

## VULNERABILIDAD, PRUEBA PRECONSTITUIDA Y

DERECHO (EFFECTIVO) A LA DEFENSA<sup>\*</sup>

*VULNERABILITY, PRE-CONSTITUTED EVIDENCE*

*AND (EFFECTIVE) RIGHT TO DEFENSE*

*José Francisco Etxeberria Guridi*

*Catedrático de Derecho Procesal*

*Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*

### RESUMEN

La LO 8/2021 ha alterado sustancialmente el régimen jurídico relativo a la prueba preconstituida en relación con determinadas personas en situación de vulnerabilidad que declaran como testigos. Ahora ha de procederse obligatoriamente a la preconstitución probatoria en estos casos, siendo muy excepcional la presencia de los testigos en el plenario. En este escenario entran en juego dos circunstancias a ponderar, muy relevantes ambas. Por un lado, la necesidad de adoptar medidas de protección sobre las personas vulnerables que han de declarar; por otro lado, la necesidad de respetar el derecho a la contradicción y a la defensa de la persona investigada.

### PALABRAS CLAVE

Vulnerabilidad, prueba preconstituida, testigos menores, testigos con discapacidad, derecho a la contradicción, derecho a la defensa.

### ABSTRACT

Organic Law 8/2021 has substantially altered the legal regime regarding pre-established evidence in relation to certain vulnerable individuals who testify as witnesses. Pre-constituted evidence must now be taken in these cases, and the presence of witnesses in court is very exceptional. In this scenario, two highly relevant circumstances come into play. On the one hand, there is a need to adopt protective measures for vulnerable individuals who must testify; on the other, there is a need to respect the right to contradiction and defense of the person under investigation.

### KEYWORDS

Vulnerability, pre-constituted evidence, minor witnesses, witnesses with disabilities, right to contradiction, right to defense.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.133>

---

<sup>\*</sup> El presente trabajo se enmarca en el Proyecto "Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)" —CIPROM 2023-64 GVA—.

# VULNERABILIDAD, PRUEBA PRECONSTITUIDA Y DERECHO (EFFECTIVO) A LA DEFENSA

José Francisco Etxeberria Guridi

Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La preconstitución probatoria como mecanismo protector en situaciones de vulnerabilidad. 2.1. Brevísima aclaración conceptual. 2.2. Reconocimiento de la preconstitución probatoria como mecanismo protector en situaciones de vulnerabilidad en el plano supranacional. 3. Ámbito subjetivo de aplicación: los testigos en situación de vulnerabilidad. 3.1. Diferencias con otros supuestos de preconstitución probatoria del testimonio. 3.2. Testigos comprendidos en el art. 449 ter LECrim. 4. Ámbito objetivo de aplicación: los delitos en los que procede. 5. La práctica de la prueba preconstituida. 5.1. Medidas adicionales de protección en la práctica de la prueba preconstituida. 5.2. Garantías vinculadas al principio de contradicción. 6. La excepcional intervención del testigo en el juicio oral. 7. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Constituye lugar común poner en valor las bondades que presenta la práctica de prueba preconstituida en determinados contextos. Tradicionalmente el foco de atención se ha centrado en supuestos en los que existe un riesgo efectivo de imposibilidad material de reproducción de la prueba, generalmente testimonial, en el plenario, que cada día que pasa cuenta con una previsión de celebración más lejana en el tiempo. La del testigo que manifiesta la imposibilidad de concurrir al juicio oral por haber de ausentarse del territorio nacional o la del testigo respecto del cual existan motivos suficientes para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de aquel crucial momento procesal (art. 448 LECrim), son muestras ilustrativas al respecto.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte se está instalando con fuerza la idea, asentada en argumentos científicos, de que la preconstitución probatoria puede resultar igualmente efectiva y útil en situaciones distintas a las anteriores y por motivos igualmente diversos. Nosotros vamos a referirnos exclusivamente en este estudio al supuesto de los testigos que por cuestiones de naturaleza heterogénea pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad. Situación en la que representa un papel protagónico la condición de víctima del delito, pero a la que pueden sumarse otras vinculadas a la edad —minoría o edadismo—, el género o la discapacidad, entre otras. En tales casos, a diferencia de los indicados en el párrafo anterior, no existe propiamente imposibilidad material por parte de los testigos de concurrir a prestar su testimonio en el juicio oral. En puridad, quien haya de declarar como testigo está disponible en el momento de la vista y no imposibilitado para presentarse físicamente en la misma. Son otras las razones que hacen aconsejable que el testigo no deba declarar reiteradamente en distintos momentos del proceso. Destaca entre ellas la necesidad de proteger al testigo frente a la probable revictimización o frente a represalias. Pero puede ocurrir también que por las condiciones del testigo sea más idóneo recoger su testimonio en un momento inicial del proceso, cercano a los hechos, para reforzar la calidad de éste.

La anterior tesis no plantea en sí misma ninguna desaprobación, en la medida en que resultan inobjetables las finalidades de proteger debidamente a la víctima-testigo vulnerable o de garantizar la calidad del testimonio. Pero ello puede repercutir negativamente en la parte investigada-acusada en cuanto que su derecho a la defensa y a la contradicción puede verse afectado. Como ocurre en muchas ocasiones en el ámbito del proceso penal, la solución adecuada se encuentra en el justo equilibrio entre ambos términos de la ecuación.

Nuestro estudio se va a limitar a analizar el supuesto concreto contemplado en el art. 449 ter LECrim —y los relacionados con él— que se incorpora al texto procesal por la LO 8/2021, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Y ello por dos motivos concretos: por un lado, porque en dicho precepto se contempla la preconstitución probatoria en el contexto de dos situaciones de vulnerabilidad —testigo menor de 14 años y persona con discapacidad necesitada de especial protección—; y, por otro lado, porque dicha preconstitución probatoria se configura con carácter preceptivo dadas las circunstancias contempladas en dicho precepto.

## 2. LA PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA COMO MECANISMO PROTECTOR EN SITUACIONES DE VULNERABILIDAD

### 2.1. BREVÍSIMA ACLARACIÓN CONCEPTUAL

Antes de referirnos a la funcionalidad de la prueba preconstituida merece detenernos concisamente en la misma como categoría. Hemos de adelantar que el concepto «prueba preconstituida» es fruto de la elaboración doctrinal. Al menos hasta la aprobación de la LO 8/2021. Hasta ese momento la norma procesal penal por excelencia, la LECrim, no

utilizaba el término, si bien su empleo resultaba y resulta frecuente entre la doctrina y la jurisprudencia. A partir de esa fecha y por efecto de aquella LO se incorpora en determinados preceptos de la LECrim dicho término. Empero, la incorporación no va acompañada de aclaración conceptual alguna, aunque sí es cierto que en las ocasiones en que lo hace está presente mayoritariamente el art. 499 ter LECrim. No disponemos, pues, de criterios normativos suficientes para definir la prueba preconstituida o para diferenciarla de la denominada «prueba anticipada», distinción donde ha reinado cierta confusión (Guzmán, 2006: 165 y ss.). Ambas tienen en común que se practican en un momento procesal distinto al del juicio oral, que resulta el adecuado (art. 741 LECrim), pues en el mismo se garantizan la inmediación, concentración, oralidad y publicidad, principios configuradores de la práctica de la prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia. Por tal motivo se ha mantenido, incluso, la artificiosidad de tal distinción al carecer la misma de consecuencias prácticas (Nieva, 2024: 5-6).

Como se ha dicho, si hasta la reforma operada por la LO 8/2021 el término prueba preconstituida era desconocido por la LECrim, no ocurre lo mismo con el de prueba anticipada. La doctrina, sin plena coincidencia, ha considerado que la preconstitución probatoria se vinculaba a los supuestos en los que por su propia naturaleza, la diligencia investigadora en cuestión no es reproducible en el juicio oral, de ahí que la propia norma procesal contemple los requisitos y presupuestos con que ha de practicarse en todo caso en la fase preparatoria. La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado con la ocupación y detención de lo que o quien se hallen en dicho lugar sería muestra de ello. Mientras que la prueba anticipada se reservaría para los supuestos en que la diligencia practicada en la fase preparatoria es repetible por su esencia en el acto del juicio oral, pero ante el riesgo de que pueda perderse se anticipa dicha práctica con las garantías que de ordinario rodean su realización en el plenario.

La LO 8/2021 ha venido a descuadrar esa distinción al referirse con la expresión prueba preconstituida a los supuestos en los que, por su naturaleza, la diligencia en cuestión es en principio repetible en el plenario, pero en el supuesto concreto existe un riesgo de que no ocurra así o, como en el caso que nos ocupa, siendo posible no sea oportuna o recomendable su reiteración. Lo que sí parece incuestionable es que la LECrim ha reservado el uso de la expresión «prueba anticipada» a la que tiene lugar una vez acordada la apertura del juicio oral, pero antes de que den comienzo las sesiones del mismo. La anticipación de la prueba en estos casos puede tener lugar por dos motivos, bien porque fuera de temer por cualquier causa que las pruebas «no se puedan practicar en el juicio oral», bien porque siendo posible su práctica «pudieran motivar su suspensión» (art. 657.III LECrim) aunque no se emplee en tal precepto la expresión anticipada. Sí lo hacen otros preceptos, como el relativo a la petición de anticipación probatoria en el escrito de acusación (art. 781.1 LECrim) o en el escrito de defensa (art. 784.2 LECrim) o en el auto en que se resuelve sobre la admisión o rechazo de las pruebas propuestas y de su práctica anticipada, en su caso (art. 785.3 LECrim). La decisión sobre la anticipación probatoria corresponde, pues, al órgano competente para el enjuiciamiento y ante él tiene lugar su práctica, aunque con anterioridad a las sesiones del plenario.

