

fundación

ASMOZ

formación on-line

Asistencia a las Víctimas de Experiencias Traumáticas

3.4. La protección de las víctimas en el marco jurídico procesal

Profesor: © Ignacio José Subijana Zunzunegui
Magistrado
Doctor en Derecho



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

ÍNDICE

1. Introducción.....	3
2. La instrucción.....	5
3. El enjuiciamiento.....	7
4. El estatuto jurídico de las víctimas.....	9
4.1. Introducción.....	9
4.2. Protección.....	12
Bibliografía básica.....	19

1.- Introducción

En la actualidad, son múltiples y variados los retos a los que se tiene que enfrentar la justicia penal. Uno de los más relevantes es el concerniente al diseño de un sistema jurídico, sustantivo y procesal, que integre, de forma armónica, los derechos de la víctima, los derechos del victimario y los intereses de la comunidad social.

El modelo jurídico garantista, en su formulación primigenia, concibe el proceso penal como un espacio de interacción entre el Estado y el acusado en el que, para evitar actuaciones abusivas del primero, hay que perfilar y blindar el estatuto jurídico del segundo. Por ello, el juicio justo se define como aquél en el que la facultad exclusiva de penar del Estado se desenvuelve en términos respetuosos con tres derechos nucleares del acusado: ser informado, en tiempo y forma, de los hechos que motivan la acusación, contar con la posibilidad real de defenderse de la acusación y exonerarle de la carga de probar su inocencia.

Las aportaciones de determinadas corrientes victimológicas (las integradas en la denominada Victimología de la acción) ponen de manifiesto que el originario modelo garantista únicamente contempla los intereses del Estado y del acusado, orillando a la víctima, a pesar de que la infracción penal es una conducta que ocasiona un daño real (lesión) o potencial (peligro) a intereses básicos de la víctima, afectando, consecuentemente, a la calidad de la convivencia comunitaria. Es necesario, por lo tanto, que en el proceso encuentren cabida los tres intereses involucrados en el delito, simbolizados por la víctima, el victimario y el Estado. El modelo garantista, en su formulación primigenia, es insuficiente, en la medida que únicamente contempla los intereses del Estado y del victimario. Es preciso, por lo tanto, la reformulación del juicio justo, integrando a la víctima. El objetivo, por lo tanto, no excluir a quien ya está (de ahí el sinsentido de las líneas sustentadas en teorías de juego de suma cero o vasos comunicantes), si no incluir a quien no está, debiendo estarlo. Por ello, tras definir el proceso como un espacio institucional en el que tiene lugar una interacción entre el Estado, el acusado y la víctima, se dibuja un modelo en el que, manteniendo intangibles las garantías del acusado, encuentra acomodo un estatuto jurídico específico para la víctima cimentado en cuatro pilares: la información, la participación, la asistencia y la protección. De esta manera, el juicio justo constituye el espacio institucional en el que conviven valores abocados a preservar un abanico de garantías del victimario con valores tendentes a dibujar un tejido de protección de la víctima. En este entramado el juez cumple,

de forma coetánea, una función garantista –cuyo referente subjetivo es el acusado- y otra función protectora –cuyo referente subjetivo es la víctima-.

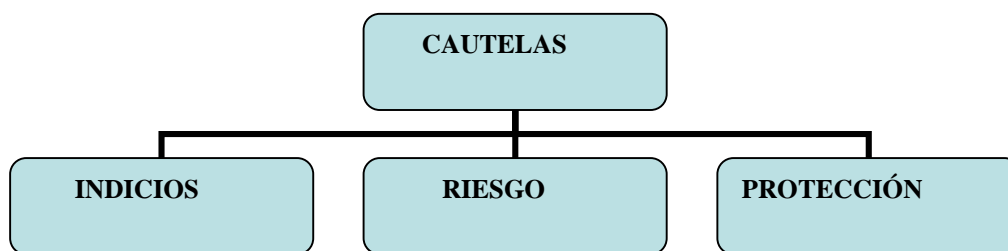
La función garantista viene pergeñada en el artículo 6 CEDH, redactado en Roma el 4 de noviembre de 1950. En su ordinal primero explicita que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. En su ordinal segundo dispone que toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. En su ordinal tercero acuerda que todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra y a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

