



Revista Brasileira de **Direito** **Processual** **Penal**

Volume 8 - Nº 03 - set./dez. 2022

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3>

Dossiê

“Prova testemunhal no processo penal, entre o direito interno e supranacional: testemunhas protegidas, interferência midiática, direito ao contraditório”



Publicação fomentada pelo CNPq
(Chamada 15/2021 Programa Editorial)




IBRASPP

Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal¹

Witness statement of vulnerable persons and preconstitution of evidence in criminal proceedings

Coral Arangüena Fanego²

Universidad de Valladolid, Valladolid, España
coral.aranguena@uva.es

 <http://orcid.org/0000-0002-2581-0478>

RESUMEN: El presente trabajo ofrece un análisis crítico del estatuto jurídico de las víctimas vulnerables (menores y personas con discapacidad) con referencia a su marco legal y a las particularidades de su testimonio. Se analizan las novedades incorporadas en el ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 8/2021 de Protección de la Infancia y la Adolescencia contra la Violencia, que contribuyen a mejorar sustancialmente la toma del testimonio de menores de edad y personas con discapacidad en el proceso penal.

PALABRAS CLAVE: prueba preconstituida; víctimas vulnerables; menores; personas con discapacidad.

ABSTRACT: *This paper provides a critical analysis of the legal status of vulnerability victims (minors and persons with disabilities) with reference to their legal framework and particularities in your testimony. It analyzes the novelties incorporated in the Spanish legal system by The Protection of Children and*

-
- ¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación: “Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas. PID2020-116848GB-I00” (Plan nacional I+D+i, Ministerio de Ciencia e Innovación) y del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Valladolid “Garantías Procesales y Unión Europea” y Unidad de Investigación Consolidada nº 120 de la Junta de Castilla y León.
 - ² Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Valladolid, España. Doctora en Derecho. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación (Sección Quinta. Derecho Procesal). Académica de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid.

Adolescents Against Violence Act 8/2021, which contribute to substantially improve the taking of the minors and persons with disabilities testimony in criminal proceedings.

KEYWORDS: *preconstitution of evidence; vulnerability victims; minors; persons with disabilities.*

INDICE: 1. Introducción. 2. Categorías de personas vulnerables amparadas por la nuevas soluciones legales: 2.1 Menores.- 2.2. *Personas con discapacidad necesitadas de especial protección.* 3. Medidas de protección en la declaración de menores y personas con discapacidad. En particular, la generalización de la preconstitución probatoria. 3.1. *Prueba preconstituída. Algunas premisas básicas;* 3.2. *Hacia la generalización de la preconstitución probatoria de víctimas y testigos vulnerables tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021.* 4. Perspectivas de futuro. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El trato digno en los procedimientos judiciales de todas las personas sea cual sea su posicionamiento procesal, es un principio que debe regir la actuación de nuestros tribunales y, en general, de todos los operadores jurídicos. Cuando el sujeto inmerso en un procedimiento, particularmente un procedimiento penal, tiene alguna circunstancia que le hace especialmente vulnerable (por ser menor de edad o por adolecer de algún tipo de discapacidad, sea física, psíquica o sensorial) ha de ser tratado y considerado como persona de especial sensibilidad y cuestiones que pueden parecer inocuas, y que nos pasan inadvertidas -como el lenguaje excesivamente técnico que se utiliza en los juzgados o la rigurosidad de las vistas-, les colocan en una situación de fragilidad frente al sistema³.

Ya ocupe la posición pasiva, siendo el investigado/encausado en el proceso, ya sea por haber sufrido las consecuencias del delito

³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. "Presentación", en *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal* (T. Recover e I. de Araoz, coords.), FEAPS, Madrid, 2014, p.11.

o, simplemente, por haber tenido conocimiento de su comisión de forma directa o indirecta, su paso por el procedimiento judicial puede ser especialmente penoso si no se adoptan medidas que tomen en consideración las especiales circunstancias que les rodean para facilitar su participación en el proceso.

Nos ocuparemos únicamente, en estas páginas, de analizar la situación de menores y personas con discapacidad que por haber sido víctimas del delito o por haber tenido conocimiento de su comisión han de prestar declaración en el proceso. Y analizaremos las novedades que se han introducido a la hora de prestar declaración en sede judicial generalizando su preconstitución probatoria con el fin de evitar que su contacto con el sistema procesal pueda derivar en una suerte de victimización secundaria.

En efecto, el legislador español ha tomado, poco a poco, conciencia de esta realidad y ha emprendido el camino de la protección de estas personas llevando a cabo diversas reformas procesales. Reformas que, en buena medida, se deben al cumplimiento de algunos compromisos internacionales; señaladamente, en el marco de Naciones Unidas a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990 y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 30 de marzo de 2007. Ya en el marco de la Unión Europea, a la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

En esta senda de cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España se sitúan varias reformas operadas en nuestros textos procesales penales en los últimos años. Destaquemos, únicamente, las dos de carácter más amplio en la materia⁴.

⁴ Hay otras más limitadas y/o específicas, como la operada por la Ley 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor que procedió a reformar el art.731 *bis* LECrim para incluir, de forma expresa, como supuesto de aplicación de la videoconferencia el hecho de que el interviniente fuere menor de edad. O la reforma llevada a cabo en la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado por la Ley Orgánica 1/2017 debida directamente a la necesidad de adaptar la Ley Orgánica

En primer lugar, la reforma operada en 2015 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) por virtud de la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima⁵ (fruto de la transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos) que incorpora sensibles modificaciones en la atención y protección de las víctimas, con especial consideración de las más vulnerables, entre las que incluye con claridad a los menores y a las personas con discapacidad. Recordemos, entre otros aspectos, las novedades operadas a la hora de tomar declaración a víctimas y testigos con la capacidad judicialmente modificada (arts.433, 448 y 707 LECrím) posibilitando ser acompañados por su representante legal y una persona de su confianza y previendo su realización por medio de expertos evitando la confrontación visual y aun la presencia física del encausado en la exploración. Asimismo, las medidas para garantizar la protección de la intimidad de este tipo de víctimas con la prohibición expresa de divulgar información de datos que puedan contribuir a su identificación y publicación de imágenes suyas o de sus familiares (arts.301 bis y 681.3 LECrím).

En segundo lugar, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha introducido modificaciones relevantes en la Ley de Enjuiciamiento

5/1995 a las exigencias de la Convención de Nueva York que, recordemos, modificó el estatuto de los jurados para que la discapacidad no fuera considerada un impedimento para desempeñar la función de jurado (exigiendo en consecuencia de la Administración de justicia la provisión de los apoyos necesarios para facilitarlos) sino, en su caso, un motivo de excusa para eludirla.

⁵ Recordemos que la Ley del Estatuto de la Víctima ha articulado, siguiendo el modelo establecido en la Directiva 2012/29/UE, tres niveles de protección acumulativos: un nivel estándar que resulta de aplicación a las víctimas de todos los delitos; un segundo nivel, reforzado, referido a las víctimas en que se aprecien necesidades especiales de protección; y, un tercer nivel, de máxima protección, aplicable a las víctimas menores de edad y personas con discapacidad o con la capacidad judicialmente modificada. Véase sobre esta materia SERRANO MASIP, M., “Medidas de protección de las víctimas”, en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales* (De Hoyos Sancho, M. directora) Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.135-170 y DE HOYOS SANCHO, M., “Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8689, de 26 de enero de 2016.

Criminal dirigidas a facilitar la declaración testifical de estas personas vulnerables en condiciones que eviten su victimización secundaria⁶.

Precisamente es nuestra intención analizar en estas páginas el nuevo régimen instaurado en nuestro sistema procesal penal por virtud de dicha Ley Orgánica 8/2021 para la declaración testifical de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, que apuesta de manera decidida por generalizar e imponer la preconstitución probatoria con el fin de determinar si los objetivos del legislador (protección de estas personas vulnerables en el ámbito de la Justicia sin merma de las garantías y derechos del investigado y/o encausado) han sido alcanzados.

Adelantemos ya que en pro de la solución acogida y que acabamos de avanzar se esgrimen razones de carácter victimológico y, también, de carácter epistemológico. Preconstituir la prueba no sólo conjura el riesgo de victimización secundaria presente dadas las condiciones de vulnerabilidad de este tipo de víctimas/testigos; con su práctica también se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios producido por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad y personas con discapacidad⁷.

2. CATEGORÍAS DE PERSONAS VULNERABLES AMPARADAS POR LAS NUEVAS SOLUCIONES LEGALES

Detengámonos, en primer lugar, sobre las dos categorías de personas vulnerables que atendido el art.449 *ter* LECrim. han sido objeto de consideración como destinatarios de las nuevas medidas de protección establecidas para garantizar que su declaración se presta en condiciones adecuadas: los menores y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

⁶ Para una completa visión de esta Ley Orgánica, véase BELTRÁN MONTOLIÚ, A., “Víctimas vulnerables: especial referencia al estatuto del menor a la luz de la L.O. 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*, nº 3, 2021, 108-149.

⁷ Véase, en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) nº 95/2012, de 8 de noviembre.

2.1 MENORES

Las especiales características que rodean al menor en cuanto persona que se halla en proceso de desarrollo físico, psíquico y emocional la hacen especialmente vulnerable por la repercusión negativa que las actuaciones propias del proceso penal pueden tener en su desarrollo. A los efectos o consecuencias directas del delito (victimización primaria) puede sumarse (y se ha de neutralizar) la denominada victimización secundaria que se produce a lo largo del *iter* procesal, puesto que cuando la víctima entra en contacto con el sistema penal, policial y/o judicial (interrogatorios, reconstrucción de los hechos, asistencia a juicios, identificaciones de acusados), experimenta la excesiva burocracia y dilación de los procedimientos, sufre la incomprensión de los operadores jurídicos y del propio sistema.

Por ese motivo el proceso debe adaptarse con la finalidad de neutralizar esa victimización secundaria, esos eventuales perjuicios que puede acarrearle al menor su relación con las actuaciones procesales. Y pieza central de esa adaptación lo constituye el “interés superior del menor”.

La expresión “interés superior del niño” se utilizó por primera vez en la Declaración de los Derechos del niño⁸ de 1959. Posteriormente la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 consagró en su art. 5 este “interés superior” como una garantía aplicable en toda decisión que se tome con relación a la niñez y la adolescencia y estableció la necesidad de que todos los Estados adoptaran acciones y medidas para su observancia.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado que en España ha sido dotado de contenido específico por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que incorporó al art.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia y los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos

⁸ Principios 2 y 7 de la Declaración de los Derechos del niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

De acuerdo con su actual configuración, este concepto se define desde un contenido triple⁹. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. Y a la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que se enuncian ahora expresamente en el art.2.3 y que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

El interés del menor, por tanto, constituye principio esencial a tener en cuenta en todos aquellos casos en que el menor se vea involucrado en un proceso penal; entre ellos, y en lo que aquí a nosotros nos interesa, cuando lo sea bien por haber sido víctima del delito bien por haberlo presenciado, debiendo adoptarse por parte de las autoridades competentes las decisiones que sean más respetuosas con los derechos del menor y su desarrollo integral, sin que ello suponga menoscabo alguno de las garantías básicas que conforman nuestro sistema procesal penal¹⁰.

⁹ Según indica la Exposición de Motivos (apartado II) de la Ley Orgánica 8/2015.

¹⁰ PILLADO GONZÁLEZ, E., “La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización”, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad* (Barona Vilar, S., editora), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.542 y 543.

Y a este respecto conviene tener presente que uno de los criterios que maneja la citada Ley Orgánica 1/1996 y que, en consecuencia, ha de ser tomado en consideración por la autoridad judicial, es el de la edad y madurez del menor (art.2.3.a/) lo que cobra especial trascendencia teniendo en cuenta que nuestra legislación procesal no establece ningún límite de edad para su declaración¹¹.

Según veremos, el criterio de la edad será tomado en cuenta ahora por el legislador procesal penal para discriminar entre las medidas a adoptar en la declaración de todo menor de dieciocho años (v.gr. excepcionalidad de los careos) e incrementar la protección de los menores que no superen los catorce años de edad, imponiendo la preconstitución probatoria de su declaración para un amplio catálogo de delitos.

2.2. PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

En lo que se refiere a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, la clave de bóveda radica, en la accesibilidad, principio esencial de la Convención de Nueva York de 2006 -marco jurídico de referencia- que obliga a los Estados a garantizar el acceso a la justicia y participación efectivas de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, introduciendo para ello los ajustes o adaptaciones procedimentales que sean necesarios¹².

Y a estos efectos resulta importante destacar que dicho Convenio efectúa una propuesta abierta de definición en su art.1 al indicar que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

¹¹ Cfr. *Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos y la Guía sobre Buenas prácticas para la toma de declaraciones de las víctimas de violencia de género* (Consejo General del Poder Judicial, 2018) coincidentes en considerar que debe prescindirse de tomar declaración a los menores de tres años.

¹² TOMÉ GARCÍA, J.A., “Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECrím y Anteproyecto de 2020)”, *La Ley Penal*, nº 151, julio-agosto 2021, p.6.

Se trata de una definición que, con ligeras variaciones, se ha recogido en dos textos normativos de interés para este comentario.

Por una parte, el Código Penal (CP) en cuyo art. 25 se afirma que “a los efectos de este Código se entiende por discapacidad 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. 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”.

A su vez, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su art. 2 a) indica que Discapacidad “es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Este Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, es de aplicación en el ámbito de la administración de justicia (art. 5 f), lo que supone que la propia administración debe garantizar el acceso a dicho servicio para aquellas personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás, eliminando las barreras existentes o proveyendo los apoyos necesarios para garantizar dicha igualdad.

Sin perjuicio de que volvamos sobre algunos de estos extremos al ocuparnos del modo de practicar la declaración testifical de esta tipología de personas vulnerables, llamamos la atención sobre la terminología que maneja la ley tras la reforma operada en la LECrim por la Ley Orgánica 8/2021: personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya concurrencia puede plantear alguna dificultad de apreciación en lo relativo al segundo de los elementos que lo integran (*necesidad de especial protección*) a la vista

de que el primero de ellos sí queda ahora perfectamente determinado atendidas las definiciones “oficiales” anteriormente mencionadas. Con todo, respecto a este grupo de personas, los preceptos reformados de la LECrim, no distinguen soluciones diversas adaptadas a los también diversos tipos de discapacidad por más que, es evidente, no son similares sino muy distintas las exigencias a observar y las soluciones a adoptar respecto a una persona con discapacidad física o sensorial que respecto a una persona con discapacidad intelectual. Y es que, según ha sido denunciado por la doctrina, cada vez que en los últimos tiempos se ha abordado legislativamente la discapacidad, se ha partido de una premisa errónea, cual es considerar al colectivo de personas con discapacidad como un grupo homogéneo obviando que existen tres tipos de discapacidad que pueden darse de forma conjunta o aislada: la física, la sensorial y la psíquica. La incidencia de cada una de ellas en la capacidad de autogobierno y actuación de la persona es muy distinta y, sin embargo, al tratar legislativamente las diferentes discapacidades como si fueran una única realidad produce un agravio comparativo para quien sufre grave discapacidad psíquica, la más difícil de homogeneizar¹³.