Este ha de ser, pues, el criterio diferenciador entre la prueba preconstituida y la anticipada. Aquélla se despliega en la fase de instrucción y ante el órgano judicial competente para su conocimiento (juez o jueza de instrucción), mientras que la segunda se practica en la fase de enjuiciamiento y ante quien ha de conocer y fallar, pero con anterioridad al inicio de la vista. Esta parece ser también la opción del prelegislador en la propuesta de reforma integral de la LECrim (Anteproyecto de LO de Enjuiciamiento Criminal —ALOECrim—) presentado en 2020. En el texto mencionado se reserva la expresión de prueba anticipada a la que tiene lugar en la fase de enjuiciamiento y ante el tribunal sentenciador (art. 592.3 ALOECrim: «Una vez abierto el juicio oral, sólo podrá solicitarse la práctica de prueba anticipada ante el tribunal sentenciador antes del inicio de las sesiones del plenario en los términos establecidos en el artículo 641 de esta Ley»). Sin embargo, cuando se aprecie el riesgo de pérdida de la prueba con anterioridad al juicio oral y haya que proceder a su aseguramiento, el texto del ALOECrim sustituye la ahora vigente prueba preconstituida por el que denomina «incidente de aseguramiento de las fuentes de prueba». Incidente que presenta innegables similitudes con la prueba preconstituida actual. Sin obviar la principal disparidad, a saber, la dirección de la fase preparatoria del futuro proceso penal, denominada «procedimiento investigador», corresponde al Ministerio Fiscal y no a un órgano judicial, con lo que para garantizar la imprescindible presencia de una autoridad judicial en el incidente de aseguramiento de pruebas se torna preciso crear una figura nueva, o mejor dicho hacer extensiva una figura ya existente en los procedimientos competencia de la Fiscalía Europea: la figura del Juez de Garantías cuando el incidente de aseguramiento se materialice en el procedimiento investigador, y la figura del Juez de la Audiencia Preliminar cuando el incidente se promueva en la fase intermedia (art. 592 ALOECrim). El texto referido, aunque su tramitación parlamentaria no haya fructificado, será objeto de nuestra atención, pues contiene no pocas e interesantes referencias sobre la materia que nos ocupa.

## 2.2. RECONOCIMIENTO DE LA PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA COMO MECANISMO PROTECTOR EN SITUACIONES DE VULNERABILIDAD EN EL PLANO SUPRANACIONAL

El legislador español, al incorporar al ordenamiento los mecanismos de protección que en el marco procesal están orientados a las personas en situación de vulnerabilidad, se ha inspirado para ello, en ocasiones de forma vinculante, en no pocos instrumentos normativos supranacionales, internacionales algunos, de ámbito regional europeo los otros (García, 2022: 9-16). Sólo una consideración integral de sus contenidos permite conducir al concreto objeto de este estudio, pues aquellos instrumentos normativos supranacionales no siempre coinciden en su objeto o en su ámbito de aplicación. Algunos de ellos se centran principalmente en el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, por ejemplo, las Reglas de Brasilia de 2008 que cuentan con una versión actualizada de 2018. Pero si arañamos superficialmente el texto, inmediatamente surgen referencias a la minoría de edad, la discapacidad o la condición de víctima del delito como situaciones de vulnerabilidad, entre otras muchas (género, pobreza, migración, pertenencia étnica, orientación

sexual, etc.). Sobre este punto, conviene detenerse en la regla (3) relativa al concepto de las personas en situación de vulnerabilidad, esto es, «Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico».

A partir de ahí, otros muchos instrumentos normativos abordan las causas o factores de vulnerabilidad de modo más específico, bien atendiendo a la condición de discapacidad, por ejemplo, la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmado en Nueva York el 13 diciembre de 2006; bien atendiendo a la condición de mujer, así, la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que, sin referencias específicas a medidas de protección, ya proclamaba la igualdad de trato ante la justicia; o bien atendiendo a la condición de menor, por ejemplo, la Convención de la ONU de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que proclama medidas concretas de protección de los niños en situación añadida de vulnerabilidad y, con carácter más general, que todas las medidas concernientes a los niños que se adopten, entre otros, por los tribunales de justicia considerarán primordialmente el interés superior del niño (art. 3.1).

Sin embargo, si hubiera de destacarse un factor de vulnerabilidad que reclama particulares medidas de protección y apoyo en su relación con el sistema de justicia es el de la condición de víctima del delito. Por tal motivo, se encuentran referencias numerosas a la necesidad-conveniencia de preconstituir la prueba mediante la grabación de su declaración o audiencia, de modo que las grabaciones puedan ser utilizadas como prueba en el proceso sin que resulte precisa la comparecencia en la vista. La Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, sobre víctimas de delitos constituye un texto de referencia al respecto. También lo es por la circunstancia de tomar en consideración las debidas particularidades cuando se suman a la condición de víctima otros factores de vulnerabilidad como puedan ser la condición de menor o de persona con discapacidad. Tras esta Directiva, que sustituye una previa Decisión marco de 2001 sobre el estatuto de la víctima, se suceden otros muchos instrumentos, bien en el ámbito de la UE, bien en el del Consejo de Europa o en el ámbito suprarregional, en los que igualmente se contemplan medidas de protección y apoyo equivalentes a la prueba preconstituida. Instrumentos normativos que abordan de forma específica a las personas en situación de vulnerabilidad víctimas de modalidades delictivas concretas y determinadas. Así, entre otros, la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, de lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas —modificada recientemente por la Directiva (UE) 2024/1712, de 13 de junio de 2024—; o la Directiva (UE) 2024/1385, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, con evidentes coincidencias con el Convenio del Consejo de Europa, de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul).

Interesa destacar en estos momentos que los últimos instrumentos normativos contemplados enfocan su atención a determinadas categorías de víctimas en situación de vulnerabilidad —menores, mujeres, etc.— de determinadas modalidades delictivas —violencia doméstica, de género, trata de seres humanos, pornografía, etc.— pero sin ignorar la posible concurrencia de otros factores de vulnerabilidad que pueden agravar la, ya de por sí, situación de necesaria protección particular de la víctima. La Directiva 2011/93/UE mencionada, relativa a los abusos y explotación sexuales y a la pornografía infantil, contempla, por ejemplo, que la persona menor víctima de tales infracciones pueda hallarse en una situación especialmente vulnerable al concurrir a su vez una discapacidad física o psíquica (art. 3.5.ii). Lo mismo cabría predicar de la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos, que condiciona el modo de asistencia y apoyo a las víctimas de tales delitos a la concurrencia de otras necesidades especiales añadidas, como la discapacidad, salud, etc. (art. 11.7).

Por último, merece especial atención la citada, y recientemente aprobada, Directiva (UE) 2024/1385, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que incorpora el concepto de «discriminación interseccional» para referirse a las víctimas de esas modalidades delictivas en quienes, además, concurren de forma combinada otro u otros motivos de discriminación de los mencionados en el art. 21 CDFUE y que se traduce en un mayor riesgo de sufrir violencia y en la exigencia de adoptar medidas de apoyo específico respecto de estas víctimas con «necesidades interseccionales» (art. 33) y de protección (art. 21). En esencia, la discriminación interseccional implica diferenciarla de la categoría de discriminación múltiple entendida como una mera suma de motivos discriminatorios. Más que una mera adición, la discriminación interseccional supondría una nueva realidad discriminatoria, más intensa y específica (Cavalcante, 2018: 18). Esta reflexión ha de ser igualmente válida en el caso de la concurrencia en la víctima en situación de vulnerabilidad de varios factores que intensifican en definitiva dicha situación y que se convierte en criterio a considerar en la evaluación individual de las víctimas.

### **3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: LOS TESTIGOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD**

#### **3.1. DIFERENCIAS CON OTROS SUPUESTOS DE PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO**

La primera de las cuestiones a esclarecer se vincula con la determinación de los sujetos a los que resulta aplicable la preconstitución probatoria. Nos referimos a la que el legislador parece imponer vinculantemente. En efecto, como se ha indicado son varios los casos en los que el legislador procesal contempla la preconstitución probatoria de la declaración del testigo al margen del que ahora nos atañe, esto es, el previsto en el art. 449 ter LECrim. Son supuestos en los que concurre un riesgo de pérdida probatoria o de imposibilidad de reiteración en el plenario. La imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del terri-

torio nacional o por temer de forma razonablemente bastante la muerte o la incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral (art. 448 LECrim) son muestra de ello, o como de forma más genérica se dispone para el procedimiento abreviado, cuando por el lugar de residencia «o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral» (art. 777.2 LECrim).

De concurrir estas circunstancias, la norma procesal contiene también en esos casos un mandato dirigido a la autoridad judicial de la instrucción para que se proceda imperativamente a la preconstitución probatoria («practicará» inmediatamente, «mandará» practicar inmediatamente). Análoga fórmula imperativa a la que se emplea en el supuesto que nos ocupa (art. 449 ter LECrim: «acordará en todo caso»). Para entender las diferencias existentes en la obligatoriedad de preconstitución en los supuestos indicados hemos de remitirnos a lo dispuesto por la norma procesal respecto de la celebración del juicio oral.

En principio, las declaraciones prestadas por el testigo durante la instrucción y preconstituidas como prueba deberían ser reiteradas en el acto del juicio oral si el riesgo de pérdida de la fuente de prueba no se ha materializado, de manera que la reproducción en el acto del juicio de la grabación que recoge la declaración del testigo sólo operaría si resultara materialmente imposible la reiteración presencial. Así se deducía claramente del art. 730 LECrim antes y después de la reforma operada por la Ley 4/2015, sobre el estatuto de la víctima. Con la nueva redacción del precepto resultante de la LO 8/2021 no parece que se pueda deducir esa conclusión con la misma claridad. Sí en cambio del nuevo art. 703 bis LECrim que también se incorpora *ex novo* con la misma LO. Dispone este último precepto que, salvo las excepciones que veremos más adelante, «no será necesaria la presencia del testigo en la vista» cuando en aplicación de lo dispuesto «en el artículo 449 bis y siguientes» se haya practicado la declaración del testigo como prueba preconstituida. El siguiente precepto al que se refiere con «y siguientes» no es otro que el art. 449 ter LECrim, esto es, el que refiere a los testigos menores de 14 años o con discapacidad necesitadas de especial protección, no en otros supuestos. De la misma manera, la excepción a la regla de que no es necesaria la presencia del testigo en la vista se refiere igualmente a los supuestos previstos en ese mismo precepto 449 ter (art. 703 bis LECrim).

Este entendimiento es el que resulta igualmente de lo dispuesto para semejantes situaciones en el ALOECrim 2020 con el que se denomina «incidente de aseguramiento de las fuentes de prueba» (arts. 591 y ss.). Este incidente de aseguramiento discrimina con meridiana claridad la situación del testigo que, por razón de su edad o discapacidad, no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el juicio oral, de los restantes casos en los que se procede también al aseguramiento de la prueba (declaraciones de otros testigos, peritos o del investigado). La regla general al respecto consiste precisamente en que el «resultado del incidente para el aseguramiento de la prueba solo accederá al juicio oral si llegara a producirse la falta efectiva de disponibilidad del medio de prueba que lo motivó», esto es, si se materializa el riesgo de pérdida en cuya previsión se produjo el aseguramiento. Sin embargo, esta regla no es de aplicación en el caso de los testigos que por su edad o situación de discapacidad no deban someterse a un examen contradictorio en el juicio (art. 602 ALOECrim).

Salvando las distancias, esta es también la norma en el proceso civil para la anticipación de la prueba «cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto» (art. 293.1 LEC), que no es otro que el acto del juicio. También aquí, la prueba practicada anticipadamente podrá realizarse nuevamente en el juicio si en el momento de proposición de prueba «fuera posible llevarla a cabo» (art. 295.4 LEC).

El aspecto diferenciador de los supuestos de preconstitución probatoria mencionados ha de centrarse, pues, en si es materialmente posible la reiteración del testimonio en el plenario, en un caso, o si, siendo materialmente posible, concurren otros motivos (calidad del testimonio, victimización secundaria) por los que no la hacen conveniente, en el otro caso.

En corroboración de lo indicado, no puede dejar de contemplarse la tendencia que se impone durante los últimos años en el marco de la digitalización de la justicia y en la progresiva incorporación de las tecnologías de la información que pueden aplicarse en los supuestos indicados. Esto es, resulta sin duda preferible que el testigo que se haya ausentado al extranjero o que por precaución haya ya depuesto durante la instrucción, declare telemáticamente desde el lugar en que se encuentre en el acto del juicio en lugar de reproducir sin más durante el mismo una grabación previa. Como se verá más adelante, la contradicción y la defensa no cuentan con la misma garantía en la fase inicial de la instrucción o en la fase de juicio oral.

Abundan en los últimos años reformas legales en las que se faculta o, a veces, se fuerza a la presencia telemática recurriendo a los «medios técnicos necesarios» como la «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 geográficamente distantes» para la práctica de declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales, actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias «y, en general, todas las actuaciones procesales» (arts. 229 y 230 LOPJ, 258 bis, 325, 731 bis y 306 LEcrim y 137 bis LEC). El acceso a los medios telemáticos será más fácil con las nuevas Oficinas de Justicia que se han de constituir en los municipios con la LO 1/2025 entre cuyos servicios a prestar se cita la práctica de actuaciones procesales mediante videoconferencia u otros sistemas de telepresencia (art. 439 quater.2 LOPJ). Esta sería también la opción de la reciente Recomendación Rec(2023)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2023, en materia de derechos, servicios y apoyos de las víctimas, para minimizar las dificultades en los supuestos de víctimas transfronterizas y de cooperación internacional (art. 20).

Como ha señalado la doctrina, el recurso a los medios telemáticos resulta particularmente controvertido cuando sea el investigado, acusado o condenado quien haya de depoñer por esos medios (Bellido, 2023: 11; Rodríguez, 2024: 5; Laro, 2025: 5), pues no son pocos los instrumentos normativos que exceptúan de lo anterior las declaraciones del investigado en determinados casos (art. 258 bis.2 LEcrim) o que lo condicionan a la prestación del consentimiento por éste [Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril de 2014, relativa a

la orden europea de investigación en materia penal —art. 24—; Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio —arts. 8 y ss.—; Reglamento (UE) 2023/2844, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial —art. 6—].

### 3.2. TESTIGOS COMPRENDIDOS EN EL ART. 449 TER LECRIM

Hecha la anterior matización, resta descender al concreto ámbito de aplicación de la preconstitución probatoria «imperativa» contemplada en el art. 449 ter LECrim y que se refiere a los testigos menores de 14 años o con discapacidad necesitada de especial protección, expresiones que tampoco despejan todas las dudas al respecto.

Una primera cuestión se centra en si, además de la condición de testigo menor de 14 años o con discapacidad necesitada de especial protección, ha de concurrir por añadidura la de ser víctima de delito. El primero de los preceptos de la LO 8/2021 que incorpora el que ahora nos ocupa proclama como objeto de aquella «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia» (art. 1.1). De otra parte, la LO opta por un concepto flexible de violencia entendida «como toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital» (art. 1.2.I). Si bien la mayor parte de los ejemplos constitutivos de violencia que refiere acto seguido tienen una repercusión penal indudable (párrafo II).

Del articulado y del Preámbulo de la LO 8/2021 no puede deducirse con claridad la necesaria suma de la condición de testigo menor de 14 años o con discapacidad y la de víctima del delito, al menos de forma directa. Sí es cierto que el Preámbulo proclama respecto de la prueba preconstituida que se trata de un instrumento adecuado para evitar la «victimización secundaria» y particularmente eficaz cuando se trata de víctimas correspondientes a la categoría que nos ocupa atendiendo a su «especial vulnerabilidad». Pero también lo es que en otros apartados del Preámbulo se hace referencia, no sólo a la circunstancia de que los niños, niñas y adolescentes sean víctimas de violencia, sino también a que «hayan presenciado una situación de violencia». O a que la preconstitución de la prueba puede contribuir, no sólo a evitar la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables, sino también a evitar que «el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato».

En conclusión, si bien es cierto que la preconstitución probatoria se configura como medida de protección esencialmente cuando se trata de víctimas menores que han de declarar, y así se contempla en los numerosos instrumentos normativos con perspectiva victimológica, entendemos que no han de concurrir necesariamente ambas circunstancias para proceder a la aplicación de lo contemplado en el art. 499 ter LECrim (Casanova, 2022:

84). Lo determinante, en nuestra opinión, a la hora de recurrir a la medida de protección que nos ocupa es la concurrencia de una situación de vulnerabilidad en el testigo. La victimización es sin duda causa de vulnerabilidad, pero también lo es la edad o la discapacidad como viene señalado por las Reglas de Brasilia —versión actualizada de 2018— (Regla 4). En el contexto de la norma procesal, de concurrir ambas situaciones nos hallaríamos ante una doble condición de vulnerabilidad que podría triplicarse de coincidir en el testigo la victimización, la minoría de edad y la discapacidad. Así se pronunció igualmente la FGE en su Circular 3/2006 afirmando que «el mero hecho de la minoría de edad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección puede graduarse, atendiendo a la edad del menor, al dato de si el mismo es o no víctima del delito, a la naturaleza y gravedad de los hechos, a si guarda relación de parentesco con el imputado». Esto es, la víctima menor es vulnerable por el hecho de ser menor de edad (Rodríguez, 2023: 99).

Es también la situación de vulnerabilidad, más que la concreta y exclusiva condición de víctima, la que atiende el ALOECrim 2020 para proceder al incidente de aseguramiento de fuentes de prueba, equivalente a la prueba preconstituida que nos ocupa. Así, respecto de las declaraciones del testigo menor de edad se dispone que «si por razón de la edad y situación de vulnerabilidad el testigo no debe ser sometido al examen contradictorio de las partes en el acto del juicio oral, se procederá a asegurar la fuente de prueba conforme a lo dispuesto en el artículo 600 de esta ley» (art. 469.6). De idéntico modo se procederá si el testigo es una persona con discapacidad y resulta necesario atendiendo al grado de discapacidad (art. 470.3). Como se ha afirmado *supra*, en estos casos la reproducción de lo grabado no depende de si se materializa o no el riesgo de dejar de comparecer en el juicio; sino que, por razón de la edad o de las condiciones personales del testigo —discapacidad—, no deba someterse al examen contradictorio de las partes o cuando, por el tiempo transcurrido, pueda haberse producido una merma relevante de la calidad informativa del testimonio (art. 602).

