellas. La neurociencia ha establecido con bastante claridad una reducción del volumen del hipocampo y de la amígdala⁴⁸ ligada al shock postraumático⁴⁹. Parece ser que la mayor flexibilidad cerebral, así como la inmadurez del lóbulo prefrontal y del sistema límbico⁵⁰ del menor, hacen que sea más fácilmente vulnerable que una persona adulta, lo que basta para alejarle de cualquier experiencia traumática. Y sin duda un interrogatorio judicial es una de estas experiencias⁵¹, con más razón si además está declarando sobre un delito que ha padecido en sus propias carnes. Más allá de eso, esa experiencia traumática se traduce posteriormente en un coeficiente intelectual más bajo, dificultades para procesar emociones y para la concentración, atención e interpretación de las emociones ajenas y señales sociales⁵². En consecuencia, las dudas expresadas al respecto por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Pupino (2005) deben considerarse actualmente superadas, debiendo producirse, no sólo para los menores, sino en general, un acompañamiento psicosocial de las víctimas en el proceso⁵³.

⁴³Este protocolo (<https://nichdprotocol.com>) inició su andadura en Canadá en 2000. Vid. Ball, E. / Ball, J. / La Rooy, D., "The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol. Interview Guide", Royal Holloway University London 9-8-2017. <http://nichdprotocol.com/wp-content/uploads/2017/09/InteractiveNICHDProtocol.pdf>. La Rooy, D., Brubacher, S. P., Aromäki-Stratos, A., Cyr, M., Hershkowitz, I., Korkman, J., Myklebust, T., Naka, M., Peixoto, C. E., Roberts K. P., Stewart H., & Lamb M. E., "The NICHD Protocol: A review of an internationally-used evidence-based tool for training child forensic interviewers", *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, 2, 2015, pp. 76 y ss. Lamb, M.E., Brown, D.A., Orbach, I.H.Y., Esplin, P.W., *Tell Me What Happened: Questioning Children About Abuse*, Hoboken 2018.

⁴⁴Lamb, M.E. / Orbach, Y. / Herschkowitz / Esplin, P. W. / Horowitz, D., „Structured forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol”, cit. p. 1201 y ss. Otgaar, H. /de Ruiters, C./Sumampouw, N./ Erens, B./Muris, P., "Protecting Against Misinformation: Examining the Effect of Empirically-Based Investigative Interviewing on Misinformation Reporting", *Journal of Police and Criminal Psychology*, July 2020, pp. 1 y ss.

⁴⁵Aun alejándose del tema, vid. Ossmer, C., "Normal Development: The Photographic Dome and the Children of the Yale Psycho-Clinic", *Isis*, vol. 111, n. 3, sept. 2020, pp. 516 y ss.

⁴⁶Vid. algunas experiencias y consecuencias dramáticas de esa vulnerabilidad en Guerrini, F., "Über Sexualität sprechen, über Gewalt schweigen. Zur Dethematisierung sexueller Gewalt in jugendamtinternen Sittlichkeitsdiskursen (1945-1960)", *Jahrbuch erziehungswissenschaftliche Geschlechterforschung. Generation und Sexualität*, 16/20, pp. 51 y ss.

⁴⁷De Vocht, D., et al., "Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission's Proposal in Light of an eu Comparative Study", *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, p. 489.

⁴⁸Glynn Crane, M., "Childhood Trauma's Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions", cit. p. 644.

⁴⁹Benedan, L. / Powell, M. B. / Zajac, R. / Lum, J.A.G. / Snow, P., "Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills", *Elsevier, Child Abuse & Neglect*, 79, 2018, p. 52.

⁵⁰Glynn Crane, M., "Childhood Trauma's Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions", cit. pp. 628 y 639 y ss.

⁵¹Chaaya, M., "Children's Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal", cit., p. 270.

⁵²Glynn Crane, M., "Childhood Trauma's Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions", cit. p. 652.

⁵³Behrman e.a. (ed.), *Psychosoziale Prozessbegleitung*, Opladen ; Berlin y Toronto 2022.

Los que aún no se han superado son los titubeos con respecto a la necesidad de que sea un psicólogo⁵⁴, y no un juez, fiscal o policía, quien practique el interrogatorio al menor. Todavía existe una resistencia a estas alturas un tanto excesiva a proteger, no sólo al menor, sino a las víctimas en general⁵⁵, de las salas de justicia, e incluso a alejar a dicho menor de los abogados, particularmente de los del acusado. Se sigue partiendo de una fe absurda en los interrogatorios y se los relaciona en estos casos de una forma irracional con el derecho de defensa. Incluso los propios psicólogos se resisten a establecer hechos potencialmente probados en su dictamen como fruto de la entrevista, arguyendo que esa es una labor judicial a la que ellos son ajenos, estando limitado su dictamen a la averiguación de las condiciones de credibilidad del menor⁵⁶.

