

# PRUEBA PRECONSTITUIDA, DERECHO DE DEFENSA Y VULNERABILIDAD

RAQUEL BORGES BLÁZQUEZ

Prólogo

Elena Martínez García



**Esta monografía ha sido redactada en el  
marco del PID2021-1231700B-I00**

Copyright © 2024

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos ([www.cedro.org](http://www.cedro.org)) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web [www.colex.es](http://www.colex.es) un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Raquel Borges Blázquez

© Editorial Colex, S.L.  
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)  
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)  
[info@colex.es](mailto:info@colex.es)  
[www.colex.es](http://www.colex.es)

I.S.B.N.: 978-84-1194-760-2  
Depósito legal: C 1844-2024

# SUMARIO

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	13
<b>PRÓLOGO</b> .....	15
<b>ABREVIATURAS</b> .....	17

## INTRODUCCIÓN

I. Contexto y objetivos .....	19
II. Contextualización del fenómeno objeto de estudio .....	21
III. Metodología .....	26
IV. Estructura .....	27

## CAPÍTULO I

### LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

I. Concepto de prueba .....	31
II. La prueba en el proceso penal .....	35
1. Diferencia entre prueba y diligencia de investigación .....	36
2. Búsqueda de la verdad en fase de instrucción y en fase de enjuiciamiento ..	37
3. Los principios de inmediación y contradicción, su razón de ser .....	38
III. Especial referencia a la prueba testifical: la reina destronada .....	45
1. Prueba preconstituida y prueba anticipada .....	49
2. Contradicción e inmediación, ¿dónde quedan? .....	52
3. Marco normativo e interpretación jurisprudencial .....	54

## CAPÍTULO II

### EL DERECHO DE DEFENSA DEL ACUSADO

I. El derecho a un juicio justo ( <i>due process</i> ) .....	63
1. La presunción de inocencia .....	66
2. Ley Orgánica del Derecho de Defensa .....	68
3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de los años ochenta como punto de inflexión .....	70

## SUMARIO

II. Un estudio jurisprudencial multinivel . . . . .	72
1. La jurisprudencia nacional previa a la reforma de los artículos 449 ter y 777 LECrim . . . . .	74
1.1. Una tímida apuesta a favor de la preconstitución probatoria de la víctima vulnerable . . . . .	75
1.2. Imposibilidad vs. indisponibilidad de declarar el día del juicio oral en víctimas mayores de edad . . . . .	78
2. El derecho de defensa y las declaraciones sumariales en los tribunales supranacionales y la transposición de su doctrina a nuestro país. . . . .	83
2.1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos . . . . .	85
2.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la sentencia Pupino como punto de inflexión . . . . .	87
III. Reflexión preliminar: ¿Afecta la prueba preconstituida del vulnerable al derecho de defensa? . . . . .	89

### CAPÍTULO III

#### EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LAS PERSONAS VULNERABLES

I. La tutela judicial efectiva de las víctimas . . . . .	93
1. El concepto de vulnerabilidad . . . . .	95
2. El derecho a entender y ser entendido . . . . .	98
2.1. El derecho a comprender el proceso . . . . .	98
2.2. El derecho a que el proceso comprenda a la víctima . . . . .	100
3. La vulnerabilidad en el proceso penal. . . . .	102
3.1. Victimización secundaria y víctimas con necesidades especiales de protección. . . . .	104
3.2. Vulnerables por su edad . . . . .	107
3.3. Vulnerables a su agresor o al contexto concreto. . . . .	110
II. Legislación vigente . . . . .	111
1. Menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de una especial protección . . . . .	112
1.1. Menores de edad . . . . .	112
1.2. Personas con discapacidad necesitadas de especial protección . . . . .	116
1.3. Listado de delitos . . . . .	118
2. Cámaras Gesell, <i>barnahus</i> , salas amables y videoconferencias. . . . .	119
2.1. Cámaras Gesell . . . . .	120
2.2. <i>Barnahus</i> : una palabra escandinava para la casa de los niños y las niñas ( <i>Children's House</i> ) . . . . .	121
2.3. Salas amables y videoconferencias . . . . .	122
2.4. La práctica judicial: directrices genéricas y disparidades . . . . .	123
3. Víctimas de violencia de género y doméstica. . . . .	127
3.1. Artículo 416 LECrim y sus problemas prácticos. . . . .	127
3.2. ¿Podría la prueba preconstituida dar solución a este problema? . . . . .	130
III. La preconstitución probatoria para las víctimas vulnerables . . . . .	132

