

ÁNGEL TINOCO PASTRANA

Profesor de Derecho Procesal – Universidad de Sevilla

El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección

The Spanish Crime victim Statute and the right to protection

Vamos a tratar la protección de las víctimas tras la promulgación del Estatuto de la víctima del delito, que transpone la Directiva 2012/29/UE y codifica los derechos procesales y extraprocesales de las víctimas. Estudiaremos si existen buenas prácticas en el Derecho español en esta materia. Los problemas derivados de la antigüedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y la dispersión normativa, requieren una seria y precisa regulación de la materia. El Estatuto reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo relevantes las innovaciones que introduce en el tratamiento de las víctimas con necesidades especiales de protección y en la protección de la víctima durante las fases de investigación y enjuiciamiento. El Estatuto respeta y supera las normas mínimas de la Directiva e introduce importantes novedades, pero existen extremos que no están lo suficientemente precisados, lo cual junto con la carencia de medios y recursos, puede obstaculizar la eficacia y aplicación práctica de la nueva normativa.

We are going to study the protection of victims following the enactment the Crime victim Statute. The Statute transposes the Directive 2012/29/UE, and codifies the procedural and extra-procedural rights of victims. We are to investigate if good practices exist in Spanish Law. The problems derived from the antiquity of the Act of Criminal Procedure of 1882 and the multiplicity of the regulations, require a new, serious and precise regulation of the matter. The Statute reform the Act of Criminal Procedure, being relevant the innovations in the treatment of victims with specific protection needs and the protection of the victim during criminal investigations and court proceedings. The Statute respects and exceeds de minimum standards of the Directive and introduces important innovations, but there are extremes which are not sufficiently specified, which together with the lack of means and resources, it can hinder the effectiveness and practical application of the new regulation.

INTRODUCCIÓN

Recientemente se acaba de promulgar en España la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito (LEVD) ¹, que transpone la Directiva 2012/29/UE ². Vamos a tratar la protección de

¹ La LEVD entró en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, es decir, el 28 de octubre de 2015. Dada la vocación unificadora del Estatuto y ante la carencia de una regulación específica para determinados colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, les otorga una protección especial transponiendo igualmente otras dos Directivas recientes. La Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas. De este modo la LEVD está en consonancia con el espíritu del “Programa de Estocolmo – Una Europea abierta que sirva y proteja al ciudadano”, adoptado por la Consejo Europeo en 2009, en cuyas orientaciones estratégicas se establece la protección de los derechos de los más vulnerables, entre las que se encuentran las víctimas protegidas en dichas Directivas (4.4.3 y 4.4.3). Con la Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011, sobre un Plan de Trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (“Plan de Trabajo de Budapest”) se da respuesta por la Comisión Europea al “Programa de Estocolmo”. Las víctimas con necesidades especiales están igualmente reconocidas en la Medida E del “Programa de Budapest”, debiendo establecerse normas sobre su asistencia, apoyo y protección. Nos vamos a centrar fundamentalmente, en la transposición de la Directiva 2012/29/UE.

las víctimas y el reconocimiento de las víctimas con necesidades especiales de protección en la LEVD, materia que se regula en su Título III.

La LEVD lleva a cabo una sobresaliente codificación de los derechos procesales y extraprocesales de las víctimas de delitos. No sólo reconoce los derechos mínimos de la Directiva sino incluso otros adicionales, introduciendo importantes novedades sobre la materia. Constituye un texto más ambicioso que traslada las demandas de la sociedad española, dada la “postración de los derechos y necesidades de las víctimas”, conforme al valor superior de justicia. La promulgación de la LEVD conlleva que España esté entre los países pioneros de la UE al regular en una sola norma los derechos de las víctimas³. La protección y el apoyo que ofrece a la víctima ostentan también una dimensión extraprocesal. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo en aras a la salvaguarda integral de la víctima, incluyendo medidas de protección concretas para determinados colectivos. La LEVD se presenta y publica como Anteproyecto, informado en Consejo de Ministros, el 24 de octubre de 2013. El Anteproyecto se presenta en el contexto de la importante repercusión y rechazo que tuvo fundamentalmente en gran parte de la sociedad, la condena a España por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Del Río Prada c. España* (Demanda n. 42750/09), de 21 de octubre de 2013, que conllevó derogación de la denominada “doctrina Parot”, o doctrina del “doble cómputo legal”, y en gran medida parece que intenta satisfacer ciertas demandas de la sociedad y de las víctimas del delito.

En este trabajo estudiaremos el grado de cumplimiento y desarrollo de los derechos reconocidos y las medidas de protección establecidas en el Capítulo III de la Directiva en el ordenamiento español tras la promulgación de la LEVD, y la correlativa reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (LECRIM) que la LEVD lleva a cabo. Veremos si existen buenas prácticas en el proceso penal español para el cumplimiento de la Directiva⁴.

El Derecho español carece de una codificación completa en el proceso penal, planteando la LECRIM importantes problemas de interpretación y de aplicación como consecuencia, entre otros factores, de su antigüedad. A pesar de esta reforma de la LECRIM que la LEVD lleva a cabo, continúa siendo necesaria una nueva Ley procesal penal que modernice el proceso penal y solvante estos inconvenientes, además de su adecuación a las normas internacionales en materia de protección de los derechos humanos. En la actual legislatura se difundió el Borrador de nuevo Código Procesal Penal (BCPP)⁵, que contiene en los arts. 59 a 68 el “Estatuto Procesal de la Víctima”, el cual en modo alguno tiene la relevancia y alcance de la LEVD en esta materia, ni perspectiva de que se inicie su tramitación legislativa, por lo que no existe

² La Directiva establece normas mínimas sobre derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, y tiene que ser incorporada a los ordenamientos internos de los Estados miembros con la fecha límite del 16 de noviembre de 2015. La Directiva tiene por tanto como objetivo revisar y reforzar los derechos de las víctimas en los procesos penales, aumentando de forma significativa su nivel de protección respecto a la Decisión Marco, dados además los avances en la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (UE).

³ Así se observa en el Considerando II del Preámbulo LEVD, donde se añade que tiene la finalidad de completar el diseño del Estado de Derecho, casi siempre centrado en los derechos y garantías del imputado, procesado, acusado o condenado. Además se destaca que según el Informe de la Comisión Europea de abril de 2009, ningún Estado miembro había aprobado un único texto legal que de forma sistemática, recoja todos los derechos de la víctima.

⁴ M. De Hoyos Sancho, *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*, 2014, pp. 9 a 11. La transposición de la Directiva en los ordenamientos de los Estados, se tendrá que efectuar haciendo referencia a que sus disposiciones son consecuencia de esta norma de armonización. Se establece un sistema de seguimiento de su transposición por parte de la Comisión sobre la adopción por los Estados de las disposiciones necesarias para cumplirla. Hubiera sido deseable una aproximación más intensa y al alza, no sólo por mejorar los derechos y protección de las víctimas, sino además porque desde la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013 (Caso Melloni), si la materia está armonizada en la UE, un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno en función del “principio de primacía del Derecho de la Unión Europea”. La Directiva impone a los Estados obligaciones de forma más clara y eficaz que la Decisión Marco de 2001, pudiendo además ser controlada su aplicación por el Tribunal de Justicia, pudiéndose hacer uso del “recurso por incumplimiento” (arts. 258 y 260.3 TFUE), todo lo cual redundará en una mayor efectividad de la Directiva en los Estados que constituyen el “espacio de libertad, seguridad y justicia”.

⁵ Difundido por el Ministerio de Justicia, el 25 de febrero de 2013, si bien su tramitación como Anteproyecto no se ha iniciado. Además de los arts. 59 a 68, trata específicamente la tutela y protección de las víctimas, entre otros, en los arts. 14, 43 a 45, 190 a 194 y 656.

por el momento posibilidad alguna de que tengamos una nueva Ley procesal penal ⁶. Evidentemente es más realista y viable la necesaria reforma puntual y parcial de la LECRIM para adaptarla a la LEVD, que una nueva LECRIM. Esta conclusión se comprueba igualmente en la reciente Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, del mismo que en la también reciente Ley 41/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ambas de 5 de octubre de 2015⁷.

Una vez hechas estas observaciones sobre el contexto legislativo actual español, vamos a desarrollar la materia que nos ocupa, y por tanto la protección de las víctimas según lo establecido en Título III de la LEVD. El Estatuto de la Víctima se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo de la víctima para su salvaguarda integral. Aunque existen otros derechos y disposiciones que coadyuvan a su protección, tales como el derecho de información, apoyo y participación, éstos exceden de nuestro estudio, en el que nos vamos a centrar en el Título III.

