

I.

El acceso a la justicia de las personas con discapacidad víctimas de delito¹

ALBERTO GÓMEZ FRAGA
LINDA GUERRA HENRÍQUEZ
IGNACIO MARÍN DURÁN
JUAN ÁLVAREZ SUÁREZ
LUCA ERHART
YOLANDA NAVARRO
PAULA DIMERMAN

Resumen: *La legislación vigente tutela de forma particularmente intensa a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección en su acceso a la justicia. Sin embargo, su aplicación práctica no está exenta de problemas. En el presente capítulo se analizará el marco normativo que regula la forma en que debe practicarse la declaración de la persona con discapacidad víctima de delito durante el procedimiento penal para minimizar el riesgo de victimización secundaria y las principales deficiencias que existen, tanto en su regulación como en su aplicación por nuestros juzgados y tribunales. A tal efecto, prestaremos una especial atención a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. A modo de conclusión, se propondrán posibles líneas de actuación para reforzar la protección de las personas con discapacidad que han sido víctimas de un delito.*

1 Este capítulo no habría sido posible sin la ayuda de las personas que componen la Fundación A la Par, cuyos comentarios y sugerencias, fruto de su experiencia práctica en el apoyo a las personas con discapacidad a través de la Unidad de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Intelectual, nos han servido para conocer de primera mano los problemas a los que se enfrenta este colectivo en su acceso a la justicia.

1. INTRODUCCIÓN

Quienes nos dedicamos al Derecho sabemos lo difícil que resulta enfrentarse a un procedimiento penal, ya sea como víctima o investigado. Los procedimientos penales son por naturaleza complejos y con frecuencia someten a sus intervinientes a situaciones de fuerte estrés e incertidumbre, cuando no directamente incomprensión. Desafortunadamente, quienes más sufren estos inconvenientes son —como siempre— los más vulnerables y, de forma particularmente intensa, las personas con discapacidad.

Difícilmente podemos abordar en un solo texto todos los desafíos que enfrentan las personas con discapacidad en su acceso a la justicia. Cuando hablamos de discapacidad hablamos de muchas y muy diferentes realidades: las discapacidades físicas son distintas de las sensoriales o intelectuales —cada una con sus diferentes grados de afectación— y, consecuentemente, distintos son también los desafíos u obstáculos a los que estas personas se enfrentan en su día a día, también en el acceso a la justicia. Las barreras arquitectónicas (e. g., edificios judiciales antiguos y mal adaptados) son un obstáculo evidente para las personas con discapacidad —especialmente para quienes tienen una discapacidad física—, aunque muy posiblemente constituyen el obstáculo más sencillo de remover si existe voluntad para ello. Otros obstáculos, por el contrario, afectan la esencia misma del procedimiento penal (formalismo excesivo, lenguaje técnico, etc.) y su solución resulta por ello notablemente más compleja. Nuestra pretensión al escribir estas líneas es, por tanto, más limitada.

Nos centraremos en analizar los obstáculos procesales que encuentran las personas con discapacidad (fundamentalmente, intelectual) que han sido víctimas de un delito y que, como consecuencia de la denuncia interpuesta, deben hacer frente a un procedimiento penal y declarar en su seno como testigos.

En la actualidad existe una creciente preocupación por garantizar el acceso a la justicia de los colectivos más vulnerables en condiciones de igualdad y no discriminación. A este respecto, es fácil comprobar cómo desde finales del pasado siglo se han sucedido a nivel internacional diferentes iniciativas destinadas a reforzar la protección de las personas con discapacidad en el ámbito judicial². En consonancia con lo anterior, en los últimos años nuestro legisla-

2 En una primera etapa los tratados y acuerdos internacionales se centraron en la protección de la infancia por su especial vulnerabilidad y, quizás también, por ser el colectivo vulnerable más numeroso. Con el tiempo, esta protección se fue extendiendo a otros sujetos en situación de especial vulnerabilidad, como las personas con discapacidad.

dor ha realizado un notable esfuerzo normativo destinado a facilitar el acceso a la justicia de este heterogéneo colectivo, fruto de los compromisos internacionales adquiridos y la jurisprudencia de nuestros juzgados y tribunales. En este contexto, cabe destacar especialmente la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito («Estatuto de la víctima del delito») y la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* («Ley Orgánica de Protección de la Infancia»). Como veremos a continuación, estas normas han supuesto un cambio sustantivo.

En nuestro ordenamiento procesal penal la declaración de la víctima practicada durante la fase de instrucción carece con carácter general de valor probatorio y debe reproducirse durante el juicio oral al objeto de garantizar los principios de inmediación y contradicción, y el derecho de defensa del acusado. De este modo, a lo largo del procedimiento, la víctima se encuentra con frecuencia obligada a prestar declaración en dos ocasiones, si no más. Y, dado que su declaración se configura procesalmente como una testifical, la víctima está obligada decir verdad y contestar a todas y cada una de las preguntas que se le formulen.

La experiencia acumulada en el trato con víctimas ha demostrado que su declaración en el seno del procedimiento penal puede constituir un proceso traumático y agudizar su sufrimiento, especialmente cuando el proceso judicial exige la repetición del relato traumático o se actúa con falta de sensibilidad (victimización secundaria). Por ello, a través de las normas anteriormente citadas, el legislador ha tratado de proteger en general a las víctimas y tutelar de forma particularmente intensa a quienes, por sus características y circunstancias personales, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (fundamentalmente, menores de edad, personas con discapacidad y víctimas de violencia de género). A tal efecto, se ha generalizado la obligación de realizar una evaluación inicial a la víctima del delito a fin de determinar sus necesidades especiales de protección. Además, cuando la víctima sea un menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se ha normalizado la preconstitución probatoria de su declaración y la posibilidad de practicar esta prueba por medio de expertos³.

Obviamente, la implementación práctica de estas medidas no está exenta de desafíos. Por ello, en las siguientes páginas examinaremos los principales obstáculos que han de enfrentar las personas con discapacidad víctimas del

3 En la práctica, los expertos —también llamados equipos psicosociales— están compuestos por médicos especialistas, trabajadores sociales y/o los psicólogos especialmente cualificados.

delito con motivo de su declaración judicial, prestando especial atención a dos aspectos: (i) la ya mencionada evaluación inicial de la víctima por su importancia para detectar situaciones de discapacidad necesitadas de especial protección; y (ii) la forma y los requisitos que debe reunir la declaración de la víctima practicada durante la fase de instrucción para considerarse válidamente como prueba preconstituida. Y, más importante todavía, o al menos igual de importante, examinaremos cómo esta normativa está siendo aplicada en la práctica por nuestros juzgados y tribunales, evaluando así la efectividad real de estas reformas en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

2.1. NORMATIVA INTERNACIONAL

Si echamos la vista atrás, comprobamos una sustancial evolución en el reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales de las personas a nivel internacional. La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, constituye el punto de partida al establecer por primera vez un amplio catálogo de derechos y libertades fundamentales aplicables a todas las personas, entre los que naturalmente se incluye el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación⁴. Esta norma —clave a nivel internacional— ha sido reconocida en nuestro ordenamiento a través del artículo 10 de la Constitución española.

En materia penal, este catálogo general de derechos fue objeto de concreción por medio de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 (Resolución 40/34). Sin fuerza vinculante, el texto aprobado en 1985 contiene un conjunto de principios y recomendaciones que han servido de guía en el establecimiento de mecanismos específicos de protección a las víctimas, e incluye una previsión genérica de adecuación de los procedimientos a las «*necesidades de las víctimas*».

