

VÍCTIMAS NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Natalia Pérez Rivas

Doctora en Derecho

Universidad de Santiago de Compostela

natalia.perez.rivas@usc.es

I. EL PROCESO PENAL COMO FUENTE DE VICTIMIZACIÓN

La intervención de la víctima en el proceso penal, como testigo, constituye una fuente de victimización de primer orden para la víctima que alcanza su máximo nivel en el momento de su declaración testifical. Ello es consecuencia del choque que se produce entre las expectativas de la víctima ante el sistema penal y la realidad con la que se encuentra, pudiendo llegar a ser esta victimización, adjetivada como secundaria, más dañina que la ocasionada por su victimario (victimización primaria) “porque es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige al mismo solicitando justicia y protección, porque su nocividad se añade a la derivada del delito, porque la víctima se siente especialmente frustrada en sus expectativas y, sobre todo, porque tal proceso afecta al prestigio del propio sistema y condiciona negativamente la actitud de la víctima y del colectivo social respecto al mismo”.

En efecto, hasta épocas recientes, la víctima era conceptuada como un instrumento al servicio del sistema penal, y no como un sujeto portador de derechos que debieran ser tenidos en consideración. En consonancia con ello, se articulaba su tratamiento procesal, que no venía sino a reafirmar y consolidar su condición de víctima.

La clara e incomprensible contradicción existente entre la importancia de la colaboración de la víctima con el sistema penal – la denuncia de los particulares es,

en general, el medio por el cual el sistema penal conoce prácticamente la totalidad de los hechos delictivos- y la escasa atención que recibía por su parte se ha saldado con la emergencia de un importante movimiento reivindicativo que ha venido impulsando, en las últimas décadas, la adopción de diversas medidas —tanto a nivel supranacional como nacional—, al objeto de mejorar aquélla. Y es que, un sistema penal que tome en consideración adecuadamente los derechos y necesidades de la víctima debe tener como una de sus prioridades evitar, en la medida de lo posible, que su participación en aquél se convierta en una nueva fuente de victimización.

II. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL: LA LEY 4/2015, DE 27 DE ABRIL

La creciente sensibilidad hacia la situación de la víctima que, al albur de la legislación internacional, se ha ido experimentando en nuestro país se tradujo en la aprobación de diversas normas en las que, de forma fragmentaria y dispersa, se regulaban los derechos de la víctima en el sistema penal. Esta forma de proceder no hizo más que redundar en su desconocimiento y, en consecuencia, en su falta de aplicación.

La constatación de esta realidad, de un lado, y la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a la exigencias del derecho comunitario —la DM 2001/220/JAI en un primer momento y, posteriormente, a la Directiva 2012/29/UE- embarcaron al legislador en la tarea de dotar a la víctima de un auténtico Estatuto en el marco del proceso penal.

Esta idea se materializó, finalmente, en la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante LEVD), desarrollada por el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre (en adelante RD 1109/2015).

La finalidad de esta ley es, como se establece en su preámbulo, “ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo

moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”.

La LEVD es, en esencia, la trasposición, a nuestro sistema procesal-penal, del contenido de la Directiva 2012/29/UE. Se erige, a este respecto, como se infiere de su propia nomenclatura, en la legislación básica en materia de derechos de las víctimas. En ella se articulan los aspectos esenciales y comunes de los derechos de que son titulares las víctimas de toda clase de delitos, configurando, a este respecto, su estándar mínimo de protección. Nada obsta, por tanto, para que, de estimarse necesario, se articule un nivel más elevado de protección a favor de determinadas categorías de víctimas.

III. EL DERECHO DE LA VÍCTIMA A LA PROTECCIÓN

La necesidad de proteger a la víctima en el marco del proceso penal es un principio que ha ido adquiriendo, progresivamente, una mayor importancia. Prueba de ello es la notable mejora que la atención a este derecho ha experimentado en la Directiva 2012/29/UE, en la que se le dedica todo un capítulo (arts. 18 a 24), frente a lo preceptuado, únicamente, en el art. 8 de la DM 2001/220/JAI.