No obstante, y dado el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) proclamado en su art.4 que debe admitirse para todos los aspectos de naturaleza estrictamente procesal, relativos a cuestiones generales de todo proceso; entre ellas los presupuestos procesales, capacidad y legitimación de las partes¹⁴, podemos integrar esta laguna atendiendo al art.7 bis LEC que lleva por rúbrica “ajustes para personas con discapacidad”, precepto que dispone que en los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones

¹³ VELILLA ANTOLÍN, N., “La ley de apoyo a las personas con discapacidad: una ley necesaria pero imperfecta”, en *Hay Derecho, Expansión*, 23 de junio de 2021.

¹⁴ Es decir, el art. 4 es el instrumento que permite a la LEC adquirir el papel de norma común general en todas aquellas cuestiones que por su naturaleza sean comunes a todo proceso, aquellas que por su íntima conexión con la estructura básica y esencial de cualquier proceso, puedan ser utilizadas para suplir una laguna en un orden jurisdiccional diverso al civil, sin que interfieran los principios y características propias de ese orden jurisdiccional. (MORENO CATEANA V. y MARTÍN CONTRERAS L. “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 1 a 5”, *Indret* 2/2004 (Working Paper nº: 206, p.10).

y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad y que podrán referirse a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación.

En estos supuestos, lo más habitual será que el médico forense, a instancia del juez, lleve a cabo una exploración y emita un informe en el cual concluya el grado de capacidad que observa a dicha persona, desde el plano médico, lo que le servirá después al juez para tomar la pertinente decisión jurídica al respecto, concediéndole, o no, tal estatuto a efectos de tomarle declaración preconstituida¹⁵.

3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LA DECLARACIÓN DE MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EN PARTICULAR, LA GENERALIZACIÓN DE LA PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA

Como hemos indicado anteriormente, la Ley Orgánica 8/2021 introduce modificaciones de cierto calado en la LECrim¹⁶, modificaciones que, según veremos a continuación, no sólo están dirigidas a la protección del menor respecto de la violencia; también se destinan a la de personas con discapacidad necesitadas de especial protección y ello pese a que el título de la ley no las mencione, como tampoco lo hace (más allá de alguna referencia aislada) su Exposición de Motivos.

Precisamente una de estas escasas menciones aisladas en que se alude a estos dos colectivos de personas vulnerables es la que se refiere a las nuevas soluciones implementadas en materia de preconstitución probatoria, indicando que la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz

¹⁵ Así lo indica SÁNCHEZ MELGAR, J. “Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021”, *La Ley. Derecho de Familia*, nº 32, octubre-diciembre 2021.

¹⁶ Cfr. su Disposición final primera que es la que las recoge.

cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La reforma operada en esta materia en la LECrim supone un avance exponencial en el tratamiento debido a menores y personas con discapacidad evitando su victimización secundaria disponiendo con carácter prácticamente general¹⁷ la preceptividad de la preconstitución probatoria de sus declaraciones y su realización sin confrontación alguna con el investigado. Se alinea así en el cumplimiento de una de las previsiones más significativas de la Directiva 2012/29/UE: procurar que la toma de su declaración se realice sin dilaciones injustificadas, sin reiteraciones posteriores innecesarias y por profesionales con formación adecuada.

Nos ocuparemos a continuación, con mayor detalle, de analizar estas nuevas previsiones legales soslayando en este momento hacer referencia a otras (como la excepcionalidad de careos con menores de edad) recogidas ya desde años atrás en nuestra legislación procesal penal¹⁸ y, en consecuencia, siendo ya sobradamente conocidas.

3.1. PRUEBA PRECONSTITUIDA. ALGUNAS PREMISAS BÁSICAS

Empleamos el concepto de prueba preconstituida en el sentido manejado por el sector doctrinal mayoritario¹⁹ y que se ha consolidado en la jurisprudencia²⁰ para referirnos a aquélla cuya práctica no tiene lugar ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento y fallo, sino ante el Juez de Instrucción. Con lo cual, y aunque se adopten las medidas necesarias para garantizar la contradicción y aún la publicidad, la intermediación desaparece, al menos como intermediación espacio temporal, y queda

¹⁷ Atendida la amplitud de las categorías delictivas en las que ha de asegurarse y el colectivo de menores (los de edad inferior a catorce años) y personas con discapacidad (cualquiera necesitada de especial protección), de conformidad con lo dispuesto en el art.449 ter LECrim.

¹⁸ Cfr. arts.455.II y 713.II LECrim donde se proclama la excepcionalidad de careos con menores de edad, condicionados a que por el Juez se consideren imprescindibles y no lesivos para el interés del menor previo informe pericial.

¹⁹ Ver por todos GUZMÁN FLUJA, V., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.265 .

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 96/2009, de 10 de marzo.

reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje²¹.

Se trata de una solución que supone una excepción a la regla general en materia de prueba que impone su práctica en las sesiones del juicio oral ante el órgano encargado del enjuiciamiento, practicada con todas las garantías; entre ellas el aseguramiento del principio de contradicción.

Recordemos a este respecto que la letra d) del apartado 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) reconoce entre el catálogo de derechos mínimos del acusado, el de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

Al igual que el resto de las garantías de este apartado, relacionadas con el derecho de defensa, así como la presunción de inocencia a la que se refiere el apartado segundo, las exigencias citadas en relación con los testigos constituyen aspectos diversos del más amplio derecho a un proceso equitativo o al debido proceso, según proclama reiteradamente el Tribunal de Estrasburgo (TEDH)²².

Ambos extremos aluden, en primer término, a la necesidad de garantizar el principio de igualdad de armas y el respeto del contradictorio en el desarrollo de la testifical.

²¹ En nuestro ordenamiento la prueba anticipada y la prueba preconstituida son los dos instrumentos disponibles por medio de los cuales pueden alcanzar valor probatorio diligencias practicadas fuera del acto del juicio oral. A diferencia de la preconstituida, practicada ante el Juez de instrucción con la consiguiente afectación de la intermediación, la única particularidad de la anticipada es su práctica en un momento anterior al de las sesiones del juicio oral observando en lo demás las reglas propias de la prueba con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e intermediación ante el órgano jurisdiccional competente, encargado del enjuiciamiento y fallo.

²² Para un análisis más detallado de este precepto permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., “Prueba testifical y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra* (Asencio Mellado, J.M., director), Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp.65-79 y, asimismo ARANGÜENA FANEGO, C., “Exigencias en relación con la prueba testifical (artículo 6.3.d/ CEDH)”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (García Roca y Santolaya Macheti, coordinadores), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed., Madrid, 2014, pp.359-375.

Íntimamente unida a esta exigencia del contradictorio es la necesidad de que, por regla general, la prueba se practique en la vista oral, en audiencia pública y en presencia del acusado, pues sólo de este modo se da verdadero cumplimiento a aquélla²³. La intermediación además permite que el Juzgador aprecie la credibilidad de las declaraciones del testigo, tarea compleja y de difícil realización mediante la simple lectura de sus declaraciones²⁴.

No obstante, y precisamente por tratarse de una regla general, presenta excepciones, admitiéndose la utilización de las declaraciones testificales obtenidas en la fase de instrucción sumarial siempre que en su obtención y en su incorporación al proceso se hayan respetado los derechos de la defensa, de tal modo que el acusado haya tenido la oportunidad de contradecir un testimonio de cargo y de interrogar a su autor en el momento de la declaración o en otro posterior. Si se ha dispuesto de tal posibilidad, pero no se ha hecho uso de ella, no podrá apreciarse entonces vulneración alguna de este derecho si se otorga validez a las declaraciones prestadas en la instrucción de imposible reproducción en el plenario²⁵.

Tales consideraciones que se recogen, posteriormente, en la Recomendación Rec (2005) 9 de 20 de abril de 2005 relativa a la protección de testigos y colaboradores de la Justicia, se barajan también por el Tribunal cuando se ha tenido que enfrentar con los problemas que plantean determinadas medidas de protección de los testigos, especialmente en los casos de delitos contra la libertad sexual sobre menores. El Tribunal consciente de las particularidades que encierran estos procesos, admite que se tomen

²³ Cfr. Sentencias del TEDH de 6 de diciembre de 1988, caso *Barberà, Messegue y Jabardo v. España* y de 12 de febrero de 1985, caso *Colozza v. Italia*.

²⁴ Cfr. Sentencias del TEDH de 5 de julio de 2011, caso *Dan v. Moldavia* y de 29 de junio de 2017, caso *Lorefice v. Italia*.

²⁵ Así, por ejemplo, puede citarse la sentencia dictada en el caso *Gani v. España*, de 19 de febrero de 2013, en la que el Tribunal no apreció vulneración alguna en la lectura y posterior valoración como prueba de cargo de la declaración prestada en fase de instrucción por el testigo afectado por estrés postraumático y en la que se dio ocasión al abogado de la defensa de estar presente (lo que no hizo); las garantías observadas en la instrucción (oportunidad de que estuviera presente e interrogara la defensa) y las circunstancias del caso (imposibilidad de prestar declaración en el juicio oral ante la persistencia de su enfermedad) justificaban que el interés de la justicia militara manifiestamente a favor de la lectura en el plenario de tales declaraciones sumariales.

ciertas medidas de protección siempre que resulten conciliables con las exigencias de la defensa para lo cual las autoridades judiciales nacionales deben adoptar medidas que compensen los obstáculos que aquélla pueda encontrar (sentencia del TEDH caso *S. N. v Suecia*, de 2 de julio de 2002 y decisión de inadmisión de 20 de enero de 2005 en el caso *Accardi y otros v. Italia*).

La trascendencia y repercusión de esta doctrina se manifiesta en su recepción y aplicación por el Tribunal de Justicia UE en su relevante sentencia de 16 de junio de 2005 en el asunto C-105/03 (*Caso Pupino*)²⁶, donde sentó el criterio de la necesidad de aplicación conforme del derecho nacional con las disposiciones del (antiguo) tercer pilar y avaló la aplicación a menores, atendida su vulnerabilidad, de soluciones de preconstitución de su declaración testifical aun no estando previstas específicamente para tal supuesto. Lo relevante, en todo caso, como declaró el Tribunal de Justicia (Gran Sala) al interpretar en esta sentencia la Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal es que las medidas de protección a los testigos respeten el derecho a un proceso equitativo tal y como se recoge en el art.6 CEDH y se interpreta por el TEDH²⁷.

En definitiva, el debido equilibrio entre los derechos de la defensa garantizados por el art.6 CEDH y 47-48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la debida protección a víctimas y testigos vulnerables constituye la piedra angular sobre la que se debe apoyar cualquier medida destinada a regular la prueba testifical.

3.2. HACIA LA GENERALIZACIÓN DE LA PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS VULNERABLES TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2021

La jurisprudencia de los tribunales españoles (señaladamente Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo)²⁸ ha seguido un criterio

²⁶ ECLI:EU:C:2005:386.

²⁷ Citando expresamente las sentencias dictadas en los casos *P.S. v. Alemania* de 2001, *S.N. v. Suecia*, de 2002, *Rachdad v. Francia*, de 2004 y la resolución de inadmisión de la demanda del caso *Accardi y otros v. Italia*, de 2005. Sobre este punto véanse, asimismo, las sentencias del TJUE de 29 de julio de 2019, caso C-38/18, *Gambino* (ECLI:EU:C:2019:628) y de 21 de diciembre de 2011, caso C-507/10, *X e Y* (ECLI:EU:C:2011:873).

²⁸ Sobre la regulación inmediatamente anterior a la reforma operada por LO 8/2021 y doctrina jurisprudencial del TS y TC vid. GARCÍA RODRÍGUEZ,

algo restrictivo²⁹ a la hora de admitir la preconstitución probatoria de las declaraciones testificales obviando la posterior declaración en el juicio oral. La regulación anterior a la ahora modificada por Ley Orgánica 8/2021 daba pie a tal interpretación al regular como mera posibilidad la indicada preconstitución probatoria condicionada a que a raíz de la evaluación individual de las necesidades de protección de la víctima o testigo se apreciara que, por su falta de madurez, la declaración en el juicio oral le pudiera causar graves perjuicios psicológicos o emocionales.

La reforma operada en esta materia en la LECrim supone por ello un avance exponencial al disponer ahora con carácter prácticamente general, cuando de la declaración de menores o personas con discapacidad se trate³⁰, la preceptividad de la preconstitución probatoria de sus declaraciones y su realización sin confrontación alguna con el investigado.

La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2021 se refiere a esta cuestión indicando que la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

M.J., “Exploración del menor-víctima durante la fase de instrucción y su valor como prueba preconstituida en el acto del juicio oral: un examen a la luz de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General del Derecho Procesal*, núm. 36, 2015; MUERZA ESPARZA, J., “Sobre la prueba testifical del menor-víctima en el proceso penal”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra* (Asencio Mellado, J.M., director), Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp.1365-1378; GRANDE SEARA, P., “La posibilidad de anticipar o preconstituir la prueba testifical del menor de edad en el proceso penal”, en *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea* (Alvarez Alarcón, A., director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp.225-234.

²⁹ Claramente reveladoras las Sentencias del Tribunal Supremo 750/2016, de 11 de octubre; 178/2018, de 12 de abril; 424/2019, de 19 de septiembre; 579/2019, de 26 de noviembre; 44/2020, de 11 de febrero; o 321/2020, de 17 de junio, entre otras, que configuran un cuerpo de doctrina sobre el estatus de la declaración del menor fuera del juicio oral, estableciendo los presupuestos y requisitos de validez para que dicha declaración pueda enervar legítimamente la presunción de inocencia del acusado.

³⁰ Atendida la amplitud de las categorías delictivas en las que ha de asegurarse de conformidad con lo dispuesto en el art.449 *ter* LECrim.

Ahora bien, no sólo el dato de evitar una eventual victimización secundaria avala la nueva solución legal. A ello se suma la necesidad de conjurar las deficiencias derivadas de una demora en la realización de la declaración testifical si se aplaza al juicio oral dado que los recuerdos se tornan más imprecisos y pueden estar sometidos, además, a influencias externas que pueden desvirtuarlo. Este aseguramiento de la calidad del testimonio redundante, al tiempo, en una protección de los derechos del propio encausado³¹.

3.2.1. ALCANCE DE LA NUEVA REGULACIÓN

En primer término, una lectura de los apartados quinto a octavo de la disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2021 revela que se tornan en preceptivas las soluciones que en los antiguos arts. 433 y 448 LECrim. se preveían como meramente facultativas para el Instructor a la hora de tomar declaración a estas personas, cuyos párrafos alusivos se suprimen.

En su lugar los nuevos arts. 449 *bis* y 449 *ter* LECrim regulan de forma completa y sistemática la prueba preconstituida, fijándose los casos en que ha de ser aplicable, los sujetos a los que alcanza y/o beneficia y los requisitos necesarios para su validez. Atiende así, de manera decidida, a las reiteradas peticiones que venían demandando un Protocolo común³² o, más decididamente, una regulación legal³³ que disciplinara la forma de llevar a cabo tales declaraciones en condiciones adecuadas a la vulnerabilidad de los sujetos involucrados.