De forma previa vamos a precisar el concepto de víctima conforme al art. 2 LEVD, que diferencia entre las víctimas directas e indirectas. Las víctimas directas son las personas físicas que hayan sufrido un daño o perjuicio sobre su persona o patrimonio, causados por la comisión del delito. Las víctimas indirectas en los supuestos de muerte o desaparición de una persona causadas por el delito, son el cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, hijos, progenitores, parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que estuvieran bajo su guarda, y las personas sujetas a tutela, curatela o acogimiento. Si éstos no existieran, serán los demás parientes en línea recta y hermanos.

En cuanto a la protección de la víctima, y en gran medida conforme a la sistematización que se lleva a cabo en el Estatuto de la Víctima, vamos a ver en primer lugar la evaluación individual de las víctimas, a continuación los derechos y medidas de protección relevantes y específicos para la fase de investigación, y finalmente los derechos y medidas de protección de la fase de enjuiciamiento. Iremos exponiendo las respectivas conclusiones conforme desarrollemos las diversas instituciones y analicemos la materia en sus correspondientes apartados.

LA EVALUACIÓN INDIVIDUAL DE LAS VÍCTIMAS

El Estatuto de la Víctima establece un sistema de evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección ⁸ y en consecuencia, qué medidas de protección especiales de los arts. 25 y 26⁹ deben ser adoptadas para evitar los perjuicios que pudieran derivarse del pro-

⁶ Ya ha sucedido con otros intentos como el “fallido” Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Fue aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de julio de 2011, prácticamente al final de la anterior legislatura, sin que se iniciara su tramitación legislativa.

⁷ En sus respectivas Exposiciones de Motivos (Considerando I), se destaca la necesidad de afrontar de forma inmediata determinadas cuestiones que no pueden esperar a ser resueltas hasta la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal, dado que éste plantea un cambio radical del sistema de justicia penal que requiere un amplio consenso y está sometido a un debate que aún se mantiene. Desde hace décadas se está evolucionando en los diversos sistemas procesal penales europeos, desde el sistema acusatorio formal o mixto de origen francés, hacia el sistema acusatorio puro, el cual incrementa las atribuciones al Ministerio Fiscal en detrimento de la figura del Juez Instructor, atribuyéndole a aquél la fase preliminar de investigación. Este es el sistema que se establece en el BCPP y en el anterior Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Dentro de esta evolución posee una gran trascendencia la influencia del sistema adversativo (*adversary system*) del *Common Law*, fundamentalmente de los EE.UU.

⁸ M. De Hoyos Sancho, *op. cit.*, pp. 18 a 20. Estamos ante una novedad de la Directiva respecto a la Decisión Marco de 2011, dado que en ésta casi no se hacía referencia a las víctimas con necesidades especiales de protección. En la Propuesta de Directiva de 2011 se identificaban expresamente a las víctimas vulnerables (art. 18). Sin embargo la Directiva ha optado por no establecer ninguna definición de víctima necesitada de protección o especialmente vulnerable, por lo que en principio cualquier persona puede llevar a serlo, en virtud del tipo de persona, situación, y de las consecuencias del delito sobre la persona y su entorno. La autora propone que también debería considerarse aquellas víctimas en las que su especial vulnerabilidad radica en que ni siquiera es capaz de denunciar los hechos y acceder al sistema policial o judicial, en virtud de sus características, circunstancias o efectos del delito. Ello sí se considera como motivos especiales de vulnerabilidad en instrumentos internacionales como las “Reglas de Brasilia” o las “Guías de Santiago”.

⁹ El art. 23.1 del Estatuto de la Víctima sólo se refiere respecto a las medidas a adoptar a las “reguladas en los artículos siguientes”, y por tanto a las contempladas los arts. 25 y 26, lo cual está en consonancia con el tenor del art. 22 de la Directiva. Se

ceso¹⁰. Desde un punto de vista subjetivo en esta valoración se tienen en cuenta las características personales de las víctimas, especialmente si se trata de una persona discapacitada o si existe una relación de dependencia entre la víctima y el hipotético autor de los hechos. Además se tiene en especial consideración si se trata de víctimas menores de edad o de víctimas necesitadas de especial protección o con especial vulnerabilidad. Desde un punto de vista objetivo en la evaluación individual se considera especialmente la naturaleza del delito, la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, y el riesgo de reiteración delictiva. En concreto se valoran especialmente las necesidades de protección de las víctimas de un elenco específico de delitos. Se trata de los delitos de terrorismo, los cometidos por una organización criminal, violencia de género, violencia doméstica, contra la libertad o indemnidad sexual, trata de seres humanos, desaparición forzada, los cometidos por motivos racistas, antisemitas, ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia, raza, nación, origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad¹¹. También se tendrán en cuenta en la evaluación las circunstancias del delito, especialmente si se trata de delitos violentos¹².

Observamos que las referencias a estas víctimas que consideran especialmente, en modo alguno excluye la evaluación individual de otras posibles víctimas que presenten otras características subjetivas o sean víctimas de otros delitos o bajo otras circunstancias, en la medida en que sea necesario evitarles los perjuicios que se pudieran derivar del proceso. Por tanto la evaluación individual se prevé para todas las víctimas, si bien las medidas especiales de los arts. 25 y 26¹³ sólo se reconocerán a las víctimas que tras la evaluación sean consideradas con necesidades especiales de protección¹⁴.

Las víctimas menores de edad poseen un tratamiento específico. La Directiva establece un concepto objetivo de vulnerabilidad en virtud del cual siempre se las considerarán con necesidades especiales de protección, teniendo que someterse a la evaluación individual para determinar si deben beneficiarse y en qué grado, de las medidas especiales de protección (art. 22.4) y las específicas para los menores de edad (art. 24), si bien reiteramos que ello no impide que también se adopten otras medidas de carácter general.

Por ello el Estatuto de la Víctima establece una serie de disposiciones para proteger a estas víctimas. Consideramos que a pesar de que en el Estatuto no las reconozca de forma expresa en términos similares

trata por tanto de las medidas específicas para proteger a las víctimas con necesidades especiales de protección. Pero también existen otras medidas de protección para las víctimas en general reguladas en preceptos anteriores, por lo que estimamos que debemos efectuar una interpretación extensiva en el sentido de que nada impide adoptar estas otras medidas para proteger a las víctimas con necesidades especiales. La evaluación individual coadyuva a la seguridad jurídica en las medidas de protección a las que tendría derecho la víctima.

¹⁰ Estos riesgos consisten en que sean especialmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias, como se establece en el art. 22.1 de la Directiva.

¹¹ Ello respeta el art. 22.2, b) de la Directiva, que establece que en la evaluación individual se tendrá especialmente en cuenta el tipo o naturaleza del delito, y además concreta en el Derecho penal español los delitos cuyas víctimas serán objeto de una consideración especial según el art. 22.3 de la Directiva. Este elenco de delitos está actualizado conforme a la reciente e importante reforma del Código Penal (CP) que se llevó a cabo por la LO 1/2015 y la LO 2/2015, ambas de 30 de marzo y por tanto previas a la promulgación de la LEVD. La violencia de género se entiende en los términos del art. 1 de la LO 1/2004, integral contra la Violencia de Género (LOIVG), que la limita a la violencia del hombre sobre la mujer en las relaciones afectivas, a diferencia de otras posibles regulaciones comparadas que amplíe el ámbito de las víctimas de violencia de género que estén vinculadas al agresor por otro tipo de relaciones. Por otro lado la Directiva también hace referencia a la “violencia en las relaciones personales”, por lo que creemos que puede ser deficiente en este sentido el Estatuto de la Víctima que sólo especifica la violencia doméstica, olvidando otro tipo de fenómenos de criminalidad en las relaciones personales preocupantes que ocurren fuera del ámbito doméstico, como por ejemplo, entre otros, el acoso laboral, la violencia sobre los ancianos, y el acoso escolar. En cuanto a este elenco, observamos por otro lado, que está en consonancia con la transposición que también efectúa el Estatuto de la Víctima de la Directiva 2011/92/UE y de la Directiva 2011/36/UE.

¹² La referencia expresa a los delitos violentos constituye una innovación del Estatuto de la Víctima, ya que la Directiva en el art. 22.3 sólo considera las circunstancias del delito.

