



## ■ artículo



REVISTA DE VICTIMOLOGÍA | JOURNAL OF VICTIMOLOGY  
Online ISSN 2385-779X  
www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com  
DOI 10.12827/RVJV.18.01 | N. 18/2024 | P. 9-32  
Fecha de recepción: 15/04/2024 | Fecha de aceptación: 13/05/2024

# Las garantías procesales en la declaración de la víctima especialmente vulnerable como parte del derecho de acceso a la justicia y a participar de forma efectiva en el proceso penal<sup>1</sup>.

Procedural guarantees for the particularly vulnerable victim testimony as part of the right of access to justice and to participate effectively in the criminal process.

Carmen Cuadrado Salinas

Universidad de Alicante, carmen.cuadrado@ua.es

## Resumen

El derecho de acceso a la justicia, como derecho fundamental de carácter universal para todas las personas, exige que la participación del individuo, y de forma muy específica, el de la víctima especialmente vulnerable, sea efectiva a lo largo del proceso penal, mediante los instrumentos de apoyo y protección que se consideren adecuados. Así se establece de forma clara y precisa tanto en las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como en la normativa europea que, en particular desde comienzos de este siglo XXI, se ha venido elaborando con carácter obligatorio para los Estados miembros. A lo largo de este trabajo se analizan las normas que gobiernan estos derechos para evaluar, a través de los mismos, las garantías que rodean la deposición de testigos víctimas especialmente vulnerables a través de la prueba preconstituida.

## Palabras clave

Derecho de acceso a la justicia, participación efectiva en el proceso penal, víctimas especialmente vulnerables, prueba preconstituida.

---

1 Trabajo realizado en el marco de los Proyectos de Investigación “Empresa y proceso. Investigación y Cooperación” (Ref. PID 2020-119878GB-I00) del Ministerio de Ciencia e innovación.



## Abstract

The right of access to justice, as a fundamental right of universal character for all people, requires that the participation of the individual, and in a very specific way, that of the especially vulnerable victim, be effective throughout the criminal process, through measures for support and protection that are considered the most appropriate. This is established clearly and precisely both in the provisions of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and in the European regulations that, particularly since the beginning of this 21st century, have been developed on a mandatory basis for Member States. Throughout this work, the norms that govern these rights are analyzed to evaluate, through them, the guarantees that surround the testimony of the especially vulnerable victim witnesses through pre-recorder evidence.

## Keywords

Right of access to justice, effective participation in the criminal process, particularly vulnerable victims, pre recorder evidence.

## 1. A modo de Introducción: El derecho de acceso a la justicia como derecho humano universal

El derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental para todas las personas, vital para la existencia de un Estado de Derecho, un objetivo esencial para asegurar un espacio de libertad y justicia, y un requisito indispensable para proteger y promover el resto de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. En nuestra Constitución, el derecho de acceso a la justicia está reconocido como el derecho a la tutela judicial efectiva en su artículo 24.1, en el que literalmente se reconoce el derecho de todas las personas para obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales “en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

El derecho de acceso a la justicia, como derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho complejo, poliédrico, en el sentido de que, como es bien sabido, su significado comprende una pluralidad de otros derechos que van dirigidos a garantizar la efectividad del denominado proceso justo o debido proceso. Por ello, según una extensa y consolidada doctrina emanada de nuestro Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, el de

2 Vid. SSTC 101/1987, de 15 de junio; 1/1991, de 14 de enero; 10/2000, de 17 de enero. 218/2009, de 21 de diciembre (FJ2) «Dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen estas decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, su control constitucional ha de realizarse de forma especialmente intensa: más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente, tal control procede a través de los criterios que proporciona el principio pro actione, entendido no



acceso al proceso es una parte del mismo junto al derecho a una resolución sobre el fondo del asunto, congruente y fundada en derecho, el derecho a los recursos legalmente establecidos y a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. En el mismo sentido, para el Tribunal Supremo<sup>3</sup> el derecho a la tutela judicial efectiva no solo consiste en la estimación de las pretensiones deducidas, sino en el acceso a los tribunales, la propuesta y práctica de la prueba, la formulación de alegaciones y la obtención de una resolución fundada en derecho<sup>4</sup>. Es decir, que el derecho de acceso a la justicia es un derecho instrumental que va a permitir la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y formular ante ellos peticiones de tutela, con el objetivo de que estas peticiones tengan una respuesta judicial, sea cual sea el signo de esta. De forma que, como afirma CALDERÓN CUADRADO, el derecho de acceso, “da cobijo a otros principios procesales insoslayables, tales como el derecho de audiencia, de contradicción, de igualdad de partes y de defensa (...) entre otros” (CALDERÓN CUADRADO, P., 2000, p, 158). De esta forma, el derecho a la tutela judicial efectiva, como brillantemente se ha señalado “no es solo el derecho de traspasar el umbral de la puerta de un tribunal, sino el derecho a que, una vez dentro, este cumpla la función para la que está instituido” (DIEZ PICAZO, I., 2000, p. 23). Pero, además, la tutela judicial efectiva es un derecho que “no reconoce límites ni restricciones, y se confunde casi con la capacidad para ser parte en un proceso, puesto que son titulares del derecho todos aquellos sujetos o entes a quienes el ordenamiento jurídico reconoce capacidad para ser parte” (DIEZ PICAZO, I., 2000, p. 15). Y es que, tal y como ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, el derecho de acceso a la justicia debe interpretarse con arreglo al principio “*pro actione*” que impone criterios de proporcionalidad en la limitación del acceso a la jurisdicción, actuando dicho principio en el sentido de que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes al artículo 24.1 cuando no

---

«como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan», sino como «la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2)». Otras sentencias que van en la misma línea, por citar sólo algunas más, son las SSTC 185/2006, de 19 de junio (FJ 6); 1/2007, de 15 de enero (FJ 2); y 26/2008, de 11 de febrero (FJ 5).

- 3 SSTS de 23 de enero de 2003 y de 23 de diciembre de 2005. STS de 9 de junio de 2008, cuando destaca que “el derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintente o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC de 23 de abril de 1990 y de 14 de enero de 1991)”.
- 4 En consecuencia, además de acceder a la justicia, el derecho al proceso es una garantía del justiciable, que comprende el derecho de obtener una resolución de fondo sea o no favorable a las pretensiones (SSTC 71/2002, de 6 de abril (FJ 1); 59/2003, de 24 de marzo (FJ2); 114/2004, de 12 de julio (FJ3); 339/2006, de 11 de diciembre (FJ2).



eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada<sup>5</sup>. Así, el reconocimiento por parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), de una capacidad jurídica que hasta ese momento no disfrutaban, es lo que ha permitido universalizar el derecho de acceso a la justicia y permitir su ejercicio a las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con todas las demás. Y es que la igualdad ante la ley se erige así en un principio básico general de la protección de los derechos humanos indispensable, precisamente, para el ejercicio de otros derechos humanos<sup>6</sup>.