Sin embargo, no fue hasta principios de este siglo cuando, por medio de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 («Convención de Nueva York»)⁵, se abrió el camino al establecimiento

4 Ver artículos 2, 7 y 10 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

5 La Convención de Nueva York fue firmada por España el 30 de marzo de 2007 y el Instrumento de Ratificación se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el 21 de abril de 2008.

de un catálogo de derechos específico de las personas con discapacidad⁶. En materia de justicia, el texto aprobado obliga a los Estados signatarios a garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, incluso mediante ajustes de procedimiento, aunque no concreta qué ajustes han de hacerse. Solo contiene una mención genérica a la posibilidad de que estos ajustes afecten a la declaración del testigo con discapacidad durante la fase de investigación. Literalmente⁷:

«Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares».

Más concretas resultan las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, formuladas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, hecha en Brasilia entre el 4 y 6 de marzo de 2008. Con un alcance más limitado (se trata de un conjunto de principios y recomendaciones sin fuerza vinculante), el texto aprobado contiene una detallada propuesta de regulación sobre:

- La obligación de facilitar información adecuada a la víctima del delito y la forma en que esta debe facilitarse *«de modo que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria»* (Regla 55) y *«que esta pueda comprender su alcance y significado»* (Regla 58).
- Las condiciones en las que debe desarrollarse la comparecencia judicial de la persona con discapacidad a fin de evitar o minimizar el riesgo de victimización secundaria. A tal efecto, el texto aprobado recomienda abiertamente que la declaración de la víctima se articule como prueba preconstituida y se realice con el apoyo de profesionales para *«garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad»* (Reglas 65, 67 y 70).

2.2. MARCO EUROPEO

A nivel europeo el desarrollo ha sido todavía mayor, especialmente en el marco de la Unión Europea. El punto de partida lo encontramos, sin embargo,

6 Según esta norma (artículo 1): *«Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».*

7 Ver artículo 13 de la Convención de Nueva York.

en el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, aprobado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el texto aprobado entonces y que, tras sufrir diferentes enmiendas, sigue hoy plenamente vigente, tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros del Consejo de Europa (incluido el derecho a un juicio justo y la prohibición de toda discriminación⁸). Por medio de esta norma se creó, además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia vinculante ha servido para consolidar un marco común de protección de los derechos humanos en Europa.

A nivel de la Unión Europea, aunque mucho más reciente, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, proclamada en Niza el 7 de diciembre del año 2000 (2000/C 364/01), establece a su vez un amplio catálogo de derechos de las personas⁹ de obligado cumplimiento para los Estados miembros¹⁰ y susceptible de control judicial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el ámbito penal, debemos destacar en primer lugar la *Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal* (2001/220/JAI). Aunque ya derogada, esta norma contemplaba un conjunto mínimo de derechos para las personas que habían sido víctimas de un delito y obligaba a los Estados miembros a velar «por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación». No definía, sin embargo, qué cabía entender por persona especialmente vulnerable ni desarrollaba un marco específico de protección.

Esta indefinición desapareció con la promulgación de la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, hoy vigente¹¹. A diferencia de su predecesora, esta norma contempla

8 Pueden verse a este respecto los artículos 6 y 14 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

9 Entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva y la igualdad ante la ley, con prohibición de cualquier discriminación. Pueden verse a este respecto los artículos 20 y 21 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* que, además, reconoce de manera específica el derecho a la integración de las personas con discapacidad por medio de su artículo 26.

10 Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* pasó a ser jurídicamente vinculante para los Estados miembros y tener la misma validez jurídica que los tratados de la UE.

11 La Directiva 2012/29/UE sustituye a su predecesora la Decisión Marco 2001/220/JAI.

expresamente que las comunicaciones con las víctimas del delito se realicen teniendo en cuenta sus características personales «*incluida cualquier discapacidad que pueda afectar a su capacidad de entender o de ser entendida*»¹² y establece:

- La obligación de realizar una evaluación individual a las víctimas del delito con discapacidad a fin de determinar sus necesidades especiales de protección¹³.
- La posibilidad de adoptar determinadas medidas de protección durante la declaración de la víctima con necesidades especiales¹⁴; entre ellas, la toma de declaración por un profesional y el uso de la tecnología para evitar el contacto con el infractor.

Todo ello, sin perjuicio de «*los derechos de la defensa y con arreglo a las normas relativas a la facultad de apreciación de los tribunales*» (cuestiones que, como veremos a continuación, resultan fundamentales en nuestro ordenamiento).

2.3. NORMATIVA NACIONAL

Nuestra Carta Magna, a través de su artículo 49, garantiza que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos y deberes fundamentales en condiciones de libertad e igualdad. Textualmente:

«1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.

2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».

En desarrollo de este mandato constitucional y los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país —fundamentalmente, la Convención de Nueva York—, se aprobó hace más de una década el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión*¹⁵. Con vocación de uni-

12 Ver artículo 1 de la Directiva 2012/29/UE.

13 Ver artículo 22 de la Directiva 2012/29/UE.

14 Ver artículo 23 de la Directiva 2012/29/UE.

15 Según esta norma (artículo 2) la discapacidad «*es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*».

versalidad, esta norma contiene un conjunto de medidas destinadas a promover con carácter general la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y suprimir las barreras con las que se encuentran, también al ámbito de la Administración de Justicia¹⁶. Precisamente en este ámbito, en los últimos años se han producido importantes reformas legislativas destinadas a reforzar la protección de las personas con discapacidad en materia penal:

- *Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal.*

Por medio de esta norma se modifica la redacción del artículo 25 del Código Penal a fin de suprimir expresiones poco afortunadas (incapaz) y añadir una categoría específica de discapacidad necesitada de especial protección. Textualmente:

«A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

La reforma, sin duda, acierta al actualizar la definición de persona con discapacidad al incorporar expresiones más acordes con la normativa internacional y el sentir de los tiempos. Se opta, sin embargo, por una definición abierta que plantea especiales problemas en lo que respecta a la noción de *personas con discapacidad necesitadas de especial protección* al precisar que no es necesario que exista una modificación judicial de la capacidad de obrar para pertenecer a dicha categoría. A la vista de lo anterior, cabe pensar razonablemente que todas las personas cuya capacidad de obrar haya sido judicialmente modificada se incluirán, al menos en principio, dentro de esta categoría. Sucede que no todas las personas con discapacidad necesitadas de una especial protección tienen judicialmente modificada su capacidad de obrar. Como veremos más adelante, esta circunstancia plantea importantes desafíos en la aplicación práctica de las normas que regulan su especial protección, pues no todas las discapacidades son fácilmente identificables a simple vista (lo que dificulta su detección temprana).

16 Ver artículo 5 (f) del RDL 1/2013.

- *Estatuto de la víctima del delito*¹⁷.

En consonancia con la Directiva 2012/29/UE que traspone, esta norma prevé la realización de una evaluación individual de la víctima con la finalidad de detectar situaciones de vulnerabilidad de forma temprana y servir de guía al órgano judicial en la adopción de las medidas de protección que resulten necesarias en *atención a las características y circunstancias personales de la víctima*¹⁸. La norma también prevé medidas de protección específicas para menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de violencias sexuales¹⁹. Esencialmente²⁰:

- o La grabación de la declaración de la víctima para que pueda ser reproducida durante el juicio oral, «*en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal*» (se apunta así, aunque de manera prudente, hacia la preconstitución probatoria, si bien manteniéndose dentro del régimen procesal general).
- o La intervención de expertos durante el desarrollo de la declaración de la víctima, cuando esta sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección (hasta entonces, la normativa solo contemplaba esta posibilidad en supuestos de menor edad).

- *La Ley Orgánica de Protección de la Infancia*.

Esta norma ha supuesto un paso más en la protección de las personas con discapacidad al modificar de manera sustancial la regulación de la prueba preconstituida, que pasa de facultativa a preceptiva en los casos de menores de catorce años y personas con discapacidad necesitadas de especial protección²².