¹³ El Estatuto de la Víctima a diferencia de la Directiva, no establece de forma general que estas medidas no se ofrecerán si existieran limitaciones operativas o prácticas que lo impidieran o si hay que tomar declaración de forma urgente a la víctima, para evitar que ésta u otra persona pueda lesionarse o perjudicarse el curso del proceso (art. 23.1 de la Directiva). Sólo se tiene en cuenta el posible perjuicio en el desarrollo del proceso, como veremos. Estimamos que ello constituye una mejora del Estatuto respecto a la Directiva, dado que como observa M. De Hoyos Sancho, *op. cit.*, p. 22, esta salvedad que establece la Directiva puede “vaciar *de facto*” el contenido de los derechos de protección especial de las víctimas, y lo más lógico es que los Estados pongan los medios necesarios para que dichas limitaciones operativas o prácticas no se produzcan.

¹⁴ Así se extrae del tenor del art. 22 de la Directiva, en relación con el art. 23 del Estatuto, a pesar de la poca claridad de éste que a diferencia de la Directiva, no habla de “medidas especiales” de forma expresa.

a la Directiva como víctimas con necesidades especiales, en estas disposiciones se las está reconociendo igualmente en el mismo sentido, aunque de forma quizá más tácita. En concreto se establece que la Fiscalía velará especialmente por el derecho de protección de las víctimas menores de edad, adoptándose las medidas adecuadas conforme a su interés superior¹⁵, si resulta necesario para protegerlas frente a los perjuicios del proceso (art. 19.2). Además las autoridades deberán proteger su intimidad impidiendo la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de estas víctimas (art. 22).

La condición de menor de edad de la víctima se tendrá especialmente en la evaluación individual y durante todo el proceso, y en concreto su situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y madurez, respetándose plenamente su integridad física, mental y moral (art. 22.3). Las víctimas menores de edad que más claramente se consideran de forma objetiva con necesidades especiales de protección en el Estatuto de la Víctima, son las de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, ya que en todo caso serán beneficiarias de medidas específicas para su declaración en la fase de investigación (art. 23.4). En concreto declararán en dependencias especiales o adaptadas, se les tomará declaración por profesionales con formación especializada y siempre les tomará declaración la misma persona, salvo que esto último pueda alterar el desarrollo del procedimiento o deba tomarle declaración el Juez o el Fiscal, por lo que el Estatuto supera los mínimos de la Directiva al establecer la aplicación obligatoria de estas medidas¹⁶. Y ello al margen de otras medidas adicionales que se adopten tras la evaluación individual que siempre se va a efectuar.

Las medidas de protección específicas para las víctimas menores de edad, también se aplicarán a las víctimas discapacitadas necesitadas de especial protección¹⁷. Consisten en la grabación de las declaraciones efectuadas durante la instrucción y su reproducción en el juicio oral conforme a la LECRIM y que se les pueda tomar declaración a través de expertos¹⁸. Además el Fiscal solicitará el nombramiento de un defensor judicial del menor de edad o de la persona con capacidad judicialmente modificada para que la represente durante todo el proceso, si considera que sus representantes legales tienen un conflicto de intereses con estas víctimas, si el conflicto existe con un progenitor y el otro no está en condiciones de representar o asistir a la víctima, y finalmente si la víctima no está acompañada o está separada respecto a sus padres o tutores. En caso de duda sobre la edad de la víctima, siempre se considerará que se trata de un menor de edad¹⁹. Para la protección de los menores de edad o personas

¹⁵ En la Directiva (considerando 14), se establece que en su aplicación es primordial el interés superior del menor, conforme con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Vemos aquí la vigencia de este criterio enfocado al menor víctima del delito. El interés superior del menor ya fue introducido en el ordenamiento español por la LORPM desde la perspectiva del menor infractor, siendo relevantes para su valoración las ciencias no jurídicas y las directrices establecidas en instrumentos internacionales. En gran medida estamos ante un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance deberá determinarse en cada caso concreto teniendo en cuenta estos elementos, pudiendo ser de utilidad la experiencia previa de su aplicación en el proceso penal de los menores y la doctrina jurisprudencial que se ha generado sobre el mismo.

¹⁶ Estas medidas son las previstas en el art. 23.2 a), b) y c) de la Directiva, donde no se establece nada respecto a que siempre se tengan que aplicar a estas víctimas menores de edad.

¹⁷ Ello constituye una diferencia del art. 26 del Estatuto de la Víctima respecto a la Directiva, dado que ésta en su art. 24 sólo hace referencia a los menores de edad. Por tanto se equipara los discapacitados a las víctimas menores de edad. Pero el Estatuto trata a las víctimas discapacitadas de forma confusa, dado que en el art. 22, 23.2, 1º, 24.3 y 26.1, entre otros, habla de víctimas discapacitadas, y sin embargo cuando determina las medidas específicas que según el art. 26.2 se aplicarán a estas víctimas, del mismo modo que a los menores, habla de “víctimas con capacidad judicialmente modificada”. Además la LEVD, reforma el art. 544 ter, 7 LECRIM (precepto que regula la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica), y entre otras modificaciones, fundamentalmente sustituye el término “incapaces”, por “personas con la capacidad judicialmente modificada”. La nomenclatura utilizada requiere efectuar una interpretación al respecto, dado que un discapacitado sería aquella persona a la que administrativamente se le reconoce un grado concreto de minusvalía, mientras que las que tienen su capacidad judicialmente modificada, son aquellas que judicialmente tienen limitada o reducida su capacidad de obrar como consecuencia de un proceso de incapacitación estando sometidas a la tutela de una persona física o jurídica, si bien quedarían excluidos los pródigos, dado que el Estatuto sólo hace referencia a los tutores y no a los curadores, lo cual puede ser consecuencia de un olvido del legislador. Nosotros observamos que debemos efectuar una interpretación extensiva, que permitiría que aquellos discapacitados físicos o psíquicos que no tuvieran judicialmente complementada deberían ser tratados como víctimas con especial vulnerabilidad, si bien las medidas específicas del art. 26.2 sólo serán de aplicación a las personas cuya capacidad está judicialmente modificada.

¹⁸ Esta posibilidad tampoco la establece la Directiva, si bien estimamos que constituye una necesidad absoluta, dada las características concretas que tienen estas víctimas como fuente de prueba.

¹⁹ Si bien estas medidas de protección específicas en principio respetan e incluso superan los mínimos establecidos por el art.

con capacidad judicialmente complementada, se introduce además por la LEVD una serie de medidas de carácter civil (nuevo art. 544 *quinquies* LECRIM), para los casos en los que se investigue un delito del art. 57 CP²⁰. Estas medidas completan la protección de estas víctimas respecto a sus padres, tutores, guardadores o acogedores. Permiten la suspensión de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, acogimiento, el establecimiento de un régimen de visitas, modificarlo o suspenderlo, supervisar la patria potestad, tutela u otra función tutelar o de protección. Por otro lado, con independencia de que estemos ante los delitos del art. 57 CP, se comunicará la existencia de una situación de riesgo o desamparo del menor, a la entidad pública competente y al Fiscal. Cuando termine el procedimiento, teniendo en cuenta exclusivamente el interés de la persona afectada, se ratificarán o alzarán estas medidas. Volveremos sobre todas las medidas para la protección de estas víctimas y las desarrollaremos, teniendo en cuenta la reforma que la LEVD lleva a cabo en la LECRIM, en los apartados siguientes.

La evaluación de las necesidades de la víctima y la determinación de las medidas de protección que se aplicarán, se puede realizar tanto durante la fase de investigación como en la de enjuiciamiento, regulándose la competencia y procedimiento en el art. 24 del Estatuto de la Víctima. Si bien consideramos que el momento lógico es el comienzo de las actuaciones²¹, y por tanto incluso en las primeras diligencias policiales que se practiquen, esta previsión permite modificar una evaluación inicialmente efectuada durante el procedimiento, dado que siempre las medidas se adoptarán *rebus sic stantibus*²². Además la evaluación individual se puede llevar a cabo durante la fase plenaria, si bien estimamos que ello dependería fundamentalmente de que se modificaran las características subjetivas de la víctima, sobre todo dado que los factores objetivos que se tienen en cuenta en la evaluación se determinan en la fase instructora. Durante la fase de investigación las autoridades competentes son el Juez de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer, aunque de forma provisional también podrán efectuar la evaluación la policía en la fase inicial de las investigaciones, y el Fiscal²³ en sus diligencias de investigación y en los procesos de responsabilidad penal de los menores²⁴. Durante la fase de enjuiciamiento, la evaluación la llevará a cabo el Juez o Tribunal que conozca de la causa.