A este respecto, las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias para garantizar la protección de la víctima y su familia frente a los diversos riesgos que pueden derivarse de su intervención en el proceso penal, entre ellos, su victimización secundaria.

A tal efecto, la LEVD ha articulado, siguiendo el modelo establecido en la Directiva 2012/29/UE, tres niveles de protección acumulativos, a cuyo análisis dedicaremos las siguientes páginas: un nivel estándar que resulta de aplicación a las víctimas de todos los delitos; un segundo nivel, reforzado, referido a las víctimas en que se aprecien necesidades especiales de protección; y, un tercer nivel, de máxima protección, aplicable a las víctimas menores de edad y personas con discapacidad o con la capacidad judicialmente modificada.

La implementación de estas medidas debe realizarse, en todo caso, sin perjuicio de los derechos del infractor o, en la fórmula que de forma reiterada se emplea en la LEVD, de modo que ello no perjudique de forma relevante el desarrollo del proceso. Y es que, como ya afirmó el TEDH en su sentencia de 26 de marzo de 1996 (Doorson c. Países Bajos), “[...] los principios de un juicio equitativo también exigen que, en los casos apropiados, los intereses de la defensa sean puestos en la balanza frente a los de los testigos o víctimas llamadas a testificar”.

3.1. Algunas precisiones conceptuales

3.1.1. Persona con discapacidad o con la capacidad judicialmente modificada

La LEVD no define que debe entenderse por persona con discapacidad. Ante la ausencia de una definición *ad hoc*, podemos tomar como referencia el concepto que, al respecto, se incluye en el art. 25 CP. De acuerdo con este precepto, una persona con discapacidad es aquella 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 sus intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente. Esta definición es conforme a lo preceptuado en el art. 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de acuerdo con el que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”

3.1.2. Víctima necesitada de especial protección

La LEVD no contiene, tampoco, una definición de qué debemos por entender por víctima necesitada de especial protección. El art. 23 LEVD simplemente establece, sobre la base del principio de individualización, que, en atención a sus

características personales, al tipo de delito sufrido y a las circunstancias en las que éste fue cometido, puede haber víctimas con necesidades especiales de protección por el hecho de ser particularmente vulnerables a una victimización secundaria. No existe, por tanto, en principio, una presunción en cuanto a que concretos tipos de víctimas vayan a conceptuarse, necesariamente, como tales. Por otro lado, la integración de las víctimas en esta categoría tiene efectos, únicamente, en orden a la intensificación del estándar básico del derecho a la protección. No presenta, por tanto, repercusión alguna en el ámbito del resto de derechos que integran su estatuto jurídico.

3.1.2.1. Evaluación individual

La determinación de qué víctimas con discapacidad integran la categoría de “víctimas necesitadas de especial protección” y, en su caso, las concretas medidas a adoptar para su tutela reforzada exige el sometimiento de la víctima a un proceso de evaluación (art. 23 LEVD). En su realización —que tendrá lugar al inicio de las actuaciones, a partir, por tanto, de las primeras diligencias policiales que se practiquen— se tomarán en consideración los siguientes elementos:

En primer lugar, se valorarán las características personales de la víctima, prestándose especial atención a circunstancias tales como su discapacidad, su relación de dependencia con el autor, su menor edad, etc. (arts. 23.2.a LEVD y 30.3.a RD 1109/2015). A reglón seguido se establece que se tendrá también en cuenta el hecho de que se trate de víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurren factores de vulnerabilidad. Obsérvese lo absurdo de esta previsión — sobre la que el legislador no ofrece, por otro lado, pista alguna en cuanto a su posible significado— si tenemos en cuenta que, lo que estamos tratando de determinar es, precisamente, quienes integran esa específica categoría de víctimas. En este sentido, compartimos la opinión de quienes estiman que hubiese resultado más clarificadora la inclusión en el precepto de un listado de características personales que, a estos efectos, debieran ser tomadas especialmente en consideración. Éstas serían, siguiendo la propuesta de la Directiva 2012/29/ UE, su

edad, su identidad o expresión de género, su etnia, su raza, su religión, su orientación sexual, su estado de salud, su discapacidad, su estatuto de residente, sus dificultades de comunicación, su relación con el infractor o dependencia del mismo y su anterior victimización (cdo. 56).

En segundo lugar, se atenderá a la naturaleza del delito, a la gravedad de los perjuicios causados a la víctima y al riesgo de reiteración de nuevas agresiones contra aquélla (arts. 23.2.b LEVD y 30.3.b RD 1109/2015). A tales efectos, se valorarán, especialmente, las necesidades de protección de las víctimas de terrorismo, violencia de género, violencia doméstica, trata de seres humanos, delitos cometidos por una organización criminal, los cometidos contra la libertad o indemnidad sexual, los de desaparición forzada y los llamados delitos de odio. Ha sido objeto de crítica la falta de inclusión, en este elenco, dada su entidad y gravedad, de los delitos de homicidio, lesiones graves, detenciones ilegales y secuestros.

Por último, se estimarán las circunstancias comisivas del delito, en particular, si se trata de delitos violentos (arts. 23.2.c LEVD y 30.3.c RD 1109/2015).

4. MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA CON DISCAPACIDAD O CON LA CAPACIDAD JUDICIALMENTE MODIFICADA

4.1. Medidas básicas de protección

La protección de la víctima se inicia desde el propio diseño de las diferentes dependencias –policiales, judiciales, etc.- en las que se desarrollen los diversos actos que conforman el procedimiento penal. Éstas deben estar habilitadas de tal manera que se evite, en la medida de lo posible, todo contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra (art. 20 LEVD). Ello no supone más que la traslación, a las víctimas en general, de lo preceptuado, en el art. 3.2 LOPT, con relación a los testigos y peritos protegidos. Bien es verdad que este derecho ya les era reconocido en el punto nº 23 de la Carta de los derechos de los ciudadanos

ante la justicia, si bien limitado al ámbito de las dependencias judiciales. La novedad de la previsión contenida en el art. 20 LEVD radica, por tanto, en que este derecho pasa a predicarse, por un lado, con relación a todas las víctimas de delitos y, por otro, que su ámbito de aplicación abarca todas las dependencias en que se desarrollen actos del concreto procedimiento, ya no sólo, por tanto, las dependencias judiciales. Además, la observancia de este derecho parece predicarse tanto con relación a las dependencias actualmente existentes como a las de nueva creación, al no establecer el precepto matización alguna al respecto, a diferencia del art. 19.2 de la Directiva 2012/29/UE.

En el marco ya del proceso penal, se prevé que la toma de declaración de la víctima, así como los eventuales reconocimientos médicos, se realice sin dilaciones injustificadas (art. 21.a LEVD), con pleno respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad (art. 15.3 Ley 35/1995) y, únicamente, en la medida en que resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación (art. 21. b y d LEVD).

En la fase de investigación, la víctima podrá estar acompañada durante la práctica de la diferentes diligencias en las que deba intervenir, además de por su abogado y, en su caso, por su representante legal, por una persona de su libre elección (arts. 21.c LEVD y 433 LECr). Esta posibilidad podrá ser excepcionada, motivadamente, por el funcionario o autoridad encargada de la práctica de la diligencia, cuando ello resulte necesario para garantizar su correcto desarrollo.

4.2. Medidas reforzadas para la protección

Las medidas a adoptar para la protección de las víctimas frente a su victimización secundaria se intensifican con relación a las víctimas que presentan necesidades especiales de protección, en los términos antes señalados.

A este respecto, el art. 25 LEVD regula las medidas que podrán ser adoptadas para la protección de la víctima en el marco de la fase de investigación y de enjuiciamiento. Su adopción no es, por tanto, obligatoria, sino que su

implementación puede exceptuarse, como veremos, pese a la positiva evaluación de la concurrencia en la víctima de necesidades especiales de protección, cuando así se estime necesario para, en términos generales, garantizar el correcto desarrollo del proceso. Entendemos que, para que la configuración de este derecho de protección reforzado no quede en una mera declaración de principios, sería conveniente que se exigiese, a efectos de limitar la aplicación de estas medidas, una resolución motivada en contra por parte del funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia.