El art.449 *ter* LECrim concretamente impone al Juez la preconstitución de la prueba en los supuestos que regula. Los términos de la ley (“acordará, en todo caso, practicar la audiencia como prueba preconstituida”) no dejan lugar a duda sobre su carácter preceptivo con el efecto, en tales casos, a que posteriormente haremos alusión, de prescindir de la intervención del testigo en el acto del juicio oral, salvo limitadas excepciones.

³¹ Vid., en este sentido, DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre La escucha del menor, víctima o testigo*, mayo, 2015, p.45.

³² Vid., de nuevo, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la escucha...*, op. cit., pp.50-51.

³³ Así GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Exploración del menor-víctima...”, op.cit.

En cuanto a los casos en que ha de ser aplicable, la ley establece un límite de tipo objetivo al reservar su aplicación a los procesos que tengan por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidación, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo. Un amplio catálogo de delitos en el que se incluyen los de mayor gravedad y en los que la declaración de estas personas dentro del juicio puede derivar en la temida victimización secundaria.

Tratándose de delitos leves (como pueden ser algunos tipos de lesiones) en que el proceso para su enjuiciamiento carece de fase de instrucción, el legislador consciente de la necesidad de que en ocasiones sea conveniente practicar anticipadamente (fuera del juicio oral) la declaración del menor o persona con discapacidad lo prevé y permite, aunque en estos casos con un carácter potestativo y no preceptivo (art.449 *ter in fine*). Adviértase, no obstante, que en estos supuestos la declaración se producirá fuera del juicio oral pero ante el propio órgano competente para el enjuiciamiento constituyendo por ende un supuesto de prueba anticipada³⁴.

En cuanto a las personas a las que afecta, la ley reserva este régimen para los menores de catorce años y para las personas con discapacidad necesitadas de especial protección con independencia de su edad. Con relación a las primeras, el legislador da por hecho que por debajo de catorce años hay una falta de madurez y un limitado desarrollo que hace necesario tomar esas medidas para protegerles a la hora de prestar testimonio. En cuanto a las segundas, frente a la limitación existente en la legislación anterior que circunscribía la posibilidad de preconstitución probatoria a las *personas con la capacidad judicialmente modificada*, se elimina esa exigencia³⁵ extendiéndose ahora a todas las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

³⁴ Véase apartado 3.1 y nota 21 de este trabajo.

³⁵ En armonía con la nueva regulación dispensada en materia de discapacidad por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El juego de los dos componentes -objetivo y subjetivo- manejados en el art.449 *ter* LECrim hace surgir la duda sobre si la posibilidad de preconstitución probatoria está ahora vedada para el citado catálogo de delitos respecto de los menores comprendidos en la franja que va de los catorce a los dieciocho años, o respecto de los menores de catorce y personas con discapacidad que tengan que declarar en un proceso cuyo objeto sea la investigación o enjuiciamiento de delitos no incluidos en dicho precepto. Ciertamente que la literalidad del art.449 *ter* combinada con la de los concordantes arts.449 *bis* y 707.2 parece dar a entender que tal posibilidad, si no excluida, si tiene un ámbito residual y muy limitado ya que debería reconducirse a los supuestos generales previstos en los arts.448, 449, 777.2 y 797.2 estando reservada por tanto a los casos de “imposibilidad material” de practicar la declaración en el juicio oral. No obstante, y con Pillado González³⁶, consideramos que debería buscarse una exégesis más coherente con el espíritu de la Ley Orgánica 8/2021 y de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima que tratan de ofrecer una protección integral a los menores y personas con discapacidad frente a la victimización secundaria. Y a la vista de que los arts. 448.1, 449 y 777.2 LECrim no han sido modificados, se debería acudir a la interpretación jurisprudencial de los mismos que amplía el concepto de “imposibilidad de testificar en el juicio oral” entendiendo que puede incluir el riesgo que supone para su desarrollo personal o equilibrio mental la declaración en juicio a la vista de su madurez³⁷. En definitiva, de concurrir razones que acrediten la falta de madurez del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, debería facilitarse la preconstitución de la prueba acompañada de las garantías del derecho de defensa del encausado.

3.2.2. REQUISITOS PARA LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA.

Los arts.449 *ter* y 449 *bis* establecen los requisitos a observar para dotar a la prueba preconstituida de las debidas garantías. Marcan así un

³⁶ PILLADO GONZÁLEZ, E., “La declaración de la víctima menor...”, op.cit., pp.560-561.

³⁷ Vid., en este sentido, sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 884/2010, de 6 de octubre y 1594/2011, de 13 de octubre.

patrón de obligado cumplimiento y de carácter común que toma como modelo el de algunos protocolos que se venían empleando por ciertas Audiencias Provinciales³⁸ y Juzgados³⁹ especialmente sensibilizados en la protección de víctimas vulnerables, adoptando ahora una demandada solución unitaria y homogénea.

En primer lugar, el propio art.449 *ter* indica que deberán observarse todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con el procedimiento que establece el art.449 *bis*. Esto supone, según veremos, adoptar las medidas necesarias para asegurar la contradicción de las partes personadas y, singularmente, las del investigado. A este respecto y según dispone también este mismo precepto, para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor (y, consideramos, también en la de una persona con discapacidad) se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico (lo que apunta, por ejemplo, al empleo de Cámaras Gesell)⁴⁰.

³⁸ Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Cáceres, sobre cuyo Protocolo puede consultarse TENA ARAGÓN, M^a F., “Protocolo de actuación con menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección víctimas de delitos”, *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (De Hoyos Sancho, directora), Aranzadi, Cizur Menor 2017, pp. 263-273.

³⁹ Así, entre otros, los Juzgados de Valencia que ya en 2014 adoptaron unas *Normas de funcionamiento para la práctica de diligencias de exploración de menores, declaraciones de víctimas de especial vulnerabilidad y pruebas anticipadas por videoconferencia del Decanato de los Juzgados de Valencia*, sobre el cual puede consultarse VIGUER SOLER, P., “La protección del menor víctima del delito: experiencias en los Juzgados de Valencia”, en *El interés superior del menor en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (Sanz Caballero, S. directora), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.293-295 y, del mismo autor, “Estatuto de la víctima, protección del menor y prueba preconstituida”, *Cuadernos Penales Jose M^a Lidón, ¿Es posible una justicia orientada a la persona?: retos que plantea el proceso penal tras la aprobación del Estatuto de la víctima del delito*, n^o 14, 2018, pp. 49-81.

⁴⁰ Sobre el empleo de Cámaras o Salas Gesell, vid. entre otros, LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “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* n^o 34, abril-junio (*La dignificación de la Justicia Penal de familia*); BELTRÁN MONTOLIU, A., “Víctimas vulnerables...”, op.cit.; MARRERO GUANCHE, D., “La prueba testifical anticipada como instrumento para reducir la victimización

Se añaden además en este art.449 *ter* LECrim dos puntualizaciones de especial interés. Por una parte, la necesidad de asegurar que la realización de la declaración se lleve a cabo con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios, extremo este último que tratándose de la declaración de las personas con discapacidad da entrada a la actuación de *facilitadores* que puedan asistir a la persona con discapacidad en este trámite⁴¹. Por facilitador o persona facilitadora hay que entender aquel profesional experto que realiza tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida⁴².