A nivel internacional, el derecho de acceso a la justicia se ha desarrollado en paralelo con el desarrollo de las normas de carácter regional e internacional de derechos humanos. Destaca, en este sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos en la que se establece que el derecho a la igualdad de la ley no puede hacer distinciones, pues implica el derecho a la protección igual para todos, el derecho a un recurso efectivo en caso de violación de derechos, el derecho a ser oído públicamente por un tribunal independiente e imparcial y el derecho a la presunción de inocencia. Además, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 23 de marzo de 1976<sup>7</sup>, “los Estados tienen la obligación de garantizar que toda persona disponga de recursos accesibles y eficaces para hacer valer sus derechos y que esos recursos deberían adaptarse de manera adecuada para tener en cuenta los requerimientos específicos de distintas poblaciones”<sup>8</sup>. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>9</sup> aprobó una recomendación general sobre el acceso de las mujeres a la justicia en la que reconoció que el acceso efectivo a la justicia optimiza el potencial de emancipación y de transformación del derecho. Abarca la justicia, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia<sup>10</sup>. El Comité de los Derechos del Niño

5 STC 124/2002, de 20 de mayo (FJ3).

6 Observación general N.º 1 (2014), del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11º periodo de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014). <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhnsbHatvuFkZ%2Bt93Y3D%2Baa2ogCGdBDXD5mD2CB3hWh47WG8jRjVHBOsP6EezrdQQrm0a%2BdKNQ7byslUDpiBdmImGO1%2BNaOQJAL2MntRV72IEKPFaUWAHhp88rENqBhfaf3wg%3D%3D>

7 <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights#:~:text=El%20pacto%20desarrolla%20los%20derechos,autodeterminaci%C3%B3n%20y%20a%20respetar%20ese%20derecho.>

8 Véase la observación general núm. 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, párr. 15.

9 <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw>

10 Recomendación general número 33 (2015), sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párrafos 1 y 2.



también insta a los Estados parte a velar, en particular, por que existan procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños, para estos y sus representantes, en relación con el acceso a procedimientos independientes de denuncia y los tribunales. Análogamente los mecanismos regionales de derechos humanos han reconocido también el derecho a un juicio imparcial y a recursos efectivos.

Por todo lo anterior y, en definitiva, cualquier tipo de obstáculo que pueda suponer una limitación al derecho de acceso a la justicia supondrá una vulneración del derecho a un juicio imparcial y justo. De esa forma, el reconocimiento de un derecho de acceso para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones para todos, tal y como está recogido en el CDPD<sup>11</sup>, ha supuesto una muy esperada y relevante universalización de este derecho fundamental. Es más, puede decirse que, como afirma De LUCCHI LÓPEZ-TAPIAS, el acceso a la justicia de las personas con discapacidad entronca directamente con la necesidad de humanizarla, configurándose no solo como el derecho a la obtención de una resolución fundada, sino “como el derecho a situarse en un plano de igualdad real con todas las personas, en cualquier tipo de procedimiento que tenga por objeto impartir justicia, de manera que su contenido se amplía tanto objetiva como subjetivamente, ya que engloba tanto la garantía de remoción de cualquier obstáculo que coloque en situación de inferioridad al vulnerable, como la garantía de participación en la Administración de Justicia, como demandante, demandado, testigo, víctima, acusado (en sentido amplio y en todas las tipologías procesales), miembros del jurado o como profesionales en materia de justicia” (De LUCCHI LÓPEZ-TAPIAS, Y., 2023, p. 160).

En relación con las víctimas especialmente vulnerables, concepto que, como se verá, engloba tanto a las víctimas con discapacidad psíquica, emocional o de desarrollo cognitivo o educativo como a los menores, o víctimas de delitos graves<sup>12</sup>, el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia les legitima para que se les escuche en un proceso, se les informe de sus derechos y se les otorgue la posibilidad de decidir al respecto (CALAZA LÓPEZ, S, 2023). Sin embargo, el derecho de acceso que otorga el artículo 12 del Convenio de Naciones Unidas de las Personas con Discapacidad, por sí solo, aun siendo necesario, no es suficiente. Como se verá en las líneas que siguen, junto al citado artículo, el contenido del artículo 13 de la Convención advierte a los Estados miembros que dicho acceso a la justicia que se reconoce, debe realizarse en condiciones

11 <https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>

12 Me referiré, por ello, y de forma genérica, y a lo largo de todo el trabajo, a víctimas especialmente vulnerables sin diferenciar a las que se encuadran como personas con una discapacidad física o cognitiva, o por su menor edad, y a las consideradas especialmente vulnerables por razones exógenas derivadas del tipo de delito sufrido, como, por ejemplo, las víctimas de trata de seres humanos.



de igualdad con el resto de las personas, resto de víctimas no consideradas especialmente vulnerables y en todas las fases del proceso penal, incluyendo la de investigación del delito. Por otro lado, el Considerando 21 de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre, objeto de análisis más adelante, establece que ha de respetarse el derecho a entender y ser entendido de las víctimas, de forma que los Estados miembros deberán tener en cuenta, en particular, la edad, madurez intelectual, y capacidad emocional de la víctima, así como sus capacidades auditivas y expresión oral, para comunicar información, es decir, en el momento de su deposición como víctima testigo en el proceso penal. Y, para ello, con toda lógica, será necesario que se prevean y dispongan los ajustes procedimentales adecuados a las circunstancias individuales de las víctimas, así como los apoyos necesarios, para que, la declaración acerca de los hechos delictivos que ha sufrido, se realice en condiciones de igualdad, de seguridad, y de protección reconocidos por la normativa internacional, europea y en el caso de España, también nacional, a los efectos de que dicha audiencia y declaración sea plena y eficaz, cuestiones todas ellas que serán objeto de análisis en las líneas que siguen.

## 2. El principio de igualdad de todos ante la ley y el reconocimiento de la capacidad para ser parte a las víctimas especialmente vulnerables.

Tanto España como la Unión Europea<sup>13</sup> han ratificado el CDPD, y por ello, todos los países de la Unión quedan obligados por las normas y principios reconocidos en dicha Convención<sup>14</sup>. En ese sentido, destaca especialmente la consideración del derecho de acceso a la justicia como un principio básico y, en consecuencia, como un derecho fundamental de carácter universal. Cabe señalar, no obstante, que esta asignación como derecho fundamental se realiza desde la perspectiva de su naturaleza sustantiva, de la que la Convención hace depender el disfrute de otros derechos de carácter procesal, tales como el derecho a un proceso con todas las garantías o el de igualdad.

---

13 El Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad es el primer texto exhaustivo sobre derechos humanos ratificado por el conjunto de la Unión Europea, y a su vez, está firmado por los 27 Estados miembros (ratificado por 16 de ellos). Esta ratificación por parte de la Unión Europea refleja el compromiso de construir una Europa libre de barreras en materia de discapacidad.

14 España ratificó el convenio el 3 de diciembre de 2007 y la Unión Europea lo ratificó el 5 de enero de 2011. Hasta el momento presente, de los 147 Estados firmantes solo 96 han procedido a su completa ratificación.



El artículo 12 del CDPD establece de manera expresa y clara que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. En este sentido, el CDPD no está incluyendo la concesión de un nuevo derecho a las personas con discapacidad, sino que, el reconocimiento de la capacidad jurídica a las mismas ha de interpretarse como una garantía de la aplicación del principio de igualdad ante la ley de las personas con discapacidad que pretendan acceder a la justicia y, por ello, que dicho acceso se produzca en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

La capacidad jurídica, tal y como ha sido descrita por el Comisionario Europeo de Derechos Humanos, es “el poder o la posibilidad de una persona para actuar dentro del marco del sistema jurídico. En otras palabras, que el otorgamiento de esta capacidad es lo que hace a un ser humano ser sujeto de derechos”<sup>15</sup>. Es, por ello, un concepto jurídico que se asigna a las personas mayores de edad para autorizarlas a ser sujeto de derechos y obligaciones, y que puedan tomar las decisiones que a ellos les afecten. Y como tal, el significado que de la capacidad jurídica se desprende el CDPD es que la misma facilita y otorga libertad personal a las personas con discapacidad y les protege frente a intervenciones de terceros no queridas por ellas. La cualidad, pues, que otorga el artículo 12, acoge tanto el derecho a ser sujeto de derechos ante la ley, como el derecho a disponer de los mismos y a reclamarlos ante un tribunal, es decir, la capacidad para ser parte en un proceso que le va a permitir tomar decisiones y realizar alegaciones con validez dentro del proceso; de forma que la capacidad para ser sujeto de derechos, tal y como se ha interpretado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité) otorga automáticamente la capacidad para ejercerlos con los instrumentos necesarios, apropiados y elegidos por el individuo. De esta forma, a pesar de que tradicionalmente ha venido distinguiéndose entre capacidad jurídica y legitimación para actuar, según la interpretación recogida en la Observación general N° 1 (2014) del Comité, aunque la capacidad jurídica signifique que todas las personas –incluidas las personas con discapacidad– tienen capacidad legal, y la legitimación para actuar, simplemente la ostentan en virtud de su condición de ser humano, se trata de dos facetas que no pueden separarse<sup>16</sup>.

---

15 ComnDHPaper(2012)2, Who Gets to Decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities, 20 de febrero de 2012, p. 7 <https://rm.coe.int/16806da5c0>

16 Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación N° 1 (2014), de 19 de mayo (11 periodo de sesiones), p. 4.



Del análisis de las observaciones de la Comisión, que ha realizado De VERDA, el autor considera, sin embargo, que el Comité ha hecho una interpretación “desmesurada” puesto que, en primer lugar, la noción de “capacidad de obrar” (denominada legitimación para actuar por la Comisión, y capacidad procesal en nuestro sistema jurídico), “no se ha referido, exclusivamente, respecto de las personas con discapacidad, sino que ha tenido siempre un alcance general, sirviendo, en el ámbito civil, por ejemplo, para explicar, por qué ciertos contratos celebrados por menores no emancipados son anulables (sin que ello implique negarles aptitud para ser titulares de derechos, los cuales podrán ser adquiridos a través de sus representantes legales). En segundo lugar, porque las restricciones de la capacidad de obrar de cualquier persona (también las que sufren una discapacidad) no han tenido otro fundamento que el de su protección). En tercer lugar, porque afirmar, con carácter general, que no se puede evaluar con exactitud el funcionamiento de la mente humana es, obviamente absurdo, dado que, por desgracia hay casos en los que, debido a una enfermedad, es patente que una persona carece de capacidad de discernimiento y, por ello, no puede formar libremente su voluntad” (DEVERDAY BEAMONTE, 2021, p.5). Concluye así el citado autor que, si deja de distinguirse entre capacidad jurídica y de obrar deberá comenzar a distinguirse entre capacidad jurídica y su ejercicio, para explicar por qué ciertos actos realizados por ciertas personas son anulables (DEVERDAY BEAMONTE, 2021).

En nuestro ordenamiento jurídico civil, como recuerdan BARRANCO, CUENCA y RAMIRO, citando a la doctrina civilista más representativa, no solo se distingue entre personalidad y capacidad jurídica, sino que se incluye la noción de capacidad de obrar (legitimación para actuar tal y como lo distingue el Comité, y capacidad procesal en nuestro ordenamiento) como una capacidad distinta y separada de la jurídica. De esta forma, la personalidad jurídica se identifica con la capacidad de ser reconocido como persona por la ley, (se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte, según el 267 del Código Civil); la capacidad jurídica es, pues, la que hace referencia a la capacidad para ser titular de derechos y deberes y la de obrar es la aptitud de ejercitar tales derechos (BARRANCO, et al, 2012). De esta forma, nuestro ordenamiento reconoce personalidad jurídica y capacidad jurídica a todas las personas con discapacidad, pero “permite restricciones y limitaciones a la capacidad de obrar de algunas personas con discapacidad” (BARRANCO, et al, 2012, p. 59). Y es que, para los citados autores, el artículo 12 del CDPD no es más que el resultado de la simbiosis entre el principio de igualdad y el de no discriminación, reflejando por ello la aplicación de un modelo social de la discapacidad, de forma que, desde esta perspectiva, las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que los demás y, en consecuencia, deben poder ejercitarlos en igualdad de condiciones (BARRANCO, et al, 2012). Y el ejercicio de la capacidad jurídica así reconocida, requerirá, pues, la adopción





de todas las medidas de apoyo que puedan requerirse, debiéndose asegurar, tal y como señalan los citados autores, “que en todas las medidas se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas” (BARRANCO, et al, 2012, p. 70). En este sentido, pues, tal y como sostiene PEAY, el CDPD está basado en un modelo social de discapacidad que pone el acento en los problemas existentes entre la sociedad y la persona con discapacidad. La solución que ofrece el CDPD para solventar dicho problema se basa en la necesidad de la sociedad de adaptarse a las necesidades del sujeto con discapacidad que, en el ámbito físico se consigue facilitando su acceso a los problemas de movilidad, y en el ámbito decisional y jurídico, otorgándoles los apoyos que sean necesarios para que sus decisiones las adopten de forma individual y válidamente (PEAY, J., 2015).

- 2.1. La exigencia de establecer medidas procesales de ajuste necesarias para una participación no discriminatoria y efectiva de la víctima especialmente vulnerable en el proceso penal.

El artículo 13 del CDPD establece una obligación para los Estados miembros de garantizar, a las personas con discapacidad, el acceso a la justicia en condiciones de igualdad con las demás, y dicha exigencia se articula a través de dos vías de actuación. En primer lugar, la establecida en el párrafo 1 del artículo 13, mediante una llamada a los Estados para que éstos aseguren a las personas con discapacidad un “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”. En segundo término, la recogida en el párrafo 2, a través de la exigencia a los Estados parte para que estos promuevan una capacitación adecuada de las personas que trabajan en la Administración de Justicia. De este modo, la Convención considera que el sistema de justicia es parte integrante de la gestión de los asuntos públicos, cuyo eficaz funcionamiento requiere la contribución y participación de la sociedad. Al garantizar la participación en el sistema de justicia, independientemente de la función que se desempeñe, se reafirma el ejercicio de la ciudadanía, también previsto en el artículo 4, párrafo 3, en el artículo 29 y en el artículo 33.

Así, el contenido expuesto en el artículo 13, se dirige a eliminar cualquier forma de discriminación que experimentan las personas con discapacidad por motivos de deficiencia, sexo, edad, etnia, origen indígena, orientación sexual e identidad de género, entre otras señas de identidad a acceder a la justicia. En este sentido, además, y en relación con el contenido del artículo 6, se recoge un paquete de estipulaciones que refuerza el derecho de acceso a la justicia para las mujeres y niñas que se enfrentan a barreras específicas; y junto con lo



establecido en el artículo 7, el Convenio aborda la situación particular de los niños y las niñas con discapacidad, al reconocer el derecho de estos a expresar su opinión sobre todas las cuestiones que les afecten y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y su edad (art. 7, párr. 3, y art. 13, párr. 1).

En definitiva, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, puede afirmarse que el acceso a la justicia aparece como un derecho transversal que habrá de ser incluido en la interpretación de otros artículos del Convenio tales como el 5, sobre igualdad y no discriminación o de accesibilidad en relación con los medios de comunicación y el acceso a la información de los artículos 9 y 21. De forma que, el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia se equipara al reconocimiento de un derecho básico universal en relación con cualquier persona, independientemente de que sufra o no algún tipo de discapacidad, ya sea esta permanente o temporal. Y por ello, su artículo 12 reconoce y declara que “las personas con discapacidad tienen el derecho de disfrutar de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con otros, en todos los aspectos de su vida”.

Pero el contenido normativo que acaba de citarse debe unirse al que, por su parte, recoge el artículo 13, al advertir a los Estados que deberán asegurar que el acceso a la justicia de las personas con discapacidad se realice en condiciones de igualdad con otros, incluyendo la provisión de medidas procesales adecuadas para facilitar una participación plena y efectiva de los mismos, ya sea como partes procesales o como testigos, y en todas las fases del proceso, incluyendo la fase de investigación cuando se trate de procesos penales.

Se trata, pues, de una interdependencia entre ambas disposiciones que forman, juntas, un estatus jurídico blindado para que las personas vulnerables puedan intervenir en el proceso de forma efectiva y plena. Así pues, y al regularse el derecho de acceso a la justicia como derecho fundamental y universal se crea la obligación para los Estados Parte de evitar que el ordenamiento jurídico en cuestión contenga cualquier tipo de obstáculo o barrera que tenga origen en la propia condición de discapacidad del sujeto, y que dicha condición, en consecuencia, actúe como hecho determinante de una limitación a su capacidad jurídica; puesto que es el reconocimiento de dicha capacidad, para todas las personas, lo que va a legitimar y garantizar el pleno disfrute del resto de derechos y libertades fundamentales de forma efectiva (ARRABAL PLATERO, P., 2021). De esta forma, el Convenio exige una igualdad sustantiva, lo que significa para el Alto Comisionado, que debe incluirse en dicho término tanto la igualdad de oportunidades como la de resultados<sup>17</sup>.

---

17 Vide Informe del Alto Comisionado para las Naciones Unidas para Derechos Humanos de 27 de diciembre de 2017, A/HRC/37/25, p. 14.



Junto al CDPD, tales postulados se infieren también de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité para las Regiones, publicada en marzo de 2021, bajo el título “Estrategias para los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030”<sup>18</sup>, señalando en su párrafo 5.1, que “las personas con discapacidad deberán tener un efectivo acceso a la justicia a través de los correspondientes y adecuados ajustes procesales y de procedimiento”, lo que significa que, los países miembros, deberán hacer desaparecer de sus ordenamientos, tanto en el ámbito penal como el civil, aquellas barreras físicas y jurídicas que obstaculicen la protección de los derechos de personas con discapacidad que actúen ya como víctimas, testigos, sospechosos o acusados en línea con lo dispuesto en el CRPD<sup>19</sup>.

### 3. Víctima especialmente vulnerable: hitos y retos en las medidas de protección en el proceso penal y a quién son aplicables.

Uno de los hitos más importantes, en relación con la debida protección a la víctima, en general, en los procesos penales y, con ello, del reconocimiento de un estatus propio y de unos derechos mínimos específicos como víctima de un delito, se produjo con la promulgación, en el ámbito de la Unión, de la Decisión Marco sobre el estatus de la víctima del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001<sup>20</sup> (en lo sucesivo la Decisión).

La Decisión, si bien dejó un amplio margen a los Estados miembros para regular en sus correspondientes ordenamientos un estatus específico de víctima, –y que se velase de la mejor manera posible por la situación de esta (ar-

---

18 COM (2021) 101, Bruselas 3 de marzo de 2021.

19 En particular, la Comisión se compromete a “(1) Trabajar con los Estados Miembros para la implementación del Tratado de la Haya de 2000 sobre la Protección Internacional de los adultos vulnerables en línea con el CRPD, incluyendo el estudio de la protección de personas adultas vulnerables en situaciones transfronterizas, y en especial, a aquellos que sufran discapacidad intelectual, y establecerá las vías para su ratificación por todos los Estados Miembros; (2) impulsar un análisis de protección de los derechos procesales para adultos vulnerables en los procesos penales, así como evaluar la necesidad de establecer propuestas legislativas dirigidas a reforzar el apoyo y protección de personas adultas vulnerables que hayan sido víctimas de un delito, en línea con la Estrategia de los Derechos de las Víctimas de la Unión Europea (2020-2025); (3) Proveer de guía a los Estados Miembros en el acceso a la Justicia para personas con discapacidad en la UE, reforzando las directrices internacionales establecidas por la ONU; y (4) desarrollar las medidas necesarias para apoyar a los Estados Miembros en la mejora de la participación de personas discapacitadas como profesionales en el sistema de justicia, así como recabar el establecimiento de un conjunto de buenas prácticas que apoyen la toma de decisiones”.

20 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001F0220>



título 2)-, estableció, claramente, en su disposición 5, que los Estados miembros debían tomar las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afectasen a la comprensión y participación de la víctima en las fases importantes del proceso penal, ya sea como testigo, o como parte, en términos comparables con el acusado. La citada norma, además, define a la “víctima” como la persona física que ha sufrido un daño físico, psicológico o económico causado directamente por una acción u omisión tipificada como ilícito penal en el ordenamiento de un Estado, pero no estableció qué debemos entender por víctima especialmente vulnerable. No obstante ello, y aunque la Decisión menciona a las “víctimas especialmente vulnerables”, para determinar su significado, como relata PÉREZ MARTÍN, hubo que esperar al Informe de la Comisión de 2004, en el que, con base en el artículo 18 de la Decisión y relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>21</sup>, reconoció que la especial vulnerabilidad podía provenir de factores físicos, mentales, por la menor edad del sujeto o su discapacidad (PÉREZ MARTÍN, M.A., 2015). Más adelante, tanto la Directiva 2011/36/UE como la Directiva 2011/93/UE del Parlamento y del Consejo, acogerían un listado de ciertas categorías de víctimas especialmente vulnerables también por razones exógenas. Entre ellas, las víctimas del delito de trata de seres humanos, de explotación sexual, pornografía infantil y abusos sexuales, pero todavía sin definir el término víctima “especialmente vulnerable” o “con necesidades especiales” (PÉREZ MARTÍN, M.A., 2015). Y en relación con las garantías que deben arropar y proteger a este grupo de víctimas, el artículo 8 de la Decisión, requiere que los Estados miembros aseguren a través de sus ordenamientos, un *nivel aceptable de protección*, para cualquier víctima y haciendo únicamente referencia a las víctimas particularmente vulnerables en su párrafo 4, para quienes la Decisión entiende que la protección otorgada deberá ser *efectiva* en el momento de su deposición en el juicio oral. Para ello recomienda a los Estados miembros que introduzcan en sus ordenamientos los mecanismos adecuados, sin perjuicio de los principios del proceso debido; es decir, los relativos al juicio justo e imparcial que debe garantizarse a todo acusado. Se debe entender, de esta forma, que la participación de víctima y acusado debe realizarse en condiciones de equilibrio de derechos y con respeto al debido proceso para ambos.

La Decisión sería, más de una década después, reemplazada por la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre<sup>22</sup>, (en lo sucesivo, la Directiva), transpuesta parcialmente en nuestro ordenamiento por

21 El informe reconoce que solo algunos Estados, tales como Francia, Reino Unido o Italia protegen especialmente a algunas personas consideradas vulnerables por su fragilidad física o mental (menores y personas con discapacidad física) y que España, por ejemplo, solo tenía en cuenta situaciones que pueden crear fragilidad (violencia familiar o terrorismo). <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0054:FIN:ES:PDF>

22 <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>



la LO 4/2015, de 27 de abril<sup>23</sup>, más conocida como el Estatuto de la víctima (en adelante, el Estatuto), en la que la definición de “víctima” expuesta suponía, frente a la recogida en la Decisión, un concepto más desarrollado y ampliada en cuanto a los sujetos susceptibles de ser catalogados como víctimas (DE HOYOS SANCHO, M., 2014); pero siguió guardando silencio en relación con el término **víctima especial o particularmente vulnerable**. Por ejemplo, en su considerando 38, la Decisión **únicamente** declaraba que debía considerarse como víctimas especialmente vulnerables a las personas expuestas a un riesgo de lesión particularmente elevado, tales como las sometidas a violencia reiterada en las relaciones interpersonales, las víctimas de género u otro tipo de delitos en un Estado miembro del cual no son nacionales o residentes, por la gravedad del daño sufrido como consecuencia de un delito, así como la relación entre las víctimas, los infractores, sus hijos y su entorno social, pero no definía el término víctima vulnerable (DE HOYOS SANCHO, M., 2014).

En relación con el contenido de la Directiva, la referencia específica a la protección de las víctimas con discapacidad física, emocional, o cognitiva se realiza en los considerandos 9, 15, 21 y –el ya comentado– 38. En el Considerando 15, por ejemplo, se advierte que los Estados miembros deberán velar por que las víctimas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de los derechos establecidos en la Directiva, en igualdad de condiciones que el resto de personas, y ello incluye tanto las facilidades de acceso físico, –por ejemplo, el acceso a las Salas de justicia y juzgados–, como a garantizarles el derecho a ser informadas, que supone una garantía de naturaleza procesal. El Considerando 21, por su parte, establece que ha de respetarse el derecho a entender y ser entendido de las víctimas, de forma que los Estados miembros deberán tener en cuenta, en particular, la edad, madurez intelectual, y capacidad emocional de la víctima, así como sus capacidades auditivas y expresión oral, para comunicar información. A pesar, sin embargo, de la importancia que tienen estas cuestiones, la Directiva ha sido objeto de crítica por varios autores, alegando que en vez de en los considerandos, las citadas garantías debían haberse recogido en su articulado, puesto que su única mención en los considerandos puede parecer indicativo de una *low priority* en relación con las obligaciones que la Unión espera que asuman sus Estados miembros, a lo que se añade la omisión de directrices específicas y concretas acerca de cómo deben resolver los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros las cuestiones que afectan a las necesidades particulares de dichas víctimas (VAN DER Aa, 2016).

En cualquier caso, el objetivo declarado, tanto por la Directiva como por el Estatuto, es la evitación de una victimización secundaria y repetida, y la sufrida por intimidación o por represalias. No olvidemos que el citado objetivo

---

23 <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/04/27/4/con>



se establece en relación con cualquier víctima, y, por ello, independientemente de su condición de vulnerable o especialmente vulnerable. A los efectos de la norma, pues, una victimización repetida o secundaria es la producida por una inadecuada respuesta por parte de la Administración de Justicia a la victimización originaria sufrida por la víctima, y que puede estar provocada, bien por la declaración repetida y ante distintas personas por parte de la víctima, bien por someterla a un interrogatorio agresivo durante su deposición en el juicio oral, o bien por una confrontación con el acusado durante las sesiones de la vista. Y esto último es importante a los efectos del breve análisis que se realizará al entrar en el epígrafe siguiente. Al mismo tiempo, hemos de recordar que tanto la Directiva como el Estatuto reconocen el derecho de las víctimas especialmente vulnerables<sup>24</sup> a una debida, eficaz y especial protección (artículo 23 del Estatuto). Para esta especial protección, pues, no sólo deberán tenerse en cuenta sus circunstancias personales, sino también las de carácter exógeno, tales como el tipo de delito sufrido, y en este caso, se incluyen, por ejemplo, los delitos de trata de seres humanos, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el de desaparición forzada o el de terrorismo, entre otros.

Pues bien, las medidas de protección que pueden, en general, ser adoptadas -desde las fases iniciales del proceso- son, según el artículo 25 del Estatuto, las siguientes: a) recibir declaración por expertos con formación especial, b) que todas las declaraciones de la víctima sean realizadas por la misma persona, c) que el oficial que tome declaración sea del mismo sexo de la víctima cuando se trate de una víctima de trata con fines de explotación sexual. Y, en la fase de enjuiciamiento, entre las medidas de protección, encontramos a) aquellas que eviten el contacto visual con el supuesto autor del hecho; b) las dirigidas a garantizar que la víctima puede ser oída sin estar presente en la Sala de vistas, mediante el uso de tecnologías de la comunicación (video conferencia, por ejemplo); c) medidas que eviten que se les pregunte por su vida privada; d) la celebración de la vista sin presencia del público; y e) algunas de las medidas de protección de testigos o peritos recogidos en la LO 19/1994, de 23 de diciembre. Ahora bien, mientras que las medidas anteriormente citadas se establecen para la víctima en general, el artículo 26 acoge, de forma específica, las que deben tenerse en cuenta para proteger a las especialmente vulnerables, es decir, para los menores, víctimas con discapacidad, o necesitadas de especial protección y de víctimas de violencia sexual. Y en esta disposición es donde se prevé que la declaración de la víctima pueda ser grabada por medios audiovisuales para después ser reproducida en el juicio oral, mediante lo que conocemos como prueba preconstituida.

---

24 Recordemos que se señala como tales a las personas con discapacidad, menores de edad y aquellas en las que concurran circunstancias o factores que las coloquen en una situación de especial vulnerabilidad, como por ejemplo, las víctimas de trata de seres humanos, o menores víctimas de abuso sexual.



#### 4. La prueba preconstituida como medida de protección en la declaración de víctimas especialmente vulnerables.

La prueba preconstituida o anticipada es una medida procesal bien establecida y reconocida en nuestra LECrim (en sus artículos 448, 449, 449 bis y 449 ter), que permite en ciertos supuestos de imposibilidad para asistir y deponer en juicio, a testigos y peritos, anticipar la prueba testifical y realizarla, bajo las condiciones que establece la norma, en la fase investigadora, previa, por tanto, a la de la vista. El vigente artículo 449 ter, prevé dicha medida de deposición anticipada y pregrabada, como prueba preconstituida, para los menores de 14 años o víctimas necesitadas de especial protección, en los que, se establece la obligación del juez de acordar dicha medida cuando se trate de tomar declaración al menor (ARANGÜENA FANEGO, C., 2022). Esta es, de momento, la regulación vigente, pero que se encuentra a pocos pasos de una reforma para muchos esperada, pero, a su vez, criticada por su falta de valentía a la hora de defender de forma inequívoca los objetivos declarados por las normas europeas en la prevención de la victimización secundaria o repetida, tal y como se verá en las líneas que siguen.

En general, y retomando la cuestión sobre la naturaleza de la prueba preconstituida, ha de recordarse que estamos ante una medida excepcional, (ya que se celebra en condiciones en las que se excepciona el principio de inmediación que ordena el artículo 741 de la LECrim), pero con pleno valor probatorio –como si se hubiera desarrollado durante la celebración del juicio oral–, puesto que su validez, a pesar de ser una medida excepcional, se encuentra avalada tanto por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por la del Tribunal Constitucional<sup>25</sup>.

Hasta la reforma de 2021, mediante las modificaciones introducidas en la LECrim por la LO 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (en adelante, ley de protección del menor), y otras posteriores (tales como la ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica o el RDL

25 Concretamente, el TEDH ha señalado en numerosas resoluciones que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar durante la fase de instrucción no lesiona los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado. El Tribunal Constitucional ha fijado los requisitos necesarios para la validez de esta prueba en numerosas resoluciones (STC 280/2005, de 7 de noviembre; STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1; STC 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; STC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7; STC 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 5, y STC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3), debiendo destacar la STC de Pleno de 28 de febrero de 2013, que los recoge y sistematiza.



6/2023, de 19 de diciembre<sup>26</sup>), nuestra norma procesal penal no contemplaba, sin embargo, medidas de protección concretas y ajustes procesales adecuados a las necesidades de las víctimas o testigos vulnerables o con discapacidad tal y como lo exigen los artículos 12 y 13 de la CDPD. En relación, por ejemplo con la protección de la infancia y adolescencia, como bien señala LÓPEZ YAGÜES, las modificaciones procesales que introdujo LO 8/2021, de 4 de junio, derogando ciertos preceptos (artículo 448 y el 4º párrafo del 433), e introduciendo otros nuevos (449 ter) supusieron “la entrada en nuestro ordenamiento procesal penal de un singular régimen del testimonio y comparecencia tanto del menor de catorce años, como de la víctima con discapacidad, que ha producido una inversión de la tendencia mantenida jurisprudencialmente a primar la presencia e intervención de los testigos y víctimas necesitadas de especial protección, en el juicio oral” (LÓPEZ YAGÜES, V., 2023, p. 57). La citada ley de protección del menor es, pues, la primera norma en la que se introduce la obligatoriedad de acordar la prueba preconstituida en caso de testigos menores de 14 años y de personas discapacitadas necesitadas de especial protección, en el marco de un procedimiento de instrucción por determinados delitos cuyo bien jurídico protegido es de carácter personal, tasados y enumerados en el precepto y entre los que se encuentra el delito de trata de seres humanos (este, como hemos visto, de carácter exógeno).

En relación con la obligatoriedad de preconstituir la prueba cuando se trate de un menor de 14 años, la Exposición de Motivos de la LO 8/2021 de 4 de junio, declaraba que “El objetivo de esta ley es que la persona menor de edad realice una única narración de los hechos, ante el juzgado de instrucción, sin que sea necesario que lo haga ni con anterioridad ni con posterioridad a ese momento; la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, 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”. Sin embargo, la redacción del 449 ter de la LECrim, si bien da comienzo señalando no sólo la intervención como testigo del menor de catorce años, sino de un grupo de víctimas vulnerables y con discapacidad para quienes establece la prueba preconstituida, solo acepta esta medida como obligatoria, en el caso del menor de catorce años.

Este instrumento, como se avanzaba, es ciertamente una medida que excepciona principios tradicionales del proceso penal (artículo 702 bis 2 en

---

26 Este último RDL modifica la LECrim a los efectos de incluir a las personas mayores de 65, y en cualquier caso, a las mayores de 80 como personas vulnerables a quienes se debe garantizar la aplicación de todas las medidas de protección que la ley establece.





relación con el artículo 741, ambos de la LECRim). Pero esta no es una excepción a un principio general del procedimiento solo en nuestro sistema de justicia; también lo es en otros muy distintos como el anglosajón, para el que, como se verá más adelante, supone una quiebra en el mismo corazón del sistema adversario típico de estos sistemas, basado en la idea de que la confrontación de las partes es la mejor forma de encontrar la verdad, y de ahí, también, que tanto la defensa como la acusación tengan un derecho constitucional a interrogar a los testigos de la otra parte, en un proceso donde la igualdad de armas y la efectiva participación de ambas partes juegan un papel vital en el denominado Due Process (HOYANO, L., 2015).

La posibilidad, pues, de anticipar la prueba puede y debe ser tratada como una medida de garantía y protección al menor o persona especialmente vulnerable cuando depone como testigo, o como víctima en nuestro sistema procesal penal. Como tal, por ejemplo, está recogida, también, en el artículo 56 del Estatuto de Roma aplicable al Tribunal Penal Internacional, cuando se trata de la declaración ante el citado tribunal de víctimas vulnerables y con la finalidad de salvaguardar su bienestar físico y emocional (BRADFIELD, P., 2019). En el caso de Reino Unido, por ejemplo, la prueba anticipada se recoge en el artículo 27 de la Youth Justice and Evidence Act 1999, aplicable no solo a menores (SPENCER, J.R., 1999), sino también para adultos víctimas y testigos vulnerables, con discapacidad o bien porque se sientan intimidados (un factor que sitúa a dicha persona como vulnerable a los efectos de la ley)<sup>27</sup>. Es más, la normativa sobre violencia sexual vigente (Sexual Violence Act 2021), que tuvo como objetivo mejorar las garantías y la protección de las víctimas de violencia sexual en el momento de su deposición mediante el uso de la prueba preconstituida, se encargó de declarar que dicha medida era la adecuada para víctimas traumatizadas por los procedimientos judiciales tradicionales basados en la deposición en el juicio oral y en la obligatoriedad de ser interrogado por la parte contraria. No obstante, la sección 14 de dicha norma establece dicha posibilidad como un derecho del testigo, el cual podrá optar al mismo como un método alternativo a la deposición en el juicio oral. Al tratarse de un derecho otorgado al testigo, pues, el juez no es quien decide sobre su práctica, si bien este derecho legitima a la otra parte para oponerse y solicitar que dicha deposición se realice de forma presencial en el acto del juicio, en cuyo caso, esta vez sí, será el juez

27 Los testigos vulnerables son, a efectos de la YJCE aquellos cuya calidad testimonial puede ser anulada por el juez o tribunal debido a que se trata de una persona con una discapacidad mental, de acuerdo con lo que establece la Ley de Salud Mental de 1983, tiene una discapacidad significativa en relación con las funciones intelectivas y sociales, o tiene una discapacidad que afecta a su desarrollo para el aprendizaje, o tiene una discapacidad física (artículo 16). Otra categoría de vulnerables se recoge en el artículo 17, en el que se incluye la intimidación, estrés, angustia u otro tipo de ansiedad en relación con el acto de deposición en el acto del juicio oral.



quien deba resolver teniendo en cuenta el interés de la justicia, y las circunstancias particulares del testigo en cuestión (HOLLYWOOD, C., 2022).

Si partimos, pues, de la premisa de que el modelo al que responde el sistema de justicia inglés es adversario, y que una de las principales características de este modelo es la confrontación entre las partes (cross-examination), todavía llama más la atención que dicho elemento –esencial de su propio modelo y característica tradicional del proceso penal– haya sido sacrificado. Y, es que, con toda lógica, este sacrificio sólo podía realizarse por la existencia de un objetivo más digno de protección, como es el de la especial vulnerabilidad de la víctima cuando depone, para evitarle un daño que se sabe con seguridad que sufriría, al tiempo que podría hacer también inútil la información que arroja su deposición. En efecto, teniendo en cuenta que un principio esencial es el del debido proceso, la confrontación directa de un testigo o víctima especialmente vulnerable es susceptible de producir un grave daño al testigo (y no digamos cuando se trata de la víctima), con resultados poco beneficiosos para la toma de decisión del juez o tribunal sobre el valor probatorio que arroje dicha deposición, en el sentido de que la información obtenida puede no ser fiable, no haber sido expuesta de forma coherente, no haber sido entendida, y en consecuencia, desechada por el juez al no servir para formar su convicción acerca de los hechos (FAIRCLOUGH, S., 2023; BROWN et al., 2017). Es más, el objetivo de la reforma procesal más profunda que se llevó a cabo en 2013, y que dio lugar a la Criminal Procedure Rules 2013, era el de garantizar, para todas las partes y en todos los procesos penales, un proceso justo; que tanto la acusación como la defensa interviniesen en igualdad de derechos y condiciones; y que sin dejar a un lado el derecho a un juicio imparcial del acusado, debía, en cualquier caso, respetarse el interés y los derechos de las víctimas. De esta forma, la premisa que subyace en este objetivo prioritario declarado como tal por la ley procesal es que un juicio imparcial y justo en el que se protejan los derechos de una parte no necesariamente implica que se restrinjan los de la otra en lo que se ha denominado un juego de suma cero (HOYANO, L., 2015)<sup>28</sup>.

Y es que la exposición en el juicio oral de una víctima especialmente vulnerable, por su edad, el tipo de delito que ha sufrido, por tener una discapacidad intelectual o emocional, etc., ha demostrado tener un efecto traumatizante y revictimizante, haciéndole revivir el daño sufrido por el delito en lo que algunos científicos han denominado experiencia re traumatizante, de tal forma que algunos estudios en Portugal han recomendado que la declara-

---

28 El juego de suma cero significa, en el ámbito jurídico, que partes opuestas pretenden un mismo resultado, esto es una sentencia favorable, por lo que, para ello, una parte tiene que ganar y la otra perder, de tal forma que los beneficios de una parte se equilibran con los sacrificios del otro.



ción de este grupo especialmente vulnerable de víctimas o testigos se realice con un protocolo estructurado basado en una preparación previa, durante la fase de investigación, por parte de expertos de lo que significa el proceso y lo que va a experimentar el testigo o víctima durante su interrogatorio, otra preparación días antes del juicio oral, y una tercera tras la comparecencia (ALMEIDA et al. 2021). Este es, precisamente el procedimiento utilizado en Portugal denominado “declaración de memoria futura”, que se recoge en su ordenamiento jurídico procesal como un procedimiento especial cuando se trate de tomar declaración a menores víctimas de abusos sexuales. En estos casos, el juez dirige el interrogatorio, que será pregrabado y presentado como prueba preconstituída (artículo 271 del Código Procesal Penal). Durante el interrogatorio el Ministerio Fiscal, que debe estar presente junto al letrado de la defensa pueden proponer preguntas, pero no pueden hacerlas directamente al menor. La presencia de un psicólogo infantil es obligada, ofreciéndole el apoyo emocional que necesiten (PEIXOTO, et al., 2017).

En nuestro país, el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos (en lo sucesivo APLO), recientemente aprobado por el Consejo de Ministros de España (en marzo 2024), Contra la Trata de Seres Humanos, y con un Informe favorable del CGPJ, propone una modificación de varios artículos de la LECrim, analizados en profundidad por ARMENTA DEU, (ARMENTA DEU, T., 2024), entre los que cabe destacar el 448, que, como ya se ha visto, es la norma que prevé que en caso de que la prueba testifical no pueda realizarse en el acto del juicio oral podrá realizarse anticipadamente, pudiendo ser solicitada tanto por el Ministerio Fiscal por cualquiera de las partes.

Para el caso de testigos menores o con discapacidad, en la actualidad se aplica el artículo 449 ter, si bien se prevé será suprimido tras la aprobación del APLO, si bien, y curiosamente, su contenido pasará íntegro a un nuevo 448 sexies. De esta forma, y según este proyectado artículo, insisto, de contenido idéntico al actual 449 ter-, el APLO vuelve a recoger a un amplio grupo de testigos especialmente vulnerables, junto al menor de edad, como sujetos legitimados para deponer a través de una prueba anticipada, pero repitiendo la misma técnica legislativa del 449 ter al decir que cuando se trate de un menor de catorce años el juez acordará en todo caso la prueba preconstituída. Y solo en el supuesto de menores de catorce años, también, se prevé que su deposición esté apoyada por psicólogos y expertos. Las partes no podrán interrogar al menor, sino los expertos tras un control judicial de pertinencia y utilidad –similar, pues, a la medida que se regula en el Código portugués, tal y como se ha visto en líneas anteriores-. Pero lo que llama la atención es que la norma prevea y autorice, en caso de la declaración de víctimas especialmente vulnerables, que pueda estar presente el acusado o investigado, si bien evitando su confrontación visual.



Ciertamente los derechos de defensa y contradicción del acusado solo pueden quedar limitados por la existencia de otros derechos fundamentales e intereses dignos de una protección especial y particularmente relevantes, y ello exige que legislador realice un ejercicio de ponderación que, con base en el principio de proporcionalidad, pueda justificar la limitación de los mismos. En este caso, la no presencia del acusado ante la declaración del testigo o víctima especialmente vulnerable se basa en esta ponderación de derechos que fundamenta una limitación en el derecho del acusado a estar presente durante el interrogatorio de la otra parte, o del testigo, por las circunstancias excepcionales que rodean a estos últimos, pero no para favorecerles, sino para protegerlos<sup>29</sup>. Es más, como afirma FAIRCLOUGH, “la teoría de la vulnerabilidad coloca la carga de la prueba en el Estado, que es el responsable de cumplir con las necesidades de la inherente vulnerabilidad jurídica de los sujetos” (FAIRCLOUGH, S, 2023, p. 5). Y precisamente esto es lo que en líneas anteriores se decía, en relación con el debido equilibrio de derechos de las partes de un proceso penal, que no puede dar lugar a un juego de suma cero. Y a esto se refiere también la normativa europea al establecer, como se ha visto, que los derechos de las víctimas y su protección deberá realizarse sin perjuicio del derecho a un juicio justo e imparcial del acusado. No puede, en consecuencia, causar perjuicio una limitación de un derecho cuando existe una circunstancia excepcional digna de un especial interés y protección. Y si bien es cierto que, en la mayoría de las legislaciones señaladas en este estudio, así como en la nuestra, esta excepcionalidad se basa en el interés superior del menor, por tratarse de una parte especialmente vulnerable, a mi juicio, también lo es quien se encuentra con una discapacidad cognitiva, emocional e intelectual que lo asimila a un menor, a pesar de que su DNI declare que es mayor de catorce años.

## 5. A modo de conclusión

Si partimos de la normativa citada a lo largo de este trabajo, de cumplimiento obligatorio por los Estados miembros, entre ellos España, (artículo 12 y 13 CDPD, así como las previsiones tanto de la Decisión Marco de 2001, como de la Directiva 2012/29/UE), junto a las recomendaciones y contenido de sus respectivos considerandos, debemos concluir que la normativa que regula la deposición del testigo o víctima especialmente vulnerable deberá ser especialmente sensible, adaptada y eficaz en cuanto a la protección dispensada. Si tomamos como ejemplo el Considerando 21 de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre, analizado en este trabajo, en él se establece

29 Como también se desprende de la Circular 3/2009, de 10 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, sobre protección de los menores víctimas y testigos, p. 6.



que los Estados miembros deberán tener en cuenta, en particular, la edad, madurez intelectual, y capacidad emocional de la víctima, así como sus capacidades auditivas y expresión oral, para comunicar información, en el momento de su deposición como víctima testigo en el proceso penal. ¿Podríamos afirmar que la legislación española vigente, así como la proyectada, garantiza una efectiva participación en el proceso penal de la víctima especialmente vulnerable, en particular respecto de la protección y garantías que debe rodear su deposición ante el juez o tribunal? La respuesta, desde luego, tras lo analizado en este trabajo, no puede ser rotundamente afirmativa. El legislador español, y en especial, el prelegislador en el APLO sobre las víctimas de trata de seres humanos, no ha sido valiente y decidido estableciendo, como así podía haberlo hecho, la deposición como prueba preconstituida obligatoria, tanto del menor como de la víctima adulta especialmente vulnerable, por razones personales o exógenas como, por ejemplo, testigos o víctimas con discapacidad cognitiva o social, puesto que en casos de inmadurez intelectual, emocional, social o cognitiva, su especial vulnerabilidad puede equipararse a la de un menor de catorce años de edad. En el mismo sentido cuando se trate de víctimas con traumas derivados del delito, o que sufran de episodios de **pánico** o ansiedad en relación con su testimonio en la vista oral. Al menos se echa en falta que, para el caso de adultos, insisto, especialmente vulnerables con discapacidad cognitiva, emocional o social, se hubiese regulado y ofrecido las mismas condiciones que para el menor de catorce años.

El Prelegislador español ha tenido una oportunidad única para mejorar, ampliar y desarrollar la prueba preconstituida para las víctimas especialmente vulnerables, menores de catorce años o no, como una medida de protección eficaz frente al riesgo de victimización secundaria. Como se ha destacado anteriormente, un adulto con discapacidad cognitiva o con una discapacidad en el desarrollo neurológico o social, tiene la misma especial vulnerabilidad que un menor de catorce años. Y para el caso de víctima -no menor- de trata de personas, no se entiende bien cómo es posible que quepa la posibilidad de que el acusado -y presunto victimario- pueda estar presente, aunque separado por un biombo y por ello no visible, en la misma sala en la que se está llevando a cabo la deposición de la víctima. ¿Qué diferencia hay, entonces, entre realizar la deposición en una sala distinta a la de la vista, con anterioridad al juicio, si en ambos casos solo se ha previsto como medida de protección la colocación de un biombo que evite una confrontación visual entre víctima y presunto victimario? Para la víctima puede suponer un elemento perturbador pues sabe que su agresor está presente, aunque no lo vea, y este es un riesgo que sitúa a la víctima especialmente vulnerable en una posición de desprotección y, a mi juicio, de revictimización. Esto es lo que FAIRCLOUGH llama “vulnerabilidad situacional”, es decir, que cuando el proceso sitúa a la víctima en un lugar desconocido y además centrado en la reconstrucción de los hechos que son traumáticos para ella; forma parte esencial de la protección que debe dispensar



a la misma la consideración de cómo dicha víctima experimenta dicha situación (FAIRCLOUGH, 2023). El prelegislador podría, pues, haber optado por la deposición pregrabada obligatoria no únicamente para menores de catorce años, sino, en cualquier caso, cuando deba deponer una víctima especialmente vulnerable, pues de eso se trata, de protegerla de forma efectiva, lo que implica la evitación de cualquier tipo de riesgo o daño dada su especial vulnerabilidad. Por todo ello, puede concluirse que la evitación de la posible victimización repetida o re-traumatizante como objetivo esencial de las normas y reformas más recientes, no se ha alcanzado, de forma efectiva, todavía, de forma que me sumo a la opinión del CGPJ, cuando afirma en su Informe que se ha perdido una gran oportunidad y se ha dado un paso atrás en la protección de menores y personas especialmente vulnerables<sup>30</sup>.

## 6. Bibliografía

- Almeida, Iris/Fernandes, Ana Filipa/Frade, Catarina/Nobre, Carolina/ Osório, Lúcia. (2021). Vulnerable victims in court: from childhood to senescence. *Annals of Medicine*, S173.
- Arangüena Fanego, C. (2022). Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 8.
- Armenta Deu, T. (2024). Personas con discapacidad: especialidades en el proceso civil y penal”. *Revista General de Derecho procesal*, 62, 1–44.
- Arrabal Platero, P. (2021). El acceso a la justicia como manifestación de una legislación procesal racional. Especial atención a los colectivos vulnerables. En *Libro Homenaje a Michele Taruffo. El legado de Taruffo para Latinoamérica*. Ed. Institución universitaria de Envisgado (IUE). <https://www.iue.edu.co/wp-content/uploads/2022/08/Homenaje-MicheleTaruffo.pdf>, 14–32.
- Barranco, C., Cuenca, P., & Ramiro, M. A. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad”. *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, <https://sid-inico.usal.es/idocs/F8/ART21552/barranco.pdf>, 1–28

---

30 Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos, de 30 de marzo de 2023, p. 76.



- Bradfiel, P. (2019). Preserving Vulnerable Evidence at the International Criminal Court –The Article 56 Milestones in Ongwen”. *International Criminal Law Review*, 19, 373–411.
- Brown, D., Lewis, C., Stephens, E., & Lamb, M. (2017). Interviewers’ approaches to questioning vulnerable child witnesses: The influences of developmental level versus intellectual disability status. *Legal and Criminological Psychology*, 22(2), 332–349. <https://doi.org/10.1111/lcrp.12104>
- Calaza López, S. (2023). Resiliencia física y digital de la discapacidad. En *Víctimas y espacial vulnerabilidad* (Verónica López Yagües, Dir.) ed. Tirant Lo Blanch, 73-126.
- Calderón Cuadrado, P. (2000). El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional), en *Cuadernos de Derecho Público*, 10.
- De Hoyos Sancho, M. (2014). Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”. *Revista General de Derecho Procesal*, 34. 1-55.
- De Lucchi López-Tapias, Y. (2023). La humanización de la justicia con relación a las personas con discapacidad: el derecho fundamental de acceso a la misma en condiciones de igualdad”. *Revista de Estudios Europeos, Monográfico*, 2, Los derechos fundamentales en el siglo XXI, 156-181
- De Verda y Beamonte J. R., D. (2015). ¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? *Idibe*. <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>
- Diez Picazo, I. (2000). Reflexiones sobre algunas acetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva, Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho), *Cuadernos de Derecho Público*, 10.
- Fairclough, S. (2023). Resilience-building in Adversarial Trials: Witnesses, Special Measures and the Principle of Orality. *Social and Legal Studies*, 1-26.
- Hollywood, C. (2022). The Sexual Violence Legislation Act 2021: Pre-Recorder Cross-Examination and the Right to a Fair Trial. *Victoria University of Wellington Law Review*, 53(2), 281–302.
- Hoyano, L. (2015). Reforming the adversarial trial for vulnerable witnesses and defendants”. *Criminal Law Review*, 2, 107–129.



- López Yagiües, V. (2023). Víctimas, vulnerabilidad y proceso penal. En Verónica López Yagiües (Ed.), *Víctimas y especial vulnerabilidad*. Tirant Lo Blanch, 15-65.
- Peay, J. (2015). Mental incapacity and Criminal Liability: Redrawing the fault lines?. *International Journal of Law and Pshychiatry*, 40, 25-35.
- Peixoto, E. V. (2017). Raquel y otros, "Interviews of Children in a Portuguese Special Judicial Procedure. *Behavioral Sciences and the Law*, 35, 189-203.
- Pérez Martín, M. A. (2015). Derechos y garantías de la Víctima en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Un Diseño de Protección Integral Frente al Delito. *Revista Internacional Consister de Direito*, 1-41.
- Spencer, J. R. (1993). *The Evidence of Children. The Law and the Psychology*. Blackstone Press Limited.
- Van Der, A. (2016). Variable Vulnerabilities? Comparing the Rights of Adult Vulnerable Suspects and Vulnerable Victims under UE Law". *New Journal of European Criminal Law*, 7, 39-58.