La más reciente y relevante reforma procesal, la llevada a cabo por la LO 1/2025, modifica la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor, poniendo también el acento en la situación de vulnerabilidad del testigo, no sólo en la condición de víctima, a la hora de preconstituir la prueba. Así, el Ministerio Fiscal instará a la Sección de Menores la práctica de la declaración de la víctima «o de un cualquier otro testigo», con las garantías de la prueba preconstituida, de conformidad con lo dispuesto en la LECrim cuando concurran alguno de los supuestos siguientes: a) Cuando exista riesgo de imposibilidad de concurrir al juicio oral; b) Cuando se trate de «una persona especialmente vulnerable. En todo caso, tendrá esa consideración toda persona menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección».

En resumidas cuentas, la situación de especial vulnerabilidad asume la centralidad de la preconstitución probatoria del testimonio, siendo las de testigo menor de 14 años o persona con discapacidad necesitada de especial protección, modalidades específicas y no exclusivas de aquella categoría más general.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse por las razones por las que el legislador ha optado por fijar el límite de edad en los 14 años. La Exposición de Motivos de la LO 8/2021 se justifica por la especial vulnerabilidad, al igual que la más reciente reforma de la Ley de responsabilidad del menor por la LO 1/2025. Pero se sostiene igualmente que sería el grado de madurez suficiente que se presume a partir de esa edad lo que fundamentaría su fijación (Magro, 2021: 23; García, 2022: 32). En todo caso, establecer un límite de edad concreto no exime de toda incertidumbre acerca de la madurez. El propio TS se ha referido poco antes de la aprobación de la LO 8/2021 a que la presunción de madurez se corresponde con una «horquilla» que oscilaría entre los 12 y 14 años para comprender el sentido del derecho a la dispensa, no sin antes afirmar tras análisis de su propia jurisprudencia que «no es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez» (STS 329/2021, de 22 de abril).

De la literalidad del precepto analizado, quedarían al margen de la preconstitución probatoria obligatoria las declaraciones de los testigos menores de edad pero mayores de 14 años. Acudiendo al criterio de la presunción de madurez en tal caso, los referidos habrían de deponer en el plenario sin perjuicio de que se procediera a la grabación de la declaración por medios audiovisuales conforme al art. 433 *in fine* LECrim o art. 26.1.a) Ley 4/2015. Ante esta tesis parece oportuna una interpretación conforme con el interés superior del menor en el contexto del espíritu de la LO 8/2021 o de la Ley del Estatuto de la Víctima haciendo equivaler la imposibilidad material de reiteración del testimonio en el plenario con la inadecuación de someter a contradictorio al testigo menor en dicha fase por el riesgo de causarle perjuicios (Pillado, 2022: 560-561; Arangüena, 2022b: 1111). A todo ello habrían de añadirse las dificultades que en determinados supuestos dudosos puede plantear la determinación con certeza de la edad del testigo —si es menor de edad o menor de 14 años— y que para el caso de la víctima la Ley 4/2015 resuelve con una presunción a favor de la menor edad (art. 26.3), solución trasladable en nuestra opinión a los testigos no víctimas.

Las dificultades son mayores, si cabe, en la delimitación subjetiva de lo que ha de entenderse por «persona con discapacidad necesitada de especial protección» a que se refiere el art. 449 ter LECrim, indeterminación no exenta de críticas (Gómez, 2015: 2014: 324; Villacampa, 2015: 290). Por ejemplo, cabe plantearse si ha de concurrir junto a la discapacidad la condición de niño, niña o adolescente, pues en estos casos nos hallamos ante «sujetos especialmente sensibles y vulnerables» (Exposición de Motivos de la LO 8/2021). O si han de coincidir a su vez la discapacidad necesitada de especial protección y la condición de víctima. En este último caso, la determinación de las necesidades especiales de protección viene precedida de una evaluación individual en la que se valorarán las características y circunstancias personales de la víctima y, entre otras, si se trata de una persona con discapacidad (art. 23.2.a.1º Ley 4/2015). La evaluación individualizada adquiere así un innegable protagonismo en este contexto (García, 2017: 4). Una vez acreditada la discapacidad y la necesidad de medidas especiales de protección, entre estas últimas medidas la Ley 4/2015 contempla la aplicación de la prueba preconstituida en las condiciones de la LECrim (art. 26.1.a).

Si bien la Ley 4/2015 se centra en las personas con discapacidad necesitadas de especial protección que son víctimas, el art. 449 ter LECrim no lo exige en su literalidad con lo cual volvemos a la necesidad de determinar el fundamento de tal medida de especial protección. Al respecto se ha afirmado que las indicadas personas, junto con los menores, integran los colectivos más vulnerables (García, 2022: 24), constituyendo la discapacidad una de las posibles causas de vulnerabilidad (regla 4 de las Reglas de Brasilia).

Sentada la anterior premisa, disponemos de una definición legal de lo que ha de entenderse por discapacidad, y es la contenida en el art. 25 CP (y «a los efectos» del mismo), esto es, «aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Esta definición es incorporada por la LO 1/2015 de modificación del CP y que, confiesa en su Preámbulo, pretende en este punto una adecuación a lo contemplado en la Convención Internacional de Nueva York de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No es de extrañar, por lo tanto, que la definición del CP coincida con la de discapacidad de la Convención de Nueva York (art. 1) excepto en lo referido al «carácter permanente» de la deficiencia, ya que la Convención opta por la duración prolongada («a largo plazo») de la misma. El carácter permanente o no de la deficiencia tiene su trascendencia, pues lo decisivo es que la misma impida o limite la participación plena y efectiva en la sociedad, más que su condición de permanente o temporal. De hecho, las Reglas de Brasilia tanto en su versión original de 2008 como en la actualizada de 2018 comprenden para los efectos las deficiencias ya sean de naturaleza permanente como temporal. Relacionado con lo previsto en el párrafo anterior, el Preámbulo de la LO 1/2015 reconoce igualmente que la razón de la protección penal reforzada de las personas con discapacidad lo es «en atención a su especial vulnerabilidad».

El propio CP (art. 25) completa el apartado definitorio disponiendo que «asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente». Es recurrente la remisión a este precepto del CP entre quienes procuran delimitar lo que ha de entenderse en el plano procesal (art. 499 ter LECrim) por persona con discapacidad necesitada de especial protección (García, 2022: 33). La complejidad del entendimiento de este concepto jurídico indeterminado no puede solventarse, en nuestra opinión, con este párrafo segundo del art. 25 CP que parece referirse a las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad de obrar y que no tiene por qué estar vinculado con la necesidad de especiales medidas de protección. Tal y como se contempla desde el plano de la victimología (Directiva 2012/29/UE y Ley 4/2015 esencialmente) las medidas de asistencia y apoyo son de una naturaleza diversa a las medidas de protección, que pueden darse de forma conjunta o no.

La concreción del concepto exige en primer término tomar conciencia de que se parte de una premisa errónea al considerar al colectivo de personas con discapacidad como un grupo homogéneo obviando que existen distintos tipos de discapacidad derivadas de deficiencias de diversa naturaleza (física, mental, intelectual sensorial) que pueden darse de forma conjunta o no y que tienen una incidencia distinta en la capacidad de autogobierno y actuación (Arangüena, 2022a: 590-591; 2022b: 1102). Se hace preciso, por consiguiente, realizar por personas expertas una valoración del grado de discapacidad y su afectación a las habilidades para testificar, más complejas en el caso de limitaciones cognitivas derivadas de una discapacidad intelectual (Köhnken *et al.*, 2015: 16) que en las de carácter físico o sensorial. En concreto, habrá de resultar de la valoración indicada si entre las medidas de especial protección que exige la concreta situación de discapacidad se encuentra la de la preconstitución probatoria en los términos del art. 499 ter LECrim. Pues hay que tener presente que el legislador no excluye automáticamente, como es el caso de los menores de 14 años, que los testigos personas con discapacidad necesitadas de especial protección declaren en el plenario aunque adoptando medidas como la evitación de la confrontación visual y sin estar presentes en la sala (art. 707 LECrim).

Del ámbito de aplicación de la prueba preconstituida cabe concluir que se dan dos escenarios muy diversos en el plano subjetivo. En uno de ellos, cuando el testigo sea menor de 14 años, la preconstitución opera casi automáticamente al tratarse de una situación objetiva y fácilmente constatable, a salvo los supuestos que planteen dificultades de fijación de la edad, por carecer de documentación acreditativa, por ejemplo. En el caso de la persona con discapacidad, en cambio, será del todo preciso proceder de modo similar a lo contemplado en la normativa de protección de las víctimas realizando la evaluación individual correspondiente por personas expertas al objeto de concretar si concurre la situación de discapacidad, la naturaleza de ésta y si entre las medidas de protección necesarias se encuentra la de preconstituir la prueba si la reiteración del testimonio en el plenario puede suponer una nueva fuente de perjuicios. Entiende la Fiscalía General del Estado (FGE) que no se precisa, en estos casos, un pronunciamiento judicial o administrativo en tal sentido (FGE, 2022: 1156).

#### 4. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: LOS DELITOS EN LOS QUE PROcede

Junto al requisito subjetivo de tratarse de testigo menor o con discapacidad en los términos arriba indicados, el art. 449 ter LECrim exige además que se trate de la instrucción por alguno de los delitos que se mencionan en una extensa relación que tienen en común su aparente gravedad: homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata 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. En estos su-

puestos la preconstitución probatoria deviene imperativa. Sería potestativa (Pillado, 2022: 558), si atendemos a la literalidad del último inciso del precepto en cuestión («podrán ser aplicables»), cuando se trata de delitos leves. En este último caso nos hallaríamos ante una verdadera prueba anticipada al carecer de fase de instrucción el procedimiento por este tipo de delitos y practicarse la declaración fuera del juicio oral, pero ante el órgano competente para el enjuiciamiento (Arangüena, 2022b: 1110).

Cabe cuestionarse por las razones justificativas del amplio catálogo de delitos indicado. Muchos de ellos coinciden con el listado contenido en la Ley 4/2015 con motivo de las circunstancias a valorar en la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección (art. 23.2). A su vez, este último listado es casi coincidente con el contenido en la Directiva 2012/29/UE (art. 22.3). En el supuesto de que el art. 449 ter LECrim esté considerando que el testigo, menor de 14 años o persona con discapacidad necesitada de especial protección, es a su vez víctima de alguno de los delitos indicados, la normativa al respecto nos da las claves para entender el porqué del listado. En concreto, el considerando (57) de la Directiva 2012/29/UE afirma que las víctimas de los delitos arriba mencionados y las víctimas con discapacidad o menores «tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias», lo que justificaría la preconstitución de la prueba en el listado del art. 449 ter LECrim.

Pero el anterior argumento no es suficiente cuando los testigos a que se refiere el art. 449 ter LECrim no sean a su vez víctimas. En este supuesto la justificación no es otra que la situación de vulnerabilidad en que se coloca al menor o persona con discapacidad al relacionarse con el sistema de justicia penal o la conveniencia de una rápida exploración por motivos epistemológicos de calidad del testimonio. Escenario que, por supuesto, se da en el caso de las víctimas, pero no exclusivamente. En este punto nos sumamos al espíritu que informa el ALOECrim 2020, esto es, lo determinante en la preconstitución probatoria (incidente de aseguramiento de la fuente de prueba) radica en que la situación de vulnerabilidad del testigo por razón de la edad o discapacidad determine que no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el acto del juicio oral. Siendo esto así entendemos que un catálogo cerrado de delitos no tendría mucho sentido y habría que priorizar el resultado de la evaluación individual de la situación de vulnerabilidad del testigo.

Además, conviene no perder de vista que, más allá de los tribunales domésticos, las instancias de justicia supranacional han justificado la preconstitución probatoria en el juicio ponderativo de otros derechos vinculados al proceso equitativo y al derecho a la defensa en supuestos excepcionales que presentan casi siempre un perfil muy similar, esto es, víctimas menores de edad casi siempre inferior a 10 años, que a su vez lo son de delitos contra la libertad sexual y cuyo testimonio constituye por regla general la única prueba de cargo disponible. Este escenario puede chocar con el modelo de prueba preconstituida por el que opta el legislador español de una extensión considerable en su ámbito de aplicación objetivo. El justo equilibrio al objeto de evitar las consecuencias irreparables desde la perspectiva del principio contradictorio puede venir dado por la excepción contemplada en el art. 703 bis LECrim al que nos referiremos.

## 5. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Una vez delimitados los ámbitos subjetivo y objetivo en que procede practicar de forma obligatoria la prueba preconstituida respecto de los testigos menores de 14 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, corresponde exponer la forma en la que se desarrollará la misma. Sobre este punto podemos diferenciar dos perspectivas que inciden en los distintos sujetos interviniéntes. Por un lado, desde la perspectiva del testigo en situación de vulnerabilidad por edad o discapacidad, la ley contempla una serie de medidas orientadas a reforzar la protección del testigo durante su audiencia. Por otro lado, teniendo en cuenta la pretensión del legislador de evitar en la medida de lo posible la comparecencia del testigo menor o con discapacidad, se ha de garantizar que la preconstitución probatoria se rodee de las garantías adecuadas en aras a que pueda legítimamente incorporarse al acervo probatorio que puede resultar eficaz, en su caso, para desvirtuar la presunción de inocencia. Esto último se concentra en esencia en el respeto de la debida contradicción.

### 5.1. MEDIDAS ADICIONALES DE PROTECCIÓN EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Tal y como se viene sosteniendo a lo largo de este estudio, la preconstitución de la prueba mediante la grabación audiovisual de la declaración y su reproducción en el plenario sin que resulte necesaria la presencia física del testigo en él, constituye de por sí una medida de protección del testigo en situación de vulnerabilidad. Pero, además, la LECrim contempla una serie de medidas adicionales a considerar en el momento procesal de su práctica que vienen a reforzar la protección dispensada al testigo para que la propia audiencia o declaración anticipada del mismo tenga lugar en condiciones tales que eviten causar algún tipo de perjuicio o agravar el ya causado mediante la comisión del delito. Lo cierto es que, si bien el art. 449 ter LECrim ya prevé relevantes medidas al respecto, las mismas han de ser completadas con otras desperdigadas en otros tantos preceptos a lo largo de la norma procesal indicada, y también en las disposiciones específicas sobre protección de víctimas.

Sobre este punto es de destacar la posibilidad de que la audiencia se practique a través de «equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional» (art. 449 ter, II LECrim). Por un olvido del legislador (Arangüena, 2022a: 597) el párrafo comienza con la exclusiva referencia expresa al testigo menor de 14 años para esta posibilidad, sin mención de la persona con discapacidad, si bien el mismo párrafo más avanzado en su redacción ya se refiere a las circunstancias «de la persona menor o con discapacidad». Por si fuera necesario, refuerza la interpretación extensiva de la recepción de la declaración «por medio de personas expertas» lo contemplado en la Ley 4/2015 para las víctimas menores de edad, con discapacidad necesitadas de especial protección o de violencias sexuales (art. 26.1.b), reproducción casi literal de lo prevenido en la Directiva 2012/29/UE (art. 23.2.b).

La referencia a la intervención de los equipos psicosociales es de la máxima relevancia al no limitarse a servir de mero intermediario con la autoridad judicial en la audiencia o toma de la declaración haciendo traslado de las correspondientes preguntas, sino que lo hace con pleno conocimiento de las circunstancias y antecedentes del testigo, lo que ha de contribuir sin duda a una mayor eficacia en su práctica. Dispone el precepto en cuestión que el equipo psicosocial prestará un apoyo «interdisciplinar e interinstitucional» en la medida en que habrán procedido a la recepción del trabajo de profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiado las circunstancias personales, familiares y sociales de aquél. Esta labor previa de preparación resulta esencial, no sólo para prevenir la provocación de mayores perjuicios al testigo en el momento de la declaración, sino también para la mejora en el «rendimiento de la prueba» a la que se refiere el precepto que analizamos. La forma en la que se aborda la fase de recuperación de la información al testigo, a diferencia de lo que acontece con las fases de codificación y retención de la misma, sí es susceptible de llevanza de manera adecuada y controlada, minimizando en lo posible un impacto negativo (Ministerio de Justicia, 2022: 18). Aunque ello pueda redundar en determinados casos en dilaciones que, por otra parte, se han de evitar a la víctima (art. 21 Ley 4/2015) cuando sea conveniente recibir la declaración en los momentos más próximos a los hechos delictivos al objeto de evitar el deterioro del testimonio (Pillado, 2022: 549).

La referencia al apoyo interdisciplinar e interinstitucional ha de entenderse realizada a las actuaciones de todo tipo (terapéutico, educativo, familiar, social, etc.) que se hayan llevado a cabo en relación con el testigo y que permitirán adaptar la entrevista a las circunstancias la edad y desarrollo, nivel cognitivo y social, antecedentes culturales y estado emocional de la persona entrevistada (Ministerio de Justicia, 2022: 42-43). Este tipo de informes no pueden considerarse de naturaleza pericial debido a la existencia de una vinculación previa de sus elaboradores con el testigo a examinar (Subijana y Echeburúa, 2022: 108-109).

El art. 449 ter LECrim dispone en su párrafo segundo que el juez, previa audiencia de las partes, «podrá recabar un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor». No parece que con estos términos se refiera el legislador al informe pericial psicológico sobre credibilidad del testimonio, al que nos referiremos más adelante. Más bien, parece referirse a si la audiencia o exploración ha sido posible o las dificultades que pueden haberse planteado, al margen de la posterior valoración sobre su credibilidad. Por ejemplo, mostrar en el caso de las personas con discapacidad intelectual las dificultades en el procesamiento de la información y la función ejecutiva y dificultades de comunicación, que pueden influir en la codificación, recuperación y comunicación de sus experiencias, o que no se ha podido prestar un testimonio válido, debido a las dificultades de comprensión o expresión lingüísticas, problemas relacionados con su memoria episódica o, por otra parte, se aprecie la sospecha de resistencias, conflictos de lealtades, contaminación de su relato, debido a sucesivos interrogatorios previos no realizados por expertos, etc. (Ministerio de Justicia, 2022: 30-32).

Junto a la intervención de personas expertas en la audiencia, ha de considerarse igualmente como de naturaleza tuitiva la previsión contemplada en lo tocante a evitar la con-

frontación visual entre el testigo y la persona investigada si hubiera comparecido a la práctica de la diligencia. El precepto en cuestión se refiere para tales fines a la utilización, si fuese necesario, de cualquier medio técnico (art. 449 ter.III LECrim). Son numerosas las disposiciones normativas sobre protección de las víctimas que contienen previsiones análogas, incluso la configuración como un auténtico derecho a que se evite el contacto directo entre víctima y victimario (art. 20 Ley 4/2015). Utilización de medios telemáticos que ha de ser garantizada «especialmente» cuando las declaraciones sean prestadas por víctimas menores de edad o con discapacidad (art. 258 bis.3.a LECrim). O sin que resulte precisa la condición de víctima cuando la comparecencia, entre otros, del testigo «resulte particularmente gravosa o perjudicial» (arts. 325 y 731 bis LECrim).

Además, el efecto protector pretendido con la evitación de la confrontación visual entre el testigo y el presunto victimario en el momento de la audiencia puede incrementarse considerablemente si el uso de medios técnicos se combina con el recurso a un espacio o entorno amigable y cómodo para el menor o persona con discapacidad de manera que se atenúen en lo posible las consecuencias nocivas que un escenario como el de la sede judicial, extraño y hostil, puede provocar. Aunque no se haga referencia expresa a estos espacios en el art. 449 ter LECrim, su uso no debe plantear inconvenientes atendiendo a lo previsto con carácter general para la protección de las víctimas (art. 25.1.a Ley 4/2015: «que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin») y con carácter particular cuando las víctimas sean menores de edad o personas con discapacidad, en cuyo caso puede incluso prestarse la declaración desde un lugar ajeno al Palacio de Justicia, esto es, «desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento o protección» (art. 258 bis.3.a LECrim). Incluso respecto de testigos menores de edad o personas con discapacidad, no necesariamente víctimas, se prevé la posibilidad de evitar la confrontación visual y de ser oídos sin estar presentes en la sala (art. 707 LECrim).

Sobre este punto ya se ha acreditado en la práctica la positiva experiencia que implica el uso de las denominadas «cámaras Gesell» (Beltrán, 2021: 138; Luaces, 2022: 1-23; Pillado, 2022: 556; García, 2022: 51; Ministerio de Justicia, 2022: 47) y ha sido igualmente alabado por el TS y avalado por el mismo al interpretar que las cámaras Gesell se incluyen en la referencia que la LECrim hace en diversas de sus disposiciones a la utilización de medios técnicos como la videoconferencia (STS 519/2022, de 26 de mayo y las que en ella se citan). La recientemente aprobada LO 1/2025 ha incorporado a la LOPJ sendas previsiones en relación con las Secciones de Violencia sobre la Mujer (art. 89.10) y con las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia (art. 89 bis.6) conforme a las cuales el CGPJ «deberá estudiar, en el ámbito de sus competencias, la necesidad o carencia de dependencias que impidan la confrontación de la víctima y el agresor durante el proceso, así como impulsar, en su caso, la creación de las mismas». Compromiso que ha de contribuir sin duda a la materialización efectiva y a la generalización de espacios adecuados como los mencionados. El acto de recibir declaración en un entorno amable y adecuado —cámara Gesell, por ejemplo— puede hacerse extensivo a otras personas en situación de vulnerabilidad como pueden ser las víctimas personas de edad avanzada (FGE, 2022: 1156).

## 5.2. GARANTÍAS VINCULADAS AL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Como se ha expuesto en la introducción, es el plenario el momento procesal oportuno para la práctica de la prueba, pues en él se garantiza en su integridad la oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción efectiva. Estas garantías, en particular la que implica el principio de contradicción, han de ser igualmente observadas y respetadas en el caso de la prueba preconstituida (Moreno, 2017: 177; Montesinos, 2017: 219). Cuando la LECrim aborda los requisitos conforme a los cuales ha de desarrollarse con carácter general la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida en los casos legalmente previstos, menciona en primer término la garantía por parte de la autoridad judicial del principio de contradicción (art. 449 bis LECrim) a lo que se añade para el supuesto más concreto que nos ocupa, y de forma más ilustrativa si cabe, que su práctica se llevará a efecto «con todas las garantías de la práctica de la prueba en el juicio oral» (art. 449 ter LECrim).

Resulta esencial, por lo tanto, que las medidas de protección que se adopten en relación con las personas en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los testigos menores de 14 años o con discapacidad necesitadas de especial protección, no suponga como contrapartida una lesión de los derechos y garantías procesales de la persona investigada. O al menos que no lo sea en términos absolutos o inadmisibles desde el punto de vista del derecho a un proceso justo. Esta cautela ha estado presente en los diversos instrumentos normativos que se han citado *supra*. Así, la Directiva 2012/29/UE, sobre los derechos de las víctimas, subraya en sus considerandos que la concreción de las medidas exactas de protección de las víctimas, determinadas mediante la evaluación individual, se hará «sin perjuicio de los derechos de la defensa y de conformidad con las normas de discrecionalidad judicial» (considerando 58). Estos elementos definitorios del marco perimetral en el que tiene legítima cabida la prueba preconstituida, esto es, derechos de defensa y facultades de apreciación de los tribunales, se reiteran en el articulado de la Directiva dando cierre al Capítulo IV sobre protección de las víctimas necesitadas de protección especial (art. 23). No menos ilustrativo sobre este punto resulta lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), de 25 de octubre de 2007, ratificado por España, que tras apelar al superior interés del niño y a la necesidad de respetar sus derechos, pero antes de desplegar las medidas protectoras, proclama en el precepto titulado «principios» que cada Parte velará por que las medidas aplicables con arreglo al presente capítulo «no menoscaben los derechos de defensa ni la exigencia de un juicio justo e imparcial, de conformidad con el artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

Esta última apelación al CEDH nos da pie a una mínima pero necesaria referencia a la doctrina del TEDH sobre los supuestos a los que nos referimos, pues el indicado anteriormente art. 6 CEDH garantiza el derecho a un proceso público, salvo que, entre otros motivos, lo exijan los intereses de los menores (apartado 1) y a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra (apartado 3.d). Derecho este último que, junto a los restantes del apartado 3 a garantizar «como mínimo», constituye un aspecto específico

co del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH) en entendimiento del TEDH. Destacando aquellos pronunciamientos que inciden más directamente en la cuestión que nos concierne, el TEDH parte del hecho de que, como regla general, conforme al art. 6 CEDH, «todas las pruebas se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas». Admite, sin embargo, que la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con dicho precepto. Sobre este punto reconoce el TEDH un cierto margen de arbitrio a los tribunales nacionales para decidir si es necesario o aconsejable recibir el testimonio de un testigo, dado que el art. 6 CEDH «no confiere al acusado un derecho ilimitado a exigir la comparecencia del testigo en el juicio».

Por otro lado, la no comparecencia del testigo de cargo en el acto del juicio debe ser compensada con el reconocimiento al acusado de la «oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento». Sólo de esta manera se considerarán respetados los derechos de la defensa. En este contexto, el TEDH resume de la siguiente manera las mínimas garantías (*minimum guarantees*) relativas al acusado que han de ser respetadas: a) el sospechoso debe ser informado de que va a declarar el menor; b) debe ofrecérsele la oportunidad de observar la declaración, bien durante su desarrollo, bien posteriormente en una grabación audiovisual; y c) debe disponer de la oportunidad de formularle preguntas, directa o indirectamente, en el curso de su primera entrevista o en un momento posterior. Garantías entre las que se comprenderían, incluso, la práctica de la audiencia del testigo mediante personas expertas: «*As a general rule, paragraphs 1 and 3(d) of Article 6 cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his lawyer*» (SSTEDH asunto A.S. c. Finlandia, de 28 de septiembre de 2010; asunto Gani c. España, de 19 de febrero de 2013; asunto González Nájera c. España, de 11 de febrero de 2014). Doctrina que será acogida por nuestros tribunales (SSTS 178/2018, de 12 de abril; 579/2019, de 26 de noviembre; SSTC 174/2011, de 7 de noviembre; 57/2013, de 11 de marzo, entre otras).

Ahora bien, ¿cómo se traslada esta coincidencia doctrinal y jurisprudencial sobre la exigencia de la garantía de contradicción al texto de la ley al abordar la preconstitución probatoria? Para dar respuesta a esta cuestión se han de tomar en cuenta una serie de disposiciones de carácter general para la prueba preconstituida y otras específicas para el caso de los testigos en situación de vulnerabilidad que tratamos.

El debido respeto a la garantía de contradicción exige, en primer término, que el investigado sea informado de que se le recibirá audiencia al testigo en situación de vulnerabilidad a tales efectos, ya que con carácter general las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento (art. 302 LECrim). Como se verá, la intervención letrada que asista a la persona investigada en la práctica de la diligencia es inexcusable, por lo que se le requerirá a aquel que nombre abogado o abogada si no lo tuviere, o de lo contrario se le nombrará de oficio (art. 448 LECrim). Sin embargo, la presencia de la persona investigada en el acto de práctica de

la prueba preconstituida no es presupuesto de su validez, pues su ausencia no impedirá la práctica siempre que hubiera sido debidamente citada, si bien su defensa letrada «en todo caso, deberá estar presente» (art. 449 bis LECrim). En definitiva, la esencia de la contradicción obliga a conceder a la persona investigada y a su defensa la oportunidad de participar en la práctica de la prueba preconstituida, pero su ausencia no impedirá su celebración.

El TEDH diferencia ambos escenarios con nitidez. El derecho al proceso equitativo (art. 6.1 CEDH) en conexión con el derecho a interrogar al testigo de cargo (art. 6.3.d CEDH) resultaría lesionado si a la persona investigada no se le concede la oportunidad de intervenir en la declaración y a formular preguntas a los testigos de cargo (entre otras, la STEDH asunto A.S. c. Finlandia, de 28 de septiembre de 2010), pero no se lesionaría tal derecho cuando concedida la oportunidad de formular preguntas al testigo, se rechaza la misma (entre otras, la STEDH asunto B. c. Finlandia, de 24 de abril de 2007: *«where the defence had been afforded, but had turned down, the possibility to have questions put to the child complainants»*). Esta doctrina ha sido acogida igualmente por nuestros tribunales que no aprecian lesión de la garantía de contradicción cuando concedida tal posibilidad, su falta de materialización efectiva es imputable exclusivamente a las partes pasivas del proceso y no a una actuación judicial constitucionalmente censurable (STS 19/2019, de 23 de enero).

Dicho lo anterior, parecería suficiente para entender garantizada la contradicción con conceder a la persona investigada la oportunidad de intervenir en la práctica de la prueba preconstituida, pero el legislador ha considerado además oportuno, acertadamente en nuestra opinión, forzar de alguna manera su efectividad. Esto es, junto a la mera ocasión de participar en la declaración, el legislador exige la obligatoria presencia de la defensa letrada, hasta el punto de que si ésta deja de comparecer injustificadamente o concurren razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto (art. 449 bis.II LECrim).

Aprovechada por la persona investigada la oportunidad reconocida de intervenir en la práctica de la declaración, la circunstancia de que el testigo sea menor de 14 años o persona con discapacidad necesitada de especial protección no es óbice para una intervención plena y activa en la misma. Si bien es cierto que no podrán interrogar directamente al testigo, sí lo harán de forma indirecta trasladando las preguntas a la autoridad judicial que previo control de su pertinencia y utilidad las facilitará a las personas expertas. Evitando, como se ha dicho ya, la confrontación visual con el testigo. Además, una vez realizada la audiencia del testigo, las partes podrán interesar aclaraciones procediendo de la manera indicada anteriormente (art. 449 ter LECrim), lo que redundará, sin duda, en una más efectiva garantía de la contradicción.

No ha estimado oportuno el legislador adoptar medidas más coercitivas en orden a asegurar con mayor intensidad la contradicción, como la posibilidad contemplada en el ALOECrim 2020 de forzar la presencia de la persona investigada que no comparece al incidente de aseguramiento de la fuente de prueba ordenando su detención si se estima necesaria su presencia (art. 599.2). En efecto, esta propuesta de reforma integral de la norma procesal penal contempla como novedad la que denomina «detención para la

ejecución de actos y resoluciones» cuando, sin perjuicio de lo dispuesto para la detención preventiva, «dicha medida sea imprescindible para asegurar la práctica de una diligencia, medio de prueba, acto, notificación o requerimiento que exija de su presencia en calidad de investigada, acusada, condenada o penada, de testigo o de perito» (art. 196 ALOECrim). Tampoco ha contemplado la posibilidad de que la prueba preconstituida practicada en la fase de instrucción pueda ser complementada con posterioridad antes de su incorporación al plenario. Esta opción sí está recogida en el ALOECrim 2020 a través del denominado «incidente para la ampliación de la prueba asegurada» cuando con posterioridad al acto de aseguramiento «se descubren hechos nuevos o hechos de los que no se hubiera tenido conocimiento con anterioridad, que sean relevantes para evaluar la credibilidad del testigo» (art. 603.1).

Considerando que la práctica de la prueba preconstituida supone el momento procesal crucial en la configuración con futura eficacia probatoria del testimonio, y considerando la conveniencia de recibir declaración al testigo el menor número de veces posible, cabe plantearse si procede complementar la audiencia o exploración del testigo menor o con discapacidad con la solicitud de un informe pericial psicológico de análisis de la credibilidad del testimonio. La LECrim no lo dice expresamente, aunque podría interpretarse que a esa categoría se refiere el art. 499 ter al disponer que la autoridad judicial podrá, previa audiencia de las partes, recabar del perito un informe dando cuenta «del desarrollo y resultado de la audiencia del menor». Sin embargo, el objeto, la metodología a seguir, los resultados perseguidos, etc. son distintos en un caso y en otro como se ha indicado *supra* (Ministerio de Justicia, 2022: 30-32). Hubiera sido deseable que el legislador hubiera procedido con mayor claridad diferenciando ambos tipos de informes periciales. Así lo hace el ALOECrim 2020, que distingue, por un lado, el informe del perito sobre el desarrollo y resultado de la exploración en términos muy similares a los del art. 449 ter LECrim y, por otro lado, la realización de un dictamen pericial sobre la credibilidad de la declaración (art. 600.3 ALOECrim). Sobre este último aspecto, la propuesta de reforma procesal recoge un precepto específico al respecto («pruebas periciales sobre la credibilidad de los testimonios de menores de edad») exigiendo la utilización de procedimientos y criterios respaldados por la comunidad científica de referencia y publicados en revistas especializadas, de los que se dejará constancia en el informe pericial (art. 486 ALOECrim). Incluso estimamos más correcto, como hace dicho Anteproyecto, condicionar este último dictamen pericial sobre credibilidad a la instancia previa de cualquiera de las partes (art. 600.3), en aras a garantizar la imparcialidad judicial en la práctica de la prueba.

La prueba preconstituida practicada en esas condiciones habrá de documentarse en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo comprobar el Letrado de la Administración de Justicia la calidad de la grabación (art. 449 bis.III LECrim). En algunos ordenamientos próximos se prevé la sustitución de la grabación audiovisual por una exclusivamente sonora si el interés del menor lo justifica (art. 706-52 CPP francés). También lo contemplan las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, de 17 de noviembre de 2010, si fuera necesario para evitar daños o victimizaciones secundarias al menor.

Por último, practicada como se ha indicado la prueba preconstituida, su valoración probatoria queda condicionada a la reproducción de la grabación en el acto del juicio oral a instancia de cualquiera de las partes (arts. 449 bis, 703 bis, 730.2 y 788.2 LECrim).

## 6. LA EXCEPCIONAL INTERVENCIÓN DEL TESTIGO EN EL JUICIO ORAL

La novedad más destacable de la modificación del art. 449 ter LECrim que analizamos radica, como se ha dicho, en la obligatoriedad de preconstituir la prueba en los supuestos en él contemplados. Procediendo de esa manera y respetando la debida contradicción, se reproducirá en la vista la grabación audiovisual a instancia de parte. Expresando literalmente que no será necesaria la presencia del testigo en el juicio. Con todo, ha optado el legislador, con acierto en nuestra opinión, por no revestir esa regla general de tintes absolutos o categóricos. Así, dispone el nuevo art. 703 bis LECrim que la autoridad judicial «solo» podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio «con carácter excepcional». Contempla el legislador al respecto dos situaciones distintas con cierta confusión. Por un lado, cuando la intervención en juicio del testigo menor de catorce años o discapacitado: a) sea interesada por alguna de las partes; b) se considere necesaria por el juez; y c) así lo justifique en una resolución motivada (párrafo segundo). Por otro lado, cuando la misma intervención en juicio sea acordada por la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento a instancia de parte «cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes» (párrafo tercero).

La valoración positiva de esta cláusula de escape deviene de una circunstancia fácil de comprender. A pesar de que insista el legislador en la necesidad de garantizar la contradicción en la preconstitución probatoria, lo cierto es que por el momento procesal en que tiene lugar (inmediatamente, con la mayor proximidad temporal respecto de los hechos) y las circunstancias en que puede haberse practicado (ausencia del investigado, defensa letrada de oficio, etc.) resulta difícil que dicha contradicción pueda haber sido efectiva. Entiende, con razón, el TS que la contradicción en la fase de instrucción y la que puede tener lugar en la fase de plenario no son comparables. Dice al respecto que «por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral». La contradicción se garantizaría en su plenitud sólo 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». La contradicción en la prueba sumarial preconstituida es, sin embargo, distinta, pues «se produce cuando existe una simple inculpación, generalmente vaga, por cuanto el acto investigativo esencial tanto para delimitar debidamente dicha inculpación como para apoyarla tendrá lugar precisamente en este acto de preconstitución» (STS 579/2019, de 26 de noviembre), esto es, «bajo presupuestos cognitivos, relacionados con el objeto procesal, distintos» (STS 289/2024, de 21 de marzo). Argumentos similares acerca de la más que probable deficiencia contra-

dictoria en la fase inicial de la instrucción han sido puestos de manifiesto por la doctrina (Cabezudo, 2010: 155-156; Serrano, 2015: 1167).

Por tal motivo, estimamos acertado que con la excepcionalidad que se menciona, la persona investigada, sobre todo, pueda solicitar la presencia del testigo en el plenario y acordarlo la autoridad judicial. Para ello se precisa la instancia de parte, la necesidad de la presencia y la debida motivación judicial. La necesidad de la presencia testifical en sede plenaria entendemos que ha de vincularse, precisamente, con la insuficiencia de la garantía de contradicción en la fase preparatoria. Puede responder igualmente a que no se hayan respetado el resto de requisitos analizados más arriba (deficiencias técnicas en la grabación, por ejemplo). Pero en el primer caso no pueden ignorarse las consecuencias que para otros derechos y garantías pudiera ocasionar su lesión. Así, las consecuencias que para el proceso equitativo o debido del art. 6 CEDH pudieran derivarse conforme a la jurisprudencia del TEDH.

Ello nos remite al requisito de la motivación de la resolución judicial acordando la presencia del testigo en el juicio oral. Con anterioridad a la incorporación del art. 449 ter LEcrim exigía la jurisprudencia que el tribunal enjuiciador había de motivar la denegación de la presencia del testigo menor acreditando mediante informe pericial el perjuicio que la reiteración del testimonio habría de ocasionarle (STS 579/2019, de 26 de noviembre). Con el imperativo legal de preconstituir la prueba en esos casos consagrada por el indicado precepto no sería necesaria la motivación al objetivizarse tal circunstancia (STS 107/2022, de 10 de febrero). Entendemos, sin embargo, que no sólo procede motivar la resolución si se acuerda la presencia del testigo, sino también cuando se deniega si la parte que interesa dicha presencia acredita mínimamente en su solicitud que desde la preconstitución se han practicado diligencias o conocido hechos o fuentes de prueba ignorados en aquel momento que pudieran incidir en el resultado de aquélla. En nuestra opinión, el automatismo con que se impone la preconstitución probatoria en estos casos y la no presencia del testigo en el plenario implicaría el traslado de la carga de justificar mínimamente la necesidad de tal presencia a la parte que lo solicita y ello vinculado con la incidencia en la calidad de la contradicción. Se trataría, en definitiva, de anticipar a este momento las alegaciones que la jurisprudencia exige plantear en la fundamentación de un recurso con ocasión de la lesión de la defensa contradictoria. Así, trasladando aquí lo contemplado por la STS 289/2024, de 21 de marzo, al solicitar la presencia del testigo en el juicio oral habría de justificarse «en qué medida la no práctica de la prueba plenaria pudo, a la poste, reducir sus expectativas defensivas, argumentando, por ejemplo, que la información que sobre el hecho justiciable podía disponer en el momento de la declaración de la Sra. Estrella (testigo) resultaba insuficiente para alcanzar niveles de contradicción efectiva en el interrogatorio».

Planteada en términos similares la solicitud, no cabe duda de que la autoridad judicial haciendo uso de las facultades de apreciación reconocidos para casos similares por la normativa de protección de las víctimas en consideración al derecho de defensa (art. 23 Directiva 2012/29/UE) vendrá obligada a motivar la resolución denegatoria de la presencia del testigo. No hay que perder de vista que implica una restricción en el derecho a la defensa, en su caso, que exige motivación, máxime atendiendo a la amplitud de los supuestos

comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma y lo estrictos y poco dados a los automatismos que pueden ser algunos tribunales (TEDH, por ejemplo) en el entendimiento del derecho a la defensa y del proceso equitativo y sus restricciones.

La excepcional participación del testigo en el acto del juicio oral no ha de traducirse, evidentemente, en la presencia de aquél en la sala de vistas al modo ordinario, sino con las cautelas de protección ya mencionadas para evitar la confrontación visual con la persona acusada, la posibilidad de ser oídos sin estar presentes en la sala utilizando la tecnología necesaria (art. 707 LECrim), incluso con la participación de personas expertas a través de las cuales trasladar las cuestiones pertinentes, procediendo a la anticipación de la prueba si fuera preciso.

## 7. CONCLUSIONES

Las reformas operadas por la LO 8/2021 han mutado la ya existente posibilidad de preconstituir prueba en el caso de las declaraciones testificales en una obligación cuando los testigos sean menores de 14 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Este cambio ha supuesto una mejora notable desde una doble perspectiva. Por un lado, aminorando las opciones de perjuicio derivado del contacto del testigo en situación de vulnerabilidad con el sistema de justicia penal. Máxime cuando a ello se le añade con frecuencia otra causa de vulnerabilidad como es la de haber sido víctima del delito con los consabidos riesgos de victimización secundaria. Por otro lado, ello puede derivar en un beneficio para la propia calidad epistemológica del testimonio, pues como se ha acreditado científicamente, el transcurso del tiempo y el riesgo de contaminación pueden afectar directamente a dicha calidad, sobre todo en testigos como los mencionados. Pero, los beneficios que reporta la imperativa preconstitución probatoria para el testigo y, también, para la calidad del testimonio, pueden afectar negativamente en el derecho a la defensa y a la contradicción de la persona investigada si se le priva de la oportunidad de interrogar al testigo en el plenario, momento procesal adecuado para el desarrollo de la actividad probatoria al garantizarse en él con plenitud las garantías procesales al respecto. Por ese motivo, ha de juzgarse muy positivamente la posibilidad de que, siquiera de modo excepcional, se pueda solicitar y acordar motivadamente la presencia del testigo en el juicio oral. Presencia que, en nuestra opinión, ha de justificarse en supuestos en los que exista evidencia de que la contradicción en la fase de instrucción no ha sido satisfactoria en el contexto de cada caso.

## BIBLIOGRAFÍA

Arangüena Fanego, Coral (2022a): «Personas con discapacidad y proceso penal. Última reforma de la LECrim (LO 8/2021) y perspectivas de futuro», en S. Barona Vilar (edit.), *Justicia poliédrica en período de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 585-604.

- (2022b): «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3, 1096-1126.
- Bellido Penadés, Rafael (2023): «Presente y futuro de la videoconferencia en materia penal (proceso penal español y cooperación judicial penal internacional en la UE)», *Revista General de Derecho Procesal*, 59, 1-67.
- Beltrán Montoliu, Ana (2021): «Víctimas vulnerables: Especial referencia al estatuto del menor a la luz de la lo 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 3, 108-149.
- Cabezudo Rodríguez, Nicolás (2010): *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Casanova Martí, Roser (2022): «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 78-91.
- Cavalcante Carvalho, Alana M. (2018): «Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad», *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, 7, 15-25.
- Fiscalía General del Estado (2022): *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid: Fiscalía General del Estado-Ministerio de Justicia.
- García Rodríguez, Manuel J. (2017): «Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 41, 1-33.
- (2019): *Código de los Derechos de las Víctimas*, 3<sup>a</sup> edición, Sevilla: Instituto Andaluz de la Administración Pública. <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-10/derechovictimas.pdf>.
- (2022): «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2258, 1-75.
- Gómez Colomer, Juan L. (2015): *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Guzmán Fluja, Vicente (2006): *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Köhnken, Günter, Antonio L. Manzanero y María Teresa Scott (2015): «Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones», *Anuario de Psicología Jurídica*, 25, 13-19.
- Laro González, Elena (2025): «La declaración por videoconferencia en materia penal desde la perspectiva europea y española», *Revista de Estudios Europeos*, 85, 150-170.
- Luaces Gutiérrez, Ana I. (2022): «La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021: especial referencia a la utilización de Cámaras Gesell como instrumento para evitar la victimización secundaria», *La Ley. Derecho de Familia*, 34, 1-23.
- Magro Servet, Vicente (2021): «Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *Diario La Ley*, 9862, 1-31.
- Ministerio de Justicia (2022): *Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: intervención desde la psicología forense, en particular en la prueba preconstituida*, Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica.
- Montesinos García, Ana (2017): «La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral», en O. Fuentes Soriano (coord.), *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 218-228.
- Moreno Catena, Víctor (2017): «La prueba preconstituida», en M.I. González Cano (dir.) y M.I. Romero Pradas (coord.), *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 149-315.
- Nieva Fenoll, Jordi (2024): «La prueba preconstituida: un concepto erróneo e imposible», *Diario La Ley*, 10532, 1-9.

- Pillado González, Esther (2022): «La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización», en S. Barona Vilar (edit.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 541-562.
- Rodríguez Lainz, José Luis (2024): «Las actuaciones procesales por videoconferencia en el proceso penal tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2023», *Diario La Ley*, 10465, 1-23.
- Rodríguez Tirado, Ana M. (2023): «Acceso al sistema de justicia penal de las víctimas vulnerables menores de violencia sexual. La prohibición de la mediación penal», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 7, 81-129.
- Serrano Massip, Mercedes (2015): «La protección del menor víctima de delito durante el interrogatorio o exploración en el proceso penal», en J.L. Gómez (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer*, vol. II, Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I.
- Subijana Zunzunegui, Ignacio J. y Enrique Echeburúa Odriozola (2022): «El conflicto de roles con respecto a la prueba pericial psicológica en el proceso judicial», *Anuario de Psicología Jurídica*, 32, 107-114.
- Villacampa Estiarte, Carolina (2015): «La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID», en J.M. Tamarit (coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 241-303.