Por otra parte, se establece la posibilidad (que no obligación) conferida a la autoridad judicial de que la diligencia se practique a través de personas expertas. Aunque el párrafo que prevé tal solución menciona sólo al menor de edad como persona destinataria de esta solución, parece tratarse de un mero olvido del legislador siendo de la opinión de que puede y debe aplicarse también en relación con las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En tal caso las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la exploración, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo garantizándose de este modo la contradicción exigida en el precepto. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y de su resultado⁴³.

secundaria de menores de edad en el proceso penal”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 38, septiembre 2021, pp. 105-129.

⁴¹ Sobre sus funciones vid. ampliamente DE ARAOZ, I., *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, Plena Inclusión España, Madrid, 2018, pp.72 y ss; PLENA INCLUSIÓN, *La persona facilitadora en procesos judiciales*, Madrid, 2020, pp.14 y 15.

⁴² Concepto que maneja el art.7 *bis* 2.c) LEC.

⁴³ Como indica LUACES GUTIÉRREZ, los dictámenes periciales de veracidad no pueden suplir al juez en la función de valoración de este medio de prueba, pero pueden asistirle en la resolución judicial. La pericia facilitará unos parámetros para la valoración, pero no podrá referir la certeza de la producción de los hechos relatados, solo podrá indicar si con arreglo a los sistemas, protocolos o test valorativos convalidados concurren o no indicadores de fiabilidad o de no fiabilidad (LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “La prueba preconstituida en menores de edad.”, *op.cit*).

Del precepto se deduce la conveniencia, en suma, de que la declaración se realice en un ambiente agradable evitando que sienta la presión del aparato judicial y se genere un clima que perturbe la calidad de su testimonio. A todo ello deben añadirse, en lo que a las personas con discapacidad se refiere, los extremos que establece el art.7 *bis* LEC que a efectos de cumplir con el derecho que les asiste a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo, indica que a tal fin todas las comunicaciones se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades. Se les facilitará la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, y la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice las tareas de adaptación y ajuste necesarias.

Por su parte y para completar debidamente la regulación, se introducen las disposiciones oportunas en el art.449 *bis* LECrim para que la declaración se rodee de las garantías precisas para garantizar la contradicción y respeto al derecho de defensa, pero también de las prevenciones necesarias para que una ausencia táctica del investigado debidamente citado y, aún, de su Letrado no pueda frustrar la práctica de la prueba⁴⁴. Le corresponde a la autoridad judicial no sólo garantizar la contradicción; también asegurar la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, tarea ésta más propia del Letrado de la Administración de Justicia que del Juez si bien el precepto encarga a aquél la obligación de comprobar, de forma inmediata, la calidad de la grabación audiovisual con la clara finalidad de asegurar que en su día pueda desplegar la virtualidad probatoria perseguida evitando que el declarante deba volver a hacerlo en el juicio oral. Se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que

⁴⁴ La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida.

3.2.3. EFICACIA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Para la valoración de la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en el art. 449 *bis*, se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2 LECrim, norma que prevé la reproducción de la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo a instancia de cualquiera de las partes.

Además, en armonía con la preferencia por la práctica en forma preconstituida de las citadas declaraciones, se incorporan también las modificaciones oportunas en el Libro III de la LECrim dedicado al juicio oral para recoger el modo de introducir en él la prueba así practicada, al efecto de que pueda ser valorada por el Juzgador.

Se establece como regla general en el art.707 *bis* LECrim que en estos supuestos de preconstitución probatoria se prescindirá de una nueva declaración testifical en el juicio oralprocediéndose en cambio, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2 LECrim, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista. Sólo cabe su declaración en el acto del juicio (siempre a petición de parte) en dos supuestos previstos en el citado art.707 *bis* LECrim.

En primer lugar, y con carácter claramente excepcional, cuando se considere necesaria y así se acuerde en resolución motivada

En segundo lugar, y justificado por la imposibilidad de que la declaración prestada en forma preconstituida pueda tener eficacia probatoria, cuando la declaración no reúna todos los requisitos previstos en el art.449 *bis* LECrim y cause indefensión a alguna de las partes⁴⁵, supuesto

⁴⁵ A juicio de F. ETXEBERRÍA GURIDI Los dos supuestos recogidos en dos párrafos distintos del art.707 LECrim están planteados un tanto confusa. Los requisitos del primer supuesto (necesidad, resolución motivada, petición de parte) han de ser trasladables al segundo supuesto. En el segundo supuesto, además, no se entiende el empleo de la conjunción copulativa para los dos presupuestos que enuncia, pues con la concurrencia de cualquiera de ellos sería deseable excluir la prueba (ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “Protagonismo probatorio de la víctima en el proceso penal: inconvenientes ¿y posibles

que, por ejemplo, puede referirse a los casos en que existan defectos en la grabación pese al deber del Letrado de la Administración de Justicia de haber comprobado su corrección inmediatamente después de su práctica.

En ambos supuestos, así como en todos aquellos en que por no haber sido posible en su día preconstituir la declaración del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesibles (art.707 LECrim) y recurriéndose, en su caso, a la videoconferencia (art.731 bis LECrim).

4. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Con fecha 24 de noviembre de 2020 se aprobó en Consejo de Ministros un nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (ALECrim, en adelante), que lamentablemente parece estar condenado (al igual que sus inmediatos predecesores de 2011 y 2013) a no convertirse en ley. Pese a ello conviene traer aquí, siquiera sea a grandes rasgos, las líneas que seguía en la materia que nos ocupa, puesto que en todo caso constituye un valioso referente para cualquier regulación futura.

En dicho texto se lleva a cabo un profundo cambio en la configuración del sistema, regulándose un “incidente de aseguramiento de las fuentes de prueba” ante el Juez de Garantías, al que podrán acceder en todo momento del proceso el fiscal, la defensa y las acusaciones cuando exista un riesgo de pérdida previsible de una fuente de prueba personal (arts.591 a 603 ALECrim)⁴⁶.

soluciones? (al hilo del Convenio de Estambul), en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, págs. 326-363)

⁴⁶ Vid. apartado LXVI de la Exposición de Motivos, referido a este incidente de aseguramiento.

Pero, además de estos supuestos ordinarios en los que se aprecia un riesgo de pérdida de la fuente de prueba, también se contemplan dos supuestos especiales en los que se puede acudir al incidente de aseguramiento, que no obedecen a este fundamento general de la institución. Uno de ellos, precisamente, el de la declaración de personas vulnerables cuya justificación -según se indica en el apartado LXVI de la Exposición de Motivos- radica en que atendidas las condiciones de edad o de discapacidad que presenta, resulta absolutamente inidóneo el examen contradictorio del testigo por lo que se debe establecer un cauce especial de aseguramiento que incluye la colaboración de un especialista con conocimientos idóneos para entablar la adecuada comunicación con el testigo vulnerable y obtener de este modo los datos pertinentes evitando en lo posible la victimización secundaria.

Pues bien, este proyectado régimen de la declaración de los testigos menores de edad o de personas con discapacidad persevera en la línea abierta por la Ley Orgánica 8/2021 que hemos examinado, mejorándola en algunos puntos.

Los arts.469 y 470 del ALECrim dedicados, respectivamente, a la “declaración del menor de edad” y a la “declaración de la persona con discapacidad”, tras establecer las garantías o medidas protectoras que deben rodear su declaración en la fase de instrucción⁴⁷ disponen 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”. Y dicho art. 600 ALECrim, contempla las “especialidades de la declaración de menores de edad o de personas con discapacidad” consistentes, básicamente, en que se tomará de forma

⁴⁷ Entre otras, declaración acompañado de quien ejerza su patria potestad o guarda o asistida por la institución de apoyo correspondiente; no se le recibirá juramento ni se le hará apercibimiento alguno de incurrir en responsabilidad; el interrogatorio se realizará a la mayor brevedad desde que se tenga conocimiento del hecho delictivo; posibilidad de tomarle declaración con la intervención de un experto en psicología del testimonio; posibilidad de excluir la presencia del fiscal y de las demás partes en el lugar del interrogatorio, aunque garantizando que puedan presenciarlo a través de medios técnicos; siempre se grabará la declaración en soporte audiovisual y no se reiterará su práctica salvo que sea imprescindible para los fines de la investigación.

reservada a través de un perito experto en psicología del testimonio y utilizando métodos y técnicas adecuados a la edad y a las especiales condiciones de la persona que haya de declarar. Se prevé la posibilidad de excluir la presencia de las partes, asegurando la contradicción.