SUMARIO

**EPILOGO**

I. Reflexiones.....	135
II. Propuestas .....	139

**BIBLIOGRAFÍA**

I. Doctrina .....	143
II. Jurisprudencia.....	152
1. Tribunal Supremo .....	152
2. Tribunal Constitucional .....	153
3. Audiencias Provinciales .....	154
4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	154
5. Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	155

**ANEXO**

**EXTRACTOS DE SENTENCIAS**

I. Tribunal Supremo .....	158
II. Tribunal Constitucional .....	195
III. Audiencias Provinciales .....	210
IV. Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	213
V. Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	226

## AGRADECIMIENTOS

Elena Martínez García me dijo en la entrega de premios extraordinarios de doctorado, «hay muchos maestros y maestras de la vida que están cerca de nosotros. Gente que nos enseña y hace crecer. Solo hay que verlos». Ella siempre ha estado cerca: como profesora del grado, como directora de tesis y como maestra. Gracias por tanto. Por enseñarme, inspirarme y ayudarme a crecer. Por el camino andado y por el que queda por recorrer. Por tus palabras y por tu ejemplo.

Dicen que si quieres llegar rápido camines solo, pero que si quieres llegar lejos vayas acompañado. Desde que pisé por primera vez las aulas de la *Facultat de Dret* el azar puso en mi camino a compañeros y amigos que me han acompañado en la búsqueda de mi Ítaca. Como dijo el poeta, «cuando emprendas tu viaje a Ítaca pide que el camino sea largo, lleno de aventuras, lleno de experiencias». Si echo la vista atrás, yo, con vosotros en el camino, ya he ganado. A todos, quiero agradecerlos acompañarme todos estos años. En especial, a Rocío, Clara, Alejandra, Toni y Ricardo, por conectarme con la práctica diaria de juzgados y tribunales. A Fran y Darío, por ser compendios y confidentes. Y quiero pedirlos que sigamos creciendo juntos, como personas y como juristas.

Este agradecimiento quiero hacerlo extensivo al Departamento que me ha visto crecer y formarme como profesional. Y a los compañeros de trabajo que se convirtieron en compañeros de vida. A Víctor y Adrián, porque juntos sigamos conquistando cimas literal y metafóricamente. Porque siempre nos quede una montaña que escalar y un reto que desbloquear. A Marita, por tu alegría sincera, tu honestidad y tus palabras de aliento. Y a Andrea, por tu ilusión y tu inconformismo. Porque sigas construyendo un mundo más justo por medio del lenguaje jurídico.

Pero sobre todo se lo debo a mi familia. Esta vez más que nunca, por hacerlo posible. A mis padres, a Luis (ahora el tete) y a Mariajo, por querer y cuidar tanto a Alejandro. Pero también a mis suegros. Porque sois todos vosotros los que hacéis que la conciliación sea real y efectiva. A Carlos, por ofrecerme este verano la habitación propia de Virginia Woolf, para poder trabajar antes de que nuestra *pequeña gran revolución* abra los ojos. Y, por supuesto, a Alejandro, *porque estoy feliz como nunca había estado* y porque la música indie suena todavía mejor si la cantas tú.



# PRÓLOGO

La vulnerabilidad es un concepto que está de moda. La RAE lo define como «debilidad, fragilidad, inseguridad, flaqueza». Ya el Derecho Romano recogía su existencia, pero es verdad que, para el Estado –los poderes públicos- no era una prioridad su tutela y su reconocimiento como subjetividades objeto de tutela con sus frágiles realidades. Indudablemente, algo está cambiando en el mundo global que vivimos, cuando la mirada del legislador se posa sobre los sujetos hasta ahora excluidos. Dice Alphonse Bertillon que uno mira lo que ve y ve lo que tiene en la cabeza. Y en nuestras cabezas, no en todas, hay un avance claro hacia una nueva era llena de retos para el poder legislativo, ejecutivo y judicial.

La profesora Raquel Borges Blázquez se adentra en uno de los múltiples márgenes del Derecho que ahora pasan a ser parte de la tutela prioritaria que da el Estado a las personas que son vulnerables al sistema. Con precisión, aborda una de las obligaciones del Estado a la hora de otorgar la tutela judicial efectiva, como es, dotar de efectividad a este derecho fundamental, partiendo de las especiales características que pueden tener las víctimas de un delito, no siendo todas iguales y, por tanto, teniendo diferentes niveles de necesidad, en ese deber de protección y precaución que debe tener el Estado para entender que actúa con la diligencia debida que le es exigible. Al tiempo, cohonestar esta especial o reforzada protección, asegurando su intervención procesal y su declaración, con el derecho de defensa del acusado, exige de los órganos jurisdiccionales una intervención activa equilibradora y respetuosa de los dos derechos en cuestión. En conclusión, los deberes de las y los Jueces deben asegurar su abstención de todo aquello que pueda dañar a cualquiera de las dos partes, al tiempo de cumplir con las obligaciones de hacer y garantizar el contenido esencial y real de sus derechos.

La preconstitución de la prueba es uno de esos elementos que contribuye a la protección reforzada de las víctimas vulnerables: en este terreno la autora de esta estupenda monografía pone los lindes a esta zona fronteriza entre el derecho a la protección de la víctima y el derecho de defensa del acusado, con especial incidencia en el concepto de intermediación en la práctica



de la prueba. No plantearnos estas bases, puede hacernos disimuladamente aceptar un alto grado de violencia institucional y, en la era de la diligencia debida del Estado, en un momento de reconstrucción de las bases del Estado Social y Democrático de Derecho, ya nada es lineal o unidireccional, sino que la igualdad, diversidad y sostenibilidad también son obligaciones positivas para el poder ejecutivo, legislativo y el judicial.

Es probable que este libro que prologo sorprenda a la persona lectora, dado que nos lleva a las fronteras del derecho procesal y nos apunta hacia un cambio de paradigma hacia una Justicia más humana y sostenible. Dicen que somos lo que fuimos y seremos lo que hagamos a partir de ahora. Por tanto, pensar en una clave diferente, como se hace en esta obra, es sentar las bases para un cambio hacia un mundo mejor, donde *el café para todos* propio de una visión andro antropocéntrica sea permeable a las necesidades y personas excluidas hasta ahora del objeto de tutela, o mejor, como sujetos de tutela.

Sobre la autora podría escribir muchas líneas dado que nuestros caminos confluyen desde hace mucho tiempo. Un día, la alumna ejemplar que fue, se convirtió en discípula y ésta pronto volará sola. Es ley de vida. Nada nos pertenece, todo es impermanente, efímero, pasajero y sujeto a cambios. El camino que se dibuja día a día y codo con codo, junto a las personas es el sentido que ha tenido ese encuentro y el valor que se ha sabido añadir a ese tramo del trayecto. Solo puedo tener palabras de agradecimiento para esa jovencita que quiso que le ayudara a crecer y que hoy está a punto de emprender su aventura en solitario. La frase de Alphonse Bertillon con la que iniciaba estas líneas es muy adecuada para entender por qué el respeto y el acompañamiento en el aprendizaje ha sido un regalo mutuo. Gracias Raquel y mucha suerte en este nuevo tramo de tu personal Ítaca.

Valencia, 25 de noviembre 2024

**Elena Martínez García**

## ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
EVD	Estatuto de Víctimas del Delito
INE	Instituto Nacional de Estadística
JVSM	Juzgado de Violencia Sobre la Mujer
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LOVG	Ley Orgánica de Violencia de Género
ODS	Objetivo de Desarrollo Sostenible
ONG	Organización No Gubernamental
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

ABREVIATURAS

<b>STEDH</b>	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>STJUE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TICs</b>	Tecnologías de la Información y Comunicación
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

# INTRODUCCIÓN

## I. Contexto y objetivos

La vulnerabilidad es una situación que, en cierto modo, modifica las condiciones de partida de las víctimas en el proceso penal y que debe ser tenida en cuenta para garantizar la tutela judicial efectiva. Así, ante esta situación seré objetiva pero no permaneceré neutral.

El sujeto pasivo de este estudio son los menores de edad. La protección del menor tiene un anclaje de derechos humanos en tratados y convenios internacionales, directivas, reglamentos, nuestra constitución y leyes en la materia que tienen por objeto evitar una revictimización secundaria<sup>1</sup>. Y la normativa de *hard law* debe ser interpretada y aplicada por nuestros juzgadores, como tendremos ocasión de estudiar a raíz del Caso Pupino<sup>2</sup>. Junto con los menores de edad es necesario estudiar a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección pues, en determinados supuestos, el legislador ha decidido otorgarles el mismo tratamiento mientras que, en otros supuestos, diferencia entre la vulnerabilidad por minoría de edad y por discapacidad.

A lo largo de la monografía se estudiará la tensión existente entre la necesidad de una igualdad real dentro y fuera del proceso —donde las situaciones jurídicas desiguales de partida deberán ser tratadas de forma desigual— y las garantías jurídicas inherentes al derecho de defensa. Así, una diferenciación de trato es precisamente la preconstitución probatoria para las víctimas vulnerables. Preconstitución que, además, puede variar en la forma de realizarse. El avance de la tecnología nos presenta escenarios que van más allá de la intermediación real y física, permitiendo una suerte de intermediación diferida ya sea usando medios

---

1 Si bien este término será estudiado en profundidad en el capítulo III, es necesario ofrecer una definición somera. La victimización secundaria es aquella que sufre la víctima al entrar en contacto con la maquinaria procesal penal para la persecución del delito y castigo del culpable. Esta surge fruto de una inadecuada atención (reiteración de declaraciones innecesarias, atención inadecuada, largas esperas frente a su agresor...) siendo, por tanto, victimizada nuevamente, esta vez desde las instituciones estatales.

2 Esta cuestión será estudiada en el capítulo III apartado II.

electrónicos o empleando cámaras Gesell o salas amables para diferenciar el espacio físico que habitará la víctima y el que habitarán los agentes del proceso implicados. Cabe incluso plantear el uso de gafas de realidad virtual para que la intermediación sea real pero la víctima no la perciba como tal.

La pregunta de investigación es si la prueba preconstituida atenta contra los principios de intermediación y contradicción y, consecuentemente, al derecho de defensa que rige en el proceso penal. Para ello, en el estudio de la prueba preconstituida interpretaremos el articulado de la LECrim acorde con la realidad social en la que debe ser aplicado *ex* artículos 1 y 3 CC, asumiendo que derecho de defensa y derechos de las víctimas son las dos caras de la misma moneda. El binomio que aquí se presenta es el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>3</sup> de las personas vulnerables (garantías positivas exigibles para su realización efectiva) y el derecho de defensa (garantías positivas exigibles reales). Sobre éste se lanzan las siguientes preguntas de investigación: ¿Dónde establecemos el límite entre el derecho a la protección de la víctima y el derecho de defensa del acusado?, ¿afectaría la prueba preconstituida al núcleo duro del derecho de defensa?, ¿contribuiría la preconstitución probatoria a la agilización procesal?

Así, antes de presentarles mi investigación, me gustaría traer cita de extracto de la STS 579/2019<sup>4</sup> pues este planteamiento va a ser el *leitmotiv* en el estudio de la prueba preconstituida eliminando el lenguaje belicista o beligerante que trae consigo las palabras «enfrentamiento», «contienda» y «confrontación» y asumiendo una suma de intereses en juego que deben ser protegidos siempre y cuando los derechos de una parte (las víctimas) no afecten al derecho fundamental a la defensa de la otra parte (los acusados):

«No puede realizarse en este caso un “enfrentamiento” entre la victimización secundaria de los menores por declarar en el plenario en oposición con el principio de contradicción y el derecho de defensa de interrogar a los menores en el juicio. **No se trata de una confrontación entre derechos de víctima y acusado. Se trata de realizar el ejercicio de ambos derechos por sus cauces correctos y sin provocar merma alguna en los mismos por un uso incorrecto de uno de ellos que cause perjuicio al otro, pudiendo destacar que cuando se lleve a cabo un uso motivado y fundado del derecho de las víctimas a no declarar en el plenario por haberse conformado la prueba preconstituida** y con posterior informe técnico que aprecie la victimización y auto del juez que lo acuerde **no se entenderá invadido y afectado el derecho de la defensa a interrogar a los menores en el plenario**» (las negritas son propias).

---

3 Refiere ESTEVE PARDO la tutela judicial efectiva como uno de los derechos fundamentales que «están siendo también asaltados por el contrato, pues el ejercicio de estos derechos, que puede llegar materialmente a su renuncia pura y simple, se está convirtiendo en materia de negociación y contratación». ESTEVE PARDO, José, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2023, p. 16.

4 STS 579/2019 de 26 de noviembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:3857).

## II. Contextualización del fenómeno objeto de estudio

Una sociedad cada vez más plural nos muestra como aquello que considerábamos que aplicaba a la mayoría en realidad era una norma jurídica creada e interpretada en masculino singular, obviando otras realidades que requerían de respuestas diferenciadas. La normativa legal y su interpretación se han centrado de forma sistemática en lo masculino singular, descuidando las particularidades de las personas, en especial las mujeres, los menores de edad, las víctimas con discapacidad y las personas mayores. Además, estas vulnerabilidades no son cajones estancos, sino que pueden darse discriminaciones múltiples fruto de la suma de estas variables o de sumarlas a otros tipos de vulnerabilidad como la pobreza, la migración o la raza. Ser conscientes de esta desigualdad de partida y adoptar una perspectiva enfocada en las vulnerabilidades con un marcado corte crítico deviene en la herramienta de interpretación necesaria para enfocar los conceptos objeto de estudio: derechos fundamentales, esencia del proceso y evolución del concepto de vulnerabilidad. Contemplamos el «choque de intereses entre la igualdad y la libertad de la víctima, con la soledad del juez o jueza en la toma de decisiones jurídicas que exceden de los elementos propios del derecho e introduce elementos de la sociología y psicología, para los que no se está preparado»<sup>5</sup>. Y es necesaria una reinterpretación de conceptos para que, en lugar de colisión, sea un *Big Bang*, iniciándose así un nuevo universo procesal penal en el que deben conjugarse los principios clásicos con nuevas variables respecto de la vulnerabilidad y el uso de las nuevas tecnologías.

Refiere ARMENTA DEU, «las transformaciones que registran el proceso civil y el proceso penal en las últimas décadas han alterado de manera relevante y muy significativa el papel que en ellos desempeñan sus protagonistas, como si se tratara de actores llamados a nuevas interpretaciones de personajes o a representar otros nuevos según exigencias del guion. Un guion que encontramos escrito en las más recientes reformas legales, ya aprobadas, y en los anteproyectos y proyectos de nuevas leyes que recurrentemente circulan a la espera de su aprobación definitiva pero que, en cualquier caso, perfilan aún más los rasgos y modos de desenvolverse de los actores. Todos ellos, sin excepción, se han visto requeridos a cambiar sus actuaciones en el proceso: jueces, abogados, acusadores, actores (en el más estricto sentido procesal), víctimas, fiscales, encausados»<sup>6</sup>.

---

5 MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, «La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa» en *Género y Derecho Penal* (dir. José HURTADO POZO), Instituto Pacífico, 2017, pp. 142-143.

6 ARMENTA DEU, Teresa, *Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación*, Marcial Pons, Madrid, 2023, p. 15.

Hasta ahora hemos creado un proceso penal androcentrista centrado en el masculino singular. Pero no en cualquier tipo de masculino, en lo que el antropólogo JOSEPH HENRICH denomina «WEIRD» (*western, educated, industrialized, rich and democratic*) cuyas iniciales vendrían a significar «occidental», «formado», «industrializado», «rico» y «democrático». Considerando la diversidad de la población, estos sujetos en realidad son, como sugiere la palabra *weird*, una rareza<sup>7</sup>. Así, este proceso penal ha juzgado igual a situaciones y personas desiguales. Y ha obviado las diferenciaciones existentes entre las víctimas. En esta monografía se les presentan dos elementos que deberán ir de la mano en la búsqueda de un nuevo paradigma procesal penal: las víctimas vulnerables y el uso de la tecnología. ¿Es capaz la tecnología, actual y futura, de modificar los cimientos de la teoría de la prueba?, ¿los derechos humanos de la víctima vulnerable traen consigo una readaptación del proceso? El objetivo de la Justicia en mayúsculas, como su propio nombre indica, es acabar con la desigualdad acompañándose y ayudándose de las transformaciones digitales que trae la tecnología como herramienta.

Debemos preguntarnos cuál es el equilibrio justo entre la preconstitución probatoria y el derecho de defensa, así como los parámetros en los que nos movemos en esta nueva sociedad, cada día más digital. El denominado derecho de defensa trasciende del derecho subjetivo de la persona investigada, pues estamos defendiendo el derecho a un juicio justo con todas las garantías y, con éste, la esencia del Estado de derecho. Por ello debemos pensar a cuántos escenarios podría llevarnos la tecnología y cuáles de estos estamos dispuestos a aceptar. La grabación de la imagen y sonido permite la reproducción el día de la vista oral, las cámaras Gesell mantienen la inmediatez que requiere la práctica de la prueba, pero evitan el contacto visual entre víctima y agresor, las gafas de realidad virtual podrían hacer que una víctima declare en un escenario idílico y transportarla lejos de la sala de justicia en la que se encuentra... Pero el debate de fondo es más complejo. Desde las Universidades es nuestra responsabilidad cuestionar si la tecnología es un parche a una legislación del siglo pasado que remendamos y maquillamos o si es solución en sí misma.

Como el lector podrá observar en el apartado tercero del primer capítulo, el tiempo que dura un proceso penal en nuestro país hace que el testimonio se diluya con el paso del tiempo<sup>8</sup>. De entre estos testimonios, las víctimas meno-

---

7 NIEVA FENOLL, Jordi, «Neurociencia y juicio jurisdiccional: pasado y presente. ¿Futuro?», *Civil Procedure Review*, vol. 7, núm. 3, 2016, p. 133.

8 Según estadísticas del CGPJ, el año 2023 un procedimiento abreviado en España ante órganos unipersonales duró una media de 11,1 meses. En el caso de las Audiencias Provinciales, la primera instancia de un procedimiento abreviado duró una media de 11,6 meses y 15,3 meses la primera instancia de un sumario: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales>

res de edad son especialmente vulnerables a la alteración de los recuerdos fruto de sus características evolutivas. Al respecto, la prueba preconstituida viene a dar respuesta a dos problemas ya planteados: la revictimización y la contaminación de los recuerdos. Pero no es ésta la única forma de humanizar la justicia. La creación de una «*tutela express*» para víctimas vulnerables podría reducir la victimización secundaria sin prescindir de la contradicción el día del juicio oral. Para ello, podrían crearse tribunales especializados o establecer criterios objetivos y tasados que den prioridad a una serie de causas de vulnerabilidad. Esto permitiría al juez dedicar todos sus recursos al caso concreto y en un lapso corto de tiempo (pongamos tres meses) realizar la diligencia de investigación y la prueba el día del juicio oral, sin necesidad de preconstituir prueba.

Como pudimos comprobar a raíz de la LO 1/2004, de lucha contra la violencia de género, nuestro legislador trata de resolver problemas sociales desde la justicia sin dotarla de medios para ello. Afectamos el proceso penal cada vez que observamos una desigualdad social, pero, tal vez, destinar más medios económicos a un sistema de justicia saturado evitaría las continuas modificaciones del proceso penal. Asumiendo que todo delito trae consigo una victimización debemos fijar el límite entre 1) las cuestiones intrínsecas al hecho de ser víctima de un delito y 2) las cuestiones extrínsecas fruto de un sistema saturado para así diferenciar entre sufrimientos de la víctima necesarios y una eventual violencia institucional. Porque la violencia institucional no solo incluye las manifestaciones de violencia en las que el Estado es directamente responsable por su acción u omisión, engloba también aquellos actos que muestran una pauta de discriminación o de obstáculo en el ejercicio y el goce de los derechos<sup>9</sup>.

Adoptaremos una perspectiva de vulnerabilidad necesaria para cambiar el enfoque en el actual sistema de justicia penal y dismantelar las desigualdades que, bajo una supuesta «igualdad ante la ley», discriminan por tratar igual situaciones desiguales. Es esta desigualdad de partida la que, en el binomio «*justicia express*» preconstitución probatoria, me hace posicionarme a favor de la preconstitución probatoria de las víctimas vulnerables por diversos motivos. Porque la «*justicia express*» hoy en día deviene en utopía porque los medios son limitados. Y porque me muestro más partidaria de la supresión de una declaración que de la reiteración de la declaración en un corto espacio de tiempo en el caso de víctimas vulnerables. Una justicia más rápida pudiera, y debiera, ser una solución para lo que más adelante denominaré vulnerabilidad *ad hoc* o al contexto concreto (mujer víctima de una agresión sexual por un conocido) pero en el caso de las víctimas vulnerables *per se* (los menores de edad), como expondré, para evitar su revictimización

---

9 BODELÓN, Encarna, «Violencia institucional y violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, p. 133.



más allá de lo proporcionalmente soportable es mejor optar por la preconstitución probatoria que, además, mantiene un testimonio más fiel a la realidad.

Esta justicia rápida, utópica, requeriría de otros profesionales que acompañasen al juzgador para garantizar que la víctima no sufre una revictimización tras la segunda declaración, diferenciando en qué casos se opta por la justicia rápida y en qué otros casos se opta por la preconstitución probatoria. Por ello, considero, deviene más sencillo emplear las instituciones que ya tenemos en nuestro ordenamiento adaptadas a la realidad social actual. Ante la falta de medios para llevar a cabo reformas procesales de tal calibre (juzgados especializados para agilizar el proceso con equipos multidisciplinares incardinados en éstos) así como las dificultades dogmáticas de su justificación respecto del derecho al juez legal predeterminado por la ley (como pudo verse en la gran cantidad de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad que trajo consigo la creación de los JVSM), considero que resulta más sencillo utilizar el articulado respecto de prueba preconstituida, ya existente en la LECrim, para las víctimas vulnerables y no afectar a las reglas de competencia del proceso.

En estas páginas se muestra un análisis jurisprudencial tanto de la jurisprudencia de nuestros tribunales nacionales como de tribunales supranacionales, con los correspondientes vaivenes respecto de la preconstitución probatoria, pero intentando identificar patrones y regularidades que se mantengan supérstites para, desde el método inductivo, llegar a la generalización de la propuesta. Deviene necesaria una propuesta *de lege ferenda* que acabe con la inseguridad jurídica y que indique en qué casos la preconstitución probatoria es una respuesta válida tanto para la víctima como para el agresor, que no verá mermados sus derechos de defensa.

Previo a la propuesta, hemos de estudiar a los sujetos y sus correspondientes derechos (el acusado y el derecho de defensa, la víctima y la tutela judicial efectiva) y asumir que forman parte de un todo: un proceso con sus propios principios. Es necesario un estudio en profundidad de la institución de la prueba. Observamos como la necesidad de una contradicción total, negando cualquier virtualidad a las declaraciones en instrucción, surge como ruptura con un sistema procesal anterior que buscaba acabar con los excesos de sistemas inquisitivos pasados. Esta postura fue coherente y necesaria en los inicios democráticos, pero la preconstitución probatoria de la prueba testifical actual dista de la preconstitución en la que pensó el legislador al redactar la LECrim y frente a cuyos excesos se opuso la jurisprudencia mayor (TS y TC) de los años ochenta y noventa. La posibilidad de reproducción en el juicio oral de la testifical nos ofrece una intermediación que hace cuarenta años era imposible imaginar. Si la sociedad ha cambiado, también deberían hacerlo las causas para la preconstitución probatoria teniendo en cuenta las siguientes variables: la búsqueda de la verdad material o certeza, los avances tecnológicos, el derecho de defensa y la victimización secundaria.

Solo el estudio de las estructuras sistémicas puede ofrecernos bases sólidas para responder a la cuestión de si es el proceso el que revictimiza o si la victimización secundaria se da por una falta de medios. Para ello deberemos desglosar las dinámicas esenciales e intrínsecas del proceso penal asumiendo que éste es un sistema complejo, adaptativo y dinámico. Es necesario posicionarse a favor de un cambio del sistema de justicia, donde se invierta más dinero para agilizar la tutela judicial efectiva, porque de lo contrario deviene en tutela judicial pero no efectiva a causa de las dilaciones procesales. «No resolver a tiempo por la Judicatura es tanto como resolver mal o dejar sin resolver»<sup>10</sup>. Pero también para entender a las víctimas. Al respecto, en este entendimiento de las víctimas, tal vez la justicia necesite de equipos multidisciplinares que acumulen saberes jurídicos y extrajurídicos. Un sistema de justicia donde el juzgador disponga de trabajadores sociales, psicólogos y criminólogos trabajando con las víctimas para empoderarlas y evitar que el sistema las revictimice. Esta última cuestión debe ponerse sobre la mesa, también para la preconstitución probatoria. No podemos afectar al proceso penal por una mera cuestión económica (en este caso, de economía procesal), debe tener un sustento psicológico y victimológico que cristalice en una norma jurídica indicando en qué casos sí y en qué casos no optaremos por la preconstitución probatoria.

Indica ARMENTA DEU que la víctima ha interpretado diversos papeles con el tiempo: «Tradicionalmente ha sido actora principal, o muy destacada, en nuestro proceso penal, sobre todo por su actuación, normalmente de contraste y equilibrio, en la acusación. Pero la reacción que ha generado en el público ha sido muy emotiva y contradictoria, oscilando entre la victimofilia y la victimofobia. La primera requería para la víctima una atención central y prioritaria. Pero se advierte también una tendencia opuesta, porque se teme una sobreactuación emotiva de la víctima movida por un afán de venganza y que podía incrementar así la presión represiva del Estado»<sup>11</sup>. Pero no hemos realizado un estudio en profundidad sobre la tutela judicial efectiva<sup>12</sup> ni respecto de las desigualdades de partida en las víctimas vulnerables que modifican sus condiciones de acceso y de entendimiento en el proceso. Al respecto, comparto con VARONA MARTÍNEZ, el sistema procesal penal actual sigue sin comprender qué es una víctima y todavía menos qué es una víctima vulnerable. Esta falta de entendimiento conlleva prácticas inadecuadas y daños adicionales a la víctima vulnerable que debe interactuar con el sistema de justicia actual<sup>13</sup>.

10 MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Juzgar en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 89.

11 ARMENTA DEU, Teresa, *Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación*, op. cit., p. 18.

12 CARRASCO DURÁN, Manuel, «La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva», *UNED Revista de Derecho Político*, núm. 107, 2020, p. 15.

13 PEREDA, Noemí y ANDREU, Laura, «La protección de los niños y niñas ante la victimiza-

# PRUEBA PRECONSTITUIDA, DERECHO DE DEFENSA Y VULNERABILIDAD

Una sociedad cada vez más plural nos muestra que lo que considerábamos una norma aplicable a la mayoría obvia realidades que requieren de respuestas diferenciadas. La vulnerabilidad en el proceso es una situación que, en cierto modo, modifica las condiciones de partida y que debe ser tenida en cuenta para garantizar la tutela judicial efectiva. Ser conscientes de esta desigualdad inicial y adoptar una perspectiva enfocada en las vulnerabilidades con un marcado corte crítico deviene en la herramienta de interpretación necesaria para enfocar los conceptos objeto de estudio: derechos fundamentales, esencia del proceso y evolución del concepto de vulnerabilidad. Debemos estudiar a los sujetos y sus correspondientes derechos (el acusado y el derecho de defensa, la víctima y la tutela judicial efectiva) y asumir que forman parte de un todo: un proceso con sus propios principios. El binomio que aquí se presenta es el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas vulnerables y el derecho de defensa. Sobre éste se lanzan las siguientes preguntas de investigación: ¿Dónde establecemos el límite entre el derecho a la protección de la víctima y el derecho de defensa del acusado?, ¿afectaría la prueba preconstituida al núcleo duro del derecho de defensa?, ¿nos permiten las nuevas tecnologías reescribir el concepto de inmediación en la práctica de la prueba?. En este libro encontrarán conclusiones y propuestas basadas en un previo estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial.



## RAQUEL BORGES BLÁZQUEZ

Doctora en Derecho (2019) con Mención Internacional por la Universidad de Valencia. Premio Extraordinario de Doctorado y Premio Olga Quiñones. Profesora Permanente Laboral acreditada a Profesora Titular de Universidad. Autora de 3 libros, 18 capítulos de libros y 26 artículos en revistas nacionales e internacionales, así como 12 publicaciones en coautoría fruto de una trayectoria investigadora con marcado perfil internacional respecto de cuestiones procesales innovadoras (cooperación judicial, medios alternativos de resolución de conflictos e inteligencia artificial), respondiendo a los nuevos retos que deberá afrontar esta disciplina los próximos años.

PVP: 28,00 €

ISBN: 978-84-1194-760-2



9 788411 947602

OA