17 Publicado en el BOE el 28 de abril de 2015.

18 Ver artículo 23 del Estatuto de la víctima del delito.

19 Ver artículo 26 del Estatuto de la víctima del delito.

20 A estos efectos, el Estatuto de la víctima del delito modifica los artículos 433, 448, 707, 730 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otros muchos.

21 La *Ley Orgánica de Protección de la Infancia*, a través de su disposición final primera, introduce los artículos 449 bis, 449 ter y 703 bis y modifica los artículos 730, 777 y 788 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

22 Esta modificación, nos explica la *Ley Orgánica de Protección de la Infancia* en su exposición de motivos, tiene como finalidad principal evitar la victimización secundaria (existen también razones epistemológicas que así lo aconsejan, tal y como había venido señalado la jurisprudencia).

Además, por medio de esta norma se positivizan los principales criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²³ y el Tribunal Supremo²⁴ en relación con la prueba preconstituida²⁵. En concreto, se detalla:

- o La forma en que debe practicarse la declaración durante la fase de instrucción de los menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.
 - o La forma en que esta declaración debe acceder al juicio oral para ser tenida por válida.
- *Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.*

Como su propio nombre indica, esta norma tiene por finalidad principal aprobar diferentes medidas para reforzar y agilizar la Administración de Justicia. En lo que aquí interesa, el legislador aprovecha esta norma para modificar el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (que regula la declaración de la víctima durante la instrucción) al objeto de recoger de forma expresa la obligación de realizar las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios en los procesos en los que par-

23 Ver sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, n.º 174/2011, de 7 de noviembre (Rec. 10202/2009), ponente Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

24 A este respecto, resulta especialmente ilustrativa la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 579/2019, de 29 de noviembre, ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet, en la que podemos leer lo siguiente: «Según reiteradísima jurisprudencia del TC y de esta Sala sólo son válidas para enervar la presunción de inocencia, como regla general, las pruebas practicadas en el juicio oral, aunque se admiten excepciones que permiten conferir validez como prueba de cargo a la prueba preconstituida en fase sumarial bajo ciertos presupuestos y requisitos: (a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral (b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción (c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo y (d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral».

25 A estos efectos, la Ley Orgánica de Protección de la Infancia, a través de su disposición final primera, introduce los artículos 449 bis, 449 ter y 703 bis y modifica los artículos 730, 777 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

tipicen personas con discapacidad (todo ello, en consonancia con las previsiones establecidas en el Estatuto de la víctima del delito)²⁶.

En resumen, en los últimos años ha existido un notable esfuerzo legislativo destinado a reforzar la protección de las personas con discapacidad víctimas del delito a través de una detección temprana de las situaciones de vulnerabilidad (evaluación inicial), la generalización de la preconstitución probatoria y la intervención de expertos facilitadores ajenos al proceso (equipos psicosociales). Con todo, su implementación práctica no está exenta de problemas, algunos de los cuales abordaremos a continuación. A ello cabe añadir algunos pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo, cuya lectura apresurada puede llevar a una malinterpretación de su contenido. Nos referimos, en particular, a las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio y n.º 285/2024, de 21 de marzo.

3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

3.1. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA EVALUACIÓN INICIAL DE LA VÍCTIMA

Hemos visto que la adecuada protección de las personas con discapacidad exige una temprana comprobación de la situación de vulnerabilidad y, por ello, el legislador ha previsto la obligación de realizar una evaluación inicial a las víctimas²⁷. Pues bien, esta evaluación se regula con carácter principal, aunque de forma notablemente mejorable, en los artículos 23 y 24 del Estatuto de la víctima del delito y los artículos 109, 707, 773.2 y 777.3 de la Ley de En-

26 En concreto, la reforma añade un tercer párrafo al precepto, con el siguiente contenido (que, en lo sustancial, reproduce lo dispuesto en el artículo 4 del Estatuto de la víctima del delito): «*En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios. Dichas adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. Se deberá garantizar que: (a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se realicen en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. (b) Se facilite a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. (c) Se permita la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. (d) La persona con discapacidad pueda estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.*».

27 La evaluación o comprobación de la capacidad tiene su correlativo, en lo que respecta a la persona física investigada con discapacidad, en el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

juiciamiento Criminal. Es mejorable porque ni el artículo 109 (que regula la declaración de la víctima en fase de instrucción) ni el artículo 707 (que regula la declaración de la víctima en el plenario) ni el artículo 773.2 (que regula la declaración de la víctima ante el Ministerio Fiscal) ni el artículo 777.3 (que regula la declaración de la víctima en fase de diligencias previas) determinan con claridad cuándo y cómo debe realizarse esta evaluación inicial.

Solo a través de la lectura conjunta de estos preceptos y lo dispuesto en el Estatuto de la víctima del delito resulta posible concluir que corresponde al órgano instructor²⁸ comprobar por primera vez la capacidad de la víctima al momento de realizar la información de derechos y, en todo caso, con carácter previo a oír la declaración²⁹. Existe una razón para ello: es en ese momento cuando el órgano judicial debe asegurarse de que la víctima del delito conoce y comprende cuáles son los derechos que le asisten de acuerdo con la «legislación vigente», lo que en el caso de personas con discapacidad implica el derecho de la víctima a conocer que el órgano judicial está facultado para realizar ajustes en el procedimiento y acordar medidas de protección. Consecuentemente, si, con ocasión de la información de derechos, el juez detecta que la víctima es o puede ser una persona con discapacidad necesitada de especial protección, deberá realizar las actuaciones que resulten necesarias al objeto de verificar tal situación, *«pudiendo delegar esta función en personal especializado en la asistencia a víctimas»*.

La adecuada realización de la evaluación inicial constituye una pieza clave para evitar una situación de desprotección, ya que no todas las personas con discapacidad necesitadas de especial protección presentan una discapacidad fácilmente detectable o tienen su capacidad de obrar judicialmente modificada (tampoco tienen por qué estar siempre acompañadas). En este sentido, no resulta difícil imaginar a una persona con discapacidad presentando una denuncia en dependencias policiales sin acompañamiento y sin que los agentes que la atiendan tengan la oportunidad de comprobar su capacidad (por falta de medios, de formación o, simplemente, de tiempo suficiente). Y no resulta difícil imaginar tampoco que, si tal denuncia es admitida a trámite, la víctima sea convocada a ratificar su contenido a través de una breve comparecencia, que se sustancia sin abogado (su presencia no es preceptiva) y, en no pocas ocasiones, ante el oficial del Juzgado encargado del asunto, que no tiene ni el

28 En las diligencias de investigación de Fiscalía, tal tarea recaería en el Ministerio Fiscal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

29 Esta comprobación puede y debe ser realizada también por el órgano enjuiciador, ya sea para verificar que siguen concurriendo las condiciones que en su momento determinaron la atribución de la condición de persona con discapacidad necesitada de especial protección a la víctima, ya sea para evaluar a la víctima por primera vez si antes no se hizo.

tiempo ni los medios ni la formación para evaluar correctamente la capacidad de la víctima (posiblemente, tampoco el juez, si estuviere).

Lógicamente, en tales casos, se incrementa exponencialmente el riesgo de que esa víctima necesitada de especial protección no sea capaz de entender lo que está sucediendo a su alrededor ni hacerse entender ni ejercitar correctamente sus derechos (tampoco el órgano judicial podrá acordar medidas de protección adecuadas); y, con ello, se incrementa también el riesgo de que se acuerde el sobreseimiento del asunto en fase instructora o su continuación sin las debidas garantías. Esta es, desde luego, la experiencia que nos trasladan los profesionales que forman parte de la Unidad de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Intelectual de la Fundación A la Par. Para evitar lo anterior, se hace necesario dotar a las oficinas judiciales de los medios y la formación necesarios para detectar situaciones de discapacidad que *a priori* pueden no resultar evidentes. La detección temprana de la situación de discapacidad es lo que falla en la mayoría de los casos, pues, una vez esta es detectada, lo normal es que el órgano judicial recabe el auxilio de los expertos, quienes a partir de ese momento se ocuparán de evaluar adecuadamente el grado de discapacidad y auxiliar al juez en la adopción de medidas de protección.