En armonía con la opción de no haber fijado límites adicionales de edad para el menor declarante ni tipologías delictivas a las que restringir las medidas indicadas para la preconstitución probatoria, no determina con carácter general la excepcionalidad de la posterior reiteración del testimonio en el acto del juicio oral, sino que lo condiciona a que “el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento considere que, por razón de la edad o de las condiciones personales del testigo, 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”⁴⁸.

Para el caso de que, finalmente los testigos menores de edad y las personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad hayan de prestar declaración en el juicio oral, el art. 672 ALECRim regula las especialidades que se han de aplicar: se prestará con la asistencia del representante legal del menor o de quien integre la institución de apoyo de la persona con discapacidad y, tratándose de menores de dieciséis años, evitándose siempre la confrontación visual con el acusado; cuando las condiciones de la persona que haya de declarar lo requieran, la declaración se realizará utilizando las tecnologías de la comunicación que permitan que el testigo preste declaración en dependencias judiciales, sin estar presente en la sala de vistas; el testigo será interrogado únicamente por el presidente del tribunal, pudiendo las partes solicitar que realice las preguntas adicionales que consideren necesarias. No obstante, el presidente permitirá que las partes realicen las preguntas directamente si de ello no se deriva perjuicio alguno para el testigo.

⁴⁸ Tal disposición se complementa con lo previsto en el art. 635.6 ALECRim, relativo a la “Admisión de la prueba”, al disponer que, si las partes han propuesto la testifical de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable, el tribunal, valorando su edad y circunstancias, determinará si ha de declarar en el juicio oral y, en su caso, las condiciones en las que habrá de hacerlo; y añade que “las declaraciones obtenidas a través del incidente para el aseguramiento de la fuente de prueba se harán valer en el juicio oral mediante la reproducción de lo grabado y, si las partes lo solicitan, se hará comparecer al perito experto en psicología del testimonio que obtuvo la declaración”.

5. CONCLUSIONES

La ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia ha introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal una serie de modificaciones que suponen un avance en el tratamiento que se dispensa a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección que se ven involucradas (como víctimas o como testigos) en un proceso penal.

Especialmente relevante, de cara a la finalidad de evitar la victimización secundaria de estas personas vulnerables, la apuesta que ahora se hace por la preconstitución probatoria en fase de instrucción, previendo su práctica en esta forma como regla general y rodeando a la declaración así prestada de las garantías necesarias para que con posterioridad pueda desplegar plena eficacia probatoria en el juicio oral sin necesidad de intervención en la vista del declarante. Esta novedad, junto con otras introducidas en la legislación procesal penal por la citada ley orgánica⁴⁹ ponen de manifiesto que la nueva ley es un paso en el camino correcto para lograr el pleno respeto al interés del menor en su contacto con el sistema de Justicia que exige la Convención sobre los derechos del niño y la plena inclusión de las personas con discapacidad exigida por la Convención de Nueva York.

Con todo y pese a las mejoras indicadas, la nueva regulación suscita algunas dudas y adolece de ciertas carencias. Dudas especialmente en cuanto a la posibilidad de preconstituir la declaración de menores comprendidos en la franja situada entre los catorce y dieciocho años y para menores de catorce años y personas con discapacidad necesitadas

⁴⁹ Como las reformas operadas en el alcance de las excepciones al deber de denunciar, en los límites al derecho a la dispensa del deber de declarar o en las medidas cautelares penales y civiles adoptadas en el marco de la orden de protección. Sobre esa materia permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C. "Personas con discapacidad y proceso penal. Última reforma de la LECrim (L.O. 8/2021) y perspectivas de futuro", *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad* (Barona Vilar, S., directora), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.585-604. Vid., asimismo, MAGRO SERVET, V., "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*, nº 9862, de 2 de junio de 2021.

de especial protección el régimen a seguir cuando el delito investigado no sea uno de los que se listan en el art.449 *ter* LECrim. Sensibles carencias especialmente en lo que a personas con discapacidad se refiere; algo que, en cierta medida, puede deberse a que el legislador sigue partiendo de la premisa errónea de considerar al colectivo de personas con discapacidad como un grupo homogéneo obviando que existen diversos tipos de discapacidad (física, sensorial y psíquica o intelectual) que demandan soluciones diversas a la hora de regular la participación en el proceso de las personas afectadas por uno u otro tipo de discapacidad.

Por otra parte, hay que ser conscientes de que las soluciones y el progreso en este punto no sólo debe procurarlas la ley. Los operadores jurídicos deben estar a la altura de detectar necesidades, conocer y aplicar debidamente las normas legales pues, como ocurre a menudo, la eficacia de la protección depende en buena medida de su actuación. Son los jueces y magistrados, fiscales, abogados, además de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁵⁰, los que han de hacer prueba de voluntarismo para que la protección de los vulnerables no sea letra muerta. Es necesario reconocer un *favor vulnerabilis* como criterio de interpretación y aplicación de la norma o, al menos, como criterio corrector⁵¹.

Tratándose de víctimas de delitos, aunque la Ley del Estatuto de la Víctima exige una evaluación individualizada para detectar sus necesidades de protección, los protocolos a seguir a tal fin siguen siendo poco adecuados y homogéneos, lo que puede conducir a su ineficacia. Identificar la existencia de estas circunstancias personales es una responsabilidad común compartida por todos los operadores jurídicos,

⁵⁰ Cuya labor en los primeros momentos de atención a la víctima del delito o a los testigos que lo han presenciado es de enorme importancia en cuanto a la detección de la concurrencia de algún tipo de discapacidad, especialmente intelectual, y a su reflejo en el atestado. Los protocolos de detección adoptados por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la materia y distintas iniciativas debidas a instituciones de estudio y apoyo a la discapacidad han propiciado avances significativos que conviene generalizar y difundir en todo el territorio nacional buscando una cierta homogeneidad; vid. como un buen ejemplo ALAPAR, *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, Madrid, 2017.

⁵¹ En este sentido PEREÑA VICENTE, M., “Vulnerabilidad y Derecho”, *Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº.8, 2021, pp.30-33.

ya sean miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad⁵², funcionarios de la administración de justicia, jueces, fiscales o Abogados⁵³.

De ahí la necesidad de seguir avanzando, lo que pasa entre otros extremos por disponer las dotaciones presupuestarias necesarias para la instalación de cámaras Gesell en los tribunales de justicia algo que, a día de hoy, sigue siendo residual; ampliar las dotaciones para poder contar con el necesario número de expertos para poder intervenir en las declaraciones de menores y personas con discapacidad; mejorar si es menester la regulación existente; y, establecer también programas de formación de manera periódica y campañas de concienciación, dirigidos a abogados, funcionarios de los tribunales, jueces, fiscales y agentes del orden público⁵⁴. En este sentido se deben aplaudir las previsiones también contenidas en la Ley Orgánica 8/2021 que reforman diversos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial merced a los cuales se regula la necesidad de formación especializada en las carreras judicial y fiscal, en el cuerpo de letrados y en el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia, exigida por toda la normativa internacional, en la medida en que las materias relativas a la infancia y a personas con discapacidad se refieren a colectivos vulnerables. Como también las soluciones y regulación que sobre el particular contenía en el Anteproyecto de LECrim de 2020 a las que hemos hecho alusión.

En definitiva, hay que aplaudir la nueva regulación en la materia con la generalización de la preconstitución de la declaración pero también ser conscientes de que sin embargo no coadyuvará a la reducción de la victimización secundaria si su aplicación se dilata en el tiempo, si no se adoptan protocolos de buenas prácticas, y si por parte de los operadores jurídicos no se toma conciencia de la importancia de la protección de

⁵² Vid., sobre esta cuestión RECOVER, T. y ARAOZ, I. DE (coords), *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal*, FEAPS, Madrid, 2014, pp.28-29.

⁵³ CARNICER DÍEZ, C., “Prólogo”, en *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal* (T. Recover e I. de Araoz, coords.), FEAPS, Madrid, 2014, p.10.

⁵⁴ Véanse, a este respecto para las personas con discapacidad las *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España* del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 9 de abril de 2019, §25.

las víctimas vulnerables como es el menor de edad y la persona con discapacidad, en un proceso penal⁵⁵.

El enfoque correcto de la exploración/declaración del menor o persona con discapacidad víctima o testigo es el que se produce desde la óptica de sus derechos fundamentales, cuyo reconocimiento y efectividad no pueden subordinarse al éxito de la función sancionadora del proceso penal ni están en conflicto con los derechos del encausado. Tampoco constituyen un obstáculo al ejercicio de la función jurisdiccional. Es decir, no se trata de sacrificar los derechos de la parte pasiva del proceso penal ni de poner trabas a la satisfacción del interés público en la realización del derecho penal. Se trata de que los sistemas de justicia penal implanten todos los medios necesarios para alcanzar un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses que confluyen en el proceso⁵⁶.

BIBLIOGRAFIA

ALAPAR, *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, Madrid, 2017.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Prueba testifical y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra* (Asencio Mellado, J.M., director), Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp.65-79.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Exigencias en relación con la prueba testifical (artículo 6.3.d/ CEDH)”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (García Roca y Santolaya Macheti, coordinadores), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed., Madrid, 2014, pp.359-375.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Personas con discapacidad y proceso penal. Última reforma de la LECrim (L.O. 8/2021) y perspectivas de futuro”, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad* (Barona Vilar, S., directora), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.585-604.

⁵⁵ En este sentido SEMPERE FAUS, S., “La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria”, *Revista General de Derecho Procesal*, 48 (2019), p.49.

⁵⁶ SERRANO MASIP, M., “Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal”, *Indret*, nº 2, 2013, pp. 49-50.

BELTRÁN MONTOLIU, A., “Víctimas vulnerables: especial referencia al estatuto del menor a la luz de la L.O. 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n° 3, 2021, 108-149.

CARNICER DÍEZ, C., “Prólogo”, en *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal* (T. Recover e I. de Araoz, coords.), FEAPS, Madrid, 2014.

DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre La escucha del menor, víctima o testigo*, mayo, 2015.

DE ARAOZ, I., *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, Plena Inclusión España, Madrid, 2018.

DE HOYOS SANCHO, M. “Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015”, *Diario La Ley*, n° 8689, de 26 de enero de 2016.

ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “Protagonismo probatorio de la víctima en el proceso penal: inconvenientes ¿y posibles soluciones? (al hilo del Convenio de Estambul)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, págs. 326-363.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. “Presentación”, en *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal* (T. Recover e I. de Araoz, coords.), FEAPS, Madrid, 2014.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Exploración del menor-víctima durante la fase de instrucción y su valor como prueba preconstituida en el acto del juicio oral: un examen a la luz de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General del Derecho Procesal*, núm. 36, 2015.

GRANDE SEARA, P., “La posibilidad de anticipar o preconstituir la prueba testifical del menor de edad en el proceso penal”, en *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea* (Alvarez Alarcón, A., director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp.225-234.

GUZMÁN FLUJA, V., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “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* n° 34, abril-junio (*La dignificación de la Justicia Penal de familia*).

MAGRO SERVET, V., “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*, n° 9862, de 2 de junio de 2021.

MARRERO GUANCHE, D., “La prueba testifical anticipada como instrumento para reducir la victimización secundaria de menores de edad en el proceso penal”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 38, septiembre 2021, pp. 105-129, <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2021.38.05>

MORENO CATENA V. y MARTÍN CONTRERAS L. “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 1 a 5”, *Indret 2/2004* (Working Paper nº: 206).

MUERZA ESPARZA, J., “Sobre la prueba testifical del menor-víctima en el proceso penal”, *Derecho probatorio y otros estudios procesales Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra* (Asencio Mellado, J.M., director), Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp.1365-1378.

PEREÑA VICENTE, M., “Vulnerabilidad y Derecho”, *Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº.8, 2021, pp.30-33.

PILLADO GONZÁLEZ, E., “La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización”, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad* (Barona Vilar, S., directora), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.542-562.

PLENA INCLUSIÓN, *La persona facilitadora en los procesos judiciales*, Madrid, 2020.

RECOVER, T. y ARAOZ, I. DE (coords), *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal*, FEAPS, Madrid, 2014.

SANCHEZ MELGAR, J., “Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021”, *La Ley. Derecho de Familia*, nº 32, octubre-diciembre 2021.

SEMPERE FAUS, S., “La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria”, *Revista General de Derecho Procesal*, 48 (2019).

SERRANO MASIP, M., “Medidas de protección de las víctimas”, en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales* (De Hoyos Sancho, M. directora) Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

SERRANO MASIP, M., “Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal”, *Indret*, nº 2, 2013, pp. 1-50.

TENA ARAGÓN, M^a F., “Protocolo de actuación con menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección víctimas de delitos”, *La Víctima del Delito y las Últimas Reformas Procesales Penales* (De Hoyos Sancho, directora), Aranzadi, Cizur Menor 2017, pp. 263-273.

TOMÉ GARCÍA, J.A., “Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECrIm y Anteproyecto de 2020)”, *La Ley Penal*, nº 151, julio-agosto 2021.

VELILLA ANTOLÍN, N., “La ley de apoyo a las personas con discapacidad: una ley necesaria pero imperfecta”, en *Hay Derecho, Expansión*, 23 de junio de 2021.

VIGUER SOLER, P., “La protección del menor víctima del delito: experiencias en los Juzgados de Valencia”, en *El interés superior del menor en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (Sanz Caballero, S. directora), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.293-295.

VIGUER SOLER, P., “Estatuto de la víctima, protección del menor y prueba preconstituida”, *Cuadernos Penales Jose M^o Lidón, ¿Es posible una justicia orientada a la persona?: retos que plantea el proceso penal tras la aprobación del Estatuto de la víctima del delito*, nº 14, 2018, pp. 49-81.

Authorship information

Coral Arangüena Fanego. Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Valladolid, España. Doctora en Derecho. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación (Sección Quinta. Derecho Procesal). Académica de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. coral.aranguena@uva.es

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación: “Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas. PID2020-116848GB-I00” (Plan nacional I+D+i, Ministerio de Ciencia e Innovación) y del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Valladolid “Garantías Procesales y Unión Europea” y Unidad de Investigación Consolidada nº 120 de la Junta de Castilla y León.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 18/07/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2022
- Review 1: 08/08/2022
- Review 2: 16/08/2022
- Preliminary editorial decision: 07/09/2022
- Correction round return: 14/09/2022
- Final editorial decision: 10/10/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (PP)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARANGÜENA FANEGO, Coral. Declaração de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1093-1126, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.742>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.