

Abdalla Khalaf Reda
Universidad Complutense de
Madrid

La reproducción de la grabación de la prueba preconstituida en el juicio oral: algo más que un requisito formal

Sumario

Para que tenga plena validez probatoria, la LECrim exige la reproducción en el juicio oral de la grabación en que se documenta la prueba preconstituida. A pesar de ello, nuestro Alto Tribunal ha avalado la valoración de la prueba preconstituida en un supuesto en el que se prescindió de dicha reproducción a petición de la defensa y con la conformidad de las demás partes. Analizaremos en este estudio si el visionado de la grabación por la vía del art. 726 LECrim con posterioridad al juicio oral vulnera alguno de los principios que informan la actividad probatoria (inmediación, publicidad, contradicción y concentración) y, por tanto, si existe algún margen de negociación entre las partes para renunciar al mecanismo formal previsto por el legislador para incorporar la prueba preconstituida entre aquellas que pueden conformar la convicción del tribunal sentenciador.

Abstract

The Spanish Criminal Procedure Act (LECrím) requires the reproduction during the oral trial of the recording in which pre-constituted evidence is documented for it to have full probative validity. Nevertheless, the Spanish Supreme Court has upheld the assessment of pre-constituted evidence in a case in which such reproduction was dispensed with at the request of the defense and with the consent of the other parties. This study examines whether the viewing of the recording pursuant to Article 726 LECrím after the oral trial infringes any of the principles governing evidentiary activity (immediacy, publicity, adversarial principle, and concentration) and, consequently, whether there is any room for negotiation between the parties to waive the mechanism established by the legislature for incorporating pre-constituted evidence among the evidence capable of forming the sentencing court's conviction.

Title: The reproduction of the recording of pre-constituted evidence in the oral trial: More than just a formal requirement

Palabras clave: prueba preconstituida, juicio oral, reproducción audiovisual, inmediación, contradicción, publicidad, concentración, art. 730 LECrim.

Keywords: pre-constituted evidence, oral trial, audiovisual reproduction, immediacy, adversarial principle, publicity, concentration, art. 730 LECrim.

DOI: 10.31009/InDret.2026.i3.17

-	
1. Introducción	
2. El contexto fáctico y jurídico de la STS 491/2025, de 29 de mayo	
3. Prueba preconstituida y principio de inmediación	
3.1. Delimitación conceptual del principio de inmediación	
3.2. La inmediación, un principio obliterado en la prueba preconstituida	
4. El principio de publicidad y los márgenes para su limitación en la prueba preconstituida	
4.1. La reproducción de la grabación como mecanismo para dotar de publicidad externa a la prueba preconstituida	
4.2. La limitación prácticamente automática de la publicidad en la prueba preconstituida con menores y personas con discapacidad	
4.3. Los restantes supuestos de preconstitución probatoria en los que la publicidad externa debe garantizarse con la reproducción de la grabación	
5. La garantía de contradicción y su pretendida disponibilidad por las partes	
5.1. Momentos de proyección de la contradicción en la prueba preconstituida: práctica en instrucción y reproducción de la grabación en el juicio oral	
5.2. La inevitable limitación de la contradicción por prescindir de la reproducción de la grabación	
5.3. El concreto momento del plenario en que debe tener lugar la reproducción de la grabación	
5.4. ¿Pueden las partes disponer de la contradicción y asumir las consecuencias de la limitación de esta garantía?	
6. El principio de concentración: el gran olvidado	
6.1. La vinculación del principio de concentración con la inmediación y la oralidad	
6.2. Fundamento de la reproducción de la grabación de la prueba preconstituida aplicando el principio de concentración	
6.3. Principio de concentración y reproducción de la grabación de la prueba anticipada	
7. Conclusiones	
8. Bibliografía	
-	

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Tras la reforma de la LO 8/2021, de 4 de junio, la práctica de la prueba preconstituida en el proceso penal se ha potenciado considerablemente. Junto con los supuestos tradicionales que la legitimaban con anterioridad, circunscritos a los casos de imposibilidad material de practicar como prueba en el juicio oral la declaración de algún testigo que no pueda estar presente en el territorio nacional o que esté aquejado de alguna enfermedad que hiciera previsible en instrucción un riesgo de muerte o de incapacidad física o intelectual (art. 448 LECrim), esta reforma procesal amplió la utilización de este instrumento procesal en los supuestos de testigos menores de catorce años o con discapacidad necesitados de especial protección cuando el proceso verse sobre alguno de los delitos que se recogen en el art. 449 ter LECrim¹.

La dinámica para la incorporación de estas pruebas entre aquellas que pueden ser libremente valoradas por el tribunal para dictar una eventual sentencia de condena se ha erigido normativamente en dos fases. La primera se sitúa en la práctica de la declaración que se pretende preconstituir en la fase de instrucción, cuando se den los riesgos de imposibilidad material de reproducción en el plenario que se prevén en el art. 448 LECrim, o cuando concurren, sin mayor necesidad de ponderación por parte del juez instructor, los requisitos subjetivos y objetivos previstos en el art. 449 ter LECrim, presumiéndose, así, un riesgo de victimización secundaria a conjurar evitando la segunda declaración en el plenario.

Partiendo de la base de que esa prueba preconstituida tiene que asemejarse al máximo posible a las que se practican en el momento del enjuiciamiento, la Ley exige que la declaración testifical se realice «a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes» (art. 448 LECrim). Con una formulación más sencilla, el art. 449 bis LECrim

* Autor de contacto: Abdalla Khalaf Reda (abkhalaf@ucm.es). Aprovecho esta nota para agradecer a Brian Buchhalter Montero (Wissenschaftlicher Assistent, Postdoc, Universität Zürich) la lectura de la primera versión de este estudio y las sugerencias de mejora realizadas.

¹ El párrafo primero del art. 449 ter LECrim se refiere a los procedimientos judiciales que tengan por objeto la instrucción de alguno de estos delitos: homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo. Este catálogo delictivo ha sido objeto de críticas doctrinales. Tenemos, por un lado, a aquellos autores que consideran que el legislador está dejando fuera delitos de igual o mayor entidad punitiva que también pueden afectar a la esfera psicológica del menor o persona con discapacidad. Este es el caso de SÁNCHEZ MELGAR, «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021», *La Ley Derecho de Familia*, n.º 32, 2021, p. 7; y GARCÍA RODRÍGUEZ, «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2258, 2022, p. 33, quienes ponen el acento en la exclusión de los robos violentos que no se cometen en el marco de organizaciones criminales. También el de PILLADO GONZÁLEZ, «Preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad», en ASENSIO MELLADO/FUENTES SORIANO (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 601 (nota a pie 21), quien genéricamente se refiere a los delitos que se cometen con violencia o intimidación. En el extremo contrario nos encontramos con la crítica de ETXEBERRIA GURIDI, «Protagonismo probatorio de la víctima en el proceso penal: inconvenientes y ¿posibles soluciones? (al hilo del Convenio de Estambul)», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 33, 2022 p. 354, quien expone que, a la amplitud del ámbito objetivo de esta preceptiva preconstitución de la prueba, subyacen finalidades distintas de la protección del testigo menor o con discapacidad evitando su revictimización en el proceso.

también dispone que la «autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la declaración».

Practicada de esta forma la declaración del testigo en la fase de instrucción y superadas las situaciones excepcionales que prevén los párrafos segundo y tercero del art. 703 bis LECrim para acordar la repetición de la declaración en el propio juicio oral², la segunda condición para que opere plenamente la prueba preconstituida es la reproducción de la grabación sumarial en el plenario. Así lo establecen varios preceptos de nuestra Ley procesal penal: los arts. 449 bis, *in fine*, y 703 bis, párrafo primero, se remiten al art. 730.2 LECrim que dispone que «a instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción [...]».

A pesar de la claridad de estos preceptos, una reciente sentencia de nuestro Alto Tribunal ha abierto la puerta a que se pueda prescindir de la segunda fase de la prueba preconstituida, esto es, a que la declaración sumarial pueda integrar, bajo determinadas condiciones, el acervo probatorio sin necesidad de que se reproduzca en el juicio oral el soporte audiovisual en que aquella ha quedado documentada.

En las líneas que siguen analizaremos las implicaciones de esta resolución y si la interpretación que hace la Sala Segunda del TS sobre los distintos preceptos que regulan la prueba preconstituida es adecuada bajo el prisma de la necesaria salvaguarda de las garantías procesales que se vinculan a la práctica de los medios de prueba: desde la de por sí mermada intermediación, pasando por las garantías de publicidad y contradicción, y terminando con el no siempre considerado principio de concentración.

2. El contexto fáctico y jurídico de la STS 491/2025, de 29 de mayo

En el trámite de cuestiones previas de un juicio por abusos sexuales a dos menores de dieciséis años, la defensa del acusado pone de manifiesto que no le supondría ninguna merma de los

² El párrafo segundo del art. 703 bis LECrim permite excepcionalmente que, en los casos de preconstitución probatoria del art. 449 ter LECrim, el tribunal sentenciador acuerde la intervención del testigo menor de catorce años o con discapacidad necesitado de especial protección en el acto del juicio cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada. Para que pueda prosperar un eventual recurso por indebida denegación de la prueba en estos casos, la STS 305/2025, Penal, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2025:1472), exige la concreción de «las cuestiones, o preguntas, que se iban a realizar, cuya inexistencia de respuesta y elevación al plenario del tema que se desea suscitar hubieran determinado una posible alteración del resultado de la valoración de la prueba». Ahora bien, solo será razonable cumplir con esta exigencia en vía de apelación, tras la celebración del juicio de primera instancia, pues no se puede anticipar en el momento de solicitar la declaración del testigo *ex* art. 703 bis, párrafo segundo, LECrim, la incidencia de ese testimonio en el resultado de una valoración de la prueba que todavía desconocen las partes. En estos casos solo será exigible solicitar la concreción de los elementos fácticos novedosos, de carácter sustancial, surgidos con posterioridad a la declaración sumarial. La segunda situación excepcional se recoge en el párrafo tercero del art. 703 bis LECrim para los supuestos en que «la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes»; exigencia ésta última de carácter superfluo, puesto que la inobservancia de la garantía de contradicción o las deficiencias en la grabación —únicos requisitos recogidos en el art. 449 bis LECrim— son causas congénitas a la merma del derecho de defensa. Aunque de su formulación parece desprenderse su aplicación a todos los supuestos de preconstitución, debemos precisar que cuando se trata de los casos generales del art. 448 LECrim, si el riesgo de muerte o de incapacidad física o intelectual termina materializándose, la segunda declaración en el plenario no podrá realizarse, de manera que no quedará más remedio que incorporar la declaración por la vía del art. 730.1 LECrim, aunque con unos limitados efectos probatorios a modo de corroboración de las demás pruebas de cargo.

derechos del acusado prescindir de la declaración de uno de los menores practicada en instrucción como prueba preconstituida en presencia de todas las partes, de la madre del menor y del propio acusado. De esta forma, renuncia a la interposición de un eventual recurso por la falta de reproducción de la grabación y de cualquier tipo de efecto procesal que no se refiera a la valoración que el tribunal sentenciador realice del contenido de esa prueba³.

Realizada esta solicitud de la defensa, el Ministerio Fiscal expresó que no tenía nada que objetar si la falta de reproducción de la grabación no generaba ninguna indefensión a la parte pasiva. Ante ello el tribunal acoge la solicitud de la defensa amparándose en el pleno conocimiento que tenían las partes acerca del contenido de la declaración, lo que se apoya en el hecho de que la exploración del menor se realizó con todas las garantías legales, asistiendo todas las partes y el propio investigado. Además, concreta en el art. 726 LECrim, referido al examen de la prueba documental, el cauce procesal para visualizar con posterioridad al juicio oral la grabación de la prueba preconstituida.

La defensa interpone recurso de apelación en el que mantiene su posicionamiento de no alegar la nulidad de la prueba preconstituida por la falta de reproducción de la grabación en el plenario, dirigiendo su impugnación a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por entender que esa prueba preconstituida incurre en contradicciones y ausencia de veracidad. Aunque no lo pidió expresamente el recurrente, el TSJ de Extremadura rechaza la interpretación que se realiza en la sentencia condenatoria de instancia y acuerda la absolución del acusado excluyendo del material probatorio la prueba preconstituida no reproducida en el acto del plenario⁴.

Frente a esta resolución absolutoria se interpone recurso de casación por la acusación particular, al que se adhiere el Ministerio Fiscal, alegando que la exclusión de la prueba preconstituida del material valorable en sentencia lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva⁵.

³ La reproducción de la grabación de la declaración sumarial preconstituida fue solicitada únicamente por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales, al que se adhirió la acusación particular al inicio de las sesiones del plenario. La defensa, por su parte, no hizo referencia en su escrito de conclusiones provisionales ni a la declaración del menor en el acto de enjuiciamiento ni a la reproducción del soporte audiovisual en que se documentó su declaración preconstituida en instrucción. Solamente se refiere al otro menor que supuestamente había sido víctima del delito sexual, cuya declaración sumarial también se practicó como prueba preconstituida. Frente a la solicitud de reproducción de la grabación de esta declaración instada por el Ministerio Público, la defensa pidió expresamente su declaración de nuevo en el plenario (por la única vía posible, la del art. 703 bis, párrafo segundo, LECrim), a lo que accedió el tribunal. Esta declaración tenía un contenido exculpatorio que provocó la absolución del acusado respecto del segundo delito sexual que se estaba enjuiciando.