La función protectora se describe en la Decisión Marco, de 15 de marzo de 2001, del Consejo de la Unión Europea, relativa al Estatuto Jurídico de las Víctimas en el proceso penal. Esta Decisión obliga a los poderes públicos a las siguientes prestaciones: reservar a las víctimas un papel efectivo y adecuado en el sistema de justicia penal, con específica mención a la necesidad de que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, con pleno reconocimiento de sus derechos e intereses legítimos (artículo 2.1); velar porque se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación (artículo 2.2); tomar las medidas necesarias para que las autoridades solo interroguen a las víctimas en la medida necesaria para el proceso penal (artículo 3); garantizar un nivel adecuado de protección a las víctimas en el plano de la seguridad, intimidad e imagen (artículos 8.1 y 8.2); evitar el contacto entre víctima y procesado en las dependencias judiciales, salvo que el proceso penal lo requiera, disponiendo de lo

necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas (artículo 8.3); garantizar, cuando sea necesario proteger a las víctimas, sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, permitiendo que las mismas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio compatible con los principios fundamentales de su Derecho (artículo 8.4).

Procede realizar un análisis del rol de las víctimas en cada una de las dos fases básicas del procedimiento judicial: la instrucción y el enjuiciamiento.

2.- La instrucción



La instrucción judicial es la fase en la que el juez debe obtener las fuentes de prueba del hecho delictivo y de su autor así como adoptar las medidas cautelares que estime precisas para la protección de las víctimas del ilícito penal.

La justicia cautelar ha tenido, en los últimos años, una transformación importante. Tradicionalmente ha sido concebida como un mecanismo destinado a evitar el riesgo de fuga del imputado o un recurso abocado a garantizar la intangibilidad de las fuentes de prueba. A estos objetivos se ha añadido un fin más: la protección de las víctimas. Desde esta perspectiva, se reconoce como uno de los derechos de las víctimas el obtener un espacio de seguridad personal con la implementación de las medidas cautelares imprescindibles.

Los presupuestos de toda decisión judicial de naturaleza cautelar que pretenda la protección de la víctima son básicamente dos. En primer lugar, la existencia de

indicios fundados de la comisión de una conducta violenta en la relación de pareja. En segundo lugar, la presencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera, para su contención, una medida de protección idónea y proporcionada.

Los indicios fundados precisan fuentes de conocimiento dotadas de una calidad cognitiva idónea para persuadir a un espectador objetivo. Por lo tanto, los indicios exigen datos susceptibles de contraste y valoración por un tercero en el momento de decidir la procedencia de la justicia cautelar (STS de 19 de julio de 2006). En esta fase preliminar del procedimiento, es preciso obtener el máximo nivel de información de los protagonistas de la interacción, de las personas que percibieron la misma y de los servicios comunitarios (centros médicos, servicios sociales, oficinas de atención a las víctimas, registros públicos, criminólogos).

La situación objetiva de riesgo exige contar con instrumentos de evaluación de la fuente de riesgo y de delimitación de la intensidad de la protección exigible validados por la comunidad científica.

Individualizado el riesgo, la víctima puede obtener, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer o del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, una protección cautelar. Cuando sea víctima de una violencia de género o una violencia intrafamiliar se acudirá, de cumplirse los presupuestos legales, a una orden de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal, así como otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico (artículo 544 ter 5 LECrim). En el orden penal, la articulación de la cautela protectora se adecuará a los criterios de idoneidad (que la medida sea idónea para alcanzar el objetivo pretendido), necesidad (que la consecución de la finalidad perseguida no sea posible a través de una medida menos gravosa) y proporcionalidad (que el sacrificio del derecho individual no sea desmesurado). La conjugación de estos requisitos permite concluir que la medida que conlleve una privación de libertad (prisión provisional, artículos 502 a 519 LECrim) únicamente se adoptará cuando la protección de la víctima no pueda alcanzarse a través de una medida no privativa de libertad (tales como prohibición de residir en determinado lugar, prohibición de acudir a determinados lugares o prohibición de aproximarse o comunicarse a determinadas personas –artículos 544 ter 6 y 544 bis LECrim-, salida obligatoria del domicilio de la unidad familiar –artículo 64 LOMPIVG-, suspensión del ejercicio de la patria potestad o de la guardia y custodia de los

menores –artículo 65-LOMPIVG-, suspensión del régimen de visitas a los descendientes –artículo 66 LOMPIVG-, suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas –artículo 67 LOMPIVG-).

3.- El enjuiciamiento

El juicio contradictorio es el espacio institucional en el que las partes tienen que desarrollar la prueba para corroborar los hechos que se afirman producidos. La vigencia del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) introduce una regla jurídica para resolver los supuestos de incertidumbre sobre los hechos por déficit de información: disciplina que corresponde a quien acusa la carga de probar los hechos cuya realización se atribuye al acusado, de tal forma que el vacío o la insuficiencia probatoria privan de certeza a la imputación penal, justificando, con ello, un pronunciamiento absolutorio.

El debate probatorio es el cauce que permite transmitir al juez o tribunal el conocimiento sobre los hechos enjuiciados. Para ello, se acude a fuentes de prueba personales (el acusado, la víctima, el testigo, el perito) y documentales (el soporte material que incorpora datos, hechos o narraciones).

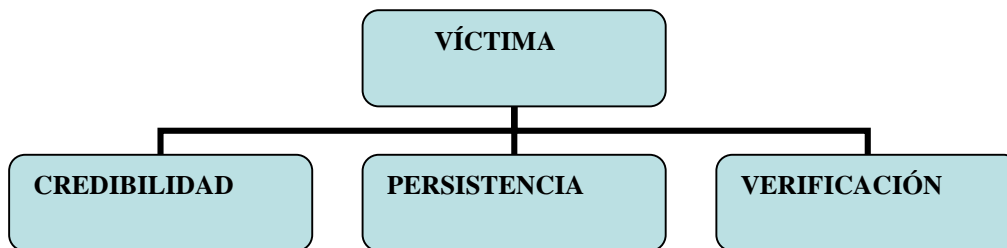
Dentro del cuadro probatorio, el testimonio de la víctima constituye una prueba de especial complejidad y significación.

Es una prueba compleja porque, en específicas formas de violencia (concretamente, en la violencia de dominio), las víctimas presentan habitualmente una dependencia emocional y afectiva del agresor. En estos casos, la protección de las víctimas exige una articulación de las estrategias terapéuticas y judiciales, así como el dibujo de un espacio de acogida judicial dúctil a la comprensión de lo humano. La sinergia de ambos factores permitirá que la víctima se encuentre en condiciones de ser escuchada, lo que no significa confiar ciegamente en lo que ella menta.

Es una prueba dotada de significación porque, de forma frecuente, el suceso violento acaece en un espacio privado, en ausencia de terceros. Por lo tanto, el testimonio de la víctima constituye la prueba de cargo fundamental. Su suficiencia incriminatoria vendrá vinculada a la ponderación razonada por el juez de la calidad

cognitiva de la narración ofrecida para conferir eficacia convictiva a la hipótesis acusatoria.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, SSTs de 18 de enero de 2006 y 26 de junio de 2007) ha elaborado tres criterios a tener en cuenta para valorar el testimonio de las víctimas: la ausencia de incredulidad subjetiva, la persistencia en la incriminación y la verosimilitud.



La ausencia de incredulidad subjetiva persigue verificar que la incriminación no se encuentra alentada por el resentimiento, la enemistad o la inquina. Se pretende con ello garantizar que el testimonio proviene de quien es subjetivamente creíble, dado que su declaración no obedece a intereses de venganza.

La persistencia en la incriminación evalúa la coherencia del testimonio. Quien de forma injustificada ofrece testimonios sustancialmente distintos es una persona poco rigurosa en el relato de los hechos que afirma haber percibido.

La verosimilitud trata de contrastar la narración vertida en la declaración con el conocimiento suministrado por fuentes de prueba distintas. Con ello se pretende validar la calidad de la información vertida por la declaración de quien afirma haber sido víctima de una violencia psicofísica. A estos efectos, tiene especial importancia verificar la convivencia armónica de la dinámica violenta atribuida al agresor con el estado físico o psicológico de la víctima consignado en informes y dictámenes de naturaleza pericial.

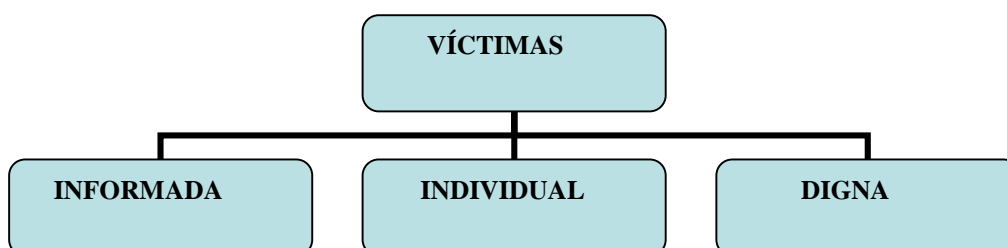
Estos criterios tratan de garantizar la racionalidad de la ponderación probatoria del órgano jurisdiccional. La presencia de todos ellos no justifica asignar una

indiscutible significación incriminatoria a la declaración de la víctima, como si de una prueba legal se tratara (SSTS de 30 de diciembre de 2005 y 20 de abril de 2007). Y ello porque, básicamente, constituyen indicadores que, de concurrir, permiten desestimar tres narraciones informativas: las inverosímiles, las que constituyen una plasmación de una voluntad estrictamente vindicativa y las que provienen de quien, sin razón válida, ofrece versiones disímiles del mismo acontecimiento. Presentes estos indicadores el deber de motivar la sentencia en el plano factual (artículos 14.1 y 120.3, ambos CE) impone aquilatar la calidad cognitiva del testimonio, explicando las razones válidas e idóneas para justificar la decisión que se adopte respecto a su rendimiento probatorio. Lo fundamental, en todos los casos, es hilvanar un discurso argumental validado por la lógica, la información verificada y consolidada en el campo científico y las pautas consolidadas en la experiencia comunitaria. En estos casos puede reputarse justificada racionalmente la ponderación probatoria.

4.- El estatuto jurídico de las víctimas

4.1.- Introducción

El artículo 15.3 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual contiene los cimientos de un estatuto jurídico procesal de las víctimas al vertebrar su espacio institucional en torno a tres prestaciones jurídicamente exigibles: el derecho a la información; el derecho a la individualidad y el derecho a la dignidad personal.



1.- El derecho a la información de las víctimas obliga a los operadores jurisdiccionales, fiscales y funcionarios públicos a informar a las víctimas sobre los siguientes extremos:

A.- Ser parte en el procedimiento solicitando la sanción penal del acusado y, en su caso, la reparación del daño sufrido. Para ello podrá nombrar un abogado de su elección o solicitar que le designe un abogado de oficio, pudiendo acceder, si carece de recursos económicos, al derecho a la asistencia jurídica gratuita.

B.- Solicitar la reparación del daño sufrido por el delito bien a través de su abogado o, en su caso, escudándose en la figura del Ministerio Fiscal.

C.- Saber la fecha y lugar del juicio y lograr la notificación de la resolución que recaiga en el proceso, aunque no se parte formal en el mismo. También se prevé que en delitos que afectan a intereses personales (vida, integridad corporal, libertad sexual, libertad deambulatoria y patrimonio, básicamente) se comuniquen a la víctima los actos procesales que puedan afectar a su seguridad y, en la victimación familiar, se les informe sobre la situación procesal del imputado, el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas y la situación penitenciaria del agresor.

D.- Conocer la posibilidad de instar, a través del procedimiento adecuado, las ayudas económicas recogidas en la normativa legal para las víctimas de delitos violentos y dolosos o contra la libertad sexual.

2.- El derecho a la individualidad obliga a las autoridades policiales a hacer constar en los atestados los datos precisos para la identificación de las víctimas, con específica mención a las lesiones que padezcan.

La reacción emocional de las víctimas varía en función de parámetros como la gravedad del hecho, la personalidad de las víctimas y su entorno afectivo. Es posible reconocer en todo caso diferentes etapas estandarizadas:

- * Desorganización vital vinculada a la falta de aceptación del suceso padecido.

- * Reevaluación cognitiva en la que las víctimas tratan de integrar el hecho dañoso en sus esquemas vitales diarios;
- * Trauma con aparición discontinua de fobias, pensamientos recurrentes, irritabilidad.

La asistencia integral a las víctimas presenta diferentes vertientes.

- En un primer momento es preciso la asistencia inmediata tras el conocimiento de los hechos con la finalidad de estabilizar la situación emocional de las víctimas e impedir la traumatización. En esta fase, que cabe denominar de recuperación del equilibrio emocional, es preciso fomentar espacios de acogida dúctiles a la expresión y comprensión de los sentimientos.
- Ulteriormente se instauran pautas de apoyo centradas en el control del problema y la articulación de recursos referenciales para la autonomía victimal.

Para garantizar esta asistencia integral e inmediata a las víctimas en España se han ido creando Oficinas de Asistencia a la Víctimas o Servicios de Atención a las Víctimas, dependientes del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de justicia.

Las Oficinas o Servicios obedecen a dos modelos. El modelo multidisciplinar confiere la gestión del servicio a un equipo profesional conformado por un jurista, un psicólogo y un trabajador social. El modelo unipersonal atribuye el funcionamiento del servicio a un gestor procesal administrativo que coordina los servicios prestados por profesionales procedentes de convenios suscritos con determinados Colegios Profesionales.

Las funciones esenciales de las Oficinas o Servicios de Atención a las Víctimas son las siguientes:

- *Informan a las víctimas sobre sus derechos en el proceso penal, con mención específica a las indemnizaciones procedentes de fondos públicos.
- *Acompañan a las víctimas a las diligencias judiciales.
- *Orientan sobre los recursos sociales existentes.

- *Facilitan o prestan una asistencia psicológica y
- *Potencian la coordinación entre Jueces, Fiscales, Policías, Servicios Sociales y Sanitarios.

3.- El derecho a la dignidad personal garantizando que, en todas las fases de investigación, el interrogatorio de las víctimas se haga con escrupuloso respeto a su situación personal, y preservando que sea protegida de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o dignidad, procediendo, en su caso, a solicitar que el juicio oral se celebre a puerta cerrada. En el caso específico de víctimas menores de edad se articulan medidas complementarias para impedir una nueva victimación, como impedir todo contacto visual con el acusado durante la declaración.

Las víctimas también tienen deberes procesales vinculados a la obligación constitucional de colaborar con los órganos judiciales en el marco "*Los deberes procesales de las víctimas*".

Las cargas procesales de las víctimas deben derivarse, a falta de regulación en la LECrim, del deber constitucional de colaborar con los órganos judiciales en el marco del proceso. Básicamente tienen tres deberes: denunciar los delitos públicos, comparecer y declarar en juicio y decir la verdad en su testimonio.

4.2.- La protección

La legislación vigente contiene reglas específicas para la protección de las víctimas.

La protección de las víctimas adultas

La protección de las víctimas cuando actúan como testigos de cargo en procedimiento penal se regula en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. El artículo 1.2 de la referida ley describe el presupuesto de su aplicación: apreciación judicial de un peligro grave para la persona, libertad o bienes del testigo o perito, su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes o hermanos.

La decisión judicial debe ser motivada y satisfacer las exigencias de precisión, proporcionalidad y legalidad.

La motivación precisa una indicación de las razones que justifican la decisión adoptada.

La precisión exige una especificación de las circunstancias factuales que fundan la situación de peligro grave así como una delimitación específica de las personas que deben gozar de la protección solicitada.

La proporcionalidad impone un juicio ponderativo entre las necesidades de protección de las víctimas y el grado de injerencia en el derecho de defensa del imputado.

La legalidad obliga al juez a adoptar, en su caso, alguna de las medidas pergeñadas por el legislador. En concreto, el operador judicial debe adoptar las medidas que estime necesarias para preservar la identidad personal, domicilio, profesión y lugar de trabajo de las víctimas-testigos. Entre ellas podrá adaptar las siguientes decisiones:

1.- Garantizar el anonimato procesal (que no conste en las diligencias su nombre, apellido, domicilio, lugar de trabajo y profesión ni cualquier otra dato que pueda servir para la identificación, pudiendo acudir, para la identificación de las víctimas-testigos, a un número o cualquier otra clave y para la recepción de las citaciones a designar como domicilio la sede del órgano judicial);

2.- Preservar la imagen (en las comparencias judiciales se podrá utilizar cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, recayendo sobre los poderes públicos el deber de evitar que a los testigos y peritos se les haga fotografías o se tome su imagen);

3.- Gozar de protección policial durante el proceso y una vez finalizado el mismo si persistiera el peligro y, en supuestos excepcionales, obtenerse un cambio de identidad, con los medios económicos precisos para el cambio de residencia y lugar de trabajo.

El elenco de medidas reseñadas puede adoptarse en la fase de investigación judicial, siendo susceptibles de mantenimiento, modificación o supresión por el Juez o Tribunal Sentenciador (artículo 4.1). Es más, el precepto habilita al juez enjuiciador para adoptar medidas nuevas, previa ponderación:

- ; de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos;
- ; de los derechos fundamentales en conflicto, y
- ; de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

A nuestro juicio, el juzgador podrá adoptar medidas distintas a las especificadas en el artículo 2 de la Ley, siempre que sean necesarias para preservar un peligro grave para la persona, libertad o bienes de las víctimas y/o sus familiares.

La adopción de alguna de las medidas de protección pergeñadas legalmente no impide que la defensa conozca algunos datos de identidad del testigo. En aras a evitar la figura del testimonio anónimo, proscrita por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, se obliga al operador judicial a facilitar el nombre y apellidos de los testigos-víctimas, si cualquiera de las partes lo solicita motivadamente. El desvelamiento se ceñirá al nombre y apellidos del testigo, sin abarcar otros datos personales.

En todo caso, conviene no olvidar que la STS de 28 de enero de 2002 reseña que, no obstante la dicción legal (el tribunal deberá facilitar el nombre y apellidos del testigo, dice el artículo 4.3 de la Ley de protección de testigos), nos encontramos ante una facultad jurisdiccional cuyo ejercicio debe ir acompañado de una motivación adecuada y suficiente.

A modo de conclusión, puede afirmarse que en la adopción judicial, en fase instructora o de enjuiciamiento, de las medidas contenidas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, deberán ponderarse tres tipos de intereses:

- ; el interés estatal en favorecer la investigación criminal;
- ; el interés de las víctimas en actuar con plena libertad en el proceso y
- ; el interés del acusado en usar en su defensa todas las fuentes de conocimiento precisas para refutar las pruebas de cargo de la acusación.

La protección de las víctimas menores de edad

El menor que es víctima de un delito violento se ve inmerso en un suceso traumático idóneo para causarle un daño psicológico. La negatividad del acontecimiento (de disímil intensidad atendido a factores como la relación de la

víctima con el victimario, la duración de la situación victimizante y las características de la acción agresora) y la ausencia de una estrategia de afrontamiento psicológico adecuada, al tratarse de un acontecer desconocido e inhabitual, justifica un discurrir vital, posterior al delito, caracterizado por la angustia, el descontrol, la pérdida de confianza y la culpabilización. El daño puede adquirir especial magnitud cuando el agresor procede del círculo vital cálido (padres y abuelos, preferentemente), en el que se construye la urdimbre afectiva del menor. En estos casos, se devalúa la seguridad básica del menor vertebrada en torno a la confianza en sí mismo y en los demás. Se produce, por lo tanto, una victimación de honda significación.

La desvictimación, objetivo ineludible de todo programa de actuación sobre la víctima, precisa, en un número significativo de las victimaciones sexuales, la implantación de un diseño terapéutico que trate de ofrecer al menor unas pautas idóneas para integrar la experiencia vivida en su historia vital, evitando que el suceso traumático conforme la constelación de recuerdos operativos que impregnan su devenir diario. Surge, por lo tanto, el *marco terapéutico*. De forma coetánea existe un espacio institucional en el que trata de desvelarse lo padecido por el menor. Emerge el *marco judicial*. La interacción de los marcos referidos es ineludible para que ambos, desde perspectivas distintas, se encaminen hacia la consecución del interés preeminente: **la protección del menor**, articulando estrategias de respuesta que favorezcan el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 CE). El *marco terapéutico* debe ofrecer una información cumplida y contrastada de la capacidad de comunicación informativa del menor víctima-testigo y transmitir una prognosis fundada de la repercusión que en su estado psíquico puede generar su intervención en el debate probatorio que se desarrolla en el procedimiento. El *marco judicial* debe adoptar, de forma motivada, las decisiones necesarias para preservar que la intervención del menor en el juicio se circunscriba a los supuestos estrictamente necesarios y garantizar que, en los casos en que sea precisa tal actuación, la misma se ejecute en un contexto hábil para evitar que el menor sufra un daño psíquico que se acumule, en su caso, al ya padecido con el delito.

Varias son las hipótesis que pueden acaecer en la interacción del marco terapéutico y judicial.

A.- En determinados casos, el marco terapéutico puede indicar la necesidad de que el menor no intervenga en el proceso judicial, indicando, de forma razonada, que el menor carece, por razón de la edad, de discernimiento para comprender la significación sexual del hecho justiciable o tiene reprimidos o disociados los recuerdos vinculados a la experiencia de abuso sexual, no pudiendo, por lo tanto, describir los mismos. En estos supuestos, la fuente de prueba –el menor- se encuentra inhabilitado para cumplir la función cognoscitiva que se pretende con su intervención en el juicio –trasladar información sobre los hechos discutidos-, razón por la cual puede tildarse la propuesta de suscitar su declaración como prueba de infundada, dado que es nulo el rendimiento probatorio asignable a quien no puede declarar sobre lo que se le va a interrogar.

B.- En otros casos, el marco terapéutico puede justificar la necesidad de que el menor no declare como testigo-víctima en el juicio arguyendo, de forma ponderada, que, de producirse la intervención, cualquiera que sea las condiciones en que se practique, se pueda generar al menor un daño psíquico significativo, incluso irreversible. Se trata, por tanto, de casos en los que el menor está en condiciones de describir el suceso traumático, si bien su exposición en un juicio conlleva, debido a su frágil estado anímico, un riesgo relevante de generar un estado de angustia o de ansiedad que haga implosionar su precario equilibrio psíquico, conduciéndole al pozo de la depresión. En este caso, el interrogatorio en un espacio judicial, cualquiera que sea las condiciones en que se ejecute, supone victimizar a quien los poderes públicos, incluido el judicial, deben, por imperativo legal, proteger. En estos supuestos, la exoneración judicial del deber de declarar constituye el único remedio jurídico para amparar al menor, cercenando, de esta manera, una específica manifestación de victimación secundaria (artículo 158.3º del Código Civil).

C.- En otros casos, el marco terapéutico traslada la necesidad de realizar la declaración en un momento determinado, para evitar perjuicios psicológicos al menor. En esta hipótesis, el operador judicial debe practicar la prueba en el tiempo terapéuticamente indicado, integrando, en el modo y manera de proceder a la práctica del testimonio, las exigencias facultativas y los imperativos jurídicos. El respeto a esta constelación de circunstancias permitirá concluir que el Juez o Tribunal adecuó la comparecencia en el procedimiento judicial a la situación y desarrollo evolutivo del menor, tal y como le obliga artículo 9.1 LOPJM.

Si el marco terapéutico indica la conveniencia de tomar la declaración en una fase procesal previa al juicio oral, se acudirá al mecanismo de la prueba anticipada. Si, por el contrario, sugiere que la declaración se realice en el juicio oral se llevará a cabo en este acto procesal

D.- La declaración, cualquiera que sea la modalidad probatoria (prueba anticipada o prueba), se realizará de forma que, sin menoscabar el derecho de defensa del acusado, se proteja al menor. Para ello se seguirán, básicamente, las siguientes reglas:

- 1.- La declaración del menor se realizará en un espacio adecuado, garantizando su privacidad, implementando, en su caso, restricciones específicas de la publicidad y evitando, siempre, la confrontación visual de los menores con el inculpado o acusado, utilizando para ello medios técnicos, como el circuito cerrado de televisión o la videoconferencia, que permiten, incluso, que el testimonio se evacue sin necesidad de que el menor se desplace al Palacio de Justicia.
- 2.- En el testimonio del menor estará presente quien ostente su guarda legal o de hecho, salvo que se trate de alguno de los imputados o acusados, y, en su caso, una persona que inspire confianza al menor, quien no podrá intervenir en el interrogatorio.
- 3.- La acusación y la defensa tendrán la posibilidad de interrogar al menor acudiendo, en su caso, a un experto que transmita el menor el contenido del interrogatorio pergeñado por las partes y declarado pertinente por el juez. El interrogatorio, adaptado al léxico del niño, debe estar integrado por preguntas abiertas, que permitan un relato fluido, sin que sean admisibles preguntas directivas, sugestivas o inductivas. No cabe formular juicios ni elaborar críticas, evitando, también, influir en la calidad del testimonio a través de afirmaciones o actitudes del entrevistador (gestos de incredulidad, aprobación de algunas respuestas y comunicaciones de las emociones experimentadas).
- 4.- El testimonio del menor debe documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial. En el caso de que la declaración se haya practicado como prueba anticipada, deberá reproducirse en el juicio

oral la grabación o procederse, en su caso, a la lectura del acta.

- 5.- La actuación del menor en el juicio deberá ir acompañada, en muchas ocasiones, de estrategias de apoyo a nivel educativo y clínico para afrontar temas como la estigmatización, la culpabilización y el miedo.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BACA, Enrique/ECHEBURÚA, Enrique/TAMARIT, Josep. M^a; (2006), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ECHEBURÚA, Enrique/SUBIJANA, Ignacio José; (2008), "Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente", *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol.8, nº 3, 2008, pp. 733-749.

FERREIRO, Xulio; (2005), *Las víctimas en el proceso penal*, La Ley, Madrid.

SAMPEDRO, Julio Andrés; (2003), *La Humanización del proceso penal. Una propuesta desde la Victimología*, Legis, Caracas.

SOLÉ, Jaime; (1997), *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona.

SUBIJANA, Ignacio José; (2006), *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal: del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada.