

LA VÍCTIMA. ESTATUTO Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN.

Dña. María Viñuelas Limarquez

Abogada del Estado en la Subdirección General de Servicios Contenciosos –
Departamento de Penal

1. INTRODUCCIÓN.

Una de los fenómenos más importantes en el ámbito de Derecho penal en el siglo XX; particularmente a partir de la II Guerra Mundial, es lo que se ha denominado “el redescubrimiento de la víctima” y el nacimiento de la “Victimología”¹ como ciencia separada de la criminología cuya sustantividad propia aún no es pacífica.

En efecto, aunque en sus orígenes la víctima era una pieza esencial en el esquema punitivo, por cuanto era el sujeto pasivo ofendido por el delito y titular del derecho al castigo, posteriormente, al atribuirse al Estado el ejercicio del ius puniendi, la víctima es relegada a un segundo plano: el conflicto surgido por la comisión del delito se configura como conflicto abstracto entre el Estado y el sujeto infractor, sin que la víctima ostente ningún derecho ni sea objeto de especial consideración más allá de su función como testigo y medio de prueba. Durante siglos la dogmática penal se concentra en lograr un reforzamiento de las garantías del justiciable, en el estudio del delincuente con un olvido total de la víctima. Dentro de esta configuración del derecho penal, la pena se concibe en términos de retribución del mal causado, prevención general y especial pero entre los fines del derecho penal no se contempla en modo alguno la reparación del daño causado a la víctima.

No obstante, fundamentalmente a partir de la II Guerra Mundial la tendencia cambia y la tradicional postergación la víctima va siendo sustituida por una recuperación del papel y la consideración de la misma. Ello es consecuencia de trabajos, inicialmente doctrinales, encabezados por Carrara y Mendelsohn, en los que se reivindica el papel de la víctima en el proceso penal, la necesidad de que reciba justa indemnización y asistencia. Sociológicamente este cambio se produce por un sentimiento de mayor solidaridad hacia las víctimas, habiendo contribuido a ello la influencia de la incipiente Victimología, el incremento de las encuestas sobre criminalidad, la creación de asociaciones en defensa de ciertas víctimas y el desencanto hacia las penas tradicionales.

¹ El término Victimología fue acuñada en 1949 por el psiquiatra estadounidense Frederick Wertham, quien propugnaba por una "ciencia de la Victimología", que estudiase la sociología de la víctima.

Este movimiento inicialmente doctrinal, paulatinamente va dejándose sentir en el plano internacional, primero a través de distintos simposios internacionales (el primero de ellos celebrado en Jerusalén, en 1973) y posteriormente y ya en la década de los 80, se produce un auténtico movimiento codificador y, tanto a nivel nacional como internacional, se empiezan a reconocer e introducir en el derecho positivo los derechos de las víctimas.

El punto de partida de este movimiento de reconocimiento de la víctima consistió en superar la tradicional dicotomía entre los derechos del infractor y los derechos de las víctimas, y el postulado de que la protección de uno no implica ir en detrimento del otro. De este modo se parte de la idea de que una de las funciones esenciales de la justicia penal debe ser también proteger los intereses de la víctima y tratar de responder a sus necesidades. En definitiva se trata de unificar la tutela de los intereses de la sociedad, las garantías del justiciable y la reparación a la víctima en los perjuicios materiales y morales que ha sufrido como consecuencia del delito.

En este contexto cobra relevancia el estudio integral de la víctima, incluyendo los perjuicios que sufre no sólo como consecuencia directa del delito sino también aquellos daños que integran lo que se ha denominado la victimización secundaria², y que se derivan de la relación que establece el sistema jurídico penal con la víctima y de la necesidad de su testimonio como prueba de cargo. Esto supone para la víctima la necesidad de rememoración en reiteradas ocasiones del hecho traumático, el miedo e incertidumbre que generan los escenarios donde el testimonio se lleva a cabo, desde la comisaría hasta las dependencias judiciales, y la deshumanización que muchas veces rodea estos escenarios donde la persona que denuncia es puesta en tela de juicio y examinada, interrogada –no es infrecuente que con cierta hostilidad- por el abogado defensor del victimario, todo ello unido a largas esperas y suspensiones y finalmente una resolución que no siempre cumplimenta las expectativas de la víctima.

La tendencia actual trata de obtener la reparación de los daños causados directamente por el delito y de minimizar los efectos de la victimización secundaria, favoreciendo la confianza de la víctima en el proceso penal.

2. PRIMEROS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS A NIVEL INTERNACIONAL.

² La victimización secundaria puede definirse, siguiendo a Antonio Berinstain Ipiña (en Cuadernos de Derecho Judicial, “La victimología”, 1993, en su análisis ¿La sociedad/judicatura atiende a “sus” víctimas/testigos?), como los sufrimientos que a las víctimas, testigos y a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, etc. Mientras la victimización primaria se origina por la vivencia del delito, la secundaria es consecuencia de la interacción entre la víctima y el sistema penal (no el infractor). Existe así mismo otro concepto íntimamente relacionado, la denominada victimización terciaria, a la que nos referiremos con posterioridad.

Tal y como señalábamos con anterioridad, el primer movimiento de reconocimiento de derechos de las víctimas se realiza en el plano internacional, debiendo destacarse la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985. El artículo 1 define las víctimas (“víctima directa”), como las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación vigente en los Estados miembros. La víctima tendrá tal consideración con independencia de que se identifique, enjuicie o condene al victimario, y dentro del concepto de víctima se incluye a los familiares y a las personas que hayan sufrido daños al asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización (“buen samaritano”).³

La Declaración reconoce y sistematiza los derechos de la víctima:

1. Derecho de acceso a la justicia y a un trato justo, que incluye derecho de acceso a los tribunales, de obtención de información y asistencia, obtención de protección y reparación de los daños sufridos. Así mismo se prevé la adopción de medidas que tiendan a la minimización de la victimización secundaria.
2. Derecho al resarcimiento (básicamente responsabilidad civil nacida del delito) así como de forma subsidiaria indemnizaciones a cargo del Estado en caso de que la indemnización procedente del victimario no sea suficiente. Se prevé expresamente la creación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas de determinados delitos.
3. Derecho a la asistencia integral: material, médica, psicológica y social, facilitando el acceso a los mismos y facilitando al personal de policía, justicia, centros de salud y servicios sociales capacitación necesaria para hacerlos receptivos a las necesidades de la víctima.

En el ámbito propio de la Unión Europea, son múltiples las llamadas de atención de las Instituciones del Consejo de Europa sobre la necesidad de lograr la reparación de las víctimas. Ya la Resolución (77) 27 del Comité de Ministros del Consejo Europa

³ El concepto de víctima de esta Declaración no se ajusta a la dogmática penal tradicional, pues, por un lado, restringe el concepto de víctima a las personas físicas excluyendo a las personas jurídicas, la sociedad o el Estado, que pueden tener la consideración de sujetos pasivos del delito, y por otro lado, incluye a las denominadas víctimas indirectas –como los familiares–, que en nuestro derecho no se consideran como víctimas en sentido estricto sino que, en su caso, tienen la consideración de perjudicados a los efectos de responsabilidad civil derivada del delito.

sobre indemnización a las víctimas de delito abordaba decididamente la necesidad de proteger a las víctimas, recomendación que se ve jurídicamente perfeccionada con la Convención Europea sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos de 24 de Noviembre de 1983; también en el seno del Consejo de Europa, la Recomendación R 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, propone dentro del capítulo destinado a la protección especial de la víctima, que cuando sea necesario, y singularmente en los casos de delincuencia organizada, la víctima y su familia deberían ser eficazmente protegidas contra las amenazas y el riesgo de venganza por parte del delincuente. Se ha seguido profundizando en esta dirección con la Recomendación 87/ 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Asistencia a las Víctimas y la Prevención de la Victimización, de 17 de septiembre de 1987, en la que instaba a los Estados a prestar asistencia a la víctima a fin de obtener la reparación efectiva del perjuicio por parte del propio delincuente y a través de los aseguradores o de cualquier otro organismo, y cuando sea posible, la indemnización del Estado. Posteriormente, la Recomendación 8, de 14 de junio de 2006, del Comité de Ministros del Consejo de Europa on Assistance to Crime Victims ha supuesto un nuevo paso adelante en pro de las víctimas.

También la Unión Europea ha explicitado su preocupación por la tutela de las víctimas a través de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, por la que se aprueba el Estatuto de la víctima en el proceso penal, que establece obligaciones para los estados miembros dirigidas a garantizar el reconocimiento de la víctima, sus derechos en el proceso penal y evitar la victimización secundaria. Tal y como recoge la Decisión Marco, se reconoce a la víctima derecho a la protección y atención, con respeto a su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y a ser comprendida, en definitiva, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones.

3. LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

a. Derechos de información y ofrecimiento de acciones.

Las últimas reformas de nuestra legislación procesal tienen especialmente en cuenta los derechos e intereses de las víctimas. No sólo se ha incrementado su protección, sino que se potencia al máximo que la víctima conozca sus derechos a fin de que pueda ejercitarlos, tal y como trasluce en los arts. 109 LECrim para el sumario ordinario, y en los artículos 771⁴ y 776 LECrim (para el procedimiento abreviado); así

4 la Policía Judicial cumplirá con los deberes de información a las víctimas que prevé la legislación vigente. En particular, informará al ofendido y al perjudicado por el delito de forma escrita de los derechos que les asisten de acuerdo con lo establecido en los artículos 109 y 110; se instruirá al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela y, tanto al ofendido como al perjudicado, de su derecho a nombrar Abogado o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia

como en el art. 25 LO 5/1995 de 22 de mayo, reguladora del Tribunal del Jurado y en el art 4 LO 5/2000 de 12 de enero , reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La importancia de informar a la víctima a través de la diligencia de ofrecimiento de acciones no sólo se reconoce formalmente, sino que se ha reforzado cada vez más en la práctica de los Tribunales, cuya inobservancia ha sido corregida mediante el otorgamiento de amparo. En este sentido, debe traerse a colación la STC nº 98/1993, de 22 de marzo que en su fundamento jurídico 5º señala que “*Aquel que había resultado lesionado [...], ostentaba la cualidad de interesado y estaba dotado de la legitimación para actuar en juicio. El que no lo llegara a hacer, por haberse omitido la advertencia legal preceptiva (el ofrecimiento de acciones), menoscaba y aun cercena su derecho a la efectividad de la tutela judicial que conlleva la interdicción de cualquier menoscabo del derecho de defensa [STC 31/1989 ([RTC 1989\31](#))] que ni siquiera pudo haber subsanado el ejercicio de la acción civil correspondiente por el Ministerio Fiscal.*”, habiendo el alto tribunal otorgado en aquel caso amparo a la víctima por apreciar la existencia de indefensión por no habersele hecho el preceptivo ofrecimiento de acciones.

La información, tras la reforma operada por la ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, se encomienda a los Secretarios Judiciales, quienes deberán informar también de las ayudas a las víctimas previstas en la legislación especial.

b. El acceso al proceso.

Nuestra LECrim reconoce a la víctima el derecho a ser parte en el proceso penal (art 109⁵ y 110 LECrim) y a constituirse en acusación particular, sin perjuicio de la existencia de otras instituciones que pueden velar por la protección de sus intereses, así por ejemplo la acción popular, o la actuación del Ministerio Fiscal que de conformidad con el art 124 Constitución tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa

jurídica gratuita, de su derecho a, una vez personados en la causa, tomar conocimiento de lo actuado, e instar lo que a su derecho convenga. Asimismo, se les informará de que, de no personarse en la causa y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercerá si correspondiere.

⁵ En el momento en que el Juez recibe declaración al ofendido por el hecho delictivo, el secretario, a través del ofrecimiento de acciones del artículo 109 LECrim, le instruirá del derecho a ser parte en el proceso y a renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible, así como de la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que conforme a la legislación vigente puedan corresponderle.

de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

De este modo, la víctima puede incoar el proceso penal a través de la correspondiente denuncia o querrela, pero, al margen de ello (pues la noticia criminis puede llegar a la policía, Fiscalía o al Juzgado de Instrucción a través de otros medios), tiene derecho a ser parte en el proceso. En este punto el abanico de posibilidades que se abre a la víctima es enorme, y va desde la decisión misma sobre la persecución del delito (en los casos de delitos privados: injurias y calumnias, y como requisito de perseguibilidad en los denominados delitos semipúblicos) hasta la interposición de querrela, la posibilidad de actuar como acusador particular o actor civil, así como el derecho a realizarlo con una asistencia letrada gratuita, al amparo de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita cuando concurren los requisitos establecidos en la ley 1/1996 de 10 de enero. No obstante el derecho a ser parte en el procedimiento es renunciable, encomendándose al Ministerio Fiscal una amplia actuación en defensa de los derechos e intereses de las víctimas.

Una de las características del proceso penal español, es la posibilidad de la concurrencia simultánea de la acción penal para la averiguación del delito con el correlativo castigo del delincuente y de la acción civil para el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Esta simultaneidad y, sobre todo, su ejercicio preceptivo por el Fiscal beneficia directamente a los sectores de la población menos dotados económicamente, a quienes facilita la defensa de su derecho, para conseguir con esa actuación tutiva la igualdad efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 CE y, con ella, la justicia (STC 123/1992)

c. Especial protección encomendada al Ministerio Fiscal.

En efecto, el papel del MF en la defensa de las víctimas es sumamente relevante, y buena prueba de ello lo constituyen sus circulares e Instrucciones en los que se dedica especial atención a la atención y protección a las víctimas.

La designación de un Fiscal de Sala Delegado para la tutela y protección de las víctimas y la importante Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal son claros exponentes de la preocupación de la Fiscalía General por el cumplimiento por parte de los Fiscales de sus obligaciones para con las víctimas, a fin de coadyuvar a la definitiva superación de la tradicional preterición en la que se les sumía en el proceso penal.

En este sentido, y sin ánimo exhaustivo, podemos destacar las siguientes:

1. La Reciente Instrucción 1/ 2010 de la Fiscalía General del Estado, de 29 de julio, sobre las funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales (y en la línea de la Instrucción 8/2005, anteriormente citada) encomienda a los Fiscales el deber de vigilar que en la ejecución de las sentencias se dé debido

cumplimiento a los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil derivada del delito, teniendo obligación el Ministerio Fiscal de ejercitar la acción civil prevista en los artículos 108 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y acudiendo en su caso a los mecanismos que el artículo 989 Lecrim prevé para garantizar la ejecución de la responsabilidad civil. Esta instrucción encomienda a los Fiscales que velen por la satisfacción completa de la responsabilidad civil en los términos dispuestos en el fallo de la sentencia, y a tal fin, y con carácter previo a informar el archivo provisional o definitivo de la ejecutoria, comprobarán que se ha satisfecho la responsabilidad civil y el importe de ésta se ha entregado a la víctima.

2. La Instrucción 2/2009 sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española, teniendo en cuenta que una de las funciones esenciales del Fiscal es la protección de la víctima, en los casos de conformidad prevé que el Fiscal tenga especialmente en cuenta su protección a la hora de cerrar la conformidad. La instrucción pone de manifiesto el olvido que tradicionalmente ha existido en este ámbito, señalando que *“La víctima se ha encontrado históricamente ausente y desinformada -cuando no perpleja- acerca del resultado pactado del proceso, sobre todo cuando no está personada en él”* para tratar de evitar esta situación, a la hora de la negociación de la conformidad, encomienda a los Fiscales que con carácter previo a cerrar la conformidad, oigan a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que sea posible y los Fiscales lo juzguen necesario, y en todo caso cuando por la gravedad o trascendencia del hecho o por la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos los intereses en juego, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. Igualmente deberá asegurarse en lo posible que éstos sean informados de la existencia y los términos de la conformidad, una vez pactada, y de sus consecuencias procesales.

3. La Instrucción 2/2008 sobre las funciones del Fiscal en la fase de instrucción, de 11 de marzo, recuerda que el apartado primero del art. 773 LECrim dispone que el Fiscal...velará... por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito. En este mismo sentido, el art. 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal encomienda al Fiscal velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

Esta instrucción sistematiza las que denomina “obligaciones del Fiscal para con las víctimas” durante la fase de instrucción, que se traducen en las siguientes actuaciones:

- Promover el aseguramiento de las responsabilidades civiles, instando las medidas cautelares necesarias sobre el patrimonio de responsables directos o subsidiarios.⁶
- Cuidar de que los informes médicos forenses describan con precisión las lesiones sufridas y el tratamiento exigido para su sanidad, incluyendo en su caso si la víctima va a precisar de terapia psicológica o psiquiátrica.
- Promover la adopción de las medidas en protección de víctimas y testigos que en cada caso resulten pertinentes (órdenes de alejamiento, órdenes de protección, prisión provisional, medidas innominadas en protección de los menores del art. 158 CC, medidas especiales para violencia de género -suspensiones de patria potestad, derecho de visitas y derecho a la tenencia, porte y uso de armas- y medidas cautelares de secuestro y prohibición de difusión, en relación con los delitos cometidos mediante la imprenta y análogos).
- Velar por la correcta realización de la diligencia de ofrecimiento de acciones.
- Velar igualmente porque se cumpla la obligación de notificar a los directamente ofendidos y perjudicados cuya seguridad pudiera verse afectada los autos relativos a la situación personal del imputado (vid art. 506.3 y 544 ter apartado noveno LECrim).
- Cuidar de que se dé debido cumplimiento a la previsión del art. 771.1.1 LECrim, de modo que cuando se acuerde el sobreseimiento por estimarse que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, sea notificada la resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.
- Evitar en lo posible que la víctima sea citada más de una vez durante la instrucción, con objeto de evitar en la medida de lo posible, la victimización secundaria.

⁶ En este punto es relevante la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1992, de 15 de enero, sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil que instaba a los Fiscales a evitar que por simples declaraciones verbales de carecer de bienes, se produzcan declaraciones de insolvencia, encomendándoles el impulso de la tramitación de las piezas de responsabilidad civil, pidiendo una investigación más profunda de los bienes del inculcado, con informes de los equipos especializados de policía judicial, y de los organismos que puedan proporcionar datos objetivos, así Ayuntamientos, Delegaciones de Hacienda, pidiendo los datos fiscales necesarios para acreditar la solvencia o insolvencia, incluso las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de los últimos años.

La importantísima Instrucción 8/2005 de 26 de julio, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal, es un auténtico compendio de las actuaciones del MF en el proceso penal tendentes a la protección de las víctimas, la satisfacción de sus intereses y la minimización de la denominada victimización secundaria.

En relación precisamente con este último aspecto, el artículo 49 de la proposición de ley de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo (publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de julio de 2010) contempla, bajo la rúbrica de “Mínima lesividad en la participación en el proceso” una serie de previsiones para minimizar en lo posible la victimización secundaria⁷.

Por último señalar que son muchas las Circulares existentes sobre la materia sin que por el objeto de este trabajo sea posible detenernos en todos y cada uno de los aspectos tratados. Así cabe destacar la Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar; la Circular 2/1998, de 27 de octubre, sobre ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual; la Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado; la Circular 3/2003, de 30 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección; la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica; la Instrucción 4/2004, de 14 de junio, acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica; la Instrucción 2/2005, sobre acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género, y; la Instrucción 7/2005, de 23 de junio, sobre el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer de las Fiscalías. Circulares e Instrucciones que abordan concretos supuestos de actuación en relación con la protección de las víctimas en el proceso penal.

La atención a las víctimas determinó la creación de un Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General del Estado para la tutela y protección de los intereses de las víctimas

⁷ Artículo 49. Mínima lesividad en la participación en el proceso.

“Los Tribunales velarán por que toda declaración o intervención de alguna de las personas previstas en el artículo 4 de la presente ley, en sus apartados 1 y 2, se realice de forma que les suponga las mínimas incomodidades y perjuicios. En particular, se procurará por todos los medios previstos en las leyes que estas personas en sus actuaciones procesales no tengan relación directa visual o sonora con los imputados o acusados por la comisión de acciones terroristas.

En todo caso los Jueces y Tribunales velarán y protegerán la dignidad y la seguridad personal de las víctimas en la tramitación del proceso, evitando la utilización de signos e inscripciones que puedan ofenderlas o denigrarlas.”

en el proceso penal, sin perjuicio de la actuación de todos y cada uno de los Fiscales en el ámbito que les es propio para la defensa de los derechos e intereses de las víctimas.

d) La víctima: Su declaración como prueba de cargo. Problemas en caso de retractación y/o acogida al derecho a no declarar del art 416 LECrim.

La mayoría de los delitos relacionados con la violencia de género, así como los delitos contra la libertad sexual, se suelen cometer en la intimidad, de forma que es difícil que existan testigos distintos de la propia víctima o familiares y en muchas ocasiones la única prueba directa es la declaración de la propia víctima.

El TS (sala de lo Penal) ha admitido en este ámbito que la declaración de la víctima sea la única prueba con la que se cuente para desvirtuar el Principio de Presunción de Inocencia, si bien en estos casos es precisa la concurrencia de una serie de requisitos. Así, entre otras muchas, en las sentencias de 23 de junio de 2000 (RJ 2000, 5789) , 20 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8924) , 9 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8916) , 1 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7597) , 22 de abril de 1999 (RJ 1999, 4866) y 13 de febrero de 1999 (RJ 1999, 502) , se expresa que aunque en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, u otro interés de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre;

2º) verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que constituye una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 LECrim);

3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. (Sentencias de esta Sala, entre otras, de 28 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7070] , 26 de mayo [RJ 1992, 4487] y 5 de junio de 1992 [RJ 1992, 4857] , 8 de noviembre de 1994, 27 de abril y 11 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7852] , 3 [RJ 1996, 2866] y 15 de abril de 1996 [RJ 1996, 3701] , etc.).

En conclusión, estas pautas orientativas del Tribunal Supremo tienden a garantizar, en lo posible, la exclusión de dicho riesgo, y sirven al juzgador de instancia como parámetros de referencia a la hora de evaluar la veracidad del testimonio de cargo a fin de extremar la garantía de una decisión acertada.

Añade el Tribunal Supremo, en otras de sus Sentencias, en concreto de 10 de julio de 2001 que estas tres referencias no deben entenderse, ni mucho menos, como exigencias cuasi normativas, de tal suerte que concurriendo todas, se deba concluir que las declaraciones de la víctima son veraces, o por el contrario, cuando no se da ninguna o falta alguna de ellas, está abocado el Tribunal a descalificar tal testimonio. En realidad lo que se pretende con tales recomendaciones, es dirigir una llamada de atención a los juzgadores para que sean escrupulosos en la valoración de esta prueba. La observación de tales cautelas, no cabe duda, que contribuirá a reafirmar o desechar las impresiones, intuiciones o convicciones del Tribunal enjuiciador.

El problema surge cuando la víctima se retracta de su declaración inicial, lo que ocurre con mucha frecuencia en los delitos relacionados con la violencia de género. Es decir se cuenta con la única prueba directa de la declaración de la víctima y ésta se retracta, siendo la retractación –en numerosas ocasiones- consecuencia directa de la dependencia económica, afectiva o de otra índole respecto del agresor, o de la estigmatización que sufre la víctima. Así mismo es frecuente la retractación en casos de víctimas menores de edad, que han sufrido abusos sexuales en el ámbito familiar: en estos casos –como señala la STS 131/2009 de 12 de febrero-, la víctima de los hechos “*se encuentra ante el dilema de sostener lo que ya ha declarado, causando lo que parece un perjuicio a un miembro de la familia, o modificarlo sosteniendo una nueva versión, volviéndose atrás de lo ya relatado*”. La problemática de estos supuestos es extraordinariamente sensible.

En este caso y a falta de una previsión legal expresa al respecto, los tribunales han tratado de solventar el problema, otorgando valor a las declaraciones prestadas en la fase sumarial, aunque se haya producido la retractación de la víctima, concurriendo ciertos requisitos y cautelas.⁸

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 2ª) núm. 157/2008 de 21 abril, (JUR 2008\187850) señala que “*La renuncia de la víctima, en principio, no debe tener valor, puesto que desde el momento mismo de presentar la correspondiente denuncia, la acción penal ya no le corresponde en exclusiva al tratarse*

⁸ Merece por ello una crítica muy positiva la Proposición de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el objeto de adoptar medidas que tiendan a conceder más información y mayor seguridad a las víctimas de violencia de género cuando acuden a la Administración de Justicia a formular sus denuncias, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 28 de mayo de 2010, y que propone, entre otras medidas, incluir la declaración de la víctima de violencia de género entre los supuestos de prueba preconstituída, de modo que la declaración prestada en fase de Instrucción haga innecesaria su comparecencia en el acto del juicio oral.

de un delito de los calificados como público donde toma trascendencia la actuación del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad, convirtiéndose en irrelevante las retractaciones posteriores de la víctima desgraciadamente tan frecuentes en el ámbito de los malos tratos familiares". En efecto, si se trata de delitos públicos, el cambio de versión de la víctima en el acto del juicio oral no puede determinar sin más la absolución de los acusados. En ese caso corresponde al Tribunal de instancia valorar la verosimilitud de los hechos denunciados, y la concurrencia de pruebas que acrediten su efectiva ocurrencia, no obstante la falta de ratificación de la víctima.

Continúa la citada sentencia indicando *"En los casos de retractación en la declaración de la víctima -supuestos de violencia doméstica-, el juez puede valorar cual de las declaraciones es más ajustada a la realidad de los hechos. En este sentido, es necesario una argumentación razonable y acompañada de otros datos periféricos que avalen tal declaración. En estos casos se puede tomar como veraz la primera de las declaraciones ante el juez instructor, puesto que cuando un testigo declara en el juicio oral en un sentido diverso a lo manifestado en la instrucción, el tribunal, como una expresión más del principio de apreciación conjunta de la prueba, puede tener en cuenta cualquiera de tales declaraciones, asumiendo, en su caso, las precedentes al juicio, con tal de que en la diligencia de instrucción se hayan observado los requisitos exigidos por la ley, y que de algún modo, se incorpore al debate del plenario el contenido de las anteriores manifestaciones prestadas en el sumario o diligencias previas."* Así, la STS 131/2009 de 12 de febrero, ya citada, permite, en estos supuestos, para resolver sobre qué declaración merece mayor fiabilidad, acudir a una valoración conjunta de la prueba, acudiendo para ello, a la valoración de los testigos de referencia –padres, médicos que prestaron a la víctima la primera asistencia y cuyo testimonio avala el relato inicial de la víctima, posteriormente modificado en el acto del plenario como consecuencia de la retractación-.

Así con carácter general el Tribunal Supremo tiene declarado que cuando se trata de declaración sumarial inculpativa no mantenida posteriormente en el Juicio Oral, donde se rectifica la inicial versión, admite que se valore como prueba de cargo la primera sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial. En tal caso la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones depende sustancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediación de la prueba (Sentencias de 7 de noviembre de 1997; 14 de mayo de 1999). Ahora bien: lo anterior no significa un omnimodo poder del Tribunal de optar en todo caso por la declaración sumarial a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos como declaración distinta de la prestada en el Juicio Oral. Para ello son necesarias dos clases

de exigencias, que atañen a las condiciones de valorabilidad, y a los criterios de valoración:

A) Para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometiéndose a la contradicción. Exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procediendo a la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS. de 5 de noviembre de 1996 y 20 de mayo de 1997; y STC. de 29 de septiembre de 1997). Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba. La exigencia referida supone:

1) que exista una efectiva contradicción entre la declaración prestada en Juicio oral y la declaración sumarial prestada a presencia judicial -no simplemente declaración policial (SSTC. 51/95; 49/96; 153/97; y SSTS. de 15 de febrero y 3 de octubre de 1996; 31 de diciembre de 1997)-, es decir diferencias sobre puntos esenciales, con afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales;

2) que se proceda a la lectura de la declaración sumarial, a petición de cualquiera de las partes como establece el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (art. 708 párrafo segundo LECrim.);

3) que pueda el declarante explicar las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el testigo y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral;

4) No obstante la jurisprudencia del TS y del TC han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna (en tal sentido SSTS. de 21 de septiembre de 1989; 3 de abril de 1992; 22 de febrero, 11 de marzo, 27 de abril,

25 de junio y 21 de diciembre de 1993; 24 de marzo, 17 de mayo, 19 de septiembre y 31 de octubre de 1994; SSTC. 137/1988; 161/1990; y 80/1991).

Lo que no es suficiente para que la declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la expresión ritual "por reproducida", rechazada por la doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTS. de 2 de octubre y 12 de diciembre de 1989; 22 de enero de 1990; y SSTC. 137/88 y 161/90).

B) Incorporada al Juicio Oral la declaración sumarial del coimputado o testigo, como condición sine qua non para ser prueba de cargo valorable por el Tribunal, las exigencias de la razonabilidad valorativa son las siguientes:

1º) La hipotética mayor credibilidad de la declaración en fase sumarial frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva (por la falta de intermediación del tribunal sentenciador, que no presencié su práctica) lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTS. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración inculpativa que le doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración que, con observancia del principio de intermediación, se prestó en el Juicio Oral.

2º) Como consecuencia es necesario en tal caso que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante.⁹

⁹ Vid, por su interés, la STS núm. 949/2010 de 1 octubre (JUR 2010\382053) que analiza un supuesto de retractación posterior a la sentencia condenatoria, resolviendo un recurso extraordinario de revisión promovido al amparo del art 954.4 LECrim. Contiene un voto particular (D. Julián Sánchez Melgar).

Cuestión distinta a la retractación es la acogida del testigo a la dispensa de la obligación de declarar contenida en el art 416 LECRim. En este sentido es especialmente interesante el artículo de Rafael Escobar Jiménez publicado en Diario la Ley (num 7301). Analiza, entre otros aspectos, qué ocurre cuando habiéndose prestado declaración en fase de instrucción con todas las garantías, el testigo se acoge a la dispensa del art 416 LECRim en fase de juicio. En tal caso ¿Qué valor tiene la declaración prestada por la víctima en fase de instrucción ¿Puede introducirse ésta en el acto del plenario por la vía de los arts 714 y 730 LECrim? El análisis de esta cuestión excede del ámbito del presente trabajo, pero por su indudable interés dedicaré unas líneas a esta cuestión.

Las recientes SSTS 31/2009, de 27 de enero y 129/2009, de 10 de febrero, han consolidado la doctrina del TS existente en relación con el derecho a no declarar en el ámbito del art 416 LECRim, indicando que cuando el testigo, al amparo del citado precepto, se acoge en el acto del plenario a su derecho a no declarar, las declaraciones que haya podido prestar en fase de instrucción no pueden ser introducidas en el plenario por la vía del art. 730 (por entender que no concurre el requisito de la irreproducibilidad) o la del art. 714 LECrim.(que exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario). Sin embargo, tal solución proporcionada por el TS no es pacífica.

Las SSTS 31/2009 y 129/2009 afirman la imposibilidad de valorar la declaración sumarial en los supuestos de acogerse a la dispensa en el acto del juicio oral porque, señalan tanto la STS 31/2009 como la 129/2009, «...la libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral... es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial...». Y argumentan a continuación «... Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer

esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa...».

Ahora bien, como señala Rafael Escobar, “*el art 416 LECrim y 707 reconocen al testigo el derecho a no declarar contra su pareja o pariente, y en dicho punto se detienen. No le otorgan un poder para dejar desprovisto de valor probatorio sus intervenciones anteriores practicadas conforme a Derecho. Si en la instrucción no se acogió a la dispensa y ejerció su derecho decidiéndose a declarar, ese testimonio que, como reconocen las reseñadas sentencias, es real y válido, no ha de quedar afectado por actitudes posteriores.*” De hecho, esta declaración sumarial sería objeto de valoración si el testigo fallece con anterioridad al juicio oral aunque se hubiera propuesto hacer en él uso de la dispensa o, simplemente, se limita a no comparecer. Además esta argumentación es opuesta a la mantenida por la propia Sala 2.^a del TS en relación con el uso por el acusado de su derecho al silencio y la utilización de la vía del art. 714, así como 730 LEcrim.

4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN.

Bajo esta rúbrica debemos indicar que los mecanismos de protección cada vez son más multidisciplinarios, y se contienen en distinta normativa. No obstante, en este trabajo nos ceñiremos a los mecanismos de protección generales –no entrando en detalle en mecanismos específicos para determinados grupos de víctimas, como, por ejemplo, las víctimas de violencia de género-

Así esta protección se observa en los siguientes preceptos:

a) En las **primeras diligencias** a practicar en fase de instrucción, contempladas en el artículo 13 LECrim que considera como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta Ley.

b) Comunicación a la víctima de actos procesales que puedan afectar a su seguridad. En el ámbito de los delitos comprendidos en el art 57 CP (víctimas de delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, libertad e indemnidad sexuales, intimidad, derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, honor, patrimonio y orden socioeconómico), supuestos

todos ellos en los que el juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

c) Protección en cuanto forma de ser interrogado y respeto a su intervención en el proceso y con plenas garantías: por cuanto los arts 439, 709 y 719 LEcrim prevén que no se harán al testigo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido. Estando prevista incluso la sanción penal para los casos en que se vulneren tales previsiones, concretamente art 464 CP que sanciona a quien con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte, perito, o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, o bien realizare cualquier acto atentatorio contra su vida, integridad, libertad o bienes, como represalia.

d) Mecanismos para garantizar su testimonio: aún cuando tenga imposibilidad de comparecer, se articulan mecanismos tendentes a garantizar su declaración, concretamente a través de las previsiones del art 718, o 719 (se librará exhorto o mandamiento para que sea examinado ante el Juez correspondiente, con sujeción a las prescripciones contenidas en esta sección).

e) Protección a través de las previsiones de la LO 19/1994 de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales que contiene medidas de protección aplicables a testigos o peritos intervengan en procesos penales, en los casos en que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Apreciada la situación de grave peligro, el juez de Instrucción adoptará las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

- Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.
- Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

De forma complementaria, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose

proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición.

Como medidas más excepcionales se prevé:

1. Protección policial.
2. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.
3. Transporte a las dependencias judiciales en vehículos oficiales y en dichas dependencias se cuidará de que utilicen un local reservado y debidamente custodiado hasta la práctica de la correspondiente diligencia de prueba.

Concluida la instrucción y recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras 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.

f) La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba –por ejemplo, a través de biombos-. (art 448, 707 Lecrim). Los menores tampoco serán sometidos a careo (art 445 LEcrim).¹⁰

g) Declaración a través de videoconferencia, en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como testigo resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts 325, 731 bis).

h) Medidas previstas en LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la Violencia de Género: y que van desde la protección de datos, la orden de alejamiento, etc.

i) Otras Garantías. Sin ánimo exhaustivo, podemos mencionar otros mecanismos de protección contenidos en el Código Penal, tendentes a la protección personal, así, entre otros:

¹⁰ En la Proposición de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el objeto de adoptar medidas que tiendan a conceder más información y mayor seguridad a las víctimas de violencia de género cuando acuden a la Administración de Justicia a formular sus denuncias, ya citada, se prevé extender estos mecanismos de protección previstos en los arts 445 y 448 LECrim a las víctimas de violencia de género.

- Artículo 48 CP: contiene como penas privativas de otros derechos la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (residencia de la víctima o su familia) la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- Artículo 83 CP, la suspensión de la ejecución de la pena, puede quedar condicionado al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado el juez o tribunal,. Algunas de estas obligaciones tienden especialmente a proteger la integridad de la víctima, así, la prohibición de acudir a determinados lugares, o de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos, o participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 de este apartado.
- Artículo 88 CP, referente a la Sustitución de la pena. Los jueces o tribunales podrán sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia.
- Artículo 96 CP, Medidas de seguridad, y libertad vigilada. A ella me referiré más adelante.

j) Garantías en el orden económico, tendentes a la reparación del daño: En este sentido trata de superarse lo que se ha denominado victimización terciaria¹¹, y que ha sido definido por José Manuel Maza Martín como *“aquel nuevo padecimiento sufrido por la víctima que, declarada incluso ya formalmente como tal, reconocido judicialmente su derecho a la reparación e identificado el victimario obligado a satisfacerla, ve no obstante burlado su derecho, bien por la inoperancia del sistema*

¹¹ El concepto de victimización terciaria, no obstante, no es pacífico, pues esta misma denominación se emplea por algunos autores para referirse a otros fenómenos. Vid, por ejemplo, la acepción de Antonio Beristain Ipiña, en opus cit, que define como victimización terciaria el fenómeno en virtud del cual el que ha sufrido victimización primaria y secundaria reacciona y, para vengarse, se autodefine y actúa como delincuente .

*para localizar e intervenir a estos efectos los bienes del condenado, bien, como ocurre en la mayoría de los casos, por la real situación de insolvencia en la que éste se encuentra, voluntaria o involuntariamente.*¹² Básicamente estas garantías para paliar la victimización terciaria se concretan en:

- 1) Modernización de las medidas cautelares reales (unificación con el régimen contenido en la LEC, tras la reforma operada en la LECRIm por la ley 13/2009)
- 2) Condicionamiento de los beneficios penitenciarios a la satisfacción de las reparaciones
- 3) Investigación de patrimonio, incluso recabando colaboración de la AEAT. En este sentido, el artículo 989.2 LEcrim prevé que a efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito o falta y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Secretario judicial podrá encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia.
- 4) Agilización de embargos.

6. LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA REFORMA OPERADA POR LA LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

La preocupación del legislador por la protección de las víctimas ha motivado, según la propia exposición de motivos de la LO 5/2010, la reforma del Código Penal en los siguientes aspectos:

1. Creación de una nueva medida de seguridad: La libertad vigilada art 106 CP (incluye y amplía las medidas de seguridad no privativas de derechos del art 105 CP, en la redacción anterior), cuyo cumplimiento se produce, en su caso, después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, y que se impone en la sentencia y que, de acuerdo con la exposición de motivos “*Se hace necesario.... Para.... casos de especial gravedad expresamente previstos.... que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad. Por ello la presente Ley introduce, una nueva medida denominada libertad vigilada*”. Así, la libertad vigilada es una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según

¹² José Manuel Maza Martín, “La victimización procesal”, en la obra “Sufrimiento de la víctima, Psiquiatría y Ley”, Editorial Triacastela, 2009.

la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente

La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, la medida no se establece con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (art 98.1).

Su duración se mantiene en general en un máximo de cinco años pero a ello se añade la extensión hasta los diez años (artículo 105.2), como, de hecho, esta misma Ley dispone para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo

2. Ampliación del plazo de prescripción de los delitos menos graves, que pasa de ser de 3 a 5 años (art 131.1 CP), motivado, según la exposición de motivos, en el descrédito del sistema judicial y el perjuicio causado a las víctimas como consecuencia de la impunidad debida a la prescripción en un plazo de 3 años de ciertos delitos castigados con pena de prisión inferior a tres años, cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados. Las modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona.

3. Creación de un nuevo Capítulo II bis al Título VIII del Libro II del Código Penal, denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», que comprende los artículos 183 y 183 bis, y que es consecuencia de la Decisión Marco 2004/68 del Consejo, de 2 de diciembre de 2003, de lucha contra la explotación sexual de niños y contra la pornografía infantil, tipificándose en el art 183 bis el “child grooming” (adultos que propician encuentro con menores de 13 años con fines sexuales).

4. Creación de un subtipo agravado de delito de alzamiento de bienes, en el art 250.1.4º CP, “Cuando revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.”

5. Creación de una acción civil específica para las víctimas de un delito cuando el victimario condenado menoscaba su derecho al honor y a la intimidad. Se modifica la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo , de Protección Civil del Derecho al Honor, a la

Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, motivado por el hecho relativamente reciente de que en los últimos tiempos han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difundiendo datos manifiestamente falsos sobre la misma y obteniendo además con ello un lucro económico injustificable. Para evitar estas prácticas, se añade un nuevo apartado 8 en el artículo 7 de la LO 1/0982, considerándose intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad, la utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas (art 7.8º LO 1/1982). En estos casos estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido y en todo caso el Ministerio Fiscal.

Se sistematizan y mejoran las medidas para prevenir las intromisiones ilegítimas, incluyendo, como novedad, la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

De este modo, el legislador, superando el olvido que durante tantos años ha sufrido la víctima, ha tenido en consideración a la misma a la hora de modificar ciertos preceptos del Código penal. Son importantes las conquistas que en este ámbito se han producido, sin embargo, son muchos aún los pasos que nos quedan por recorrer para lograr la mayor protección de las mismas.

María Viñuelas Limárquez. Abogada del Estado.

Noviembre de 2010.