⁴ Cfr. STSJ Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJEXT:2022:852).

⁵ Antes de entrar en el fondo del asunto, la STS 491/2025, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2453), se centra en una cuestión de legitimación material puesta de manifiesto por la defensa; en concreto, si la acusación particular puede en este momento protestar por no integrar la prueba preconstituida el cuadro probatorio tenido en cuenta por el tribunal de apelación cuando la única parte acusadora que propuso la reproducción del soporte audiovisual en que se recogía fue el Ministerio Fiscal. Entiende la Sala Segunda del TS que es necesario distinguir entre la solicitud de practicar la prueba o su reproducción en el juicio oral, y, por otro lado, la petición de que se valore como prueba de cargo. Así, expone que la falta de solicitud expresa de reproducción de la prueba preconstituida pudo deberse a multitud de razones (que ya lo hubiera pedido el Fiscal, adhiriéndose a la acusación particular a su calificación provisional; que considerase que en todo caso debía reproducirse o que la vía del art. 726 LECrim haría innecesario ese visionado), y que, con independencia de que éstas sean o no asumibles, en ningún caso implican una renuncia a la valoración de esa prueba, por lo que está legitimada para solicitar que se revoque la expulsión de la prueba preconstituida del acervo probatorio.

La sentencia comienza advirtiendo de que la respuesta que ofrezca respecto a la legitimidad de la expulsión del material probatorio de la grabación de la prueba preconstituida se va a realizar alejándose de «la pura y chata literalidad de algunos pasajes extraídos de sentencias o de la legalidad», de manera que el problema va a enfocarse «desde una perspectiva principialista».

El punto de partida de esta resolución es relativamente claro: si se atiende únicamente a la exigencia de reproducción de la grabación fijada en los arts. 449 bis, *in fine*, 703 bis, párrafo primero, y 730.2 LECrim debería llegarse a la conclusión de que, desde el momento en que no se reproduce en el plenario la grabación de la declaración practicada en instrucción, no se puede atribuir a la prueba preconstituida plenos efectos probatorios. Por eso se ve en la necesidad de alejarse de esa «visión microliteral»⁶ y remontarse a una visión teleológica sobre los principios que informan la práctica de la prueba en el juicio oral, haciendo incluso referencia a la sensación que se le transmitiría a un ciudadano que carece de conocimientos jurídicos si la situación solo se resolviera atendiendo a la literalidad de la Ley⁷.

Nuevamente, nuestro Alto Tribunal centra su atención en el conocimiento que las partes tenían del contenido de esa grabación y de la renuncia a la reproducción efectuada por la defensa y la anuencia de las demás partes frente a este posicionamiento. Así lo resume la STS 491/2025:

«Estuvo presente la prueba preconstituida en el plenario: todas las partes la asumieron como tal y convinieron en prescindir de volver a visionarla. El Tribunal lo hizo conforme a lo solicitado. En ese contexto resulta irrelevante que no se procediese a su visionado conjunto. No es una prueba introducida de forma clandestina y sorpresiva, de espaldas al juicio».

⁶ Resulta sumamente criticable esta tendencia de nuestro Alto Tribunal de alzarse como un segundo legislador que hasta puede desatender o enmendar los términos legales de una determinada institución procesal, en el sentido que apunta GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Civil*, 8.ª ed., s/l., 2025, pp. 24 y 25. Además, debe tenerse en cuenta que en el ámbito de la prueba preconstituida esta dinámica se manifiesta con particular intensidad. Aunque no ha llegado al punto de inaplicar las disposiciones de la preceptiva preconstitución probatoria que, desde la reforma de la LO 8/2021, se establecen en el art. 449 ter LECrim, la Sala Segunda del TS sí que ha sido muy crítica con esta regulación. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la STS 558/2023, Penal, de 6 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3050), en la que se afirma: «Más allá del carácter imperativo que se desprende de su literalidad (“...acordará en todo caso”) y del destacado papel que el nuevo precepto atribuye a los equipos psicosociales, lo cierto es que la menor edad de catorce años conoce tramos biológicos que no pueden ser asimilados en su tratamiento. Lo mismo es predicable de los distintos grados de discapacidad que pueden condicionar un testimonio. La voluntad uniformadora del legislador y el rígido tratamiento formal que sugiere la exclusión de cualquier margen de modulación que pueda acordar el Juez no puede ser interpretada como una invitación a desplazar principios estructurales del proceso penal en favor de exigencias formales. De ahí que cualquier desarrollo formal de la prueba que, con vocación adaptativa a las circunstancias del caso, ofrezca un motivado equilibrio entre la protección del menor o discapacitado y la irrenunciable salvaguarda de los principios de contradicción y defensa, debería superar el test de la validez probatoria».

⁷ A este respecto afirma que con «toda seguridad un observador lego en derecho se sentirá desconcertado ante la situación que se nos presenta. No podrá disipar su perplejidad cuando se le explique que si el Tribunal hubiese visionado la grabación junto a las partes durante el juicio se hubiese podido dictar una condena; pero que eso está impedido porque el Tribunal examinó esa grabación, que todos conocían perfectamente y de la que todos estaban advertidos, en un momento posterior. Y que procedió de esa forma porque todas las partes lo pidieron al manifestar que disponían de la grabación y no necesitaban visionarla de nuevo conjuntamente y en silencio. Conociéndola ya sobradamente, se consideraban en condiciones de valorarla y, en su caso, criticarla en sus informes orales. Y confiaban plenamente -otra cosa sería absurda- en que los miembros del Tribunal la verían antes de deliberar y decidir». Y prosigue: «Por supuesto que el objetivo de un jurista al dar una respuesta en derecho y conforme a la legalidad no puede pretender que lo decidido sea inteligible también para los no juristas. Pero cuando hace aguas de forma estrepitosa todo intento de articular una explicación convincente para el ciudadano, alguna alerta debe despertarse en el técnico en derecho. Igual la decisión incomprensible para el lego es la correcta».

Centrándonos por ahora simplemente en el fragmento de la STS 491/2025 que acabamos de reproducir, son dos las condiciones que deben estar presentes para que el tribunal pueda valorar, por la vía del art. 726 LECrim, aquella prueba preconstituida cuyo soporte audiovisual no es reproducido en el juicio oral: primero, que el contenido de la declaración sea conocido por las partes; segundo, que todas ellas, de común acuerdo, prescindan de la reproducción que exige la Ley para la introducción de esa prueba en el juicio oral.

Y lo que inicialmente debemos poner de manifiesto es que el primero es un elemento huero, pues es un requisito de toda prueba preconstituida —tanto la practicada al amparo del art. 448 LECrim, como la realizada con base en el art. 449 ter LECrim— la presencia de todas las partes y especialmente de la pasiva, lo que incluye al propio investigado⁸. No parece un plus que en determinadas situaciones justifique desatender el mecanismo procesal establecido por el legislador para la incorporación de la prueba preconstituida, sino la condición mínima para que la prueba preconstituida —introducida por la vía del art. 730.2 LECrim— pueda tener plena validez probatoria y que no opere como un simple elemento corroborador insuficiente por sí mismo para justificar un pronunciamiento condenatorio.

Por consiguiente, sostener que se puede prescindir del visionado de la declaración sumarial preconstituida en el plenario solamente en los casos en que las partes conozcan el contenido de esa declaración equivale en la práctica a extender esta doctrina a todos los supuestos en que la preconstitución de la declaración sumarial se ha realizado respetando el principio de contradicción establecido en el párrafo segundo del art. 449 bis LECrim, con la única salvedad de los supuestos de cambio de dirección letrada que se produzca después de la práctica de la declaración en instrucción.

Recogiendo el guante de nuestro TS cuando afirma que «no puede fijarse la mirada en el puro detalle formalista», dado que «se sacrificarían en el altar de las formas principios esenciales», vamos a analizar si el visionado de la grabación en que ha quedado documentada la declaración preconstituida con posterioridad al acto del juicio oral vulnera alguna de los principios básicos sobre los que se debe conformar la prueba. O dicho con otras palabras, estudiaremos en las líneas que siguen si la reproducción de la grabación en el plenario encumbra lo que la STS 491/2025 denomina como mera «futilidad» o si esta exigencia legal, más allá de la forma, sirve para proteger el fondo, que en este contexto no es otro que la salvaguarda de los principios rectores del enjuiciamiento penal: inmediación, publicidad, contradicción y concentración.

⁸ Salvo que el investigado debidamente citado no acuda a la práctica de la prueba preconstituida, donde se realizará en presencia únicamente del abogado de la defensa. En caso de que sea el propio letrado de la defensa quien deje de comparecer de manera injustificada, se prevé que la prueba preconstituida se sustancie con el abogado de oficio expresamente designado al efecto, supuesto al que se asimila la concurrencia de razones de urgencia que obliguen a la inmediata toma de declaración del testigo, sin esperar a que acuda el abogado de la defensa personado en las actuaciones. Se trata de excepciones del todo lógicas para evitar que la práctica de la prueba preconstituida pueda verse frustrada por una conducta torticera de la parte pasiva. Así, no se hace depender el acto de preconstitución de la voluntad del investigado, ni lo que todavía sería más grave que lo anterior, que se supedita a la voluntad de su asistencia letrada, quien con su simple incomparecencia podría retrasar u obstaculizar la práctica de la prueba preconstituida. Cfr. ARANGÜENA FANEGO, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n.º 3, 2022, p. 1114; y LÓPEZ YAGÜES, «Art. 703 bis», en BARRA DE QUIROGA (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 2806.

3. Prueba preconstituida y principio de inmediación

El primero de los principios que vamos a analizar es el de inmediación. Para poder determinar si la falta de reproducción del soporte audiovisual de la prueba preconstituida en el juicio oral afecta de alguna manera a este principio debemos realizar, en primer lugar, una aproximación conceptual, distinguiendo los elementos que conforman esta garantía estructural de la fase de enjuiciamiento. Una vez realizada esta delimitación, estaremos en condiciones de determinar si encuentra algún óbice bajo el prisma de la inmediación la controvertida fórmula probatoria que, por asimilación a la prueba documental del art. 726 LECrim, legitima nuestro Alto Tribunal.

3.1. Delimitación conceptual del principio de inmediación

Parte de la doctrina ha distinguido dos tipos de inmediación: en sentido amplio, que exige una genérica presencia judicial en las actuaciones procesales; y en sentido estricto, concebida en torno a la presencia del concreto juzgador que va a dictar la sentencia sobre el fondo⁹.

La primera de estas vertientes tiene como cometido principal asegurar que las distintas actuaciones judiciales se desarrollen observando unas garantías procesales mínimas: defensa, igualdad de armas, principio de audiencia, etc. La segunda de las vertientes tiene como finalidad propiciar las condiciones óptimas para que las pruebas puedan ser valoradas correctamente por el tribunal enjuiciador. Con lógica, se parte de la base de que estará en mejores condiciones para atribuir un determinado peso incriminatorio o exculpativo a la prueba personal el juzgador ante el que se ha practicado que aquel que accede a su contenido a través de lo transcrito documentalmente o grabado en soporte audiovisual cuando dicha prueba se practica en presencia de otro juez o tribunal.

Exigida la práctica de la declaración que se pretende preconstituir siempre ante una autoridad judicial¹⁰, resulta claro que cuando hablamos de la reproducción de la grabación en el plenario para que el tribunal sentenciador la vea —y discutimos la posible elusión de este trámite procesal

⁹ Cfr. HERRERA ABIÁN, *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 4.

¹⁰ El art. 448 LECrim se refiere a que «el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración», en caso de previsión de ausencia del testigo del territorio nacional tras la apertura del juicio oral, o de riesgo de muerte o incapacidad física o intelectual antes de alcanzar la fase de enjuiciamiento. Por su parte, el art. 449 bis LECrim dispone que, en los casos legalmente previstos, será «la autoridad judicial» quien acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida; fórmula que reitera el art. 449 ter LECrim, cuyo párrafo primero también hace referencia al «procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción» de alguno de los delitos que allí se recogen. Esta imprescindible intervención del juez de instrucción impide que puedan tener la consideración de prueba preconstituida las declaraciones que los testigos presten en la fase preprocesal. En lo relativo a las declaraciones ante los agentes de policía destaca el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 3 de junio de 2015, que «no tienen valor probatorio», y en consecuencia, que no «cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECrim». Esta imposibilidad se extiende a las declaraciones que reciba el Ministerio Fiscal en el marco de su investigación preliminar, que regulan los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim. Con claridad lo expresa la STS 432/2023, Penal, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2591): «Reciben así distinto tratamiento, en bloques sistemáticos singularizados, las diligencias practicadas por el Fiscal, inidóneas para corregir la apreciación probatoria, y las referidas al debate propio del juicio oral». En el plano doctrinal vid. AGUILERA MORALES, *Las diligencias de investigación fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 202. Por último, tampoco podrán considerarse como prueba preconstituida las declaraciones prestadas ante una comisión parlamentaria de investigación. Cfr. BUCHHALTER MONTERO, *Comisiones parlamentarias de investigación y Justicia penal: problemas procesales de la pluralidad de actividades sobre unos mismos hechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2025, p. 406.

con su posterior visualización por la vía del art. 726 LECrim—, la vertiente de la inmediación que nos interesa estudiar es la estricta, a la que sin mayor advertencia nos referiremos a partir de este momento.