Otro aspecto problemático en relación con la intervención de estos profesionales es que ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal detallan cuál debe ser su concreta participación. Como acertadamente ha puesto de manifiesto la doctrina, las reformas operadas por el legislador apelan constantemente a la figura de los expertos «*sin mayor desarrollo que su mero enunciado (convirtiendo así, su incorporación al proceso penal en una mera ingenuidad)*»³⁰ y sin abordar cuestiones tan esenciales como cuál deba ser su estatuto profesional (cualificación, obligaciones, etc.) o cuál el contenido de sus informes³¹.

¿Y qué dice la jurisprudencia a este respecto? No demasiado. La evaluación inicial de la víctima aparece mencionada en numerosas resoluciones, casi siempre tangencialmente y con ocasión de la comprobación de si concurren o no los requisitos de la prueba preconstituida. Estas resoluciones no desarrollan,

30 CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Nueve ejes esenciales de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencial (casi existencial: El Facilitador judicial) no suman 10», *Diario LA LEY*, n.º 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024.

31 Solo algunas Comunidades Autónomas se han ocupado de regular la intervención de estos profesionales. Sirva destacar, a modo de ejemplo, el *Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid*, en donde se regula su capacitación (artículos 4 y 5), los principios que deben regir su actuación (artículo 6) y las actuaciones que deben realizar (artículo 7 y 8)

sin embargo, sobre qué concretos aspectos pueden o deben pronunciarse los expertos. Lo que sí hace la jurisprudencia es destacar la importancia del informe experto para justificar la preconstitución probatoria. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 579/2019, de 26 de noviembre (Rec. 2104/2018), ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet, cuyos razonamientos, pese a estar referidos a un supuesto que afectaba a un menor de edad, son perfectamente extrapolables a personas con discapacidad:

«En el caso Bocos-Cuesta contra Holanda (STEDH de 10 de noviembre de 2005) ya se dejó establecido que aunque la razón dada por los tribunales para no escuchar a las víctimas —antes oída solamente en sede policial— consistió en no obligarles a revivir una experiencia posiblemente muy traumática, ello es insuficiente si no existe indicación en el expediente de que este motivo se fundamente en prueba concreta, como, por ejemplo lo sería un dictamen pericial, aun cuando el Tribunal es consciente de que la organización de los procesos penales, de tal manera que se protejan los intereses de los testigos de muy corta edad, en particular en los procedimientos judiciales que implica delitos sexuales, es una consideración pertinente, para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 6, en este concreto caso, la razón dada por los tribunales de primera instancia para rechazar la petición del demandante para oír a las cuatro víctimas, no resulta suficientemente justificado y, por tanto, deriva de meras especulaciones.

Como recuerda nuestra STS n.º 470/2013 de 5 de junio, los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores».

En definitiva, la correcta evaluación inicial a la víctima del delito, con el apoyo de profesionales cualificados, resulta indispensable para la adecuada protección de la persona con discapacidad, pues solo a través de esa evaluación podrán determinarse, con las suficientes garantías, las medidas de protección que resulten aconsejables o necesarias en el caso concreto. En este contexto, resultaría cuando menos deseable (i) dotar a nuestros juzgados y tribunales (también a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), de los medios y la formación necesarios para garantizar la efectiva realización de esta evaluación inicial³²; y también (ii) una mayor concreción en cuanto al objeto

32 En la actualidad encontramos algunos intentos para dotar de efectividad a esta garantía, siendo un buen ejemplo de ello la *Guía de intervención policial con personas con Discapacidad Intelectual* (https://www.policia.es/miscelanea/ufam/guia_int_pol_pers_discapacidad.pdf), si bien su difusión dista mucho de ser la deseable.

y contenido mínimo del informe de expertos (bien a nivel normativo, bien a nivel jurisprudencial).

3.2. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA CON DISCAPACIDAD NECESITADA DE ESPECIAL PROTECCIÓN COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA DURANTE LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y SU POSIBLE REALIZACIÓN A TRAVÉS DE EXPERTOS

3.2.1. Los requisitos exigibles para acordar la declaración de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección como prueba preconstituida se recogen con carácter principal en el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según este precepto:

«Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.

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, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve».

De acuerdo con este precepto, la declaración de la persona con discapacidad necesitada de especial protección —así como la declaración del menor de catorce años— durante la fase de instrucción del proceso penal se realizará como prueba preconstituida, siempre que el delito investigado pertenezca a alguna de las categorías de delito expresamente enumeradas. La preconstitución probatoria se configura así como preceptiva. No otra interpretación puede hacerse de la expresión «*en todo caso*» empleada por el legislador.

La redacción del precepto resulta, sin embargo, poco afortunada, pues, si bien en su inicio se refiere tanto a los menores de edad como a las personas con discapacidad, posteriormente alude únicamente a la práctica de la audiencia «del menor» como prueba preconstituida, omitiendo toda referencia a las personas con discapacidad. Esta precisión adicional relativa a la audiencia del menor no solo era innecesaria, sino que induce a confusión al romper la coherencia interna del enunciado normativo. Pese a ello, no parece razonable considerar que se trate de una exclusión deliberada, sino más bien de una omisión involuntaria por parte del legislador³³, tal y como se han ocupado de destacar la doctrina³⁴ y la jurisprudencia, aunque esta última solo de forma implícita. Sirva citar a este respecto la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 3/2024, de 10 de enero (Rec. 6636/2021), ponente Excm. Sra. Dña. Susana Polo García:

33 Esta interpretación es, además, la única compatible con la exposición de motivos de la norma, donde se anticipa un mismo tratamiento procesal para los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Textualmente: «*En relación con la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Atendiendo a su especial vulnerabilidad se establece su obligatoriedad cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. En estos supuestos la autoridad judicial, practicada la prueba preconstituida, solo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral, cuando, interesada por una de las partes, se considere necesario. Por tanto, se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de catorce años o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables*».

34 Pueden verse a este respecto: (i) 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, diciembre de 2022; y (ii) 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, pp. 1093-1126, set./dez. 2022.

«Se introduce un precepto general que regula la práctica como prueba preconstituida de la declaración testifical, estableciendo las garantías necesarias para que pueda incorporarse al juicio oral (art. 499 bis, en relación con el art. 730.2 LECR). La prueba preconstituida se configura, con carácter general, como una posibilidad que debe acordar la autoridad judicial, conforme a los supuestos legalmente previstos. Tal posibilidad se convierte en obligación (la redacción en términos imperativos no ofrece duda: “la autoridad judicial acordará”), cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o con discapacidad necesitada de especial protección y se trate de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, quedando así delimitados los ámbitos subjetivo y objetivo (art. 499. ter LECR)».

La jurisprudencia también se ha ocupado de enfatizar, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 25 del Código Penal, que no resulta exigible una previa declaración formal de incapacidad para la adopción de medidas de protección (la prueba preconstituida lo es), sino que estas habrán de disponerse tan pronto el órgano judicial constate la situación de vulnerabilidad (lo que, según hemos visto, puede y debe hacerse con ocasión de la evaluación inicial). En palabras de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 226/2021 de 11 marzo (Rec. 2283/2019), ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta:

«Los presupuestos de aplicación del artículo 433 y 438 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no parten de una previa declaración de incapacidad, como requisito formal, sino que, como resulta del hecho declarado probado y de la copiosa pericial realizada al respecto, la situación de retraso mental y de discapacidad es “irreversible y crónica, es necesariamente evidente y notoria para cualquier persona en cuanto se interactúa mínimamente”.