La evaluación, que se efectúa a través de resolución motivada²⁵, tendrá en cuenta las necesidades manifestadas por la víctima y la voluntad que exprese, pudiendo renunciar²⁶ a las medidas de pro-

24 de la Directiva, se echa en falta en el Estatuto la referencia expresa que se realiza en este precepto al derecho a la asistencia letrada del menor en su propio nombre.

²⁰ Se trata de los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

²¹ S. Oromí I Vall-Llovera, *Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*, *Revista General de Derecho Procesal*, 2013, p. 24. Lo razonable es que la evaluación se efectúe al inicio del proceso penal, de lo contrario podría perder su eficacia y objetivo. La Directiva no establece quién o en qué momento del proceso debe efectuar la evaluación, ni tampoco el procedimiento, todo lo cual tendrán que determinar las legislaciones nacionales. Como estamos viendo, el Estatuto concreta estos importantes extremos.

²² Cualquier modificación relevante de las circunstancias de la evaluación individual, requerirá que las medidas adoptadas se actualicen e incluso modifiquen (art. 24.5 del Estatuto de la Víctima).

²³ La Disposición final primera de la LEVD modifica el art. 282.2 LECRIM, para que la policía efectúe una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas, para determinar de forma provisional las medidas de protección necesarias para garantizarles una adecuada protección, sin perjuicio de la decisión final que tendrá que adoptar la autoridad judicial. Además cumplirá con los deberes de información a las víctimas. También modifica el art. 773.2 LECRIM, que establece que el Fiscal en cuanto tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, llevará a cabo una evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima, además de informarle de los derechos que se les reconoce en la Ley.

²⁴ En estos procesos instruye el Fiscal al haberse adoptado el modelo adversativo en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), el cual coexiste con el sistema acusatorio formal o mixto del proceso penal de los adultos. Consideramos que en este proceso la resolución del Fiscal no tendría por qué ser de carácter provisional como parece que establece el art. 24.1, dado que es la autoridad competente para la instrucción de la causa, y no existe referencia alguna al Juez de Menores, que actúa en este proceso durante la fase de investigación, con funciones análogas a las de Juez de garantías constitucionales.

²⁵ No se establece nada respecto a los recursos que cabrían contra dicha resolución. Estimamos que en todo caso, serían de aplicación los previstos en la legislación procesal penal, LECRIM y LORPM.

²⁶ M. De Hoyos Sancho, *op. cit.*, pp. 24-25 y 32. La víctima no puede ser tratada como si no tuviera criterio para decidir sobre lo que en forma de medidas de protección o apoyo, pueda afectarle directa y significativamente. De forma general no se puedan acordar medidas de protección o asistencia en contra de la voluntad de la víctima que está en pleno ejercicio de sus derechos

tección acordadas de los arts. 25 y 26 del Estatuto de la Víctima ²⁷. De forma concreta se establece que en los supuestos de víctimas menores o discapacitadas necesitadas de especial protección, se tendrán en cuenta sus opiniones e intereses ²⁸. Finalmente se establece que los servicios de asistencia a las víctimas sólo podrán facilitar a terceros la información que recibieran de la víctima, con su consentimiento previo e informado ²⁹. En otros casos sólo se podrá dar esta información con carácter reservado a la autoridad que adopte la medida de protección.

A continuación vamos a tratar los derechos y medidas de protección que se reconocen en el Estatuto de la Víctima. Si bien ya hemos hecho referencia a las medidas de protección específicas para los menores y personas discapacitadas con necesidades especiales de protección, las desarrollaremos en función de su relevancia durante las fases de investigación y de enjuiciamiento.

LA PROTECCIÓN DURANTE LA INVESTIGACIÓN PENAL

Vamos a tratar los derechos y medidas de protección específicos para esta fase, y aquellos que tienen un especial protagonismo durante la misma, sin perjuicio de que también tengan vigencia o relevancia ulteriormente en la fase de enjuiciamiento, dado que no se limitan sus efectos a la fase de investigación. Además diferenciaremos entre los derechos y medidas regulados con carácter general y las medidas previstas para las víctimas con necesidades especiales de protección.

El derecho a la protección de las víctimas y sus familiares se reconoce en el art. 19 del Estatuto de la Víctima. El contenido de este precepto en gran medida constituye el prefacio de la protección a las víctimas que se desarrolla en el Título III (arts. 19 a 26), por lo que tiene relevancia tanto en el inicio de las actuaciones como en el resto del procedimiento. Conforme a lo establecido en la LECRIM ³⁰, las autoridades y funcionarios encargados de la investigación y enjuiciamiento, adoptarán las medidas

civiles. No obstante, como resolvió el Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia de 15 de septiembre de 2011 respecto a la Decisión Marco de 2001, se puede adoptar una medida de alejamiento preceptiva en los casos de violencia doméstica aunque la víctima se oponga, ya que no sólo se están protegiendo los intereses de la víctima, sino también otros más generales de la sociedad. Estimamos que ello debe tenerse en cuenta por tanto, en cuanto a la posible disponibilidad de la medida de protección que se adopte, ya que no todas tienen la misma envergadura y siempre debe prevalecer el orden público.

²⁷ Observamos que sólo se hace referencia a estas medidas de protección, pero nada impediría la renuncia a medidas de protección diferentes y reguladas en otros preceptos. Esta posibilidad de renuncia respecto a las medidas de protección de las víctimas con necesidades especiales, aunque respeta lo previsto en el art. 22.6 de la Directiva, estimamos que debe tener en cuenta el grado de victimización de la persona beneficiaria de la medida. Es decir, dada la gravedad de los delitos respecto a los que se pueden acordar las medidas de dichos preceptos, el grado de dependencia respecto al infractor, sus características personales y los daños que ha sufrido, entre otros factores, puede ser que no esté en condiciones de ser plenamente consciente de las consecuencias de renunciar a estas medidas de protección específicas. Por ello será necesario que la víctima confíe en que está verdaderamente protegida y que tenga el adecuado asesoramiento y protección conforme a su grado de victimización, para conocer el alcance de las medidas y de las consecuencias de la renuncia a las mismas. Por otro lado observamos que en el caso de las medidas del art. 26, específicas para los menores, discapacitados y personas con la capacidad judicialmente modificada, tanto la voluntad que expresen como la posible renuncia, deberá realizarse con la intervención de su representante legal o defensor judicial designado, y que debería recabarse la opinión del Fiscal a modo de control e incluso la autorización judicial, para que se pudiera admitir la renuncia, dadas las características de estas víctimas con especial vulnerabilidad.

²⁸ Al margen de que creemos que esta previsión del art. 24.3 del Estatuto de la Víctima podría ser redundante dado que en el 24.2 ya se trata esta cuestión aunque en términos diferentes, extrapolamos aquí lo que acabamos de exponer sobre la intervención adicional de los representantes, defensores judiciales de estas víctimas y del Fiscal, el cual tiene atribuciones específicas para velar por la protección de las víctimas y los menores, incapaces y personas desvalidas. Además de ello, consideramos que es necesario que los menores y discapacitados necesitados de especial protección, sean oídos con la intervención de profesionales con una formación específica y adecuada.

²⁹ Estimamos que esta posibilidad del art. 24.4 del Estatuto de la Víctima que no está prevista en la Directiva, en todo caso deberá tener en cuenta el derecho a la protección de la intimidad, y las necesarias reservas si las víctimas son menores o discapacitadas necesitadas de especial protección (art. 22 del Estatuto y 21 de la Directiva). La posibilidad de facilitar a terceros información, consideramos que en todo caso deberá tener en cuenta que la protección de la identidad de estas concretas víctimas es indisponible, por lo que esta última previsión podría tener una redacción defectuosa al haberse efectuado con carácter general. Y ello al margen de reproducir las observaciones anteriores que estamos efectuando sobre la participación de los representantes, defensor judicial y control del Fiscal, en cuanto a la manifestación del consentimiento informado de menores y discapacitados con necesidades especiales.

³⁰ Estimamos que ello debe entenderse sin perjuicio de otras Leyes procesales penales especiales que sean de aplicación, como la LORPM, LO 19/1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales (LOPTP) y la LOIVG.

necesarias para garantizar la vida, integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales. Para ello destacamos que son relevantes la medida de alejamiento, la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica y la orden de protección para las víctimas de violencia de género ³¹. También se adoptarán las medidas necesarias para proteger de forma adecuada su intimidad y dignidad, sobre todo cuando se les tome declaración en la instrucción o sean testigos en la fase de enjuiciamiento, y para evitar los riesgos de victimización secundaria o reiterada. Su tenor difiere del correlativo art. 18 de la Directiva, ya que el Estatuto diferencia entre las medidas para “garantizar” y para “proteger”, por lo que dada la nomenclatura utilizada, refuerza y otorga un valor adicional a los derechos y bienes jurídicos que garantiza. Otra diferencia en relación a dicho precepto de la Directiva es que hace referencia expresa al derecho de protección de las víctimas menores de edad, encomendando a la Fiscalía velar por su cumplimiento adoptando las medidas adecuadas conforme a su interés superior, para impedir o reducir los perjuicios que se pudieran derivar del desarrollo del proceso.

Igualmente existen otras novedades del Estatuto de la Víctima que fortalecen la protección a la víctima, pero forman parte del reconocimiento de otros derechos diferentes. De este modo sucede con el derecho a la información de la víctima reconocido en el art. 7 del Estatuto, respecto a las resoluciones que acuerden la puesta en libertad o fuga del infractor, las resoluciones sobre medidas cautelares personales que modifiquen las ya acordadas si tuvieran como finalidad garantizar la seguridad de las víctimas, y las resoluciones de las autoridades judiciales o penitenciarias que afecten a condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. Lo mismo sucede con el derecho a la participación de la víctima en la ejecución del art. 13, que permite que las víctimas recurran las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria por las que se clasifica al penado en tercer grado, se acuerden beneficios penitenciarios, permisos de salida, y se conceda la libertad condicional. Si bien el análisis de los derechos de información y participación excede de este estudio, señalamos estas otras posibilidades en la medida en que son útiles para preservar la seguridad y protección de las víctimas, sobre todo de determinado tipo de delitos como los de carácter violento o los que provoquen a las víctimas situaciones de especial vulnerabilidad.

Otro derecho es el derecho a que se evite el contacto entre la víctima y el infractor, el cual tiene relevancia desde el inicio de las actuaciones y durante el resto del procedimiento (art. 20 del Estatuto de la Víctima). Consiste en que las dependencias donde se desarrollen los actos del procedimiento penal, tengan la disposición adecuada para evitar el contacto entre la víctima y sus familiares y el presunto infractor, conforme a lo establecido en la LECRIM. Este derecho tiene además una importancia específica para determinadas víctimas cuyo contacto directo con el agresor puede implicar un auténtico riesgo para su integridad física, como sucede con las víctimas de la criminalidad organizada, terrorismo, delitos sexuales, violencia doméstica y de género, entre otras, las cuales se tienen especialmente en cuenta en la evaluación individual, por lo que está estrechamente relacionado con la medida del art. 25.1 a) del Estatuto ³².

³¹ La medida cautelar de alejamiento del art. 544 *bis* LECRIM, consiste en prohibir residir o acudir a un determinado lugar, o en aproximarse o comunicarse con determinadas personas, para proteger a la víctima si se investiga un delito del art. 57 CP. También existe la medida cautelar de alejamiento específica en el proceso penal de los menores (art. 28.1,2 LORPM). La orden de protección para proteger a las víctimas de violencia doméstica (art. 544 *ter* LECRIM, cuyo párrafo 7 ha sido modificado por la LEVD, como hemos visto), no constituye en sí una medida cautelar, sino que abarca un extenso conjunto de medidas cautelares tanto civiles como penales y medidas de protección y asistenciales de diversa naturaleza, constituyendo una protección de carácter integral. Se adopta para proteger a las personas del art. 173.2 CP y conlleva el alejamiento en supuestos no contemplados en la medida del art. 544 *bis*. La orden de protección en materia de violencia de género, se adopta para proteger a la mujer contra la violencia ejercida por el hombre, siempre que sea o haya sido su cónyuge, o esté o haya estado ligado a la mujer por relaciones similares de afectividad, con o sin convivencia (art. 1 LOIVG), al igual que para proteger a sus descendientes, menores, incapaces, entre otras personas dependientes de la esposa o conviviente, los cuales son consideradas como víctimas indirectas (arts. 44.1, *a*) y 58 LOIVG). Esta orden de protección tiene características similares a la anterior, siendo del mismo modo de carácter integral, incluyendo la protección que reconoce el art. 544 *ter* LECRIM, además de otras medidas adicionales, cautelares civiles y penales, asistenciales, laborales, y económicas, entre otras, establecidas en la LOIVG. Como hemos visto todas estas víctimas son especialmente consideradas en la evaluación individual, para determinar sus necesidades especiales de protección. Destacamos estos instrumentos por su importancia y transversalidad, para la protección de estas víctimas en toda su extensión.

³² J.L. Gómez Colomer, *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Cizur Menor, 2014, pp. 359-360, que destaca la importancia de este derecho para proteger a estas víctimas.

El derecho a evitar el contacto abarcaría las dependencias judiciales y las policiales, y tanto las actualmente existentes como las de nueva creación, dado que en el Estatuto no se establece diferenciación al respecto, por lo que parece que reconoce este derecho de forma más extensa. A diferencia de la Directiva el Estatuto omite la referencia a la creación de salas de espera en las dependencias judiciales nuevas, pero sólo habla de la disposición de las dependencias y omite cualquier alusión a las salas de espera separadas para las víctimas. Se ha objetado que la Directiva si bien obliga a los Estados a crear salas de espera en los órganos jurisdiccionales, sólo lo establece para las dependencias judiciales de nueva creación, no obliga a la creación de estas salas en las ya existentes ni en otros lugares en los que hay que respetar este derecho, tales como las dependencias policiales y los servicios y organizaciones de apoyo a las víctimas, en los que también sería recomendable ³³. A pesar de ello estimamos que la regulación española es vaga e inconcreta, no sólo por la omisión de la referencia a las salas de espera, sino porque no establece nada respecto a la creación de las mismas ni sobre cómo proceder donde no existan, por lo que el reconocimiento de este derecho puede quedar vacío en la práctica, especialmente en el contexto actual de restricciones económicas que se refleja en el propio Estatuto, como se pone de manifiesto en su Disposición adicional segunda.

Otro derecho reconocido durante todo el proceso y que es relevante desde esta fase, es el derecho a la protección de la intimidad contemplado en el art. 22 del Estatuto de la Víctima, con un contenido más exiguo que el correlativo art. 21 de la Directiva. Aunque a diferencia de ésta equipara las víctimas discapacitadas con necesidades especiales de protección a los menores de edad, no hace mención alguna a las medidas de autorregulación de los medios de comunicación ³⁴ para respetar la intimidad, integridad personal y datos de las víctimas. Las medidas serán adoptadas por los Jueces, Tribunales, Fiscales y las autoridades y funcionarios encargados de las investigaciones, y por todos los que de algún modo intervengan en el proceso. No se establece un conjunto de medidas específicas, remitiéndose a todas las necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y sus familiares, y sobre todo para impedir la difusión de toda información que permita identificar a las víctimas menores de edad o discapacitadas necesitadas de especial protección, conforme a lo establecido en la Ley. Es decir, se podrán adoptar todas las previstas en el ordenamiento, por lo que además de la LECRIM ³⁵ y el propio Estatuto adquieren relevancia otras legislaciones especiales, como la LOPTP y la LOIVG, entre otras. Volveremos sobre estos derechos cuando tratemos la protección durante el enjuiciamiento.

Para la protección de la víctima durante las investigaciones penales, se establecen en una serie de medidas de carácter general (art. 21 del Estatuto de la Víctima), que se podrán adoptar para todas las víctimas con independencia de que tras la evaluación individual se determinen necesidades especiales de protección. Estas medidas se preocupan por la toma de declaración de las víctimas, la práctica de las diligencias de investigación y los reconocimientos médicos que se les practiquen. Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal tendrán que velar por su aplicación, siempre que no perjudiquen la eficacia del proceso, lo cual como veremos genera indeterminación en su aplicación real y efectiva.

La toma de declaración se practicará sin dilaciones injustificadas, si bien no se establece que ello tendrá lugar una vez que se haya presentado la denuncia de la infracción penal, como hace la Directiva (art. 20.1,a). Observamos que la omisión de la referencia a la denuncia puede constituir una mejora de la regulación española que amplía esta previsión, al omitir cualquier referencia a la comunicación de la

³³ Sobre la Directiva (art. 19), S. Oromí I Vall-Llovera, *op. cit.*, pp. 20-21. Sólo Alemania ha incorporado la exigencia de que existan espacios reservados. En España e Italia sólo se aplica parcialmente, dado que sólo se prevé cuando la víctima actúa como testigo. Además en España este derecho se reconoce de forma expresa en la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia, y en la audiencia para la adopción de la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica. En otros Estados se garantiza la existencia de los espacios separados, pero no los prevé ninguna normativa.

³⁴ En la reforma del art. 682 LECRIM que lleva a cabo la LEVD, se contempla la restricción de la presencia de los medios de comunicación en el juicio. Pero estimamos que ello es insuficiente, dado que con frecuencia se divulgan numerosos e importantes datos durante la fase de investigación por los medios de comunicación, lo cual provoca con frecuencia "juicios paralelos" en la sociedad desde que comienzan las investigaciones, además de los perjuicios que puede tener en el propio curso de las investigaciones y sobre todo en la intimidad de las víctimas. Por ello es criticable que el Estatuto de la Víctima no haga referencia alguna a la autorregulación de los medios de comunicación, como hace el art. 21.2 de la Directiva. Para preservar las diligencias del sumario, el art. 301 LECRIM, también modificado por la LEVD, establece la reserva de las actuaciones del sumario, con las excepciones que establezca la Ley, y un sistema de sanciones a quienes desvelaren el contenido del sumario, lo cual puede ser útil para paliar el importante problema de que se divulgue información de forma continua durante esta fase.

³⁵ La LEVD ha reformado los arts. 301 bis, 681 y 682 y 707 LECRIM, relevantes respecto a la protección de la intimidad.

notitia criminis a través del cauce de la denuncia, que podría ser una condición. Por tanto igualmente la víctima declarará de forma inmediata cuando se iniciaran las investigaciones penales de oficio, sin que se excluya en modo alguno la inmediatez cuando la víctima presentara denuncia o querrela.

También se limita el número de las tomas de declaración de las víctimas, que sólo se practicarán cuando resulten necesarias para los fines de la investigación y en el menor número de ocasiones posible. Pero se carece de una determinación específica o cuantitativa de dichos límites. Para evitar la victimización secundaria la reducción de las declaraciones ostenta un papel fundamental, habiéndose propuesto incluso que la primera declaración de la víctima pueda servir para fundamentar la acusación, e incluso que no vuelva a declarar en el juicio oral, utilizándose los testimonios previamente grabados, siempre que se preserven las garantías de la actividad probatoria y por tanto, la necesaria contradicción y el derecho de defensa ³⁶, constituyéndose por tanto una prueba anticipada. Pero estas posibilidades no han sido establecidas por el legislador español para todas las víctimas, por lo que la limitación del número de declaraciones se reduce a un principio general que tendrá que ser respetado para la averiguación de la verdad material, y en cuanto a la posibilidad de anticipar la prueba testifical, habrá que aplicar las reglas generales en la materia. Tan sólo se introduce de forma expresa la grabación de la declaración durante la investigación y su reproducción en el juicio conforme a la LECRIM, como medida de protección específica para menores y discapacitados necesitados de especial protección, como hemos visto.

Otra medida consiste en que las víctimas puedan estar acompañadas por una persona de su elección mientras que se practiquen las diligencias de investigación en las que deban intervenir, a menos que para preservar su correcto desarrollo se resuelva lo contrario motivadamente por el funcionario o autoridad que se encargue de la práctica de las mismas ³⁷. Además los reconocimientos médicos de las víctimas se reducirán al mínimo, y sólo se llevarán a cabo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal.

Estas medidas están sometidas a la eficacia del proceso, la cual prevalece, por lo que de alguna manera estamos ante un concepto jurídico indeterminado, e incluso ante una declaración de principios que en modo alguno impide que la declaración no sea inmediata, que se reiteren las declaraciones de la víctima, que no estén acompañada en las diligencias o que se reduzcan realmente los reconocimientos médicos. Además ello tendrá que ser valorado por las autoridades y funcionarios, constituyendo una carencia del Estatuto el que no establezca de un sistema de límites más específico que constituya un verdadero reconocimiento de derechos subjetivos de la víctima, que nos permita afirmar que realmente existen cambios significativos en la materia. Sólo parece existir mayor seguridad jurídica en el derecho de las víctimas a estar acompañadas, dado que para restringirlo es necesario que el funcionario o la autoridad encargada resuelvan lo contrario de forma motivada ³⁸. Hubiera sido deseable una regulación más completa y precisa en esta materia, que no se limite a reproducir el contenido de la Directiva y que supere la declaración de principios que parece constituir, y de este modo concretar el contenido de estos derechos, lo cual contribuye a preservar la necesaria seguridad jurídica. A ello se suma la antigüedad de la LECRIM, cuya regulación sería insuficiente para garantizar adecuadamente la protección de la víctima en cuanto al establecimiento de límites más concretos.

Ya de forma previa a la promulgación del Estatuto de la Víctima, nos percatamos de una falta de reconocimiento específico o autónomo de las víctimas en el Derecho probatorio, de una escasez de disposiciones sobre la protección y reconocimiento de la víctima en la LECRIM. Estas carencias han provocado que con frecuencia la víctima no colabore cuando se incoa el proceso penal, tanto si presenta la denuncia como si se inicia previo atestado policial o denuncia de terceros, al ser consciente de la situación de victimización secundaria a la que se somete. Sin perjuicio de volver sobre esta cuestión cuando tratemos la protección de la víctima como testigo en el juicio oral, hay que señalar que ello además provoca un elevado número de suspensiones de juicios como consecuencia de la incomparecencia de la víctima ³⁹.

³⁶ S. Oromí I Vall-Llovera, *op.cit.*, p. 23, que considera la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, en la que además se establece el requisito de que resulte imposible la reproducción en el juicio oral del testimonio.

³⁷ La LEVD reforma el art. 433.3 LECRIM para reconocer este derecho, si bien sólo se contempla la posibilidad de que se restrinja si el Juez Instructor resuelve lo contrario, omitiéndose la referencia a otras autoridades.

³⁸ Aunque no se establece un sistema de recursos contra estas resoluciones, estimamos que se podrían interponer los que estén previstos por la legislación procesal con carácter general, en virtud de las resoluciones específicas que se dicten.

³⁹ Sobre las mencionadas carencias, V. Magro Servet, *El nuevo estatuto de la víctima en el proceso penal*, La Ley, 2010, p. 3. Para

Queda por ver si las premisas de la inmediatez y reducción del número de declaraciones, cuya indeterminación de límites específicos ya ha sido destacada, son suficientes para paliar estos inconvenientes.

Como medidas específicas para las víctimas con necesidades especiales de protección durante la fase de investigación, el art. 25.1 del Estatuto de la Víctima reconoce una serie de medidas que podrán adoptarse en esta fase. En ellas se vuelve a poner de manifiesto la preocupación del Estatuto de la Víctima en consonancia con la Directiva, por la toma de declaración de las víctimas durante la investigación. Se trata de que se les tome declaración en dependencias especialmente concebidas para este fin, que se les reciba declaración por profesionales con formación especial o con su ayuda, que siempre les tome declaración la misma persona, salvo que ello pudiera perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba declarar ante el Juez o el Fiscal. Además en concreto para las víctimas de violencia doméstica, de género, de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, y víctimas de trata con fines de explotación de sexual, las cuales se consideran especialmente en la evaluación individual, se establece que les podrá tomar declaración una persona del mismo sexo si así lo solicitaran, salvo que ello pueda perjudicar de manera relevante el desarrollo del proceso o deba tomarles declaración directamente el Juez o el Fiscal.

En estas medidas específicas se echa en falta igualmente una mayor determinación legislativa de cuándo, cómo se adoptarán, o qué requisitos sería necesario verificar, o en definitiva, cuáles son sus límites y cómo se determinan los mencionados perjuicios relevantes en el desarrollo del proceso, lo cual dificulta que las víctimas pudieran exigirlos. Por tanto trasladamos aquí nuevamente las objeciones que acabamos de efectuar cuando tratamos las medidas generales, sobre la falta de concreción de los límites, la cual también existe en estas medidas específicas. El Estatuto de la Víctima debería haber concretado todos estos extremos, sin que se limite a reproducir el contenido de la Directiva o a enunciar estas medidas sin la necesaria precisión. Además es menos taxativo que la Directiva, dado que ésta establece que las víctimas “tendrán a su disposición” estas medidas, y el Estatuto se limita a decir que “podrán” ser adoptadas. No creemos que la indeterminación en la adopción de estas medidas de la que estamos hablando, y en definitiva su tímido reconocimiento, constituya sin más una mera consecuencia de una deficiente técnica legislativa del Estatuto de la Víctima, sino que más bien puede ser el resultado del coste económico que podrían tener medidas como la creación de dependencias específicas⁴⁰, la formación de profesionales, que siempre sea la misma persona quien les tome declaración, o que ésta se efectúe por personas del mismo sexo. De hecho el tenor de la Disposición adicional segunda LEVD expresamente establece que las medidas que incluye esta Ley, en modo alguno podrá suponer un incremento de dotaciones de personal, de retribuciones ni otros gastos de personal, y como es obvio la adopción de estas medidas requieren inversiones económicas, dadas las carencias y restricciones que actualmente existen.

Otras medidas específicas que se pueden adoptar en la fase de investigación, son las previstas para los menores y discapacitados con necesidades especiales de protección, las cuales ya han sido expuestas. Recordemos que se trata de la grabación de las declaraciones efectuadas en la investigación y su reproducción en el juicio oral, la toma de declaración a través de expertos y la designación de un defensor judicial de la víctima, medida que también se podrá adoptar en la fase de enjuiciamiento.

Además existen medidas de protección previstas para la fase de enjuiciamiento, que son específicas para las víctimas con necesidades especiales de protección, y que también podrán acordarse durante la fase de investigación (art. 25.2 *a* y *c* del Estatuto de la Víctima). Son las consistentes en evitar el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, y las que evitan que se formulen preguntas relativas a la vida privada que sean irrelevantes para los hechos, salvo que el órgano jurisdiccional considere que se deben responder para valorar los hechos o dar credibilidad a la declaración de la víctima.

Finalmente se podrán acordar en esta fase las medidas de protección del art. 2 de la LOPTP. Trataremos estas medidas en el siguiente apartado, del mismo modo que las previstas para el enjuiciamiento que acabamos de mencionar.

que las víctimas comparezcan a declarar en la instrucción o en el juicio oral, es necesario que existan garantías de protección absoluta y que las medidas asistenciales sean verdaderamente efectivas.

⁴⁰ Recordemos lo expuesto *ut supra* sobre las salas de espera separadas.

LA PROTECCIÓN DURANTE LA FASE DE ENJUICIAMIENTO

En esta fase tienen igualmente vigencia y protagonismo los derechos a la protección, a evitar el contacto entre víctima e infractor y el derecho a la protección a la intimidad, expuestos *ut supra* cuando hemos tratado la protección en la investigación. Por otro lado determinadas medidas adoptadas durante la anterior fase igualmente tienen repercusiones en ésta, como sucede por ejemplo con la grabación de las declaraciones de los menores de edad y discapacitados con necesidades especiales de protección, su reproducción en el juicio oral y la designación de defensores judiciales. Fundamentalmente vamos a tratar la protección de las víctimas teniendo en cuenta todo ello, las medidas específicas para víctimas con necesidades especiales de protección del art. 25.2 del Estatuto, y además la protección de las víctimas que sean beneficiarias de las medidas de la LOPTP, entre otras legislaciones especiales.

Las medidas específicas que acabamos de referir consisten en evitar el contacto visual entre la víctima y el presunto autor de los hechos, incluyendo la práctica de la prueba. Para ello se podrán utilizar las tecnologías de la comunicación, del mismo modo que en la medida que garantiza que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala. También se reconocen medidas para evitar que se formulen preguntas referentes a la vida privada de la víctima y que sean irrelevantes para los hechos, salvo que el Juez o Tribunal de forma excepcional, estime que deben ser contestadas para valorar los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Finalmente se contempla la celebración del juicio a puerta cerrada, supuesto en el que el Juez o Tribunal de forma excepcional, podrá autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. Estas medidas fundamentalmente se centran en la protección de la víctima como testigo.

Durante el proceso penal a la víctima se la puede someter a diversos y sucesivos interrogatorios o formularle preguntas que pueden afectar a su intimidad, lo cual puede constituir un elemento importante de victimización secundaria ⁴¹. La actuación de la víctima como testigo en el juicio oral puede ser un momento de extrema dureza para ésta, al exponer públicamente facetas íntimas de su vida privada, las estrategias defensivas de culpabilización de la víctima por el acusado, y sobre todo por el temor a la confrontación con él ⁴². Ello puede incluso influir en el propio contenido de la declaración de la víctima, e incluso puede implicar que decida no declarar, se retracte, y se sienta intimidada, sobre todo si se trata de víctimas con necesidades especiales de protección, como por ejemplo aquellas que tienen relaciones de dependencia con el infractor. Además en los menores de edad su declaración como testigo puede afectar al propio desarrollo de su personalidad. Por ello antes del Estatuto de la Víctima ya se había propuesto doctrinalmente que una única declaración pudiera servir como prueba durante todo el proceso ⁴³. Esta cuestión reviste una especial trascendencia especial en procesos en los que existan serias dificultades probatorias y el testimonio de la víctima tenga una gran relevancia como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia ⁴⁴. Recordemos lo expuesto anteriormente sobre los déficits tradicionales de la LECRIM en esta materia, por lo que para el respeto de estos derechos y las medidas específicas del Estatuto de la Víctima, se efectúa una correlativa reforma de la LECRIM ⁴⁵. Nos vamos a centrar fundamentalmente en la protección de la víctima como testigo en la fase de enjuiciamiento conforme a las normas mínimas de la Directiva, y trataremos cuál es el grado de cumplimiento de la Directiva en el Derecho español tras el Estatuto de la Víctima.

⁴¹ A. Sanz Hermida, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Valencia, 2008, p. 32. Destaca el riesgo de atentar contra la dignidad e intimidad de la víctima, además de las consecuencias negativas si la víctima decide no denunciar para evitar los interrogatorios.

⁴² X. Ferreiro Baamonde, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pp. 336 y 337.

⁴³ A. Sanz Hermida, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁴ C. Navarro Villanueva, "La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género", en M. De Hoyos Sancho (a cura di), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, 2009, pp. 480 a 485. Así sucede en los casos de violencia doméstica y de género. El órgano sentenciador ante la negación de los malos tratos en el juicio oral, podrá considerar las declaraciones efectuadas durante la instrucción, pero tendrá que argumentarlo y explicarlo en la sentencia y ponderar todas las circunstancias de cada caso en concreto. Propone como solución la aplicación de las previsiones legales en materia de protección de testigos y de las medidas de protección de la LOIVG. Esta solución jurisprudencial constituye una cuestión recurrente en la práctica, dadas las dificultades probatorias existentes.

⁴⁵ La Disposición final primera de la LEVD reforma entre otros, los arts. 301 *bis*, 433, 488, 680, 681, 682, 707, 709 y 730, los cuales fundamentalmente desarrollan las medidas de protección del art. 25.2 y 26 del Estatuto de la Víctima, a algunos de los cuales ya hemos hecho referencia, y que serán tratados a continuación dada su relevancia para el estudio de la materia que nos ocupa.

De forma general se permite que los testigos declaren con la utilización de los medios necesarios, a través de videoconferencia u otro sistema similar (arts. 325 (fase de investigación), 731 bis LECRIM y 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)). Esta posibilidad se contempla de forma específica en la declaración de los testigos menores de edad, discapacitados y víctimas con necesidades especiales de protección, para evitar la confrontación visual con el presunto infractor, tras la modificación del art. 707 LECRIM, en desarrollo de las medidas del art. 25.2, *a*) y *b*) LEVD y conforme al art. 23.3 *a*) y *b*) de la Directiva.

En el art. 709 LECRIM se reproduce el contenido del art. 25.2, *c*) del Estatuto de la Víctima, que permite medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima. Pero dada la trascendencia que puede tener impedir que se formulen determinadas preguntas a la víctima como testigo, y que la valoración de la posible intrascendencia para la obtención del convencimiento del juzgador puede afectar a la tutela judicial efectiva, el art. 709 establece que la decisión de impedir la formulación de estas preguntas, debe adoptarse a través de la correspondiente resolución. Ésta podrá recurrirse a través del recurso de casación, si se efectuare en el acto la correspondiente protesta que constará en el acta. Por tanto completa el contenido de esta medida, preservando el derecho de defensa del acusado.

Los Jueces o Tribunales podrán acordar de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, por razones de seguridad, orden público, proteger los derechos fundamentales como el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto a la víctima o su familia, o si resulta necesario para evitar perjuicios relevantes derivados del proceso. Podrán autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. Ello se regula en el art. 681.1 LECRIM, que también ha sido modificado y desarrolla y concreta el art. 25.2, *c*) del Estatuto de la Víctima y además respeta el art. 23.3, *d*) de la Directiva.

También los Jueces y Tribunales pueden adoptar la prohibición de divulgar información sobre las víctimas, imágenes de las víctimas o sus familiares. Todo ello siempre estará prohibido en los casos de víctimas menores de edad o discapacitadas con necesidades especiales de protección (art. 681.2 y .3 LECRIM). En el ámbito de la violencia de género, en las actuaciones y procedimientos se protegerá la intimidad de las víctimas, especialmente sus datos personales, los de sus descendientes y cualquier otra persona que esté bajo su guarda y custodia (art. 63 LOIVG). Ello supone igualmente el desarrollo del art. 22 del Estatuto de la Víctima y respeta el art. 21 de la Directiva, si bien reproducimos aquí lo que antes hemos expuesto sobre la criticable omisión en el Derecho español, a las medidas de autorregulación de los medios de comunicación para proteger estos derechos que se contemplan en la Directiva. La posibilidad de restringir de la presencia de los medios de comunicación en las sesiones del juicio y la prohibición de grabaciones, divulgación de las mismas y de facilitar la identificación de los testigos o peritos (regulada en el art. 682 LECRIM tras su modificación), si bien coadyuva a la protección de estos derechos y a la efectividad de estas medidas especiales de protección, podría ser insuficiente al depender de la posibilidad de que el Juez o Tribunal lo puedan decidir, y además quedan al margen los procedimientos donde no se acuerden estas restricciones.

Por otra parte la Ley 35/1995 de asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, encomienda al Ministerio Fiscal la protección a la víctima de toda publicidad no deseada, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada (art. 15.5). Además las escasas disposiciones de la LOPTP, gozan sin embargo de una aplicación relevante respecto a la protección de las víctimas ⁴⁶. Pero para que se apliquen es necesario que se las reconozca expresamente como testigos protegidos (art. 1). La LOPTP prevé medidas para proteger la identidad ⁴⁷, la intimidad, impedir la localización de la víctima, evitar todo contacto visual entre la víctima y el agresor, e impedir la difusión pública de cualquier información. Estas posibilidades se establecen con carácter general y con independencia de la evaluación individual efectuada, por lo que las víctimas tendrían en todo caso estas otras posibilidades de protección adicional, si bien el art. 25.3 del Estatuto de la

⁴⁶ C. Navarro Villanueva, *op. cit.*, pp. 488 a 499. Sistematiza las medidas de protección de testigos reconocidas en la LOPTP en “extraprocesales” en el sentido de que no afectan al desarrollo del proceso y “procesales”, que no podrán prolongarse tras la conclusión del proceso.

⁴⁷ S. Oromí I Vall-Llovera, *op. cit.*, p. 22. El art. 4.3 LOPTP, establece que si alguna de las partes solicita la identificación del testigo protegido en la fase de juicio oral, el Juez o Tribunal deberá facilitar su nombre y apellidos, lo cual incumple lo establecido en el art. 21 de la Directiva.

Víctima cuando regula las medidas específicas se remite también a la LOPTP.

En cuanto a la protección de las víctimas menores de edad, ya de forma previa a la promulgación del Estatuto de la Víctima en el ordenamiento español, la víctima menor de edad gozaba de una especial protección como testigo. Como regla general siempre tendrá que declarar evitando la confrontación con el acusado, las declaraciones que efectúe durante la instrucción podrán servir como prueba durante el juicio oral⁴⁸, y también como regla general no se practicarán careos con testigos menores de edad⁴⁹. Los menores víctimas de violencia doméstica o de género poseen además una protección adicional. Consiste en permitir que declaren en presencia de sus padres o representantes legales, que declaren a través de otras personas, en evitar que se reiteren sus declaraciones y los reconocimientos de médicos o psicólogos, y además no tendrán que prestar juramento (arts. 434 y 706 LECRIM). Por tanto las novedades del Estatuto de la Víctima residen, entre otras, en el fortalecimiento conforme a la Directiva de su reconocimiento y protección y en que se les equiparan las víctimas discapacitadas con necesidades especiales de protección.

La Directiva establece medidas consistentes en que la declaración de la víctima se realice por profesionales con formación adecuada (art. 23.2, b)), y que las tomas de declaración al menor puedan utilizarse como prueba en el juicio oral (art. 24.1, a)), lo cual se contiene en el art. 26.1 del Estatuto de la Víctima, como hemos visto. En consonancia con ello, se modifica el art. 730 LECRIM que permite que se lean o reproduzcan las declaraciones recibidas durante la fase de investigación a los menores y discapacitados con necesidades especiales de protección. Estas declaraciones conforme a la modificación del art. 448.3 LECRIM, se podrán efectuar evitando la confrontación visual con el inculpado y utilizando para ello cualquier medio técnico que permita la práctica de esta prueba. Además con la modificación del art. 433.3 LECRIM se permite que el Juez podrá acordar que se les tome declaración con la intervención de expertos y del Ministerio Fiscal, incluso excluyéndose la presencia de las otras partes. Pero en estos casos el Juez tendrá que facilitar que éstas puedan trasladar preguntas o pidan aclaraciones a las víctimas⁵⁰, si ello fuera posible.

Por otro lado hay que observar que las víctimas menores de edad al igual que las víctimas con discapacidad, y otras como los ancianos con fallos en la percepción y facultades disminuidas, efectúan declaraciones que presentan especiales dificultades de valoración, lo cual afectaría a la credibilidad de los hechos que relaten. Ello deberá tenerse en cuenta por el Juez o Tribunal al valorar la prueba, pero en modo alguno debe excluirse estos testimonios⁵¹. Por ello es fundamental que estas víctimas como testigos, gocen de estas medidas de protección específicas y adicionales.

En conclusión, el Estatuto de la Víctima respeta, desarrolla y completa la protección de las víctimas como testigo en la fase de enjuiciamiento regulada en la Directiva, si bien en algunos extremos puede ser insuficiente, al depender de la valoración que efectúe el Juez o Tribunal sobre la aplicación de estas medidas durante el juicio, dado que no se han determinado de forma más concreta los límites o requisitos para acordarlas. Además existen algunas omisiones, como hemos visto, tales como la ausencia de la referencia a la autorregulación de los medios de comunicación en la información que proporcionen durante todo el proceso. También se pueden efectuar objeciones a la nueva regulación, en el sentido de las dificultades que puede presentar su aplicación, por un lado por la antigüedad de la LECRIM y por otro por la escasez de medios en la Administración de Justicia. Para proteger adecuadamente a las víctimas son necesarias inversiones en las instalaciones judiciales, medios tecnológicos, servicios específicos y una formación especializada por expertos y profesionales, lo cual es imprescindible para que el Estatuto de la Víctima no quede en una mera declaración de intenciones, en una transposición de la Directiva que luego puede tener serios obstáculos para su aplicación efectiva y práctica.

⁴⁸ S. Pereira Puigvert, *Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, p. 9. Para dar valor probatorio a la declaración del menor en la fase de instrucción, debe efectuarse con intermediación del Juez Instructor y de forma contradictoria.

⁴⁹ Véanse la LO 1/1996 de Protección Jurídica al Menor (art. 11.2), los arts. 445, 448, 707, 731 bis LECRIM, y la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado.

⁵⁰ S. Oromí I Vall-Llovera, *op. cit.*, nota 18, pp. 27, 28 y 30. No podemos obviar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 6 del Convenio), según la cual el acusado debe tener la posibilidad de interrogar a los testigos decisivos que declaren en su contra; se vulnera este artículo si las condenas se basan en declaraciones de niños sin que el acusado o su abogado pudieran presenciar la declaración o formular preguntas.

⁵¹ X. Ferreiro Baamonde, *op. cit.*, pp. 333 a 336.

BIBLIOGRAFÍA

- M. DE HOYOS SANCHO, *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*, en *Revista General de Derecho Procesal*, 2014.
- X. FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005.
- J.L. GÓMEZ COLOMER, *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Cizur Menor, 2014.
- V. MAGRO SERVET, *El nuevo estatuto de la víctima en el proceso penal*, en *La Ley*, 2010.
- C. NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, en M. DE HOYOS SANCHO (a cura di), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, 2009.
- S. OROMÍ I VALL-LLOVERA, *Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*, en *Revista General de Derecho Procesal*, 2013.
- S. PEREIRA PUIGVERT, "Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo", *Revista General de Derecho Europeo*, 2013.
- A. SANZ HERMIDA, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Valencia, 2008.