Vamos a ver a continuación si todo ello es adecuado a día de hoy. Corresponde valorar, por tanto, desde un punto de vista científico, la potencialidad y utilidad de la entrevista cognitiva.

4. La evaluación psicológica de la credibilidad del menor

A decir verdad, la información en este punto es lamentablemente escasa, aunque probablemente suficiente a los fines de evaluar si es más conveniente a efectos probatorios que un juez, fiscal o abogado practique el interrogatorio a un menor, o es más razonable que lo haga un psicólogo.

Vaya por delante que el interrogatorio de un menor desde el mundo del Derecho no posee ningún tipo de estrategia, más allá de prohibir su declaración –lo que se hizo históricamente⁵⁷– y evitar la confrontación visual con el agresor. Pero sobre la valoración de este interrogatorio⁵⁸, que habría de ser lo esencial a efectos probatorios, no se dice absolutamente nada, casi igual que en el interrogatorio de mayores de edad, en el que además aún subsisten en algunos ordenamientos antiguas normas del sistema de prueba legal⁵⁹.

Sin embargo, en el mundo de la Psicología al menos existen algunas metodologías⁶⁰. Una de las más difundidas se conoce con el nombre de *Statement Validity Assessment* (SVA)⁶¹, y consiste en una entrevista cognitiva con el menor que tiene como fase previa la familiarización del

⁵⁴Vid. Martire, K.A. / Kemp, R.I., “Can experts help jurors to evaluate eyewitness evidence? A review of eyewitness expert effects”, *Legal and Criminological Psychology*, 2011, 16, p. 24 y ss.

⁵⁵Acker, T., „Mehr Opferschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren?“, NK 33, 4/2021, pp. 489 y ss.

⁵⁶Vid. Montanari Vergallo, G. / Marinelli, E. / Mastronardi, V. / Di Luca, N.M. / Zaami, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, cit. p. 59.

⁵⁷*Fuero Juzgo*, Lib. II, tít. IV, XII.

⁵⁸Vid. *in extenso* Conteras Rojas, C., *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Madrid 2015.

⁵⁹Vid. sobre algunas de estas carencias De Vocht, D., et al., “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission’s Proposal in Light of an EU Comparative Study”, *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, p. 503.

⁶⁰Vid. Montanari Vergallo, G. / Marinelli, E. / Mastronardi, V. / Di Luca, N.M. / Zaami, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, cit. p. 60: “*The scientific community has set up several methodologies to be applied to the questioning of child and adolescent witnesses in a judicial setting, e.g., the Step-Wise interview*(Goodman et al., 1998), *the Cognitive Interview* (Koehnken, Thurer, & Zorberbier, 1994; Mestitz, 2003, chap. 2), *and the Structured Interview* (Klettke, Hallford, & Mellor, 2016; Lamb, Orbach, Hershkowitz, Esplin, & Horowitz, 2007). “

⁶¹Seguiré en la explicación a Köhnken, G. / Manzanero, A.L. / Scott, M. T., “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, pp. 13 y ss. Vid. también Bueno Ochoa, L., “El protocolo SVA como sistema de análisis de validez de las declaraciones en contextos forenses”, en Fuertes-Planas (ed.), *Concepciones sistemáticas y visiones literarias del Decho. Principios del Derecho VI*, Madrid 2020, pp. 441 y ss.

profesional con los autos del caso, formulando ya tras su lectura las primeras hipótesis sobre el “origen de la declaración”, es decir, sobre la verosimilitud de los hechos que van a declararse y que se concretaron en la *notitia criminis*. Esas hipótesis son después contrastadas en la entrevista en sí, que será adaptada al caso y circunstancias del menor, y que también, precisamente para ello, le someterá a cuestionarios sobre personalidad y capacidad cognitiva, habitualmente relacionada con la edad aunque no siempre⁶², pues existen grandes diferencias entre menores de la misma edad en función de su madurez, padecimiento de posibles trastornos mentales, consumo de estupefacientes, etc.⁶³. Finalmente se accede a la evaluación de resultados que se reparte en cuatro grandes fases:

- a. Análisis de los criterios de realidad: entre otros 19 criterios, se procede al análisis de la coherencia y contextualización de la declaración, cantidad de detalles aportados, lenguaje empleado o sensaciones del menor⁶⁴.
- b. Diagnóstico de los resultados valorando la capacidad cognitiva del menor, su experiencia previa relacionada con los hechos –abusos anteriores, visualización de pornografía, por ejemplo–, así como el tiempo transcurrido desde los hechos y otras circunstancias ambientales.
- c. Análisis de la consistencia de la declaración.
- d. Estudio de la evolución de la declaración desde la denuncia inicial y a lo largo de las diferentes entrevistas, incluyéndose un análisis de la reacción de otras personas a la declaración inicial.
- e. Análisis de la motivación (interés del menor en declarar falsamente fantaseando, atribuyendo el abuso a otra persona, por presiones de terceros o voluntad de ayudarles, etc.)⁶⁵.

Con ello concluye el examen, evaluando finalmente las hipótesis del principio y exponiendo los resultados, relacionándolos con los autos. Es importante que el profesional mantenga en todo momento la neutralidad alejándose de la sugestión, es decir, que no tenga un especial empeño en descubrir, por ejemplo, que han existido abusos sexuales⁶⁶. Es decir, todo lo contrario de lo que suelen hacer policías y jueces abusando del método inductivo⁶⁷, que en estas situaciones ha sido acertadamente descrito como “efecto túnel”⁶⁸, y que naturalmente provoca el sesgo de confirmación⁶⁹.

⁶²Vid. Brewer, N. / Keast, A. / Sauer, J.D., “Children’s eyewitness identification performance: Effects of a Not Sure response option and accuracy motivation”, *Legal and Criminological Psychology*, 2010, 15, p. 264.

⁶³Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 16.

⁶⁴Vid. ampliamente Steller, M. / Köhnken, G., „Análisis de declaraciones basados en criterios”, en Raskin (ed.), *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, pp. 217 y ss, Bilbao 1994. Vid. también Undeutsch, “The development of statement reality analysis”, en Yuille (ed.), *Credibility Assessment*, Dordrecht 1988, pp. 101 y ss.

⁶⁵Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15.

⁶⁶Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15.

⁶⁷Ruiz Tejedor, M.P., “Valoración de la credibilidad del testimonio en menores abusados sexualmente”, *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*, n. 11, abril 2003, p. 88.

⁶⁸Judson, K., “Bias, Subjectivity, and Wrongful Convictions.”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 784. Leo, R.A., “Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 710.

⁶⁹Kahneman, D. / Slovic, P. / Tversky, A. (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982, p. 16.

El método tiene obviamente sus limitaciones –empezando por la actitud del psicólogo⁷⁰, y no es aplicable a cualquier menor. Contiene el CBCA (*Criteria Based Content Analysis*)⁷¹, pero va más allá de ese análisis del contenido de la declaración, centrado fundamentalmente en la detección de la mentira deliberada⁷², aún sin pararse en aspectos externos habitualmente irrelevantes como la gestualidad del menor. Con todo, y esto es importante, el cometido del SVA no es la detección de la mentira, sino más bien la detección de la incorrección de la declaración cuya causa puede ser, ciertamente y entre otras, esa mentira deliberada, pero no solamente, puesto que también pueden existir errores no intencionales, como la mala interpretación de lo sucedido⁷³, o incluso el siempre enigmático falso recuerdo⁷⁴, cuyo carácter espontáneo o creado es habitualmente problemático⁷⁵.

Es importante que la entrevista no se repita, no solamente por la consabida victimización secundaria del menor, sino porque es una peligrosa oportunidad para reconstruir el recuerdo y alterar la realidad⁷⁶.

Leyendo lo anterior, que es solamente un resumen extraordinariamente condensado del SVA, ya se puede detectar con mucha facilidad que el análisis de los psicólogos está a años-luz del de los juristas interrogadores, de manera que lo único que deberíamos sentir es probablemente vergüenza por estar instalados en la simple y burda intuición y no atender prácticamente a nada de lo anterior. Es más, cuando algún jurista más avezado intenta profundizar en alguno de esos contenidos del SVA, buscando sobre todo los móviles para mentir de los testigos o tratando de escudriñar sus capacidades cognitivas, o incluso intentando valorar la capacidad de contextualización del testigo, las preguntas formuladas suelen ser declaradas impertinentes por los jueces al no tener que ver directamente –y supuestamente– con el objeto del proceso... Cabría decir realmente que en comparación con el examen de un psicólogo, los interrogatorios de los juristas están claramente en la prehistoria y son prácticamente ordálicos.

Y todo ello con respecto a los mayores de edad. Con respecto a los menores, el intento de interrogatorio por un jurista es simplemente una aberración que debe ser expulsada definitivamente de nuestros tribunales y, mejor aún, de nuestras leyes. Un jurista puede evaluar eventualmente la credibilidad de un mayor de edad sólo con enormes limitaciones. Con un menor de edad, simplemente no le es posible, cayendo algunos jueces y fiscales sobre todo –también policías, que ni siquiera son juristas– en una falsaria “sensación de saber” influida por todo tipo de prejuicios fundamentalmente⁷⁷ –pero no solamente– gestuales. Basta conversar con algunos

⁷⁰Godoy-Cervera, V. / Higuera, L., “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio”, *Papeles del Psicólogo*, 2005, vol. 26, p. 97.

⁷¹Sobre el mismo, Godoy-Cervera / Higuera, “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio”, cit. pp. 92 y ss.

⁷²Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 17.

⁷³Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15.

⁷⁴Diges, M. *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997.

⁷⁵Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 16.

⁷⁶Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15. Loftus, E., *Eyewitness Testimony*, Cambridge 1996, pp. 88 y ss.

⁷⁷Vid. algunos de esos prejuicios sociales en George, R. / Ferguson, S. *Review into de Criminal Justice System response to adult rape and serious sexual offences across England and Wales*, Research Report, HM Government, junio 2021, pp. 71-72.

policías para darse cuenta de la importancia que para ellos tienen las miradas y las primeras reacciones de una persona para considerarle sospechoso... y de cómo sus interrogatorios no son más que procesos psicológicamente coercitivos para hacer sentir al detenido que ha sido “atrapado” y que la única salida a ese estado de desesperación es la confesión, minimizando las repercusiones de la misma⁷⁸, obteniendo así declaraciones de culpabilidad de personas inocentes⁷⁹. El problema es que sus prejuicios se trasladan con enorme facilidad a jueces y fiscales, condicionándose así todo el proceso hasta la mismísima sentencia⁸⁰.

Dicho lo cual, es preciso profundizar algo más en las evidentes limitaciones del SVA, a los efectos de evaluar su aceptabilidad científica en un proceso.

5. Cumplimiento de estándares científicos de la entrevista cognitiva

Al proceso, especialmente en los últimos tiempos, se aproximan muchos científicos prometiendo maravillas que no son reales. Ha sucedido particularmente en EEUU como consecuencia de su sistema de jurados, pero también en otros países. Fiscales y abogados sólo buscan impresionar a un conjunto de personas legas que deben juzgar sin motivar por qué declaran a una persona culpable o inocente. En ese contexto, presentar una prueba “científica” espectacular es lo que desean todos los participantes, a fin de poder resolver el caso de manera prácticamente mágica. Pero esa magia suele ser *junk science* es decir, ciencia basura. Ocurrió particularmente con algunas supuestas pruebas neurocientíficas de triste recuerdo⁸¹, pero también con el polígrafo⁸² y hasta con a veces con análisis parapsicológicos de lo más entretenido.

A fin de evitar el acceso al proceso de toda esta inmundicia pseudocientífica, en 1993 el Tribunal Supremo de los EEUU dictó una sentencia que acabó siendo histórica y que formó una serie de tres pronunciamientos que conocemos con el nombre de una de las partes del primer proceso: Daubert⁸³. En esos fallos⁸⁴, el tribunal exigió que a partir de entonces esos dictámenes periciales,

⁷⁸Leo, R.A., “Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 713.

⁷⁹Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, cit. p. 627 y 648 y ss. Leo, R.A., “Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.”, cit. p. 704.

⁸⁰De Vocht, D., et al., “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations, cit. pp. 482-483.

⁸¹Vid. Julià Pijoan, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interpretación desorientada*, Madrid 2020, pp. 111 y ss

⁸²Vid. National Research Council (Committee to Review the Scientific Evidence on the Polygraph), *The polygraph and lie detection*, 2003, pp. 212 y ss.

⁸³Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997), Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

⁸⁴Sobre los mismos, Faigman, D. L., “The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science”, *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 *UC Davis Law Review* 2013, p. 104. Fournier, L. R., “The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control”, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, p. 308. Garrie, D.I B., “Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, p. 122. Vázquez, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015, p. 125. Taruffo, M., “La prova scientifica. Cenni generali”, 47 *Ragion pratica* 2016, p. 335 y ss. Dondi, A., “Paradigmi processuali ed ‘expert witness testimony’ nel diritto statunitense”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 261 y ss, Auletta, F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. Ansanelli, V., *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011

antes de acceder al proceso y formar parte del material de convicción, fueran analizados por los jueces a través de los siguientes cinco criterios a los fines de acreditar su adecuación científica:

1. Que la técnica utilizada por el perito ha sido probada suficientemente frente a errores.
2. Que la técnica ha sido revisada por otros científicos y, en su caso, ha sido publicada.
3. Que el perito indique el grado de acierto de la técnica.
4. Justificación del mantenimiento de estándares de calidad en el uso de la técnica.
5. Consenso en la comunidad científica sobre la fiabilidad de la técnica.

La pregunta es si el análisis SVA supera dichos criterios. Y en este sentido, la respuesta es altamente comprometida. Dicho análisis está especialmente diseñado para superar el primer criterio, puesto que su propia práctica está configurada teniendo en cuenta que en sí misma es un método de generación y falsación de hipótesis, habiendo recogido una cantidad bastante grande de datos sobre los que trabajar⁸⁵. También supera sin problemas el segundo, puesto que ha sido ampliamente revisada por pares científicos, y muchos de ellos la han validado. También podría controlarse *a posteriori* el cumplimiento del cuarto criterio, teniendo en cuenta que la grabación de la entrevista y los materiales utilizados podrán ser revisados por completo, incluyendo la competencia del psicólogo⁸⁶, exigiendo ya la técnica de entrada, como vimos, unos parámetros de calidad.

Sin embargo, en donde falla la técnica es el tercer y en el quinto criterio. En ningún momento se habla de porcentajes de acierto, que son de por sí imposibles de obtener en cada caso concreto, por lo que probablemente este criterio debería ser dejado de lado, como ocurre con otras técnicas, particularmente las que provienen de la psiquiatría⁸⁷. Y ello no es motivo para dejar de realizar el examen, dado que está ayudando realmente a jueces y tribunales a realizar su labor sin poner en riesgo al menor.

Pero justamente esa falta de determinación del grado de acierto⁸⁸, debida a la carencia de resultados empíricos consistentes en la doctrina⁸⁹, es el que hace que la comunidad científica muestre sus recelos sobre el SVA en una medida demasiado elevada quizás. Sin duda, si pudiera avanzarse en el tercer criterio, la comunidad científica se alejaría de esas dudas, pero de momento no es así. Y ello debe ser tenido inevitablemente en cuenta a efectos procesales.

⁸⁵Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 14.

⁸⁶Ese parece ser un problema recurrente. Vid. Bull, R. “The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice”, cit. p. 7. Stalker, K. / McArthur, K., “Child Abuse, Child Protection and Disabled Children: A review of recent research”, *Child Abuse Review* Vol. 21, 2012, p. 34.

⁸⁷American Psychiatric Association, *Manual diagnóstico estadístico de los trastornos mentales, DSM-5*, Madrid 2014.

⁸⁸Es demoledor el análisis de Cooper, Penny, et al. “One Step Forward and Two Steps Back? The ‘20 Principles’ for Questioning Vulnerable Witnesses and the Lack of an Evidence-Based Approach.” *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 22, no. 4, October 2018, p. 396-397. De 20 principios para evaluar a personas vulnerables, sólo dos están respaldados por evidencia científica.

⁸⁹Benedan, L. / Powell, M. B. / Zajac, R. / Lum, J.A.G. / Snow, P., “Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills, cit. p. 52. Brewer, N. / Keast, A. / Sauer, J.D., “Children’s eyewitness identification performance: Effects of a Not Sure response option and accuracy motivation”, *Legal and Criminological Psychology*, 2010, 15, p. 261. Bull, R. “The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice”, *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 14.

6. Conclusión: un medio de prueba demasiado controvertible

Todo ello conduce a un final un tanto decepcionante, al menos en apariencia. Si ya partíamos de la base de que los interrogatorios debían ser ciertamente arrinconados en los procesos en beneficio de pruebas periciales, nos encontramos con un método que sin duda constituye una prueba pericial, pero que aún siendo mucho mejor que el interrogatorio del menor a cargo de un jurista, no deja de ser un medio de prueba con una fiabilidad demasiado escasa a los efectos, por ejemplo, de obtener una declaración de culpabilidad. Tampoco habría de ser suficiente para sustentar una exculpación, pero en este segundo sentido, al menos la vigencia de la presunción de inocencia lo pone bastante más sencillo.

Sin embargo, para condenar, aun sin entrar en la lógica de los estándares de prueba, son precisos más elementos de juicio que la palabra del menor, incluso proviniendo del SVA. A partir de ahí, el estudio de la personalidad del acusado, así como de los daños físicos y psicológicos que haya podido padecer el menor, podrán ser de ayuda, incluso sin descartar que el SVA aporte datos interesantes que podrían abrir otros caminos probatorios, como la comprobación de los entornos donde se produjo el delito, o bien incluso la existencia de otras denuncias sobre hechos parecidos sobre ese reo. Pese a lo peligrosa que resulta esta consideración de la supuesta multireincidencia desde el punto de vista de la presunción de inocencia, al menos es un dato más que puede acabar conformando la convicción judicial de un modo razonable.

Dicho lo cual, parece obvio que se trata de un medio de prueba difícilmente evitable si ha existido una denuncia de un delito cometido sobre el menor. Pero que cuando no sea imprescindible por ser particularmente evidente la agresión por la existencia de un parte médico convincente⁹⁰, vídeos, fotografías o grabaciones, por ejemplo, junto con un dictamen pericial médico que confirme los daños padecidos por el menor, parece que no será necesario someterle a una entrevista cognitiva, por enriquecedora que se piense que puede resultar, puesto que es posible que con ello estemos cayendo en el mismo prejuicio de la importancia de la *cross examination*, aunque reconvertida ahora en una idea falsa acerca de que esta prueba sea insustituible. Al contrario, si tenemos otros elementos de convicción que aportan información suficiente para afirmar que los hechos han ocurrido, no debe molestarse al menor sometiéndole a un examen que jamás olvidará. Carece de sentido. Insisto, si por ejemplo un agresor sexual grabó en vídeo sus fechorías con el menor y dicho vídeo se localiza, ¿qué sentido tiene que el menor reviva la experiencia? Si existe, por ejemplo, una grabación en la que el agresor reconoce los hechos y hasta se extiende en sus detalles constando en la causa suficientes vestigios, ¿por qué tenemos que preguntarle al menor sobre los mismos, incluso si ya es mayor de edad?

Fuera de esos casos de particular evidencia, más frecuentes actualmente de lo que parece por la gran presencia de tecnología en nuestras vidas cotidianas⁹¹, la entrevista cognitiva no podrá ser evitada, a riesgo de dejar a la defensa sin material probatorio para realizar su labor, cuestionando

⁹⁰Lo que no siempre es fácil. Vid. Barnes, P., “Child Abuse - Nonaccidental Injury (NAI) and Abusive Head Trauma (AHT) - Medical Imaging: Issues and Controversies in the Era of Evidence-Based Medicine.” *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, no. 3, Spring 2017, pp. 679 y ss. Ta Yo Yu, D. / Ngo, T.L. / Goldstein, M., “Child Abuse—A Review of Inflicted Intraoral, Esophageal, and Abdominal Visceral Injuries”, *Clinical Pediatric Emergency Medicine*, Vol. 17, n. 4, pp. 284 y ss.

⁹¹Vid. ampliamente Merkel, L., *Derechos humanos e investigaciones policiales: Una tensión constante*, Madrid 2022, pp. 251 y ss.

por ejemplo la regularidad y verosimilitud del examen pericial fruto de la entrevista cognitiva. Pero a día de hoy debería ya abandonarse por completo la posibilidad de que los juristas interroguen a los menores. La entrevista cognitiva sólo deberá ser celebrada cuando no quede otro remedio. Y esa será la única oportunidad de examen del menor. Habrá que tener buen cuidado en practicarla correctamente desde un principio, puesto que de lo contrario es posible que las pruebas en el proceso sean inexistentes, con las inevitables consecuencias que se derivan en ese caso.

7. Bibliografía

ACKER, T., „Mehr Opferschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren?“, NK 33, 4/2021, pp. 489 y ss.

American Psychiatric Association, *Manual diagnóstico estadístico de los trastornos mentales, DSM-5*, Madrid 2014.

ANSANELLI, V., *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011.

Anzenberger P., *Vernehmung von Verbrechensopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289a und 289b ZPO*, ÖJZ 2017, p. 256.

ARTKÄMPER, H. / FLOREN, T. / SCHILLING, K., *Vernehmungen. Taktik, Psychologie, Recht*, Hilden 2021.

AULETTA, F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002.

BALL, E. / BALL, J. / LA ROOY, D., “The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol. Interview Guide”, Royal Holloway University London 9-8-2017. <http://nichdprotocol.com/wp-content/uploads/2017/09/InteractiveNICHDProtocol.pdf>.

BARNES, P., “Child Abuse - Nonaccidental Injury (NAI) and Abusive Head Trauma (AHT) - Medical Imaging: Issues and Controversies in the Era of Evidence-Based Medicine.” *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, no. 3, Spring 2017, pp. 679 y ss.

BEHRMANN E.A. (ED.), *Psychosoziale Prozessbegleitung*, Opladen ; Berlin y Toronto 2022.

BENDER, R. / NACK, A. / TREUER, W-D., *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München 2007.

BENEDAN, L. / POWELL, M. B. / ZAJAC, R. / LUM, J.A.G. / SNOW, P., “Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills, *Elsevier, Child Abuse & Neglect*, 79, 2018, p. 51.

BENTHAM, J., *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823.

BREWER, N. / KEAST, A. / SAUER, J.D., “Children’s eyewitness identification performance: Effects of a Not Sure response option and accuracy motivation”, *Legal and Criminological Psychology*, 2010, 15, p. 261.

BUENO OCHOA, L., “El protocolo SVA como sistema de análisis de validez de las declaraciones en contextos forenses”, en Fuertes-Planas (ed.), *Concepciones sistemáticas y visiones literarias del Decho. Principios del Derecho VI*, Madrid 2020, pp. 441 y ss.

BULL, R. "The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice", *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 6 y 9.

CETS N. 201, Lanzarote 25-10-2007. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=201>

CHAAAYA, M., "Children's Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal", *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 9, no. 3, March 1998, p. 265.

CONTRERAS ROJAS, C., *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Madrid 2015.

COOPER, PENNY, ET AL., "One Step Forward and Two Steps Back? The '20 Principles' for Questioning Vulnerable Witnesses and the Lack of an Evidence-Based Approach." *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 22, no. 4, October 2018, p. 396-397.

DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid 1856.

DE VOCHT, D., ET AL., "Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission's Proposal in Light of an eu Comparative Study", *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, pp. 480 y ss.

DEGLI UBALDI, BALDO, *Practica Baldi*, Perugia 1521.

DIGES, M., *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997.

DONDI, A., "Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 261 y ss.

ECOSOC Resolution 2005/20, 22-7-2005, Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime.

EKMAN, P., *Cómo detectar mentiras*, Madrid 2012.

EKMAN, P., *El rostro de las emociones*, Barcelona 2004.

FAIGMAN, D. L., "The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maniging Scientific Evidence in the Age of Science", *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 UC Davis Law Review 2013, p. 104.

FORDE, L., "The role of the courts in protecting children's rights in the context of police questioning in Ireland and New Zealand", *The Howard Journal of Crime and Justice*, 2022, 61, pp. 240 y ss.

FOURNIER, L. R., "The *Daubert* Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control", *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, p. 308.

GARRIE, D.L B., "Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, p. 122.

George, R. / Ferguson, S. *Review into de Criminal Justice System response to adult rape and serious sexual offences across England and Wales*, Research Report, HM Government, junio 2021, pp. 71-72.

GLYNN CRANE, M., "Childhood Trauma's Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions", *South Dakota Law Review*, vol. 62, n. 3, 2017, p. 626.

GODOY-CERVERA, V. / HIGUERA, L., "El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio", *Papeles del Psicólogo*, 2005, vol. 26, p. 97.

GUDJONSON, G. / VAGNI, M. / MAIORANO, T. / GIOSTRA, V. / PAJARDI, D., "Trauma symptoms of sexual abuse reduce resilience in children to give 'no' replies to misleading questions", *Personality and Individual Differences*, 168, 2021, p. 1 y ss.

GUERRINI, F., "Über Sexualität sprechen, über Gewalt schweigen. Zur Dethematisierung sexueller Gewalt in jugendamt-internen Sittlichkeitsdiskursen (1945-1960)", *Jahrbuch erziehungswissenschaftliche Geschlechterforschung. Generation und Sexualität*, 16/20, pp. 51 y ss.

COUNCIL OF EUROPE, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, 17-11-2010.

JUDSON, K., "Bias, Subjectivity, and Wrongful Convictions.", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 784. Leo, R.A., "Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 710.

JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interpretación desorientada*, Madrid 2020, pp. 111 y ss

KAHNEMAN, D. / SLOVIC, P. / TVERSKY, A. (ED.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982, p. 16.

KÖHNKEN, G. / MANZANERO, A.L. / SCOTT, M. T., "Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones", *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, pp. 13 y ss.

LA ROOY, D., BRUBACHER, S. P., AROMÄKI-STRATOS, A., CYR, M., HERSHKOWITZ, I., KORKMAN, J., MYKLEBUST, T., NAKA, M., PEIXOTO, C. E., ROBERTS' K. P., STEWART' H., & LAMB' M. E., "The NICHD Protocol: A review of an internationally-used evidence-based tool for training child forensic interviewers", *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*. 2, 2015, pp. 76 y ss.

LAMB, M.E. / ORBACH, Y. / HERSCHKOWITZ / ESPLIN, P. W. / HOROWITZ, D., „Structured forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol”, *Child Abuse Negl.* 2007, 31(11-12), p. 1202.

LAMB, M.E., BROWN, D.A., ORBACH, I.H.Y., ESPLIN, P.W., *Tell Me What Happened: Questioning Children About Abuse*, Hoboken 2018.

LEO, R.A., "Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 713.

LOFTUS, E. *Eyewitness testimony*, Cambridge 1996.

MANZANERO, A., *Memoria de testigos*, Madrid 2010.

MARINOVIĆ, D. ET AL., "Obtaining the Child Testimony in the Criminal Proceedings", *Coll. Antropol.* 34 (2010) Suppl. 2, p. 253.

MARTIRE, K.A. / KEMP, R.I., “Can experts help jurors to evaluate eyewitness evidence? A review of eyewitness expert effects”, *Legal and Criminological Psychology*, 2011, 16, p. 24 y ss.

MAZZONI, G. *Psicologia della testimonianza*, Roma 2015.

MCEWAN, J., “The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union”, *ERA Forum* 2009, 10, p. 379.

MERKEL, L., *Derechos humanos e investigaciones policiales: Una tensión constante*, Madrid 2022, pp. 251 y ss.

MONTANARI VERGALLO, G. / MARINELLI, E. / MASTRONARDI, V. / DI LUCA, N.M. / ZAAMI, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, *International Journal of Law and Psychiatry* 56, 2018, p. 61.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL (Committee to Review the Scientific Evidence on the Polygraph), *The polygraph and lie detection*, 2003, pp. 212 y ss.

NIEVA FENOLL, J., “La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)”, *Ius et Praxis*, vol. 26, n. 3, dic. 2020.

NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Madrid 2010.

NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg 2012.

OSSMER, C., “Normal Development: The Photographic Dome and the Children of the Yale Psycho-Clinic”, *Isis*, vol. 111, n. 3, sept. 2020, pp. 516 y ss.

OTGAAR, H. / DE RUITER, C. / SUMAMPOUW, N. / ERENS, B. / MURIS, P., “Protecting Against Misinformation: Examining the Effect of Empirically-Based Investigative Interviewing on Misinformation Reporting”, *Journal of Police and Criminal Psychology*, July 2020, pp. 1 y ss.

PATETTA, F. *Le ordalie*, Torino 1890.

PETZOLDT, V. “Ermittlungsarbeit mit Iriminalitätstraumatisierten Personen”, *Siak-Journal*, 2/2021, pp. 44-45.

PIRES DE SOUZA, L. F., *Prova testemunhal*, Coimbra 2020, pp. 55 y ss.

RADIĆ, I., “Right of the child to information according to the Directive 2016/800/EU on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2, 2018, pp. 468 y ss.

RAP, S.E. / ZLOTNIK, D., “The Right to Legal and Other Appropriate Assistance for Child Suspects and Accused”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26, 2018, pp. 110 y ss.

ROMA, P. / SABATELLO, U. / VERRASTRO, G. / FERRACUTI, S., “Comparison between Gudjonsson Suggestibility Scale 2 (GSS2) and Bonn Test of Statement Suggestibility (BTSS) in measuring children’s interrogative suggestibility”, *Personality and Individual Differences* 51, 2011, p. 488.

RUIZ TEJEDOR, M.P., “Valoración de la credibilidad del testimonio en menores abusados sexualmente”, *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*, n. 11, abril 2003, p. 88.

SOMMERFELD, M., „Die EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder (= Personen im Alter von unter 18 Jahren), die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, und ihre Umsetzung ins deutsche Jugendstrafverfahrensrecht”, *ZfJ* 4/2018, pp. 296 y ss.

STALKER, K. / MCARTHUR, K., “Child Abuse, Child Protection and Disabled Children: A review of recent research”, *Child Abuse Review* Vol. 21, 2012, p. 34.

STELLER, M. / KÖHNKEN, G., „Análisis de declaraciones basados en criterios”, en Raskin (ed.), *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, pp. 217 y ss, Bilbao 1994.

TA YO YU, D. / NGO, T.L. / GOLDSTEIN, M., “Child Abuse—A Review of Inflicted Intraoral, Esophageal, and Abdominal Visceral Injuries”, *Clinical Pediatric Emergency Medicine*, Vol. 17, n. 4, pp. 284 y ss.

Taruffo, M., “La prova scientifica. Cenni generali”, *47 Ragion pratica* 2016, p. 335 y ss.

UNDEUTSCH, “The development of statement reality analysis”, en Yuille (ed.), *Credibility Assessment*, Dordrecht 1988, pp. 101 y ss.

VÁZQUEZ, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015, p. 125.

MONTANARI VERGALLO, G. / MARINELLI, E. / MASTRONARDI, V. / DI LUCA, N.M. / ZAAMI, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, cit. p. 59.

WIGMORE, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Boston 1904.