Desde la constatación de una situación de discapacidad, “necesariamente evidente y notoria”, resulta procedente la adopción de medidas de tutela de la persona con discapacidad, previstas en la ley procesal, para asegurar la corrección del testimonio y su realización en las mejores condiciones para el sujeto que padece la situación y para la finalidad para la que se dispone la testifical.

La aplicación de las normas que tutelan a las personas con discapacidad, recogidos en estatutos de protección, no quedan supeditadas a la declaración formal de discapacidad, sino que han de ser dispuestas en el momento que se detecte la concurrencia de circunstancias que precisa la adopción de medidas dirigidas a compensar la discapacidad que resulta evidente. Así se satisfarán, la debida tutela de los derechos de la persona que lo requiere, y se atenderán con eficacia las necesidades del sistema penal».

La lectura del artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal suscita una segunda cuestión: qué sucede en aquellos casos en los que el delito que se investiga no se encuentra dentro del catálogo de delitos enunciado y, correlativamente, si fuera de esa categoría resulta posible la declaración de la persona con discapacidad como prueba preconstituida. La respuesta ha de ser afirmativa, pues no existe impedimento legal para ello. Ahora bien, cuando se trate de un delito distinto de los expresamente previstos en el artículo 449 ter, la declaración de la víctima se regirá no por dicho artículo, sino por lo dispuesto en el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula la preconstitución probatoria con carácter general. Consecuentemente, en tales casos, será aconsejable un especial esfuerzo del órgano instructor a la hora de justificar la conveniencia de practicar tal declaración como prueba preconstituida al no quedar amparada por la obligatoriedad prevista en el citado artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. E igual esfuerzo cabría exigir al órgano judicial para rechazar su práctica, si esta es pedida por el Ministerio Fiscal o la representación procesal de la víctima en aplicación de lo dispuesto en el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 26 del Estatuto de la víctima del delito, que obliga a adoptar *«las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito»*.

Por último, es importante destacar que la preconstitución probatoria es también posible cuando el delito perseguido tenga la condición de leve y que durante su realización el órgano judicial estará obligado a evitar la confrontación visual entre el testigo y el investigado, si este comparece al acto.

3.2.2. En cuanto a la forma en que debe desarrollarse la declaración en instrucción de la persona con discapacidad como prueba preconstituida, la reforma operada a través de la Ley Orgánica de Protección de la Infancia se ha ocupado de positivizar las principales aportaciones que sobre esta materia había hecho la jurisprudencia al objeto de garantizar los principios de contradicción e inmediatez (también durante el juicio oral)³⁵. A estos efectos, la regulación actual establece lo siguiente:

35 Sobre estos requisitos, sirva citar nuevamente la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, n.º 174/2011, de 7 de noviembre (Rec. 10202/2009), ponente Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, y la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 579/2019, de 29 de noviembre, ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

- El acto deberá desarrollarse en presencia del letrado de la defensa y el investigado, quienes habrán de ser debidamente citados.

Es importante precisar que, a diferencia de lo que sucede con el letrado de la defensa, cuya comparecencia resulta preceptiva, la comparecencia del investigado es solo facultativa y su ausencia no impedirá la práctica de la declaración, siempre y cuando haya sido correctamente citado. Se prevé además que, en caso de incomparecencia injustificada del letrado de la defensa o urgencia, la declaración se sustanciará con un abogado de oficio.

Llama la atención que la norma exija la presencia del letrado de la defensa y, además, prevea la posibilidad de que el investigado esté presente, ya que esta no es la regla general en nuestro ordenamiento cuando se trata de testificales. De hecho, es la antagónica: con carácter general, durante la fase de instrucción solo es obligatorio citar a las partes personadas (incluida la defensa), siendo facultativa su asistencia (su presencia no es en absoluto imprescindible) y solo a través de sus respectivas representaciones procesales (pues solo los letrados pueden asistir).

Existe, sin embargo, una razón para esta sustancial diferencia de tratamiento. Como hemos venido señalando, con la prueba preconstituida se pretende evitar que la víctima comparezca nuevamente durante el juicio oral y se someta a un segundo interrogatorio de la defensa. Sucede que, en nuestro ordenamiento, la contradicción forma parte esencial del derecho de defensa y el derecho a un juicio equitativo (artículos 24 de la Constitución española y 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales). Y también, en nuestro ordenamiento, la presencia del acusado durante el juicio oral se configura como un derecho, pero también como una obligación, a fin de salvaguardar su derecho fundamental a oír, ser oído y defenderse. De ahí que tenga todo el sentido prever (i) la necesaria presencia del letrado de la defensa durante la declaración de la víctima, pues solo así se puede garantizar que exista verdadera contradicción, y (ii) la posibilidad del investigado de estar presente pues ello permite garantizar su derecho de defensa, que incluye el derecho a oír los testimonios en su contra.

En definitiva, el principio de contradicción se satisface plenamente, siempre que se haya dado a la defensa la oportunidad de intervenir en el acto, lo cual no implica que deba hacerlo. Naturalmente, la defensa se encuentra facultada para formular o no preguntas. Pero, si pudiendo

hacerlo, opta por el silencio, no existirá quebranto del principio de contradicción ni, consecuentemente, podrá más adelante esgrimir la falta de interrogatorio efectivo para denunciar una vulneración del derecho de defensa, pues faltará lo más importante. Faltará la indefensión material. Así nos lo recuerda la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 285/2024, de 21 de marzo (Rec. 1882/2022), ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez³⁶.

- La grabación de la declaración, con levantamiento de acta sucinta que contendrá la identificación y firma de todos los intervinientes.

Este requisito tiene como finalidad principal salvaguardar la integridad del testimonio prestado y permitir su acceso al juicio oral de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 703 bis y 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No basta, por tanto, con grabar la declaración. Es necesario, además, que esa declaración acceda efectivamente al juicio oral mediante reproducción de la grabación realizada, pues solo así podrá ser debidamente valorada por el órgano enjuiciador, con respeto del principio de inmediación.

36 Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 285/2024, de 21 de marzo (Rec. 1882/2022), ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez: «*La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia se hace eco de las garantías de contradicción y defensa que presidieron el desarrollo de la prueba: "... examinadas las actuaciones se constata que se dictó en instrucción providencia de 8 de junio de 2017, f. 121 de la causa, en que tras tener por recibido el anterior fax procedente del EATP (para determinar la fecha en que podía realizarse la exploración de la menor con intervención de los psicólogos del mismo) acordó señalar la exploración judicial de la menor Salome, para el 29 de setiembre de 2017, ante el Equipo de Atención Técnica penal de la Ciudad de la Justicia, acordando su citación así como la del investigado, debiéndose registrar la sesión en el sistema audiovisual ARCONTE 2 con inclusión de los peritos participantes. Ante la incomparecencia de la menor el día señalado 29.9.2017, pero habiendo comparecido el investigado, se dictó nueva providencia de fecha 3 de octubre de 2017, f. 183 de la causa, en que se acordó señalar para el día 27.10.2017 la realización de la exploración judicial de la menor Salome ante el Equipo de Atención Técnica Penal de la Ciudad de la Justicia, acordando citar al investigado para asistir a dicha exploración y debiéndose registrar la sesión en el sistema audiovisual ARCONTE 2 con inclusión de los peritos participantes. Y tuvo lugar, tras citación de todas las partes, el Acta de exploración judicial del menor, f. 209 en que el LAJ hace constar que están presentes el Fiscal, la menor Salome, asistida por su madre, así como el investigado Ignacio, asistido por el Letrado D. Jonatan Juiz Sánchez, formando el Equipo Técnico los psicólogos Sras. Justa y Ofelia. Asimismo, se hace constar que realizada una primera exploración por el Equipo Técnico se interesa si se han de realizar aclaraciones. El Fiscal no interesa preguntas y por el Abogado tampoco*».

La conclusión no puede ser otra. Hubo efectiva contradicción en la práctica de la diligencia de exploración judicial de la menor, sin que el Abogado del acusado, ni este último, ambos presentes en el acto, hubieran cuestionado la validez de dicha diligencia como preconstituida, y sin que se produjera indefensión alguna al investigado».

Ciertamente, en tales casos la intermediación será siempre limitada al no resultar posible interactuar con una grabación (las partes no podrán preguntar, el juez no podrá pedir aclaraciones, etc.), lo que sin duda supone un sacrificio del derecho de defensa. La cuestión no es si tal sacrificio existe —es obvio que sí—, sino si está justificado y es proporcionado. Como tantas veces nos ha explicado el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, los derechos fundamentales no son absolutos, sino que pueden estar, y de hecho están con frecuencia, sometidos a limitaciones razonables al objeto de salvaguardar otros derechos o bienes jurídicos de igual relevancia. Basándose en esta asentada doctrina constitucional, el Tribunal Supremo se ha ocupado de precisar que, en determinados casos de preconstitución probatoria, el sacrificio de los principios de intermediación y contradicción puede estar justificado si es proporcionado y con ello se salvaguarda el derecho de la víctima a la integridad y tutela judicial efectiva. En palabras de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 579/2019 de 26 noviembre (Rec. 2104/2018), ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet:

«Pero que se garantice el principio de contradicción en la fase de instrucción no quiere decir que la defensa renuncie a este principio en la fase de plenario, como comprobamos a continuación.

Y es que es sobre la base del principio de contradicción sobre lo que se construye el debate sobre este dilema acerca de si los menores deben reproducir su declaración en el plenario cuando se preconstituyó su prueba, ya que este derecho se ubica sobre el derecho de defensa de la persona acusada.

Y es que, como apunta la mejor doctrina, 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. [...]

La legitimidad de esa causa pasa por ponderar el derecho fundamental a la defensa del acusado con otros intereses y derechos dignos de protección, de tal suerte que tal ponderación permita modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, de modo que tales supuestos excepcionales deberán resultar debidamente justificados en atención a esos fines legítimos».

3.2.3. En apartados anteriores hemos analizado los requisitos que deben concurrir para acordar la declaración de la víctima con discapacidad como prueba preconstituida y la forma en que esta debe realizarse. A continuación, nos referiremos a la facultad que tiene el órgano judicial de acordar que tal declaración se practique además por medio de expertos. En efecto, el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al órgano judicial para acordar que la declaración de los menores de catorce años y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección se practique a través de equipos psicosociales. Su intervención se configura, no obstante, como facultativa («podrá acordar»). Corresponde, por tanto, al órgano judicial decidir sobre la intervención o no de esta figura, cuya participación en el acto aparece prevista con una doble finalidad: (i) de una parte, evitar que tal declaración se constituya en una nueva fuente de sufrimiento para la víctima (victimización secundaria)³⁷; y, (ii) de otra, servir de guía y apoyo al órgano judicial en la adopción de decisión. Como acertadamente señala la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 545/2025, de 12 de junio (Rec. 439/2023), ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre³⁸:

«En la misma dirección, la STS 3/2024, de 10-1, recuerda que hay que tener en cuenta que la LO 8/2021 lleva a cabo una completa reforma de la manera en que han de declarar los menores en el proceso penal y de la eficacia de sus declaraciones, tanto en fase de investigación como en el juicio oral, siendo la finalidad prioritaria de la reforma evitar la victimización secundaria que causa la reiteración de las mismas; el legislador, con buen criterio y en línea con los principios y directrices del marco normativo internacional, introduce las medidas necesarias para que el menor solo tenga que declarar una vez, en un entorno “amistoso” y ante profesionales con formación específica al efecto. Las medidas de protección que se establecen son de aplicación tanto al sumario ordinario, para el que se regulan detalladamente (arts. 499.ter, 703 bis y 707 LECR), como para el abreviado (arts. 777.3 y 778 LECR)».

Con base en lo anterior, podemos afirmar sin miedo a equivocarnos que esta facultad discrecional del órgano judicial no puede confundirse con arbitrariedad. Como hemos visto en apartados precedentes, toda víctima tiene derecho a entender y ser entendida, y es tarea del órgano judicial realizar los ajustes de procedimiento que sean necesarios para protegerla en supuestos de vulnerabilidad³⁹. Consecuentemente, en los supuestos de personas con dis-

37 Ver la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Protección de la Infancia.

38 Esta sentencia analiza la declaración durante la fase de instrucción de un menor de edad víctima del delito, si bien los razonamientos que en ella se contienen son perfectamente extrapolables a la declaración de la persona con discapacidad necesitada de especial protección.

39 Artículo 26 del Estatuto de la víctima y los artículos 433 y 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

capacidad necesitadas de especial protección, el órgano judicial deberá motivar un eventual rechazo a la intervención de estos profesionales, especialmente si tal intervención ha sido solicitada por el Ministerio Fiscal o la representación procesal de la víctima y encuentra apoyo en el informe experto realizado con motivo de la evaluación inicial. Como nos recuerda la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 339/2023, de 10 de mayo (Rec. 2606/2021), ponente Excmo. Sr. D. Javier Hernández García, con cita de abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos:

«Como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Convenio, por la vía de los derechos a la vida (artículo 2), a no sufrir trato inhumano y degradante (artículo 3) y a la vida privada y familiar (artículo 8), impone a los Estados específicas y muy exigibles obligaciones positivas que garanticen una respuesta judicial adecuada a las denuncias de violencia o abuso sexual contra personas con discapacidad intelectual. Precisamente, por las dificultades que pueden concurrir tanto para su formulación como para evaluar la información aportada por las víctimas.

Entre las obligaciones exigibles identificadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cabe destacar las siguientes: primera, adoptar una metodología sensible para el análisis del contexto de producción y, sobre todo, las condiciones consensuales o no de la relación; segunda, desarrollar un particular esfuerzo acreditativo, procurando verificar todas las circunstancias periféricas o circundantes que permitan obtener los mejores y mayores datos para calibrar la credibilidad de la víctima y la fiabilidad de la información que facilite —por ejemplo, interrogando a personas conocidas de la víctima y del presunto autor, como amigos, vecinos, maestros y otras personas que puedan aclarar la confiabilidad de sus declaraciones, así como buscar la opinión de un psicólogo especialista—; tercera, indagar si existía alguna razón para que la víctima hiciera acusaciones falsas contra el presunto autor; cuarta, aplicar estándares de especial celeridad en la obtención de la información, no solo para evitar su pérdida sino también para que la excesiva duración del proceso no se convierta en un factor de grave afectación psico-emocional para este tipo de víctimas especialmente vulnerables; quinta, adoptar durante el curso del proceso mecanismos efectivos de protección que reduzcan los efectos victimizadores y, en su caso, neutralicen en lo posible los riesgos de revictimización; sexta, valorar con particular diligencia la información sobre la vulnerabilidad de las víctimas -edad, desarrollo mental y físico, contexto socio-personal, circunstancias de producción del hecho- y su posible proyección sobre, en su caso, la validez del consentimiento para los actos sexuales a la luz de su capacidad intelectual —vid. SSTEDH, caso M. C. c. Bulgaria, de 4 de diciembre de 2003; caso I.G. c. Moldavia, de 15 de mayo de 2012; caso G.U c. Turquía, de 18 de octubre de 2016—.

Como se precisa en la STEDH, caso E. B. c. Rumanía de 19 de marzo de 2019,

" el hecho de no investigar adecuadamente o proporcionar una respuesta judicial adecuada a las denuncias de abuso sexual contra menores u otras personas vulnerables, como las personas con discapacidades intelectuales, produce impunidad que puede estar violando las obligaciones positivas del Estado derivadas del artículo 3 del Convenio (...) En tales circunstancias, la discapacidad intelectual de la demandante, confirmada por documentos médicos, la colocó en una situación de mayor vulnerabilidad lo que exigía que tanto las autoridades investigadoras como los tribunales nacionales mostraran mayor diligencia en el análisis de sus declaraciones. En particular, debería haberse centrado en analizar la validez del consentimiento de la solicitante, a la luz de su capacidad intelectual, para los actos sexuales. (...) La conducta de las autoridades se vio agravada por el hecho de que nunca se ordenó una evaluación psicológica o psiquiátrica con el fin de obtener un análisis especializado de las reacciones de la demandante desde el punto de vista de su capacidad mental, pese a que lo solicitó durante la investigación y también se ordenó por el Tribunal de Distrito de Târnăveni».

Existen, por otro lado, razones de naturaleza práctica que aconsejan que la declaración de la persona con discapacidad se practique a través de expertos, ya que esta figura facilita que exista una verdadera comprensión por parte de la víctima. En este sentido, la norma prevé la posibilidad de que sea el experto quien formule directamente las preguntas a la víctima. Para ello, las partes deberán facilitar sus preguntas al juzgado y este —previa declaración de su pertinencia— las trasladará al experto para que sea él quien las formule. Aunque la norma no lo explicita, es obvio que corresponde al experto trasladar estas preguntas, no de manera literal (si así fuera, no tendría sentido su presencia), sino debidamente adaptadas, cumpliendo adecuadamente con su misión si pregunta por el hecho, cualquiera que sea la forma en que lo haga (incluso, se entiende, puede necesitar más de una pregunta o facilitar un determinado contexto a modo de instrucción).

Sobre la intervención del experto durante la declaración de la víctima y la forma en que tal intervención debe llevarse a cabo, cabe destacar la Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: intervención desde la psicología forense, en particular en la prueba preconstituida, elaborada por la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia en 2022. Esta guía proporciona un protocolo de actuación para el desarrollo de la prueba preconstituida de gran valor. Es, desde luego, valiosa para los profesionales de la psicología, en tanto que recoge el estado de la ciencia actual (*lex artis*). Pero, sobre todo, es valiosa para los operadores jurídicos, pues facilita el control externo de la prueba. A este respecto, no cabe duda de que será de gran interés para la acusación asegurar que el interrogatorio de la víctima se hace correc-

tamente, con cumplimiento de la *lex artis*. Y será de gran interés también para la defensa, pues esta podrá detectar eventuales defectos durante el desarrollo de la prueba, lo que le permitirá cuestionar el testimonio y solicitar que se realice una nueva declaración en el juicio.

Mención aparte merece la posibilidad que tiene el juez de consultar a los expertos con respecto a la calidad del testimonio de la víctima, sobre su veracidad o mendacidad. Se trata, sin duda, de una tentadora posibilidad para los órganos jurisdiccionales. No obstante, la jurisprudencia ya se ha ocupado de precisar que la opinión del experto, si bien puede ser tenida en cuenta, ni tiene naturaleza pericial ni sustituye a la valoración del testimonio que deba hacer el órgano judicial. En palabras de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 545/2025, de 12 de junio (Rec. 439/2023), ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre:

«Por último no resulta ocioso señalar respecto al valor de los informes periciales sobre la credibilidad de las declaraciones de un menor, que la veracidad de su testimonio corresponde afirmarla al juez y no a los psicólogos. Estos informes pueden constituir una valiosa herramienta para realizar esa valoración, pero no sustituyen ni vinculan al Tribunal, que es el que tiene en exclusiva la función de juzgar y valorar la prueba.

Los peritos son meros auxiliares del juez o tribunal en el ejercicio de esa función jurisdiccional.

En efecto, la pericial puede facilitar pautas para la valoración. Pero, como hemos dicho en reciente STS 12/2025, de 16-1, decidir si los hechos han sucedido o no, valorar ese testimonio junto con el resto de pruebas, otorgarle o no crédito es función que está residenciada en el juzgador. Este no puede abdicar de esa tarea delegándola en el psicólogo que, por otra parte, si actúa con profesionalidad, no podrá asegurar la verdad o falsedad del testimonio. Tan solo indicará si con arreglo a los sistemas, protocolos y test valorativos convalidados concurren o no indicadores de fiabilidad o falta de fiabilidad».

3.2.4. En definitiva, el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que, cuando una persona con discapacidad necesitada de especial protección (o menor de catorce años) tenga que prestar declaración como víctima de alguno de los delitos expresamente previstos en su texto, tal declaración deberá practicarse en todo caso como prueba preconstituida, sin necesidad de motivación y con independencia de si esa persona tiene o no judicialmente modificada su capacidad de obrar (fuera de esos casos, el órgano judicial deberá estar a lo dispuesto en el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y motivar su decisión). En cuanto al desarrollo de la prueba en sí:

- La declaración de la víctima como prueba preconstituida no podrá desarrollarse sin el abogado de la defensa (su presencia, que no su efectiva intervención, es condición necesaria) y habrá de dársele al investigado la oportunidad de estar presente (su presencia es facultativa); todo ello, al objeto de garantizar el principio de contradicción y el derecho de defensa.
- La declaración de la víctima deberá ser grabada y levantarse acta sucinta de ella al objeto de salvaguardar la integridad del testimonio y permitir su acceso de forma válida al juicio oral.
- El órgano judicial podrá acordar que la declaración de la víctima con discapacidad se realice a través de expertos. Se trata de una facultad discrecional del juzgado. No obstante, cuando la intervención de estos profesionales se haya demostrado necesaria durante la realización de la evaluación inicial de la víctima, cabría exigir del órgano judicial una especial motivación de las razones por las que rechaza la intervención de estos profesionales en la declaración.

3.3. LAS SENTENCIAS DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 558/2023, DE 6 DE JULIO, Y N.º 285/2024, DE 21 DE MARZO: ¿UN PASO ATRÁS?

Hemos visto que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada a través de la Ley Orgánica de Protección de la Infancia ha instaurado la obligación de practicar como prueba preconstituida la declaración de los menores de catorce años y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Pues bien, sobre esta obligación se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo a través de dos sentencias que crean jurisprudencia y cuya lectura apresurada por lectores desatentos podría conducir a pensar que no estamos ante una verdadera obligación (sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio, y n.º 285/2024, de 21 de marzo). Entendemos, sin embargo, que estas sentencias no pueden ni deben leerse así, lo cual supondría, por otro lado, un fuerte retroceso en la protección de las personas con discapacidad.

A nuestro juicio, las sentencias citadas ni cuestionan ni anulan los avances legislativos. Se limitan a realizar una siempre necesaria llamada a la prudencia al objeto de evitar caer en perversos automatismos y causar perjuicios irreparables a derechos y principios esenciales de nuestro ordenamiento (como el principio de contradicción y el derecho de defensa). Lo que se pide al órgano judicial, tanto en instrucción como en el juicio oral, no es otra cosa que razonar y exteriorizar las razones que le llevan a adoptar una u otra decisión, teniendo siempre presentes los derechos de la víctima y el investigado, pues también

los tiene. En este sentido, el Tribunal Supremo se limita a facilitar a los órganos judiciales argumentos en un sentido y otro. En concreto, estas sentencias explican que, pese a la claridad y taxatividad con la que se expresa el citado artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si el órgano enjuiciador considera necesaria la declaración de la víctima en el plenario (no obstante haberse practicado su declaración en instrucción como prueba preconstituida), tiene herramientas jurídicas a su alcance que le facultan para acordarla. En palabras de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio:

«La voluntad legislativa de evitar, siempre y en todo caso, la presencia del menor en el plenario ver reforzado su mensaje a la vista del contenido del párrafo segundo del art. 703 bis de la LECrim, cuya redacción ha sido también añadida por la LO 8/2021, 4 de junio: "en los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad"».