Las medidas que, en nuestro ordenamiento jurídico, pueden ser aplicadas en el marco de este estatuto protector reforzado predicable respecto de las víctimas necesitadas de especial protección, apenas difieren, como veremos, de las previstas en la Directiva 2012/29/UE.

4.2.1. Fase de investigación

La toma de declaración a la víctima deberá realizarse sin dilaciones injustificadas y siempre que ello resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal. Este trámite tendrá lugar en las dependencias habilitadas para tal fin (art. 25.1.a LEVD). En la medida en que ello resulte posible, su realización se llevará a cabo por personas con formación en el tratamiento de las víctimas o, cuanto menos, con su ayuda y asesoramiento (art. 25.1.b LEVD). Asimismo, y salvo que se perjudique de forma relevante el desarrollo del proceso o que, en su caso, la declaración deba tomarse directamente por el juez de instrucción o el MF, ello deberá realizarse siempre por la misma persona (art. 25.1.c LEVD). Tratándose de víctimas de violencia doméstica, violencia de género, violencia sexual o de trata de blancas, la persona que les tome declaración será, con las salvedades indicadas y, siempre que así lo solicitaran, de su mismo sexo (art. 25.1.d LEVD).

El órgano judicial no admitirá, en principio, la realización de preguntas que versen sobre su vida privada si ese dato no presenta relevancia respecto al hecho delictivo que está siendo investigado. Ello será así salvo que aquél estimase que su respuesta servirá para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la víctima (arts. 25.2.c LEVD y 709 LECr).

Finalmente, la declaración de la víctima necesitada de especial protección se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella se puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la concreta diligencia, evitando su confrontación visual con el encausado (art. 25.2.a LEVD). Con este fin, el órgano judicial podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, la utilización de cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación (arts. 25.2.b LEVD y 325 LECr). No se hace referencia alguna, no obstante, a la posibilidad de la práctica, con las debidas garantías, de la declaración testifical anticipada en aquellos casos en que se verifique, a través del correspondiente informe médico, la existencia de un riesgo cierto de producirse graves consecuencias para la incolumidad psíquica de la víctima necesitada de especial protección –salvo que se trate, como veremos, de un menor-, con motivo de la reiteración de su declaración en el marco del juicio oral. Una previsión de este tenor sí se contenía, en cambio, en el PCPP de 2013, en cuyo art. 432 se apuntaba que “sólo cuando exista el temor fundado de imposibilidad o grave dificultad de la práctica de la prueba en el acto de juicio oral por causa de las personas o del estado de las cosas, o cuando la reiteración de la comparecencia para declarar sobre los hechos resulte peligrosa para el desarrollo de los menores o para la salud de personas vulnerables, se practicará prueba anticipada ante el Tribunal de Garantías o de Juicio que resulte competente para el conocimiento de la causa, a instancia de parte y con salvaguarda del derecho de defensa y del principio de contradicción”. Entendemos, siguiendo los postulados de este precepto, que la adecuada consideración de las víctimas necesitadas de especial protección debiera conllevar la reforma de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECr –reguladores de la testifical anticipada, respectivamente, en los procedimientos ordinario, abreviado y urgente- a efectos de prever, de forma específica, su práctica en aquellos casos en que, previo informe del médico forense o del equipo psicosocial, se acredite la conveniencia de la medida a efectos de proteger su integridad psíquica. En aquellos casos en que, entre el momento de la preconstitución de la prueba y la celebración del juicio oral, haya transcurrido un periodo de tiempo prolongado, deberá emitirse un nuevo informe por parte

de los expertos a efectos de valorar si se ha producido algún cambio en las circunstancias de la víctima que permitan su declaración en el acto del juicio oral.

4.2.2. Fase de enjuiciamiento

En el marco ya de la fase oral del proceso penal, el órgano judicial podrá adoptar las medidas que estime adecuadas para evitar el contacto visual entre la víctima y el acusado durante su declaración en la sala, cuando ello le resulte especialmente gravoso o perjudicial, utilizando, a tal efecto, cualquier medio técnico (arts. 25.2.a LEVD, 707 LECr y 731.bis LECr). Asimismo, podrá acordarse que la víctima pueda prestar declaración sin estar presente en la sala de vistas, para lo cual podrá emplearse la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido (arts. 25.2.b LEVD, 707 LECr y 731.bis LECr).

El órgano judicial no admitirá la realización de preguntas que versen sobre su vida privada si estos datos no tienen relevancia respecto al hecho delictivo que está siendo juzgado. Esta previsión podrá ser excepcionada si su respuesta se estima conveniente para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la víctima (arts. 25.2.c LEVD y 709 LECr).

4.2.2.1. Especial referencia la protección de la intimidad de la víctima

Las sesiones del juicio oral serán, por regla general, públicas, bajo pena de nulidad. Este principio de publicidad podrá ser excepcionado, no obstante, con los límites que establezcan, a tales efectos, las normas procesales (arts. 680 LECr y 232.1 LOPJ).

En este sentido, el órgano judicial podrá acordar, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, previa audiencia de éstas, que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada (art. 25.2.d LEVD). Esta decisión sólo podrá ser adoptada cuando, en atención al resultado del correspondiente juicio de proporcionalidad y ponderación de la totalidad de derechos y bienes jurídicos que se encuentren en juego, así lo exijan, entre

otras razones, la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o cuando resulte necesario para evitarles perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivarse del desarrollo ordinario del proceso. Así se observa, por ejemplo, en los procesos por delitos contra la libertad o indemnidad sexual. Esta restricción opera sólo con relación al público general, no resultando de aplicación, por el contrario, con relación al MF, a las víctimas, a los procesados y a sus respectivos defensores (art. 681.1 LECr). El juez o el presidente del tribunal podrá autorizar, asimismo, la presencia terceras personas que acrediten un especial interés en la causa.

Una medida intermedia entre la audiencia pública y la celebración de la sesión a puerta cerrada es la restricción, de forma excepcional, de la presencia de los medios de comunicación social audiovisuales en las sesiones del juicio (arts. 682 LECr y 6 Reglamento CGPJ 1/2005), a adoptar por el órgano judicial cuando, tras la ponderación de los diversos intereses en conflicto, llegue a la conclusión de que, por las circunstancias del caso, ello es suficiente para alcanzar los fines de protección señalados.

En un último nivel se sitúan un conjunto de medidas orientadas, en este caso, en exclusiva, a los medios de comunicación social cuya presencia en sala sea autorizada. Éstas consistirán en alguna de las siguientes prohibiciones: la prohibición de que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, o la concreción de qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas (art. 682.a LECr); la prohibición de la divulgación o la publicación de cualquier información que pueda facilitar, de forma directa o indirecta, su identificación, así como de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección (arts. 681.2.a y 682.c LECr); la prohibición de la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares (arts. 681.2.b y 682.b LECr).

A este respecto debemos tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina del TC, las noticias que revelen datos sobre las víctimas hasta el punto de permitir su total identificación, exceden el estricto ámbito de la relevancia informativa en cuanto a la agresión sufrida y su enjuiciamiento, no encontrándose amparada

dicha información, en consecuencia, por lo preceptuado en el art. 20.1.d CE. Resulta necesario, por ello, el fomento, desde los poderes públicos, de la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada en orden a preservar la intimidad, la dignidad y los demás derechos de las víctimas (art. 34 LEVD). A este respecto, en el Código Deontológico de la FAPE se establece que “se evitará nombrar a las víctimas de un delito, así como la publicación de material que pueda contribuir a su identificación, actuando con especial diligencia cuando se trate de delitos contra la libertad sexual”.

4.3. Medidas hiperreforzadas de protección

4.3.1. Defensor judicial

En principio, la representación de la víctima discapacitada con la capacidad judicialmente modificada corresponde, en el marco del proceso penal, a su tutor. No obstante, el órgano judicial procederá, a instancias del MF, a la designación de un defensor judicial para que proceda a su representación en el procedimiento, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias (art. 26.2 LEVD): a) los representantes legales de la víctima presenten un conflicto de intereses con ésta; b) ese conflicto de intereses se predica sólo respecto de una de las personas que ejerce su representación legal, pero la otra no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia; c) la víctima no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan los cargos tutelares.

4.3.2. Fase de investigación

En el marco de la fase de investigación se prevé, de forma particular, la posibilidad de que el juez de instrucción pueda acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima con la capacidad judicialmente modificada resulte necesario para evitar causarle graves perjuicios, que se le tome declaración ante expertos y en presencia, siempre, del MF. Podrá acordarse, asimismo, que las preguntas se le trasladen directamente por esos expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración. En estos casos, el

juez dispondrá lo necesario para facilitar a aquéllas la posibilidad de realizar preguntas o pedir aclaraciones a la víctima (art. 433 LECr). La toma de declaración podrá llevarse a cabo evitando su confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba (art. 448 LECr). Se dispone, por tanto, que la diligencia consistente en la declaración de la persona con la capacidad judicialmente modificada se realice, en los casos señalados, de forma contradictoria, procediéndose, asimismo, a la grabación, por medios audiovisuales, de la declaración (art. 433 LECr). Ello posibilitará que, posteriormente, estas declaraciones sumariales puedan ser reproducidas, a instancia de cualquiera de las partes, en la fase del juicio oral (art. 26.1.a LEVD), de conformidad con lo preceptuado en el art. 730 LECr, pese a la errónea remisión que, en nuestra opinión, se hace, en el citado precepto, al art. 448 LECr.

La nueva redacción del art. 433 LECr viene a dar cobertura legal, si bien de forma encubierta, a un nuevo supuesto de prueba anticipada de aplicación a las víctimas con la capacidad judicialmente modificada, a efectos de prevenir su victimización secundaria. Esta posibilidad ya venía siendo observada, no obstante, por la más moderna jurisprudencia que optó por una interpretación laxa del criterio de “imposibilidad” de la comparecencia del testigo de cargo abarcando, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, los supuestos en que, tratándose de una víctima menor de edad, existiera un riesgo cierto, acreditado mediante el correspondiente informe psicológico, de producirse, con su intervención en el juicio oral, graves consecuencias para su incolumidad psíquica y moral.

El legislador no ha querido, sin embargo, dotar de carta de naturaleza, como ya dejamos sentado, a la protección de la integridad psíquica de la víctima como presupuesto fáctico justificativo para la anticipación de la prueba testifical. Prueba de ello es que esta circunstancia sigue sin contemplarse, de forma expresa, en los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECr —reguladores, como ya dijimos, de la testifical anticipada en el sumario, respectivamente, en los procedimientos ordinario, abreviado y urgente— en los que se sigue haciendo referencia, como únicas eventualidades a tomar en consideración, a la imposibilidad de la víctima de concurrir al acto del juicio oral por

haber de ausentarse del territorio nacional o por temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral. Fuera de estos casos, la admisibilidad de la prueba testifical anticipada como prueba de cargo dependerá de la sensibilidad del correspondiente órgano judicial. Todo ello resulta todavía más paradójico si tenemos en cuenta que esta circunstancia sí constaba como causa justificativa para la práctica de la prueba anticipada en el ALECr de 2011, en el PCPP de 2013 y en el Anteproyecto de la Ley de Protección a la Infancia de 2015.

Es por ello que reiteramos nuevamente aquí la conveniencia de modificar la redacción de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECr, en los términos ya señalados.

4.3.3. Fase de enjuiciamiento

En el caso de que la práctica de la prueba anticipada no sea factible, requiriéndose, por tanto, la comparecencia de la víctima con discapacidad necesitada de especial protección en el marco del juicio oral, se procederá, cuando ello resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que se puedan derivar de su intervención, a la implementación de los medios técnicos que resulten necesarios para evitar su contacto visual con el acusado (arts. 25.2.a LEVD, 707 LECr y 731.bis LECr). De acordarse que la víctima preste su declaración sin estar presente en la sala, se empleará la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido (arts. 25.2.b LEVD, 707 LECr y 731.bis LECr).

Asimismo, las autoridades y funcionarios que intervengan en el proceso tienen la obligación de adoptar las medidas legales que sean necesarias para impedir, en todo caso, la realización de las siguientes conductas con relación a las víctimas con discapacidad (arts. 22 LEVD y 681.3 LECr): a) la divulgación o la publicación de cualquier información que pueda facilitar, de forma directa o indirecta; b) la divulgación o publicación de las circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección; c) la obtención, la divulgación o la publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

5. RÉGIMEN DE IMPOSICIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

El órgano competente para la determinación de las concretas medidas a imponer, una vez evaluadas las necesidades de la víctima, difiere según la fase del proceso en que nos hallemos (art. 24.1 LEVD). Así, durante la fase de investigación, la decisión corresponderá al juez de instrucción o al de violencia sobre la mujer —en los casos de violencia de género—, sin perjuicio de la evaluación y resolución provisionales que deberá realizar y adoptar el MF (art. 773.2 LECr) —en sus diligencias de investigación o en los procedimientos sometidos a la LORRPM— o los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de las investigaciones (arts. 282 LECr y 30.1 RD 1109/2015). En la fase de enjuiciamiento, la decisión corresponderá al órgano judicial que esté conociendo de la causa.

La resolución que se adopte deberá ser motivada y reflejar cuáles son las circunstancias que han sido estimadas para su adopción. A tal efecto se valorarán, especialmente, las necesidades de protección manifestadas por la propia víctima o, en caso de tener su capacidad judicialmente modificada, por su tutor, así como su opinión e intereses en cuanto la imposición de todas o alguna de ellas, sin que, no obstante, ello resulte vinculante para el órgano judicial (art. 24.3 LEVD). Se podrá tomar en consideración, asimismo, el informe de evaluación elaborado, en su caso, por las OAVD (art. 31.1 RD 1109/2015).

En dicha resolución se determinará, por un lado, si se trata de una víctima necesitada de especial protección y, por otro, las concretas medidas a adoptar de entre las previstas en los arts. 25 y 26 LEVD, en atención a las circunstancias concurrentes en el sujeto -su situación personal, sus necesidades inmediatas de protección, su edad, su género, el padecimiento de alguna discapacidad y su nivel de madurez (art. 23.3 LEVD)-. La eventual modificación de esas circunstancias a lo largo del proceso penal requerirá la actualización de las medidas acordadas (art. 25.4 LEVD). Las víctimas podrán renunciar, no obstante, en todo momento, a este estatuto de protección reforzado y/o hiperreforzado (art. 24.2 LEVD). Entendemos, no obstante, que, dadas las características de estas víctimas, sería conveniente que esta diligencia se realizase con la intervención de su representante legal o del defensor judicial asignado,

recabándose, asimismo, la opinión del MF y de profesionales con formación específica a este respecto.

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ PITA, M^a.P., “La declaración del menor víctima de abusos sexuales y agresiones en el proceso penal a la luz de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, pp. 1-36.

DÍAZ TORREJÓN, P., *La protección de la víctima menor de edad en el proceso penal. Incidencia de la entrada en vigor de la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/P.%20D%C3%ADaz%20Torrej%C3%B3n.pdf?idFile=82133c66-0856-4d89-b863-e15c29746fd5

GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, Navarra, 2015a.

PÉREZ MORALES, M.G., “La prueba preconstituida en el ámbito de la Decisión Marco 2001/220: necesidad de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en ARMENTA DEU, T. / OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.), *La víctima menor de edad: un estudio comparado Europa/América*, Colex, Madrid, 2010, pp. 187-195.

SERRANO MASIP, M., “Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2/2013, pp. 1-50.

TINOCO PASTRANA, Á., “El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección”, *Processo penale e giustizia*, nº 6, 2015, pp. 174-188.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, en TAMARIT SUMALLA, J.M^a. (coord.), *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015a, pp. 168-240.

- “La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVD”, en TAMARIT SUMALLA, J.M^a. (coord.), *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015b, pp. 241-304.