Con ocasión de establecer la imposibilidad de una nueva valoración de la prueba personal en segunda instancia para condenar a quien resultó absuelto en la primera o agravar los términos de la condena —consolidada legislativamente en el art. 792.2 LECrim, tras la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre¹¹—, nuestro TC ha expresado que el principio de inmediación «implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones»¹².

Para que podamos hablar de genuina inmediación deben concurrir ambos factores: el temporal garantiza la noción básica de la presencia del juez que debe valorar la prueba personal, mientras que el factor espacial posibilitará una mejor valoración de la prueba. Si no concurren en el mismo tiempo el testigo y el juez o tribunal que debe valorar su declaración resulta evidente que la prueba se estará practicando ante una autoridad judicial diferente, sustrayendo a aquella que debe valorar los medios de prueba en la sentencia sobre el fondo la posibilidad misma de interactuar con la fuente de prueba.

Por tanto, la inmediación se encuentra vinculada con la facultad del presidente del tribunal de dirigir a los testigos las preguntas que estime necesarias para depurar los hechos sometidos a enjuiciamiento, recogida en el párrafo segundo del art. 708 LECrim, y que según nuestro TC no vulnera la debida imparcialidad del órgano sentenciador cuando las cuestiones planteadas se dirigen a formar su criterio y con ellas no asuma una posición acusatoria ni cause indefensión al acusado¹³. Como afirma NIEVA FENOLL, la inmediación «no existe para que el juez se muestre

¹¹ El Preámbulo de la Ley 41/2015 advertía que con la previsión del art. 792.2 LECrim, se ajusta «la reglamentación de esta materia a la doctrina constitucional y, en particular, a las exigencias que dimanen del principio de inmediación». De esta forma, se establece que la consecuencia de la estimación del recurso de apelación interpuesto por alguna de las partes acusadoras por error en la apreciación de la prueba será únicamente la posibilidad de declarar la nulidad de la sentencia, indicando si afecta de manera exclusiva a la resolución del tribunal de instancia o si también debe extenderse al juicio oral y, solo en ese caso, si debe darse una nueva composición al órgano de enjuiciamiento en orden de garantizar su imparcialidad.

¹² STC (Sala) 120/2009, de 18 de mayo (BOE núm. 149, de 20 de junio de 2009). Una definición similar del principio de inmediación se puede leer en la STC 2/2010, de 11 de enero (BOE núm. 36, de 10 de febrero de 2010), cuando afirma, en relación con el empleo de la videoconferencia en el proceso penal, que «cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, *en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga*, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista». La cursiva es añadida.

¹³ La STC (Pleno) 59/2023, de 23 de mayo (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2023), determina que no se excedieron las facultades de dirección de los debates que asisten al tribunal en un supuesto en el que la magistrada dirigió una pregunta al perito de la defensa para que ofreciera una respuesta más concluyente respecto de si entendía lógica la decisión del acusado —finalmente condenado por un delito de lesiones y otro de homicidio, cometidos por imprudencia profesional grave— de sedar al paciente, en los términos que siguen: «no cabe apreciar en este punto vulneración del derecho al juez imparcial, por cuanto esa pregunta versaba sobre los hechos objeto de acusación y puede entenderse sin mayor dificultad que fue formulada con el único fin de arrojar luz sobre el objeto de la pericia y así poder alcanzar la juzgadora un grado preciso de convicción en cuanto al punto controvertido, sin que quepa apreciar aquí una actividad inquisitiva en la que se sustituya a la acusación ni una toma de partido a favor de las tesis de esta, y sin que de esa concreta intervención judicial se derive indefensión alguna para el acusado». También destaca que la convicción del juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado se encontraba todavía en formación, motivo por el cual requería la respuesta solicitada al perito, sin traspasar con

inerte en las actuaciones, sino para que participe activamente en las mismas, especialmente en las declaraciones de personas, pidiendo aclaraciones que le ayuden a formar su juicio»¹⁴. Neutralidad y pasividad judicial no son, en este contexto, conceptos equivalentes¹⁵.

En definitiva, solo estando presente esta coincidencia temporal debe analizarse después si tiene lugar la concurrencia en el mismo espacio físico con el objetivo de propiciar una cabal percepción de la práctica del medio de prueba, lo que, según la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, incluye «lo que se dice y cómo se dice, no sólo por su contenido literal, sino por su expresión gestual y por el contexto de su declaración»¹⁶.

3.2. La intermediación, un principio obliterado en la prueba preconstituida

Autores como SÁNCHEZ MELGAR afirman que en el ámbito de la prueba preconstituida resulta «indudable que el principio de intermediación sufre un retroceso mediante el sistema de la incorporación de la grabación audiovisual de la prueba preconstituida, pasando a lo que se ha denominado como intermediación de segundo grado»¹⁷. En este mismo sentido se ha pronunciado la STS 206/2020, Penal, de 21 de mayo¹⁸, al expresar que en la prueba preconstituida:

«Sí queda parcialmente menoscabada la intermediación en la medida en que no se produce un contacto e interacción directos entre Tribunal y testigo, sino a través de una grabación. Ésta siempre supone algo distinto a la percepción directa, aunque se sitúe un escalón por encima de lo que sería la lectura de unas manifestaciones transcritas. La intermediación de la escritura lleva aparejado un inevitable efecto empobrecedor que se evita en buena medida mediante la grabación en soporte reproducible»¹⁹.

ello la neutralidad que constitucionalmente le es exigible. Puede leerse una crítica a esta doctrina constitucional en FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Participación del juez en la prueba, neutralidad e imparcialidad», en ALONSO SALGADO/RODRÍGUEZ ÁLVAREZ/VALIÑO CES (dirs.), *Nuevas tendencias en Derecho probatorio*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 18 y 19.

¹⁴ NIEVA FENOLL, *Teoría general del proceso*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 170. En idéntico sentido afirma CABEZUDO RODRÍGUEZ, *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 32, que la intermediación judicial «trasciende una lectura en clave meramente contemplativa al situar al órgano jurisdiccional en disposición de cumplir sus funciones directivas de los debates y de los actos de prueba y, más apreciable, al posibilitar su eventual intervención en la actividad probatoria».

¹⁵ Expresa a este respecto la STS 126/2026, Penal, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:736), que, frente a las pruebas de naturaleza personal, «el juez no puede mostrarse pasivo cuando, por ejemplo, no alcanza a entender las conclusiones o las bases metodológicas de los dictámenes periciales o determinadas afirmaciones o descripciones de los testigos. El juez no puede permitir, muy en particular respecto a las conclusiones periciales, que el afirmado conocimiento técnico-científico de un perito transite sin control cognitivo alguno por el proceso convirtiendo en base de la decisión o que lo narrado o descrito por los testigos propuestos e interrogados por las partes ofrezca dudas sobre su concreto alcance sin procurar aclararlas. En estos casos, la intervención aclaratoria del juez deviene obligada».

¹⁶ STS 216/2019, Penal, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1255). Específicamente en relación con las víctimas de violencia de género, define la STS 119/2019, Penal, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:678), el «lenguaje gestual de convicción» como «la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal». Se muestran muy críticos con la valoración del lenguaje gestual NIEVA FENOLL, *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 309; y DE MIRANDA VÁZQUEZ, «El mito de la influencia de la intermediación judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica», *Justicia*, n.º 2, 2014, p. 367.

¹⁷ SÁNCHEZ MELGAR, *La Ley Derecho de Familia*, n.º 32, 2021, p. 15.

¹⁸ ECLI:ES:TS:2020:1321.

¹⁹ Este efecto empobrecedor del acta escrita, que provoca la pérdida de información respecto al equivalente audiovisual (téngase en cuenta que el tribunal no podrá percibir los gestos del declarante, ni podrá escuchar su

En términos muy similares dispone la propia STS 491/2025 que «la prueba preconstituida vale si se ha realizado conforme a las pautas legales, aunque la inmediación ya, en cierta forma, quede matizada». Sin embargo, creemos que desde el momento en el que no se encuentra presente en directo el declarante y el tribunal que debe valorar su declaración (en el marco de esa «conurrencia temporal») no se consigue una inmediación de segundo nivel con la reproducción de la grabación de la declaración en el acto del plenario.

Se trata, simplemente, de una situación en la que se sacrifica la inmediación como mal menor ante la previsibilidad de que esa declaración no pueda realizarse en el juicio oral, llegado el momento; o de que tratándose de testigos especialmente vulnerables deba prevalecer su protección en el proceso, evitando la victimización secundaria u otros perjuicios en la esfera psicológica, cuando no sean las víctimas del delito, englobables en el caso de menores en la protección de su interés superior²⁰. Pero lo que debemos destacar es que no se trata de una inmediación mermada o de segundo grado, sino de situaciones en las que este principio se somete razonablemente a excepciones y en las que, por consiguiente, deja de observarse por completo.

Podemos estar ante una inmediación mermada cuando, estando presente el factor temporal, la concurrencia espacial se somete a especialidades, como ocurre cuando la declaración del testigo

voz, tono o seguridad al hablar), inexplicablemente sigue presente en la regulación de la prueba preconstituida en el procedimiento abreviado. Dispone el art. 777.2, párrafo segundo, LECrim que dicha «diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes». Se desprende, así, una alternatividad en la forma de documentar la declaración sumarial, hasta el punto de que el párrafo tercero del art. 777.2 LECrim hace referencia a «la lectura literal de la diligencia» que pueden solicitar las partes en el juicio oral. Podría ser razonable esta regulación en el año 2003, cuando entró en vigor la reforma que de este precepto realizó la Ley 38/2002, de 24 de octubre (en un contexto en el que tampoco se había introducido en la LECrim la general documentación de las actuaciones por medio de sistemas de reproducción de la imagen y el sonido, instaurada tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre). Ahora bien, mantener en la actualidad esta paridad del acta escrita con la grabación de la actuación carece de toda justificación, más si cabe cuando el propio art. 777 LECrim ha sido objeto de reforma por medio de la LO 8/2021 para hacer referencia a la preconstitución probatoria con menores de catorce años y personas con discapacidad necesitadas de especial protección (en el art. 777.3 LECrim), siendo precisamente ésta reforma la que ha fijado en el art. 449 bis LECrim el requisito formal de la documentación en soporte audiovisual para todos los casos de prueba preconstituida.

²⁰ La jurisprudencia ha atribuido dos fundamentos a la prueba preconstituida con menores y personas con discapacidad: evitar la victimización secundaria, concretada en los efectos perniciosos que puede provocar a la víctima del delito la necesidad de intervenir en el proceso penal; y asegurar la calidad de su testimonio, puesto que una segunda declaración en el plenario podría llegar a ser contraproducente desde la perspectiva del ejercicio del *ius puniendi* por el riesgo de olvido, distorsión o ejercicio de influencias externas en los recuerdos del declarante. En este sentido, *vid.* STS 222/2019, Penal, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1413). Aunque el Preámbulo de la LO 8/2021 se refiere a la prueba preconstituida como «instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria», el art. 449 ter LECrim, que resulta de la reforma de dicha Ley, extiende su ámbito subjetivo de aplicación a los menores de catorce años y personas con discapacidad necesitadas de especial protección que deban «intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial». Inevitablemente esta formulación abre la puerta a que la prueba preconstituida se pueda aplicar respecto de quien no ha sido víctima del delito, también con la finalidad de evitar perjuicios en su esfera psicológica (*v. gr.* menor que ve como su madre sufre una agresión física en un encuentro familiar a manos de su pareja, donde la necesidad de revivir el hecho en repetidas ocasiones en sede judicial puede suponerle al menor un impacto negativo en el plano moral). Resulta evidente que en estos casos el fundamento de la preceptiva preconstitución probatoria del art. 449 ter LECrim —que, por otro lado, puede reputarse excesiva— no puede situarse en evitar la victimización secundaria, dado que ni siquiera habrá tenido lugar la victimización primaria que nace con la comisión del delito. De ahí que propongamos insertarla en la protección del interés superior del menor, siguiendo el tratamiento específico que de este categoría da la LO 8/2015, de 22 de julio.

no se realiza en la misma sede judicial desde la que está constituido el órgano judicial, sino a través de medios telemáticos. Estos supuestos, habilitados con relativa amplitud —e indefinición²¹— por el art. 258 bis LECrim, se pueden corresponder con una intermediación de segundo grado, que numerosos autores han definido como intermediación digital o virtual²². En este sentido, destaca GASCÓN INCHAUSTI que el «lenguaje no es inocente» ante el surgimiento de adjetivos para calificar sustantivos cuyo contenido estaba claro²³.

Por tanto, cuando concurre el factor temporal que permite la presencia, aunque sea por medios telemáticos, entre el testigo y el tribunal ante el que declara, podemos seguir hablando de intermediación en la realización de la actuación procesal. Cuando, por el contrario, no está presente esa coincidencia en el tiempo directamente no se estará observando la garantía de intermediación: ausente este elemento, el segundo sobre el que se configura la intermediación —la concurrencia en el mismo espacio, físico o virtual— deviene materialmente irrealizable.

Y esto es lo que precisamente ocurre con la prueba preconstituida: la reproducción del soporte audiovisual en el acto del juicio oral en nada afecta a la intrínseca ausencia de intermediación que se observa en estos casos, del mismo modo que la reproducción de la grabación de las pruebas practicadas en el juicio oral no permite suplir la falta de intermediación para una nueva valoración de las pruebas personales en perjuicio del sujeto pasivo cuando el recurso de apelación se interpone con base en un error en la valoración de la prueba por alguna parte acusadora²⁴.

Podemos concluir, pues, que no existe ninguna diferencia desde la perspectiva del principio de intermediación entre la reproducción de la grabación de la declaración sumarial en el juicio oral, que exige el art. 730.2 LECrim; y el posterior visionado de esa declaración por el tribunal sentenciador *ex* art. 726 LECrim: habiéndose practicado la declaración ante el juez de

²¹ El apartado primero del art. 258 bis LECrim dispone que «los actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias, declaraciones y, en general, todas las actuaciones procesales, se realizarán preferentemente [...] mediante presencia telemática». Con la salvedad de la declaración del acusado en el juicio oral, regulada en el apartado segundo del art. 258 bis LECrim, no se contienen más excepciones que conduzcan a la presencia física en la realización de actuaciones de naturaleza procesal. Aunque parezca que la equiparación entre la presencia física y la virtual es plena, lo cierto es que puede someterse a serias dudas en atención, no solo a la vigencia en nuestra LECrim de preceptos configurados desde la contraria perspectiva de la presencia física como forma general de realización de las actuaciones procesales, sino también a su mención expresa en el mismo apartado primero del art. 258 bis LECrim. Nos estamos refiriendo a los arts. 325 y 731 bis LECrim, que únicamente permiten la intervención por videoconferencia por razones de utilidad, seguridad, orden público o para evitar que la intervención en el procedimiento penal resulte gravosa o perjudicial. Esta alambicada situación normativa ha suscitado numerosas críticas doctrinales, con posiciones interpretativas que van desde la supresión de toda virtualidad de este postulado de presencia telemática general (Cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, «Las actuaciones procesales por videoconferencia en el proceso penal tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2023», *Diario La Ley*, n.º 10465, p. 12), hasta otras que propugnan su compatibilidad, entendiendo que la referencia a las especialidades de los arts. 325 y 731 bis LECrim se realiza únicamente para precisar que la presencia telemática —que es lo único de lo que habla el art. 258 bis.1 LECrim— se garantiza a través de la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de imagen de sonido (Cfr. KHALAF REDA, «Actuaciones procesales con presencia telemática: deshaciendo el enredo del art. 258 bis LECrim», en CARO CATALÁN [dir.], *La optimización de la justicia: reflexiones sobre la eficiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 97).

²² Cfr. BUENO DE MATA, *Prueba electrónica y proceso 2.0*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 251.

²³ GASCÓN INCHAUSTI, «Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia», en BANACLOCHE PALAO/GASCÓN INCHAUSTI (dirs.), *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto Ley 6/2023*, La Ley, Madrid, 2024, p. 206.

²⁴ Aunque también existan autores que definen esta posibilidad como una suerte de intermediación indirecta, como es el caso de VIDAL HERRERO, *La apelación «adhesiva penal»*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 121.

instrucción, tanto en un caso como en otro la garantía de inmediación directamente no se encuentra presente.

4. El principio de publicidad y los márgenes para su limitación en la prueba preconstituida

Tras descartar que esta doctrina jurisprudencial conlleve conculcar una inmediación que de otra forma se estaría observando, analizaremos si ocurre lo mismo con el principio de publicidad, que se menciona expresamente en dos preceptos de la CE: el art. 24.2, referido específicamente al proceso penal («todos tienen derecho [...] a un proceso público [...]»); y el art. 120.1 («las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento»). Tampoco hay que dejar de lado la relación que se ha trazado entre la protección de la publicidad para el público en general y el derecho a recibir información del art. 20.1 CE, siendo éste el punto en el que engarzan la opinión pública y la justicia²⁵.

El principio de publicidad tiene un doble cometido. Desde una perspectiva subjetiva o individual se concibe como un derecho del sometido a juicio para garantizar la independencia e imparcialidad de la Administración de Justicia: una justicia secreta sustraída al control público incrementaría los riesgos de actuaciones que atenten contra los derechos del sujeto pasivo del proceso. En este sentido, el art. 3.2 de la LO 5/2024, de 11 de noviembre, incluye en el contenido del derecho de defensa las facultades precisas para el «acceso a un proceso público con todas las garantías».

Pero, además, la publicidad tiene una dimensión colectiva o social que permite la fiscalización por cualquier ciudadano del ejercicio de la función jurisdiccional, lo que, a la postre, posibilita que los ciudadanos mantengan su confianza en el sistema de justicia²⁶. Igualmente, se ha atribuido a la publicidad procesal una función pragmática, al aumentar las posibilidades de acierto en la decisión jurisdiccional²⁷.

Como reflejo de todo lo anterior, en nuestra Ley procesal penal la publicidad se erige en presupuesto de validez de la práctica de la prueba en la fase de enjuiciamiento; así, establece el art. 680 LECrim que los «debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad».

4.1. La reproducción de la grabación como mecanismo para dotar de publicidad externa a la prueba preconstituida

En el momento en que se acuerda la preconstitución de la declaración sumarial únicamente se encuentra presente la conocida como publicidad interna, para las partes del procedimiento, de tal forma que con la reproducción de la grabación en que ha quedado documentada aquella

²⁵ Cfr. LÓPEZ ORTEGA, «El derecho a un proceso público», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER/CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, p. 822.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Así lo reconoce la STEDH de 26 de mayo de 1988 (Ektabani c. Suecia), § 55: «Esta posibilidad de supervisión por parte del público, aunque a veces sea meramente teórica o potencial, constituye una garantía para el acusado de que se hará un esfuerzo real por establecer la verdad» (traducción propia). En el plano doctrinal, *vid.* DEL MORAL GARCÍA/SANTOS VIJANDE, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 190 y 191; y BUCHHALTER MONTERO, *Comisiones parlamentarias de investigación y Justicia penal*, p. 190.

declaración en el acto del plenario se consigue dotar a esa prueba de la publicidad externa, en la que intervine el público. Esta es la consecuencia principal de que la primera —y en muchas ocasiones, única— oportunidad que surge en el proceso para la preconstitución de una prueba personal tenga lugar en el seno de una etapa procedimental presidida por el secreto como garantía de su propia eficacia (arts. 301 y 302 LECrim).

Toda vez que la doctrina constitucional ha asumido una concepción estricta de la publicidad, únicamente en relación con la dimensión externa —englobando, pues, la publicidad interna en el ámbito del derecho de defensa y del carácter contradictorio del proceso²⁸—, resulta evidente el carácter esencial de la reproducción de la grabación que exige el art. 730.2 LECrim en la observancia de este principio. Si el tribunal sentenciador visualiza con posterioridad la grabación de la declaración sumarial preconstituida, su contenido no se estará incorporando al debate público del juicio oral y, por consiguiente, se estará eludiendo su sometimiento al control ciudadano sobre la función jurisdiccional.

4.2. La limitación prácticamente automática de la publicidad en la prueba preconstituida con menores y personas con discapacidad

A diferencia del principio de inmediación, con la reproducción de la grabación de la declaración sumarial en el juicio oral se produce su incorporación al acervo probatorio en condiciones de equivalencia con el resto de las pruebas en lo que respecta al principio de publicidad. Sucede, sin embargo, que este principio puede restringirse —de oficio o a instancia de cualquiera de las partes— por las causas previstas en el art. 681.1 LECrim y singularmente para garantizar «la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia» o la necesidad de «evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso». Esta es la línea que sigue la STS 491/2025 cuando afirma:

«Si proyectamos estas reflexiones sobre el supuesto que analizamos enseguida descubriremos que no hay motivo principal alguno para desprestigiar esa prueba preconstituida realizada con todas las garantías. Reproducir la en el acto del juicio oral no fortalecía garantía alguna; nada de relevancia fue sustraído a las partes, ni disminuyó en un ápice ninguna de las garantías procesales. Ni siquiera la publicidad, en tanto el juicio estaba celebrándose a puerta cerrada (tampoco cambiaría la solución, que se tratase de un juicio a puerta abierta: la publicidad externa tiene también modulaciones estructurales)».

Esta solución para salvar la inobservancia del principio de publicidad puede ser relativamente fácil de adoptar en relación con el supuesto específico que trata esta sentencia: la preconstitución probatoria establecida en el art. 449 ter LECrim por ser el testigo un menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y versar la investigación judicial sobre alguno de los delitos que se recogen en el precepto. Tanto el requisito subjetivo como objetivo de esta clase de prueba preconstituida inciden en la especial vulnerabilidad del declarante, de tal manera que, incluso no visualizándose la prueba con posterioridad al plenario *ex art.* 726 LECrim, en la mayoría de las ocasiones la reproducción que

²⁸ *Vid.* STC (Sala) 176/1988, de 4 de octubre (BOE núm. 266, de 5 de noviembre de 1988), en la que las alegaciones del recurrente como consecuencia de la prórroga del secreto del sumario se insertan en el derecho de defensa —y no en el derecho a la publicidad del proceso—, y también la STC (Sala) 64/1994, de 28 de febrero (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994), donde se traza la misma vinculación en relación con la declaración de testigos ocultos.

exige el art 730.2 LECrim deberá hacerse a puerta cerrada para cumplir con las finalidades de protección de la víctima o su familia que se contemplan en el art. 681.1 LECrim²⁹.

Desde esta perspectiva puede ser más eficiente no reproducir la grabación de la declaración sumarial y que el tribunal se comprometa a verla antes del dictado de la sentencia, que acordar su reproducción en el plenario a puerta cerrada, obligando a todo aquel que no sea parte en el procedimiento a abandonar la sala de vistas (o a pausar la retransmisión del juicio en directo, en los términos a los que habilita el art. 66 RDL 6/2023³⁰), para que una vez reproducida se vuelva a hacer efectiva la publicidad con la presencia del público ante el tribunal.

4.3. Los restantes supuestos de preconstitución probatoria en los que la publicidad externa debe garantizarse con la reproducción de la grabación

Lo que elude la sentencia de nuestro Alto Tribunal es que, junto con estos supuestos de preconstitución fundados en evitar el riesgo de victimización secundaria o de perjuicios psicológicos en el plano moral del menor o persona con discapacidad que no sea víctima, se

²⁹ A estos casos podrían añadirse aquellos otros, no cubiertos específicamente por el tenor del art. 449 ter LECrim, de menores de más de catorce años por alguno de los delitos del art. 449 ter LECrim (v. gr. delitos de trata de seres humanos o contra la libertad e indemnidad sexual) o de menores de corta edad por delitos diferentes de los allí recogidos (v. gr. delitos cometidos con violencia o intimidación). Pero incluso fuera de estos supuestos existen algunos factores de revictimización que trascienden la edad de la víctima. Precisamente esto es lo que ocurre con las víctimas de trata de seres humanos, pues, aunque tengan más de dieciocho años, la preconstitución de su declaración sumarial puede ser la mejor manera de protegerlas en el proceso. Así lo explica la STS 53/2014, Penal, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:487): «[...] constituye una regla de experiencia que en los delitos de trata de seres humanos la presión sobre los testigos-víctima sometidos a la trata y explotación, es muy intensa, por lo que el recurso a la prueba preconstituida debe ser habitual ante la muy probable incidencia de su desaparición, huida al extranjero e incomparecencia al juicio oral, motivada ordinariamente por el temor a las eventuales consecuencias de una declaración contra sus victimarios». Cuando la víctima tenga más de catorce años (o menos de esa edad ante delitos distintos a los recogidos en el art. 449 ter LECrim) no se podrá presumir la victimización secundaria, debiendo acreditarse ésta en los correspondientes informes periciales. Ningún sentido tendría configurar un régimen de preconstitución de la prueba más estricto que el que había con anterioridad a la LO 8/2021, cuyo objetivo primordial es ofrecer una protección integral frente a la violencia contra los niños, niñas y adolescentes. En lo que respecta a la preconstitución de la prueba con víctimas adultas resultará más difícil extender las normas que habilitan a esta excepcional práctica de la prueba con menores y personas con discapacidad por los perjuicios morales que puede ocasionarles una segunda declaración en el juicio oral. Por este motivo habrá que acudir a la causa general del art. 448 LECrim, de imposibilidad de comparecencia al plenario por estar el testigo fuera del territorio nacional: de esa victimización secundaria se puede manifestar un miedo en la víctima que la haga ponerse en paradero desconocido. Acordada la práctica de la prueba preconstituida en todos estos supuestos, la modulación de la publicidad externa con base en el art. 681.1 LECrim podrá acordarse con la facilidad expuesta también en todos ellos, con exactamente la misma incidencia que esto puede tener en la falta de reproducción del soporte audiovisual en el acto del juicio oral.

³⁰ El art. 66.1 RDL 6/2023 dispone que, cuando las actuaciones procesales que deban practicarse en audiencia pública se celebren con participación telemática de todos los intervinientes, se acordará su transmisión pública de conformidad con unas especificaciones técnicas que no alcanza a precisar el precepto, al remitirse a lo que al respecto establezca el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica. Al menos el precepto sí que recoge en su párrafo segundo una de las principales preocupaciones de la doctrina (Cfr. LOREDO COLUNGA, «Actuaciones procesales con presencia telemática [o sobre cómo hacer de la necesidad virtud]», *Práctica de Tribunales*, n.º 146, 2020, p. 8), cual es el establecimiento de «diferentes niveles de seguridad y acceso del público a la retransmisión», aunque es un extremo que no está exento de dificultades en comparación con el anonimato del que gozan las personas que acuden físicamente a las sedes judiciales en calidad de público. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, en *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto Ley 6/2023*, p. 242, quien también pone el foco en los peligros de que se utilicen los datos del registro para otras finalidades, incidiendo, así, en la necesidad de su eliminación tras la celebración del juicio. Aunque la premisa de base del precepto sea la intervención de todas las partes por medios telemáticos, debemos destacar que no es del todo extraña en la práctica judicial la retransmisión en *streaming* —sin realizar tampoco un registro previo riguroso—, como ocurre en algunos procedimientos que se enjuician en la AN y que pueden seguirse a través de su canal de Youtube.

mantienen otros, los generales del art. 448 LECrim —sobre los que tradicionalmente se ha construido esta excepcional práctica probatoria—, en los que no resultará tal sencillo advertir alguna de las razones que, desde un plano de excepcionalidad, se recogen en el art. 681.1 LECrim para excluir la publicidad de todos o alguno de los actos del juicio oral.

Se configura una interpretación jurisprudencial que permite a las partes prescindir de la reproducción de la grabación con base en que la garantía de control ciudadano sobre la actuación de nuestros tribunales es de por sí limitable, pero deja al margen que esa constricción del principio de publicidad únicamente será de aplicación con la facilidad que preconiza el TS en los supuestos de preconstitución previstos en el art. 449 ter LECrim y aquellos otros a los que se asimila.

El art. 730.2 LECrim exige la reproducción de la grabación en el juicio para todos los supuestos de preconstitución probatoria. Precisamente por eso se refiere a la declaración «practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis», que recoge los dos requisitos formales que debe reunir todo acto de preconstitución: el respeto al principio de contradicción (que intervengan todas las partes y que el investigado esté presente) y que se documente la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen.

Por tanto, que en los supuestos de preconstitución de la prueba por riesgo de muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral o por la imposibilidad de comparecencia del testigo por tener que ausentarse del territorio nacional, el tribunal visualice la prueba preconstituida aplicando el art. 726 LECrim y no durante la práctica de la prueba en el juicio oral conlleva³¹ una inadmisibles conculcación del principio de publicidad que, como derecho fundamental que garantiza un control público sobre la actuación de nuestros tribunales de justicia, no es disponible por las partes por mucha conformidad que muestren a la hora de no reproducir la grabación de la prueba preconstituida en el juicio oral.

En la STS 491/2025 puede leerse entre líneas otra limitación del principio de publicidad bastante habitual en la práctica de nuestros tribunales penales, de la que hay que advertir que no se realiza para justificar la restricción de esta garantía que deriva de la falta de reproducción del soporte audiovisual en que se documenta la prueba preconstituida (sobre todo en los supuestos generales de preconstitución del art. 448 LECrim), básicamente porque centra las amplias posibilidades de limitación de la publicidad en el concreto supuesto de prueba preconstituida planteado.

A la vista de los paralelismos que realiza esta sentencia con otras situaciones procesales y la flexibilización de los principios que en ellas se observan, no resulta demasiado aventurado pensar que esta argumentación también podría constituir un punto de referencia para justificar la constricción de la publicidad externa fuera de los supuestos del art. 681.1. LECrim.

Se refiere, en concreto, al antiguo art. 786.2 LECrim (cuyo contenido se recoge parcialmente en el actual art. 787.2 LECrim, tras la reforma de la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia —en adelante LOEP—), en virtud del cual el «juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa». Esta disposición trata

³¹ Siempre a salvo de la excepcional concurrencia de las causas de celebración de la actuación procesal a puerta cerrada del art. 681.1 LECrim.

de reforzar el derecho a ser informado de la acusación (sin perjuicio de que el acusado ya conozca con anterioridad los términos de la pretensión punitiva de las partes acusadoras) y, en lo que aquí interesa, también el principio de publicidad, al permitir al público presente conocer el objeto del proceso con precisión. Siendo éstas las finalidades de la previsión normativa, afirma la STS 491/2025:

«[...] se convendrá en que la práctica de abreviar la fórmula mediante una somera dación de cuenta o una invitación a las partes a que manifiestan si consideran necesaria esa lectura, no afecta a principios esenciales del proceso y no sería determinante de una nulidad, por más que sufra la liturgia y la solemnidad. No se ajusta esa práctica a la legalidad. Y no puede decirse que sea ortodoxa. Pero es irregularidad no determinante de una respuesta tan drástica como la nulidad».

5. La garantía de contradicción y su pretendida disponibilidad por las partes

Tras advertir la imposibilidad de que la reproducción de la grabación sumarial compense la falta de inmediación aparejada a la prueba preconstituida y cómo en algunos supuestos puede limitarse la publicidad en la práctica de la prueba en el juicio oral, debemos analizar la posibilidad de limitar la garantía de contradicción derivada de la reproducción del soporte audiovisual de la declaración preconstituida en presencia de las partes y del tribunal que ha de dictar la sentencia.

5.1. Momentos de proyección de la contradicción en la prueba preconstituida: práctica en instrucción y reproducción de la grabación en el juicio oral

En el ámbito de la prueba preconstituida la garantía de contradicción se manifiesta fundamentalmente en dos momentos. El primero tiene lugar cuando se practica la declaración que se pretende preconstituir en la fase de instrucción. Resulta fundamental que en dicha declaración se garantice no solo que todas las partes personadas se encuentren presentes, sino también que se les conceda la oportunidad de dirigir al testigo aquellas preguntas que estimen convenientes para la defensa de sus intereses en el procedimiento.

Incluso en aquellos casos en que el riesgo de victimización secundaria alcanza su mayor nivel, no pueden limitarse las facultades defensivas derivadas de participar en el interrogatorio del menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección. La solución por la que apuesta el legislador en el art. 449 ter, párrafo segundo, LECrim, es la intervención de equipos psicosociales³² con la finalidad de «mejorar el tratamiento» que se dispensa a esos

³² Debemos poner de manifiesto que la intervención de equipos psicosociales que se recoge en el párrafo segundo del art. 449 ter LECrim es facultativa. Así comienza la dicción de este párrafo: «La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad [...]». Resulta muy llamativo —y criticable— que se parta de una preconstitución de la prueba preceptiva tratándose de testigos menores de catorce años y con discapacidad necesitados de especial protección en los procesos seguidos por los delitos que se recogen en el párrafo primero del art. 449 ter LECrim y que, por el contrario, la intervención de los equipos psicosociales en esos mismos casos quede a decisión del juez de instrucción. La intervención de estos expertos sirve para evitar la victimización secundaria durante la declaración de los testigos en instrucción, pues de nada serviría acordar la práctica de la prueba preconstituida (evitando una segunda declaración en el juicio oral), si durante dicho acto de preconstitución las partes pueden dirigirse directamente al testigo en un entorno judicial no adaptado a sus circunstancias (a diferencia de las cámaras Gesell o de la declaración por videoconferencia desde una casa Barnahus). Formulado en negativo, si realmente no es

testigos especialmente vulnerables, o lo que es lo mismo, para protegerles evitando perjuicios en el plano moral derivados de su intervención en el proceso, así como para incrementar «el rendimiento de la prueba», esto es, la posibilidad de que su contenido, ya sea inculpativo o exculpativo, llegado el momento, pueda acceder al juicio oral e integrar el acervo probatorio en igualdad de condiciones que las demás pruebas que se practiquen en el acto de enjuiciamiento.

Junto con la contradicción exigible en el momento de práctica de la declaración en instrucción, esta garantía se manifiesta también con la reproducción de la grabación sumarial en el juicio oral. Evidentemente el recorrido de esta contradicción es menor que en el caso anterior, pues al no estar presente el testigo en el plenario la parte no podrá volver a formularle ninguna cuestión acerca del hecho delictivo enjuiciado. Pero, aunque sea de menor intensidad, no se trata de un trámite vacuo desde la perspectiva del derecho de defensa, dado que permitirá a las partes evocar el testimonio prestado en la fase preparatoria y al tribunal acceder a su contenido por primera vez.

Además, se realiza en un contexto del todo diferente al existente en el momento de la preconstitución, donde todavía no está definido el objeto del proceso penal ni fijada la pretensión punitiva de las partes acusadoras. Al respecto, expresa la STS 579/2019, Penal, de 26 de noviembre³³:

«[...] por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral [...]. La plena contradicción sólo es posible en el juicio oral, pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla».

5.2. La inevitable limitación de la contradicción por prescindir de la reproducción de la grabación

La línea principal de la STS 491/2025 en lo que respecta a este principio rector de la práctica de la prueba en el juicio oral es que las partes conocían el contenido de la declaración, básicamente por haber estado presentes en el momento de su práctica en instrucción, aunque a una idéntica situación podría llegarse en caso de haberse puesto posteriormente la grabación a disposición de la parte no presente durante el acto de preconstitución de la prueba, previa petición en este sentido.

De esta forma, se parte de la inexistencia de impedimento alguno a la hora de enfocar su intervención defensiva en el plenario con plenas garantías: no solo habrán podido preparar las

necesaria la intervención de los equipos psicosociales para evitar esos perjuicios psicológicos al menor o persona con discapacidad, lo que se estaría poniendo en duda es la necesidad misma de tomarles declaración en calidad de prueba preconstituida, y más aún, que dicha preconstitución sea preceptiva en todos los casos englobables en los contornos subjetivos y objetivos recogidos en el art. 449 ter, párrafo primero, LECrim. También supone un defecto de técnica legislativa la sola referencia que se contiene en el párrafo transcrito a los testigos menores de catorce años y que se omite a los testigos con discapacidad necesitados de especial protección cuyas capacidades intelectuales pueden ser incluso inferiores a las de aquellos en orden a mitigar la revictimización con la intervención de equipos psicosociales, aunque éste es un extremo que se puede enmendar con lo dispuesto en el art. 26.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, cuando al recoger la intervención de expertos se refiere a ambas categorías de víctimas.

³³ ECLI:ES:TS:2019:3857.

declaraciones de los testigos, peritos y el mismo acusado conociendo la declaración, sino que podrán hacer referencia a su contenido durante la práctica de estos medios de prueba, así como exponer sus resultados en los informes finales. Así lo explica nuestro Alto Tribunal:

«Las partes tuvieron a su disposición la grabación. La conocían. La defensa y el acusado estuvieron presentes en el interrogatorio. El Tribunal anunció que la visionaría. Lo hizo efectivamente como proclama en su sentencia, basándose en el art. 726 LECrim. Las partes pudieron comentar en sus informes o en los interrogatorios esa grabación, sus vicisitudes, su contenido. Pudieron impugnarla, pudieron cuestionar las afirmaciones del menor, o analizarlas críticamente. Y lo hicieron. Es prueba practicada en el juicio aunque lo haya sido mediante una fórmula abreviada que está justificada cuando todas las partes la conocen y está a disposición del Tribunal»³⁴.

Se enfoca toda esta exégesis desde la perspectiva del conocimiento que tienen las partes del contenido de la grabación, dejando completamente de lado la perspectiva del tribunal, como destinatario de todas las líneas de acusación y de defensa. O como afirma el Magistrado Javier HERNÁNDEZ GARCÍA en el único voto particular formulado a esta sentencia:

«La reproducción de la prueba preconstituida en el juicio, a instancia de la parte que quiera valerse de dicha información obtenida sin la intervención del juez que debe decidir, garantiza que su contenido se someta a la dialéctica contradictoria del juicio, que las partes puedan controlar defensivamente tanto la información recibida por el tribunal —su integridad y autenticidad, sus condiciones de audición y de calidad de imagen— como, ulteriormente, la correspondencia con la que se utilice en la sentencia para fijar el hecho probado. Pero no solo. Como destacaba con anterioridad, la adecuada adquisición de la prueba permite que el juicio se desarrolle de manera equilibrada, enriqueciendo los objetivos indagatorios con relación a las otras pruebas plenarias y facilitando que las partes puedan aportar razones valorativas al tribunal sobre el conjunto de las informaciones probatorias producidas bajo su control e intermediación en el plenario. Objetivos de imposible realización cuando el tribunal desconoce la información probatoria protagónica sobre la que gira el juicio».

En efecto, si el tribunal no visualiza en el juicio oral la declaración sumarial preconstituida, la observancia de la garantía de contradicción puede verse mermada en el sentido de que el tribunal no podrá considerar adecuadamente la estrategia defensiva articulada por las partes, especialmente por la pasiva, hasta que con posterioridad al acto de enjuiciamiento no visualice la prueba preconstituida y valore su contenido, pudiéndose perder elementos de convicción en ese tránsito. Resulta más complicado realizar una defensa eficaz si el tribunal ante el que se dirige desconoce —o solo conoce parcialmente de lo que vayan manifestando las partes durante la práctica de los demás medios de prueba o en sus informes— el contenido, detalles y grado de incriminación de aquello contra lo que se defiende la parte pasiva.

³⁴ Apoya esta conclusión en la praxis judicial desarrollada respecto a las declaraciones testificales prestadas en fase de instrucción y que se documentan en soporte audiovisual. Aunque con el art. 714 LECrim a la vista su introducción en el plenario requeriría referirse a ella y solicitar su reproducción para resaltar las contradicciones, destaca nuestro Alto Tribunal que ello no obsta a la posibilidad de prescindir de su reproducción, total o parcial, cuando las partes y el propio testigo interrogado manifiestan conocer las divergencias y éste último proporciona una explicación. De esta forma, esa declaración sumarial, no reproducida materialmente, se convierte en «material probatorio que ha estado presente en el juicio oral y que, por tanto, deberá ser valorado por el Tribunal para formar su convicción con arreglo a las pruebas practicadas en el juicio; aunque su examen directo por el Tribunal se produzca después, tras la fórmula cuasisacramental “visto para sentencia”».

Dicho con otras palabras: no será una contradicción plena desde la perspectiva de persuasión al tribunal sentenciador. La parte puede perfectamente conocer el contenido de la declaración y preparar una adecuada estrategia defensiva, pero puede que finalmente no resulte eficaz si el tribunal que debe valorar la prueba no dispone, en el momento de su práctica en el plenario, de la información que se desprende de lo que puede ser una de las principales pruebas de cargo, sobre todo en los supuestos de agresiones sexuales a menores de catorce años, al ser habitual que los hechos ocurran en la intimidad y sin la presencia de terceras personas que puedan declarar como testigos³⁵.

Por mucho que la defensa conozca el contenido de la prueba preconstituida es del todo distinto que se defienda de ella y que después el tribunal la vea por la vía del art. 726 LECrim, a que el juzgador la visualice y después la parte pasiva se defienda del contenido inculpativo que, en su caso, se derive de ella.

5.3. El concreto momento del plenario en que debe tener lugar la reproducción de la grabación

El anterior argumento también debe incidir en el momento en el que se reproduce el soporte audiovisual en que se documenta la declaración testifical preconstituida en instrucción. El art. 730.2 LECrim se limita a señalar que se podrá reproducir, a instancia de cualquiera de las partes, la grabación de la declaración practicada en instrucción siguiendo lo establecido en el art. 449 bis LECrim. Nada dice acerca del momento en que dicha reproducción debe tener lugar, sin que tampoco encontremos referencia alguna a este extremo en el precepto que recoge el orden en que han de practicarse los medios de prueba en el juicio oral, esto es, el recientemente reformado art. 701 LECrim.

Incluso aunque no se aplique esta nueva línea jurisprudencial, ante este vacío normativo se podría correr el riesgo de que en la práctica judicial la reproducción de la grabación de la prueba preconstituida se realice tras la práctica de todos los medios de prueba personales, incluido el interrogatorio del acusado. Y más cuando el TS ha introducido esta simiente de que el soporte

³⁵ Como afirma la STS 36/2026, Penal, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2026:251), «la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional entienden que la declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente con absoluta clandestinidad, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada». En el trabajo realizado por TORRES-ROSELL/CRUZ JIMÉNEZ/HERNÁNDEZ-HIDALGO/CASANOVA MARTÍ, «Indicadores de victimización secundaria en procesos penales por violencia sexual infantil en el contexto Barnahus», *InDret*, n.º 3, 2025, p. 381, se analizan 484 procedimientos judiciales por delitos de abuso y agresión sexual a menores desarrollados en los Juzgados adscritos a la Fiscalía de Tarragona y de Lleida entre los años 2018 y 2022. Estas causas penales afectaron a 520 víctimas identificadas, situadas mayoritariamente en la adolescencia (33,7%), esto es, entre la edad de catorce y dieciséis años, y en la etapa de escolarización primaria (31,3%), lo que se corresponde con la franja de edad que va de los seis a los once años, donde la preconstitución de la prueba deviene obligatoria siguiendo el art. 449 ter LECrim. En lo que respecta al lugar en el que se cometieron los hechos delictivos, el estudio confirma cuantitativamente la doctrina jurisprudencial que suma las agresiones sexuales en la intimidad. Así, destaca que mayoritariamente ocurrieron en el domicilio de la víctima (36,7%), seguidos de los casos en que el delito contra la indemnidad sexual ha tenido lugar en el domicilio del autor (26,2%) y con un descenso considerable de este porcentaje respecto de las agresiones sexuales cometidas en la vía pública (18,1%), donde puede resultar algo más sencillo que haya testigos u otras pruebas de los hechos, como grabaciones de cámaras de vigilancia.

audiovisual constituye un documento³⁶, alejándose completamente de su propia doctrina cuando diferencia entre prueba documental, que se origina fuera de la causa y se incorpora al acervo probatorio precisamente por la vía del art. 726 LECrim, y aquella prueba de naturaleza personal que, surgida en el marco del procedimiento y documentada normalmente en soporte audiovisual, no puede integrar el motivo de casación de infracción de ley por error en la apreciación de la prueba del art. 849.2.º LECrim³⁷.

Siguiendo el mismo fundamento de la reforma del art. 701 LECrim realizada por la LOEP, que otorga un soporte legal expreso a la declaración del acusado en último lugar para salvaguardar su derecho de defensa³⁸, la reproducción de la grabación en que se documenta la prueba personal preconstituida debe tener lugar, en todo caso, con anterioridad a la declaración del acusado.

Es más, podría defenderse que sea la primera actuación en llevarse a cabo, incluso antes de que se les tome declaración a los testigos propuestos por la acusación y defensa: el contenido de la prueba preconstituida puede influir en las preguntas que a estos otros testigos les formulen los letrados de las partes, la corrección del control judicial sobre el carácter capcioso, sugestivo o impertinente de las cuestiones planteadas (art. 709, párrafo primero, LECrim) y la propia información que de todo ello reciba el juzgador³⁹, cuando a la inversa, en nada podrá influir la

³⁶ Con afirmaciones tan categóricas como: «Estamos ante una fórmula de práctica probatoria asimilable a la contemplada en el art. 726 LECrim invocado por la Audiencia de forma pertinente. De hecho, en rigor, esos soportes digitales constituyen documento, aunque su categorización a efectos procesales sea la de prueba personal documentada. En lo puramente material -no así en lo conceptual- son tan documento reproducible como una grabación videográfica extraprocesal aportada como prueba documental (o monumental en la terminología de algún procesalista)».

³⁷ Expresa la STS 350/2026, Penal, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2026:2293), que «el documento casacional debe tener un carácter extrínseco o externo a la causa, es decir, tener una procedencia y origen ajeno al proceso, y por tanto su producción y fabricación ha de resultar externa, aunque debe aparecer incorporado a los autos» y que, en consecuencia, «no tienen carácter de documentos, ni las declaraciones testimoniales, ni la declaración del acusado, ni las diligencias policiales, el acta del juicio oral, o incluso los informes periciales, que con excepciones, no pierden su naturaleza de pruebas personales, aunque aparezcan documentadas en la causa».

³⁸ Ya reconocida por la jurisprudencia del TS, precisamente por no encontrarse con ningún impedimento normativo, toda vez que la LECrim solamente regulaba el interrogatorio del acusado en los arts. 688 a 700 a efectos de su confesión y no como medio de prueba (Cfr. STS 514/2023, Penal, de 28 de junio [ECLI:ES:TS:2023:2831]). Ahora bien, debe destacarse que la negativa del tribunal a acordar la declaración del acusado en último lugar no suponía, por sí misma, un menoscabo del derecho de defensa. Sobre este extremo, afirma la STS 779/2023, Penal, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4363): «Tampoco la parte ha sido capaz [...] de concretar el perjuicio o gravamen específico que el orden establecido para la práctica de la prueba en el acto del juicio pudo producirle con respecto a su derecho de defensa, precisando en qué concreto modo éste pudo haberse desarrollado de una manera más plena o perfecta para el caso de que la declaración del acusado hubiera tenido lugar, como quería, tras la celebración de la práctica del resto de los medios probatorios. Ni explica tampoco, en qué sentido o por qué razones, cualquier aspecto probatorio revelado como consecuencia de la práctica del resto de los medios, no pudo ser contemplado, matizado, corregido, contestado, en este particular supuesto, a través del ejercicio del derecho fundamental a la última palabra que al acusado corresponde». La nueva regulación, en cambio, impone la declaración del acusado en último lugar si así lo solicita la defensa (en contraposición con la propuesta del Anteproyecto de LECrim de 2020, que impedía en su art. 657.4 que la práctica probatoria comenzara con la declaración del acusado), de tal manera que, incluso en el caso de alteración del orden en la práctica de los medios de prueba para «el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad», el derecho del acusado a intervenir en último lugar no podrá revocarse.

³⁹ Aunque sin entrar en el concreto momento de la práctica probatoria en que debe reproducirse la grabación de la prueba preconstituida, expresa el Magistrado Javier HERNÁNDEZ GARCÍA en su voto particular a la sentencia que «el momento adquisitivo plenario, en particular cuando el medio de prueba incorpora una información con un particular potencial reconstructivo del hecho justificable acusatorio, adquiere una importancia transversal para el desarrollo justo y equitativo del propio juicio. Y ello porque de la información protagónica adquirida pueden depender los objetivos indagatorios de las partes sobre el resto de testigos o peritos que comparezcan al juicio. Y,

declaración de ninguno de los testigos o peritos en la prueba preconstituida, inmutable en su contenido desde el momento en que se practicó en instrucción.

5.4. ¿Pueden las partes disponer de la contradicción y asumir las consecuencias de la limitación de esta garantía?

Aunque la contradicción se vea mermada en caso de no reproducirse en el plenario la grabación de la prueba preconstituida debemos analizar ahora si esa limitación puede incluirse en las facultades defensivas de las que pueden disponer las partes. Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la garantía de publicidad, donde junto con su proyección sobre el sujeto pasivo también lo hace en una dimensión colectiva respecto de ciudadanos no involucrados en los hechos del procedimiento, la eventual limitación de las facultades de defensa solo afectará a la parte que no quiere valerse de ella.

Además, esta discutida disposición sobre la garantía de contradicción debería asumirse por la totalidad de las defensas. El procedimiento que ha dado lugar a la STS 491/2025 se dirigía solo contra una parte pasiva, pero si en un supuesto similar hubiera más de un acusado, resulta claro que la posibilidad de renuncia a esa reproducción de la grabación en el juicio oral debería surgir a iniciativa de todos los letrados de la defensa o, siendo pedida solo por alguna de las defensas, debería contar con el asenso de todas las demás.

El gran campo de batalla en lo tocante a la forma de adquisición de la prueba preconstituida se sitúa en la siguiente pregunta: ¿pueden las partes renunciar —en el propio acto del juicio o mediante una negociación previa— a la segunda contradicción que deriva de la reproducción de la grabación en el plenario o debe mantenerse ésta como presupuesto de validez de la prueba preconstituida para que pueda tener plenos efectos probatorios?

La primera de las posibilidades, además de por los argumentos dados por el TS, podría ser defendible aplicando la misma solución por la que se decanta la jurisprudencia en relación con la ausencia de contradicción durante la práctica de la declaración sumarial que se pretende preconstituir, que, recordemos, exige el párrafo segundo del art. 449 bis LECrim. Se han distinguido, así, las siguientes situaciones.

En primer lugar, tenemos aquellos casos en los que la falta de contradicción deriva de «una deficiente gestión procesal achacable al órgano judicial», lo que ocurre, por ejemplo, cuando concurriendo los requisitos de la preconstitución no se acuerda por el juez de instrucción o cuando, acordándose la misma, no se cita a la defensa. La solución por la que ha optado la jurisprudencia es sencilla, a la vez que lógica: debe excluirse como regla general su valoración como prueba de cargo.

Como reverso de la situación anterior, tenemos los supuestos en los que la falta de contradicción trae «como causa una conducta desidiosa o negligente o imputable a la parte», como puede ser el caso de una absoluta pasividad durante la declaración del testigo, sin dirigirle ninguna pregunta, o cuando deje de comparecer, estando debidamente citada, y para no causar

en esa medida, también, las condiciones para que el tribunal calibre, de manera rigurosa y teleológicamente orientada, la admisión o el rechazo de las preguntas que se formulen, la posibilidad de realizar preguntas aclaratorias y el acceso a todos los datos para una adecuada evaluación de los resultados probatorios».

indefensión a la parte se sustancia el trámite con el abogado expresamente designado de oficio (art. 449 bis, párrafo segundo, LECrim).

A este supuesto podría asimilarse la falta de reproducción de la grabación en que se documenta la prueba preconstituida, cuando es la propia parte pasiva la que pretende renunciar a esa reproducción: al desconocer el tribunal el contenido de la prueba preconstituida —ya tenga ésta un signo incriminatorio o exculpatorio— perderá una importante oportunidad para que su defensa tenga una mayor efectividad y capacidad persuasiva a la hora de conformarse la convicción judicial sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

La solución de la jurisprudencia es opuesta a la del caso anterior: la falta de contradicción atribuible únicamente a la actuación de la defensa no supone óbice alguno para que la prueba preconstituida pueda operar como plena prueba de cargo llegado el momento de la valoración de la prueba. Y a este respecto podría sostenerse que, *mutatis mutandis*, ésta es precisamente la solución que mantienen el TS en relación con la falta de reproducción de la grabación en el plenario, que no impide la valoración de la prueba preconstituida⁴⁰.

Ahora bien, creemos que es necesario distinguir entre el cauce legal previsto para la observancia de la garantía de contradicción y las concretas facultades defensivas de las que después puede valerse la parte en el marco de ese cauce procesal. Como acabamos de advertir, la Ley no obliga a que haya una contradicción efectiva para dotar de plena validez probatoria a la prueba preconstituida; simplemente es necesario que se hayan dado las condiciones necesarias para que pueda tener lugar esa contradicción. Por eso cuando se omite la citación de la defensa en la declaración sumarial está vedada su validez probatoria como prueba preconstituida, mientras que, cuando se garantiza la contradicción en los términos exigidos por la Ley, la valoración de la prueba preconstituida no debe someterse a limitación alguna cuando la falta de contradicción es imputable a la parte pasiva que no quiso ejercer esa garantía. El propio art. 448 LECrim se refiere a asegurar «en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes».

Y, como hemos reiterado a lo largo de este trabajo, este aseguramiento de la garantía de contradicción en la práctica de la prueba preconstituida se realiza con el establecimiento de dos trámites procesales: el propio acto de preconstitución de la prueba, en plena fase de instrucción, y la reproducción del soporte audiovisual en que se documenta la declaración sumarial, en el transcurso del acto de enjuiciamiento. Tanto en un caso como en otro la defensa puede hacer uso de la garantía de contradicción o mantener una actitud del todo pasiva dejando de lado sus facultades defensivas, pero lo que en ningún caso puede hacer es renunciar al trámite procesal en que debe materializarse esa posibilidad de contradicción.

⁴⁰ Junto con los casos en los que la falta de contradicción es imputable a las partes o al propio órgano judicial tenemos aquellos otros en los que la falta de contradicción «no es achacable ni a las partes ni a los agentes estatales (el sumario estaba declarado secreto; falleció el testigo inesperadamente; no se había averiguado todavía la identidad del imputado; estaba ilocalizado)». Aunque son supuestos que, en palabras de la STS 1031/2013, Penal, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:6623), «se mueven en un territorio de penumbra», expresa nuestro Alto Tribunal que «no es supuesto de invalidez probatoria» y que, en todo caso, «será un problema de fiabilidad o credibilidad que habrá que solventar teniendo en cuenta que esa declaración se hizo al margen de la contradicción y por tanto que estará precisada de más elementos corroboradores [...], o habrá de limitarse a ser ella misma elemento corroborador que por sí solo no bastaría para la condena [...]».

Durante la práctica de la declaración que se pretende preconstituir en instrucción la Ley exige la presencia de todas las partes y por eso no puede prescindirse de su citación, aunque una de ellas haya manifestado en una actuación anterior o incluso por escrito dirigido al juez de instrucción que no va a intervenir en ese acto de preconstitución de la prueba. Cuestión del todo distinta es que se cite a la parte y que no acuda a la declaración, o que vaya y no haga el mínimo esfuerzo por defender los intereses de su cliente, perdiendo la oportunidad —seguramente la única que vaya a tener en el proceso— de formular preguntas a ese testigo sobre los hechos delictivos.

Este mismo razonamiento es extrapolable a la segunda contradicción que se pretende garantizar en el propio acto de enjuiciamiento: puede que la parte eluda por completo esa prueba preconstituida, que no incida en ella durante la práctica de las demás pruebas personales o en sus informes finales, pero eso no puede otorgarle una facultad de disposición sobre el trámite procesal en que puede hacerse efectiva la contradicción. Y el hecho de que las demás partes muestren su conformidad con esa renuncia no hace transmutar la naturaleza indisponible de este trámite, pues de lo contrario se correría el riesgo, advertido en el voto particular a la STS 491/2025, de expansión «de fórmulas de “negociación” por las más variadas causas sobre los presupuestos y formas de adquisición de los distintos medios de prueba que vacíen de contenido —y de sentido— al acto del juicio oral».

6. El principio de concentración: el gran olvidado

Junto con la observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción, la práctica de la prueba en el juicio oral debe realizarse bajo el principio de concentración, que comporta que las actuaciones orales se desarrollen en un solo acto o, cuando ello no sea posible, en varios actos próximos en el tiempo. Este principio tiene su trasunto en el art. 744 LECrim, cuando dispone que, «abierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión»; y, en el ámbito del procedimiento abreviado, en el art. 788.1 LECrim, al expresar que la «práctica de la prueba se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias».

La unidad de acto con que se deben practicar los medios de prueba se encuentra totalmente obliterada en el análisis que realiza la STS 491/2025 para llegar a la conclusión de que ninguna garantía básica se ve conculcada cuando la grabación de la prueba preconstituida no se visualiza conjunta y simultáneamente en el plenario⁴¹. Veremos en los siguientes apartados si se trata de una omisión justificada o si, por el contrario, produce algún menoscabo en la valoración de la

⁴¹ Así, afirma que —solamente— tres razones confluyen en la exigencia de que la prueba apta para desvirtuar la inocencia del acusado debe ser practicada en el acto del plenario: «[...] la necesidad de contradicción que solo es plena en el juicio oral; el principio de inmediación que invita a privilegiar que la prueba sea directamente percibida por el Tribunal, especialmente cuando es la base de una condena; y el principio de publicidad que reclama un proceso público, transparente, no solo frente a las partes (lo que también está garantizado en la instrucción sin perjuicio de algunas excepciones), sino también para toda la sociedad. Cuando, pese a que la prueba no es practicada en el juicio oral, estos principios o no padecen nada o lo hacen en términos que el legislador considera tolerables, una prueba no queda indefectiblemente proscrita. En virtud de expresas normas legales o de parámetros jurisprudenciales, podrá ser valorada. Múltiples ejemplos de ello proporcionan las leyes. Quien se entretenga en esa tarea podría hacer un largo inventario». Más adelante vuelve a expresar: «Lo importante es que los principios sean tomados en consideración y se pondere si el debilitamiento de uno de ellos llega al punto de imposibilitar la convalidación de la prueba, lo que sucede en muchas ocasiones. No son renunciabiles siempre y sin condiciones esos *tres principios estructurales*; pero otras veces, si lo son». La cursiva es nuestra.

prueba preconstituida o incluso de los demás medios de prueba, practicados —estos sí— concentradamente en el juicio oral.

6.1. La vinculación del principio de concentración con la inmediación y la oralidad

Es un lugar común en la doctrina sostener que la práctica de los medios de prueba bajo el principio de concentración sirve para preservar las condiciones de apreciación probatoria que proporciona el principio de inmediación. Con claridad lo expresa GIMENO SENDRA: «la inmediación es enemiga de la dilación», por cuanto «los resultados favorables de aquella, las impresiones y recuerdos, se borran, desaparecen de la mente del tribunal en la medida en que el lapso de tiempo, que puede transcurrir entre la práctica y la valoración de la prueba, sea excesivamente dilatado»⁴².

La concentración es una exigencia vinculada a la oralidad con que se practican las pruebas personales y que impide que la información y las impresiones que recibe el juzgador se vayan diluyendo en su memoria⁴³. Si la actividad probatoria no se realizase guiada por este principio, habría que acudir a la lectura⁴⁴ o visionado de lo sucedido en anteriores audiencias⁴⁵. Esta última posibilidad, sin embargo, no solo resultaría insuficiente para que el tribunal evoque la actuación probatoria con todos los detalles que en el pasado le proporcionó la inmediación, sino que también lleva aparejados otros riesgos difíciles de solventar.

Nos estamos refiriendo a los cambios sobrevenidos por ese transcurso del tiempo que afecten al órgano de enjuiciamiento, de tal manera que, ante esta situación, el nuevo juzgador deberá decidir el asunto viendo la grabación de esas declaraciones practicadas ante otro tribunal, con la inadmisibles mezclanza de pruebas personales que se valorarán sin haberse practicado con inmediación y otras, las practicadas después del cambio del tribunal, que sí estarán cubiertas por

⁴² GIMENO SENDRA, «Los principios del proceso y del procedimiento», en GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 27 y 28. Esta misma conclusión se puede leer en EISNER, *La inmediación en el proceso*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 74, quien pone el énfasis en que si los actos de prueba se realizasen de manera aislada, distantes unos de otros, con cuestiones incidentales de por medio y sobre todo alejados del momento en el que el tribunal ha de razonar su sentencia «las impresiones oportunamente recibidas, las aclaraciones arduamente logradas, para muy poco servirán, ya que por entonces unas vivencias se habrían desvinculado de las otras y todas ellas quedarían, si no olvidadas por completo, al menos esfumadas o deformadas con pérdida de sentido unitario y verdadero».

⁴³ Cfr. MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 13.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 474.

⁴⁴ A raíz de la reforma de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, se extendió la documentación de las actuaciones orales mediante sistemas de grabación de la imagen y el sonido, que en el año 2000 se estableció por primera vez en los arts. 146, 147 y 187 LEC. Por tanto, la documentación escrita de las actuaciones orales es subsidiaria del acta virtual que, en virtud del art. 743.2 LECrim, debe levantar el letrado de la Administración de Justicia utilizando su firma electrónica. Este primer nivel de documentación es seguido del que se prevé para los casos en que se graba la actuación procesal en medios aptos para la reproducción de la imagen y el sonido, pero en los que no puede utilizarse la firma electrónica del letrado de la Administración de Justicia, surgiendo la obligación de levantar acta sucinta, con los datos que se recogen en el art. 743.3 LECrim. En caso de no practicarse la prueba bajo el principio de concentración en el juicio oral, la lectura de un acta extensa que recoja el «contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas» solo podría tener lugar en los todavía más excepcionales supuestos en que el órgano judicial carezca de los medios de grabación, tal como prevé el art. 743.4 LECrim.

⁴⁵ Esto último es lo que ocurre en Italia con la *videoregistrazione*, por medio de la que se pretende mitigar la pérdida de inmediación inherente a la dispersión de los actos procesales. Cfr. ORLANDO, *La prova videoregistrata tra istanze di deflazione e tutela della persona nel procedimento penale*, SB, Messina, 2024, p. 91.

esta garantía procesal. Además, si se pretende unificar todas las pruebas personales para remediar la ausencia de inmediación en algunas de ellas, deberían volver a practicarse todos los medios de prueba en presencia del nuevo juzgador, con los problemas añadidos de prevención de los testigos y peritos, y las incomodidades que provocaría esta nueva citación para que comparezcan a un proceso penal en el que habrán podido intervenir hasta en tres ocasiones para exponer o informar sobre los mismos hechos.

Pero incluso aunque se asumieran los inconvenientes y la ineficiencia que deriva de la falta de unidad de acto en la práctica de la prueba, existiría una situación totalmente irremediable: la posibilidad de desaparición de la fuente de prueba cuando ésta no se pueda evitar por medio de la preconstitución de la prueba en instrucción, su práctica anticipada una vez acordada la apertura del juicio oral o incluso llevándola a cabo en primer lugar en el orden de práctica de los medios de prueba de un juicio oral no concentrado. Lo anterior necesariamente conducirá a su introducción por la vía del art. 730.1 LECrim, sin que, por esa pérdida material de la prueba, se pueda adoptar ninguna medida que compense la falta de inmediación del tribunal que está llamado a valorarla⁴⁶.

6.2. Fundamento de la reproducción de la grabación de la prueba preconstituida aplicando el principio de concentración

Como se ha afirmado a lo largo de este estudio, con la reproducción de la grabación de la declaración preconstituida no se trata de preservar el principio de inmediación, que se encuentra ausente en las dos notas principales —concurrentia temporal y espacial— que lo definen. Ello obliga a buscar un fundamento diferente a la reproducción de la grabación de la prueba preconstituida en el juicio oral desde la perspectiva del principio de concentración: evitar que, por el menor lapso entre el momento en que visualiza la grabación y aquel en que debe motivar en sentencia los resultados de la práctica probatoria, el tribunal dé más preeminencia a unas pruebas que a otras.

Es decir, la necesidad de soslayar el riesgo de que en el proceso de formación de su convicción judicial, el tribunal sentenciador termine dando más peso, siquiera de manera indirecta, a la declaración preconstituida que no se ha reproducido en el juicio —y que se estará valorando como si una simple prueba documental se tratara— que a los restantes medios de prueba personales practicados con plena inmediación y concentración, y normalmente, también bajo el principio de publicidad.

Este argumento tiene plena vigencia cuando el juicio oral se desarrolla en una única sesión. En cambio, se difumina en cierta medida cuando los juicios duran varios días o incluso semanas, donde resultará inevitable que el juez tenga más reciente la prueba practicada el último día que

⁴⁶ Este riesgo de pérdida de la prueba por el transcurso del tiempo —que subyace a la propia regulación de la prueba preconstituida en los casos del art. 448 LECrim y también en los supuestos de menores y personas con discapacidad del art. 449 ter LECrim, en su vertiente epistémica de evitar el deterioro en la calidad del testimonio— es el que ha conducido a parte de la doctrina a oponerse a un sistema de apelación plena en el que se practiquen ante el tribunal *ad quem* todas las pruebas personales ya realizadas en primera instancia. Cfr. SAGÜILLO TEJERINA, *El recurso de apelación penal y la motivación fáctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 125 y 129.

la desarrollada el primero⁴⁷. Pero incluso en este contexto el principio de concentración evita que se dispersen aún más los diferentes actos que integran la fase de enjuiciamiento y, en consecuencia, puede ser más provechoso para una adecuada ponderación de la prueba que la declaración preconstituida en instrucción se reproduzca en alguna de las sesiones del plenario que en un indeterminado momento posterior que puede colindar con el dictado de la sentencia.

6.3. Principio de concentración y reproducción de la grabación de la prueba anticipada

Si bien en el ámbito de la prueba preconstituida ninguna relación cabe establecer entre la unidad de acto y la garantía de inmediación, esta situación cambia por completo cuando se trata de la práctica de la prueba anticipada. Realizada directamente ante el tribunal sentenciador una vez abierta la fase de enjuiciamiento, aunque con anterioridad al inicio de las sesiones del juicio oral (657, párrafo tercero, LECrim, para el proceso ordinario; y arts. 784.2 y 785.3 LECrim, para el procedimiento abreviado), no parece aflorar ningún déficit en el principio de inmediación, dado que la prueba se practicará concurriendo el factor temporal ante el mismo juzgador.

De manera añadida, tendremos una contradicción más consolidada que la presente durante la práctica de la declaración sumarial que se pretende preconstituir, y que obliga a la reproducción de la grabación en el plenario para evitar que el tribunal desconozca el contenido de esa prueba y que, de esta manera, las partes puedan desarrollar con plenitud sus respectivas estrategias procesales en relación con la práctica de los demás medios de prueba. Esta segunda necesidad de contradicción en el plenario deriva de la indefinición del objeto del proceso consustancial a la fase de investigación, lo que no tiene lugar en el marco de la prueba anticipada, puesto que las partes habrán podido formular al testigo las preguntas que hayan considerado necesarias una vez formuladas las pretensiones de condena de las partes acusadoras.

La vigencia de estos principios durante la práctica de la prueba anticipada podría conducir a la falta de necesidad de reproducir el soporte audiovisual en que, al igual que la prueba preconstituida, habrá quedado documentada, en un contexto en el que nada dice la Ley⁴⁸. No obstante, este es un razonamiento que puede cambiar a raíz del principio de concentración, vinculado al mismo fundamento de evitar que el tribunal otorgue un mayor peso probatorio en su convicción a determinadas pruebas únicamente por el factor temporal, aunque desde una perspectiva contraria que, en este caso, sí permite su vinculación con las ventajas de ponderación probatoria que proporciona la inmediación.

⁴⁷ Algo parecido sucede con la incomunicación de testigos establecida en el art. 704 LECrim, que solo puede alcanzar a los juicios que se desarrollan en una sesión única. Sobre este extremo afirma la STS 552/2020, Penal, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3525), que «resulta evidente que la redacción decimonónica del art. 704 LECRIM debe acomodarse a la realidad actual en donde muchos juicios tienen una duración de varios días, y en donde es perfectamente posible, por el cumplimiento del principio de publicidad, que algunos testigos que declaren otros días puedan conocer lo que antes se ha podido exponer, ya que la prohibición *ex art. 704 LECRIM* es, obviamente, para la sesión única, y para la que se va celebrando cada uno de los días, pero resulta imposible acometerlo de uno a otro día respecto de los que van declarando y los que quedan por declarar, ya que la publicidad del juicio oral y la inexistencia de incomunicación al resto de testigos que declaren otros días hace verdaderamente ineficaz este contenido del precepto, que es meramente ilusorio en causas con varios días de señalamiento».

⁴⁸ El art. 730 LECrim únicamente se refiere a la reproducción de diligencias practicadas en el sumario: el apartado primero se refiere a aquellas que se practicaron como simples diligencias de investigación y que en el plenario no pueden ser reproducidas por causas que no dependen de la voluntad de las partes, mientras que el apartado segundo se refiere a las declaraciones de víctimas y testigos cuya práctica se acuerda como prueba preconstituida por conocerse con antelación la causa que impide o desaconseja su intervención en el juicio oral.

A diferencia de la prueba preconstituida no reproducida en el juicio oral y que después se valora por la vía del art. 726 LECrim, donde el tribunal puede tener más reciente esa prueba en detrimento de las demás, cuando el tiempo que media entre la práctica de la prueba anticipada y la celebración del plenario sea muy dilatado —lo que en la práctica puede alcanzar a varios meses— puede suceder que los matices que proporciona la inmediación se vayan perdiendo. En este caso el tribunal no desconoce la información que deriva de la práctica de ese medio de prueba, pero puede ser conveniente que la evoque en el momento en que se van a practicar las demás pruebas y así propiciar su valoración conjunta y uniforme.

7. Conclusiones

La reproducción de la grabación en que ha quedado documentada la prueba preconstituida es una exigencia legal que se vincula con varios de los principios que rigen la práctica de la prueba en el juicio oral. Desde la perspectiva de las garantías que subyacen a la actividad probatoria, la reproducción del soporte audiovisual que establece el art. 730.2 LECrim no constituye un trámite formal vacío de contenido, meramente simbólico o —como lo prefiere calificar la STS 491/2025— fútil. Al contrario, esta reproducción obedece a la necesidad de compensar algunos de los déficits intrínsecos que de los principios de publicidad, contradicción y concentración se observan en la fase preparatoria.

El desdoblamiento del proceso de formación de la prueba preconstituida atiende precisamente a estas razones. Aunque se haya practicado de forma especial, garantizando la posibilidad de que las partes dirijan cuantas preguntas estimen a un testigo que no volverán a tener enfrente y —por esa misma razón— de que el propio investigado esté presente en la actuación procesal, hasta que no se reproduzca en el juicio oral esa declaración no dejará de ser una diligencia de investigación. No en vano la regulación de la prueba preconstituida se contiene en los art. 448 a 449 ter LECrim, en el seno de la fase de instrucción.

Con la reproducción de la grabación se produce definitivamente el tránsito de esa declaración sumarial preconstituida a la condición de prueba preconstituida, valorable sin cortapisa alguna por el tribunal sentenciador. Por tanto, conceptualmente hay que distinguir entre la producción de la prueba preconstituida, lo que necesariamente tiene lugar en la fase de instrucción, y la adquisición de la prueba preconstituida, lo que precisamente se consigue con la reproducción del soporte en que ha quedado documentada en el juicio oral. La prueba preconstituida no puede tener, sin más, plena utilidad probatoria desde el momento en que se produce en instrucción: si el riesgo —de muerte, incapacidad física o intelectual, o ausencia del territorio nacional— que la justificó en la fase de investigación no se ha materializado llegado el enjuiciamiento, el testigo deberá declarar de nuevo. Y del mismo modo, en el art. 703 bis LECrim se contemplan situaciones excepcionales que pueden conducir a una segunda declaración del testigo menor de catorce años o con discapacidad necesitado de especial protección en el juicio oral.

Producida en la fase de instrucción, la plena virtualidad probatoria de la prueba preconstituida se consigue con la reproducción de la grabación en el juicio oral por ser la forma en que se recrean, en la medida de lo posible, las condiciones axiológicas en que esa prueba personal se practicaría en el juicio oral. Ningún margen de negociación entre las partes debería existir para

renunciar a un mecanismo de adquisición de la prueba vinculado a los principios, de raigambre constitucional, que presiden la práctica probatoria.

Y decimos que esas condiciones se reproducen en la medida de lo posible porque el principio de inmediación deviene, por definición, inobservable. Configurado en torno a la concurrencia temporal y espacial —en este orden— de quien declara con el tribunal que está llamado a valorar ese testimonio, en nada afecta prescindir de la reproducción de la grabación en el plenario.

El proceso penal no puede configurarse desatendiendo la realidad; por eso cuando se materializa un riesgo de muerte, de incapacidad física o intelectual o cuando el testigo termina encontrándose geográficamente fuera del alcance de colaboración con el sistema de justicia penal, resulta razonable prescindir de la inmediación. Y del mismo modo se sacrifica —aquí sí— voluntariamente la inmediación para proteger a testigos especialmente vulnerables en atención a sus condiciones personales y los hechos delictivos sobre los que versa el procedimiento. No pasa nada por reconocerlo abiertamente, sin necesidad de acudir a construcciones semánticas que entienden conseguida una inmediación de segundo grado con la reproducción de la grabación de la prueba preconstituida.

Descartada la inmediación resulta necesario reforzar la protección de los demás principios. Si para evitar los perjuicios en el plano moral del menor de edad o persona con discapacidad se produce un primer desclasamiento de garantías, carece de sentido que en estos supuestos se produzca un nuevo debilitamiento de los principios estructurales de la práctica probatoria, amparados en una inadmisibles fórmula de negociación entre las partes sobre los presupuestos de adquisición del medio de prueba y su incorporación en el acervo probatorio valorable por el tribunal.

La línea interpretativa plasmada en la STS 491/2025, que avala prescindir de la reproducción de la grabación de la prueba preconstituida asimilándola a la prueba documental del art. 726 LECrim, afecta a las garantías de publicidad, contradicción y a la directamente eludida concentración con que se deben practicar los medios de prueba.

Aunque la publicidad esté sometida a las excepciones del art. 681.1 LECrim, de fácil apreciación en el supuesto que resuelve la STS 491/2025 de víctimas menores en delitos contra la indemnidad sexual, hemos visto cómo no resulta de aplicación automática en todos los casos de prueba preconstituida, sobre todo los generales del art. 448 LECrim, cuyo objetivo no es evitar la revictimización en el proceso.

El principio de contradicción también sufre un retroceso considerable, pues si bien la parte puede desatender sus posibilidades de defensa en el juicio oral, sin hacer referencia al contenido de la prueba preconstituida de cara a persuadir al juzgador —del mismo modo que, en el momento en que se produce la prueba en instrucción, puede no formular ninguna pregunta al testigo o hasta dejar de comparecer al acto de preconstitución—, de lo que no puede prescindir es del propio trámite procesal, insertado en el armazón contradictorio del plenario, en el que puede hacerse efectiva esa garantía.

Por último, el principio de concentración también está llamado a desempeñar un cometido esencial, más si cabe en este contexto de ausencia de genuina inmediación: posibilita que la información que proporciona ese medio de prueba personal interactúe en igualdad de

condiciones con las demás pruebas practicadas con inmediación, publicidad y plenas facultades de contradicción. Una adecuada ponderación de la prueba invita a no desdeñar este principio, pues evita que la visualización posterior de la prueba preconstituida, ajena a la unidad de acto, conceda en el proceso interno de formación de del convencimiento del juzgador un mayor peso a la prueba preconstituida en desmedro de las demás que sí se han practicado con todas las garantías.

8. Bibliografía

AGUILERA MORALES, Marien, *Las diligencias de investigación fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n.º 3, 2022, pp. 1093 ss.

BUCHHALTER MONTERO, Brian, *Comisiones parlamentarias de investigación y Justicia penal: problemas procesales de la pluralidad de actividades sobre unos mismos hechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2025.

BUENO DE MATA, Federico, *Prueba electrónica y proceso 2.0*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, «El mito de la influencia de la inmediación judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica», *Justicia*, n.º 2, 2014, pp. 339 ss.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio/SANTOS VIJANDE, Jesús María, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996.

EISNER, Isidoro, *La inmediación en el proceso*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1963.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, «Protagonismo probatorio de la víctima en el proceso penal: inconvenientes y ¿posibles soluciones? (al hilo del Convenio de Estambul)», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 33, 2022, pp. 326 ss.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, «Participación del juez en la prueba, neutralidad e imparcialidad», en ALONSO SALGADO, Cristina/RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana/VALIÑO CES, Almudena (dirs.), *Nuevas tendencias en Derecho probatorio*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 9 ss.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2258, 2022, pp. 3 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Derecho Procesal Civil*, 8.ª ed., s/l., 2025.

- «Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia», en BANACLOCHE PALAO, Julio/GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (dirs.), *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto Ley 6/2023*, La Ley, Madrid, 2024, pp. 201 ss.

GIMENO SENDRA, Vicente, «Los principios del proceso y del procedimiento», en GIMENO SENDRA, Vicente/DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel/CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 15 ss.

HERRERA ABIÁN, Rosario, *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Editorial Comares, Granada, 2006.

KHALAF REDA, Abdalla, «Actuaciones procesales con presencia telemática: deshaciendo el enredo del art. 258 bis LECrim», en CARO CATALÁN, José (dir.), *La optimización de la justicia: reflexiones sobre la eficiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2025, 93 ss.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «El derecho a un proceso público», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pp. 822 ss.

LÓPEZ YAGÜES, Verónica, «Art. 703 bis», en BARJA DE QUIROGA, Jacobo (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 2800 ss.

LOREDO COLUNGA, Marcos, «Actuaciones procesales con presencia telemática (o sobre cómo hacer de la necesidad virtud)», *Práctica de Tribunales*, n.º 146, 2020.

MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 13.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

— *Teoría general del proceso*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

ORLANDO, Claudio, *La prova videoregistrata tra istanze di deflazione e tutela della persona nel procedimento penale*, SB, Messina, 2024.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther, «Preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad», en ASENCIO MELLADO, José María/FUENTES SORIANO, Olga (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 591 ss.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, «Las actuaciones procesales por videoconferencia en el proceso penal tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2023», *Diario La Ley*, n.º 10465.

SAGÜILLO TEJERINA, Ernesto, *El recurso de apelación penal y la motivación fáctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián, «Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021», *La Ley Derecho de Familia*, n.º 32, 2021.

TORRES-ROSELL, Nuria/CRUZ JIMÉNEZ, África/HERNÁNDEZ-HIDALGO, Patricia/CASANOVA MARTÍ, Roser, «Indicadores de victimización secundaria en procesos penales por violencia sexual infantil en el contexto Barnahus», *InDret*, n.º 3, 2025, pp. 367 ss.

VIDAL HERRERO, Álvaro, *La apelación «adhesiva penal»*, Dykinson, Madrid, 2019.