Da la impresión de que la declaración del menor en el plenario se convierte en un efecto indeseable por el legislador. Qué duda cabe que la intervención del menor en el acto del juicio oral, respondiendo a preguntas cruzadas de acusación y defensa, puede acarrear importantes inconveniencias que han de ser evitadas. Pero esa evitabilidad no debería convertirse en una regla general que aparte al órgano decisorio, siempre y en todo caso, de la privilegiada y enriquecedora fuente que ofrece el principio de inmediatez.

El último párrafo del art. 703 bis de la LECrim debilita el mensaje inicial que convierte la excepcionalidad abanderada en los preceptos anteriores en una posibilidad condicionada a la solicitud de cualquiera de las partes: "... la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes.

En definitiva, la presencia de un menor de edad víctima, como en el presente caso, de un delito contra la indemnidad sexual exigirá del Tribunal un examen ponderativo del impacto que esa presencia en el plenario puede acarrear a su formación integral. El llamamiento judicial a declarar como testigo no puede asumir como efecto inevitable asociado a su práctica la victimización secundaria del menor de catorce años, la que conduce a la constante evocación de un doloroso recuerdo que, a buen seguro, tendrá efectos perjudiciales para su formación integral».

Y dice también la citada sentencia:

«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».

El razonamiento es sin duda sensato, aunque su acierto es cuestionable en lo que respecta al examen ponderativo. Es sensato porque lo insensato es privar al órgano judicial de su capacidad cognoscitiva atendidas todas las circunstancias concurrentes. Sin embargo, es cuestionable, porque la cita que se hace del artículo 703 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es, cuando menos, parcial. Según este precepto, solo con la petición de parte no basta. Es necesario, además, que la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis —o, en su caso, el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— y, además (el artículo emplea la conjunción copulativa y), se cause indefensión material, lo cual nada tiene que ver con el examen ponderativo que se invoca en la sentencia (por más que este pueda parecernos razonable). Precisamente, ese examen ponderativo es lo que ha tratado de evitar el legislador al introducir la expresión «en todo caso» en el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Quizás de forma desafortunada. Pero el texto, con su literalidad, ahí está.

Dicho lo anterior, lo cierto es que estas sentencias también explican que la declaración de la persona con discapacidad necesitada de especial protección⁴⁰ debe ser la excepción, que la norma y la voluntad del legislador son otras (de hecho, en ambos casos, el Tribunal Supremo desestima los recursos de casación interpuestos por los condenados al considerar que la decisión del órgano

40 Las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio, y n.º 285/2024, de 21 de marzo, se refieren a supuestos en los que la víctima es un menor de edad, si bien todos sus razonamientos son perfectamente extrapolables a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

sentenciador de no acordar la declaración de la víctima durante el plenario estaba justificada, pues su declaración durante la fase de instrucción se llevó a efecto con todas las garantías, motivo por el cual no existe indefensión material). En otras palabras, las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio, y n.º 285/2024, de 21 de marzo, si bien suponen una acertada llamada a la prudencia, y al siempre necesario examen ponderativo, en ningún caso facultan al órgano enjuiciador para acordar la declaración en el plenario de la víctima con discapacidad necesitada de especial protección si su declaración en instrucción se llevó a efecto con cumplimiento de lo establecido en el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y respeto del derecho de defensa.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas hemos visto cómo en los últimos años se ha producido un notable esfuerzo legislativo destinado a reforzar la protección de las personas con discapacidad víctimas de un delito en su acceso a la justicia: se ha introducido la obligación de realizar una evaluación inicial, se ha generalizado la preconstitución probatoria de la declaración de la víctima vulnerable y se ha previsto la posibilidad de que esta prueba se realice con la intervención de expertos. Sin embargo, la implementación práctica de estas medidas no está exenta de desafíos:

- La evaluación inicial de la víctima del delito constituye una herramienta fundamental para detectar situaciones de vulnerabilidad y determinar con garantías las medidas de protección que resulten necesarias en atención a las características y circunstancias personales de la víctima. Desafortunadamente, su ejecución práctica se encuentra muy lejos de ser ideal, pues con frecuencia la víctima se limita a ratificar su denuncia, sin que durante ese acto se produzca una verdadera evaluación de sus necesidades.

En este contexto, se hace necesario (i) dotar a nuestros juzgados y tribunales (también a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado) de los medios y la formación necesarios para garantizar la efectiva realización de esta evaluación inicial y (ii) desarrollar normativa o jurisprudencialmente cuándo y cómo debe realizarse esa evaluación, con determinación de su contenido mínimo, que no puede consistir en la simple entrega de una hoja informativa con los derechos de la víctima.

- La declaración de la persona con discapacidad necesitada de especial protección víctima de un delito deberá practicarse como prueba preconstituida, siempre que el delito investigado se encuentre dentro del

catálogo de infracciones expresamente previsto en el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A este respecto, es importante destacar que:

- o Nada impide que el órgano judicial acuerde que la declaración de la víctima se practique también como prueba preconstituida en supuestos de discapacidad no necesitada de especial protección y/o fuera del catálogo de delitos expresamente previstos en la norma citada. Ahora bien, en tales casos, tal decisión deberá motivarse adecuadamente al fundarse no en lo dispuesto en el artículo 449 ter, sino en el contenido del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- o Las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio, y n.º 285/2024, de 21 de marzo, si bien suponen una acertada llamada a la prudencia y al siempre necesario examen ponderativo, en ningún caso facultan al órgano enjuiciador para acordar la declaración en el plenario de la víctima con discapacidad necesitada de especial protección si su declaración en instrucción se llevó a efecto con cumplimiento de lo establecido en el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello sería *contra legem*.
- La figura del experto ha demostrado ser fundamental para la adecuada detección de situaciones de discapacidad y para la determinación de las medidas de protección necesarias en atención a las características y circunstancias de la víctima. También para la correcta interacción con ella. A la vista de lo anterior, sería deseable:
 - o Una clara apuesta por su participación preceptiva durante la evaluación inicial y la declaración de la víctima en cuanto exista el menor indicio de discapacidad, salvo resolución judicial motivada.
 - o Un mayor desarrollo normativo de esta figura, con el fin de precisar su cualificación, estatuto jurídico y diferentes funciones en las distintas etapas del procedimiento penal.

BIBLIOGRAFÍA

CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Nueve ejes esenciales de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencial (casi existencial: El Facilitador judicial) no suman 10», *Diario LA LEY*, n.º 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024.

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, diciembre de 2022.

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, p. 1093-1126, set./dez. 2022.

MINISTERIO DE JUSTICIA, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA: *Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: intervención desde la psicología forense, en particular en la prueba preconstituida*, Madrid, 2022.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, José Luis; ALEMANY CARRASCO, Alberto (coord.): *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, Madrid, 2017.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, n.º 174/2011, de 7 de noviembre (Rec. 10202/2009).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 545/2025, de 12 de junio (Rec. 439/2023).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 285/2024, de 21 de marzo (Rec. 1882/2022).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 3/2024, de 10 de enero (Rec. 6636/2021).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio (Rec. 10673/2022).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 339/2023, de 10 de mayo (Rec. 2606/2021).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 226/2021 de 11 marzo (Rec. 2283/2019).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 579/2019, de 26 de noviembre (Rec. 2104/2018).

NORMATIVA

Normativa internacional

- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, formuladas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, hecha en Brasilia entre el 4 y 6 de marzo de 2008.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.
- Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre del año 2000 (2000/C 364/01).
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 (Resolución 40/34).
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Normativa nacional

- Constitución española.
- Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal.

I. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Normativa autonómica

- Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid.