

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: “El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento”, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal y Criminología), 2006, 372 pp.

El origen de esta publicación se haya en la tesis doctoral defendida por el autor, profesor e investigador del Instituto Vasco de Criminología y del Centro Internacional de Investigaciones sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales y Magistrado de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, el 28 de junio de 2004 en la facultad de derecho de Donostia-San Sebastián, de la Universidad del País Vasco. El objetivo que se persigue con la misma es poner de relieve la presencia del principio de protección de las víctimas, tanto en la dimensión sustantiva como procesal del orden jurídico-penal, en aras a propugnar su futuro reconocimiento como unos de sus principios vertebradores y a justificar las exigencias victimológicas de integración de las víctimas en el sistema jurídico penal.

Subijana Zunzunegui estructura su estudio en tres grandes partes. La primera de ellas, titulada “El principio de protección de las víctimas” tiene por objeto la delimitación conceptual de este nuevo principio. Comienza la obra haciéndose una breve referencia —a efectos de contextualizar la materia objeto de estudio— a la evolución de la ciencia victimológica desde la victimología del acto, cuyo contenido era estrictamente etiológico centrado en el análisis de la interacción

Recibido: junio 2007. Aceptado: agosto 2007

víctima-victimario y en la exposición de los criterios favorecedores de la victimización, a la victimología de la acción, centrada en la exigencia y en el desarrollo de los derechos de las víctimas y que se plasma en la reclamación de políticas públicas de asistencia integral a las víctimas, la promoción de una defensa activa de sus derechos en el proceso y el fomento de diversos mecanismos para garantizar la reparación del daño. Todo ello conllevó una redefinición de la Victimología como aquella ciencia transdisciplinar tendente a la consecución del respeto y desarrollo de los derechos de las víctimas.

Delimitado el ámbito contextual, el autor se centra seguidamente en la formulación propia del principio de protección de las víctimas. Mediante el mismo se trata de garantizar la máxima protección jurídica de los derechos de las víctimas en el orden penal, mas sin conculcar los principios que adecuan el derecho penal a las exigencias de un Estado social y democrático de derecho, ni vulnerar aquellos criterios jurídicos que definen a un proceso como justo e idóneo para obtener una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos. Resalta el autor que el precitado principio tiene un contenido tutelador esencial, cualquiera que sea la victimización sufrida, determinado por el reconocimiento de la existencia e importancia de las víctimas en la conceptualización del injusto típico, la fundamentación y fines de la sanción penal y la caracterización del proceso justo, cuya aplicación se verá intensificada o minimizada dependiendo de la caracterización de la situación victimal y de la tipología de la víctima.

En este sentido, el autor distingue entre víctimas comunes —aquéllas en las que no concurre ninguna particularidad que permitan dotar de contenido específico a la protección general ofrecida por el ordenamiento jurídico regulada en el artículo 24.1 Constitución Española— y víctimas específicas, en relación con las cuales se pueden observar determinados elementos individualizadores que permiten modular la intensidad de la tutela dispensada con carácter general. El autor engloba todas estas circunstancias individualizadoras en tres categorías causales.

Así, determinados comportamientos de las víctimas coadyuvan a su propia victimización, lo que justifica una menor intensidad en la aplicación del principio de protección de las víctimas, que se refleja tanto en el plano normativo (artículos 20.4 CP y 114 CP) como jurisprudencial (el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la diligencia de las víctimas en la protección de su patrimonio para la delimitación del sentido del término “engaño bastante” sobre el que se articula el tipo objetivo del delito de estafa). El autor encuadra en esta categoría causal a las víctimas participantes.

En otros supuestos, la víctimas presentan una especial predisposición a sufrir determinadas situaciones victimizantes, al concurrir en

ellas concretos factores subjetivos (sus propias condiciones personales), factores relacionales (características de la interacción de la víctima con el victimario) o factores situacionales (situaciones provocadas por la interacción de las víctimas con el entorno) de los que se deriva una limitación de su capacidad tutelar. En estos casos el principio de protección de las víctimas despliega su máxima intensidad, tanto en el plano sustantivo -pergeñándose en la configuración del injusto los elementos definidores de la situación vulnerable- como en el plano procesal, mediante el diseño de un espacio institucional específico donde se tengan en cuenta esas especiales circunstancias concurrentes en la víctima. El autor engloba en esta segunda circunstancia individualizadora del tipo de victimización sufrida a las víctimas vulnerables. No obstante, dada la trascendencia de los procesos de victimización producidos en el ámbito familiar lleva a cabo un estudio específico de los mismos. La victimización familiar se caracteriza por la comisión de agresiones físicas, psicológicas, sexuales o de otra índole, llevada a cabo de forma reiterada por un familiar y acaecida en un ámbito relacional en el que el victimario ejerce un dominio sobre la víctima. Éstas son personas especialmente vulnerables por diversos factores, configurando un determinado contexto victimal que justifica ese reforzamiento en la protección a ellas dispensada. La protección reforzada no se vincula a las características del victimario, sino a las especiales necesidades de tutela de las víctimas, otorgándose tanto en el plano sustantivo, como en el jurídico y en el institucional. En el primero, mediante la configuración de la violencia como un hecho cualitativamente distinto a los concretos actos que lesionan la vida, la integridad física o la libertad de las víctimas, así como a través de la tipificación como delitos de conductas que se catalogan como faltas si no se producen en un determinado contexto familiar, de la ordenación de tipos agravados del delito de violencia habitual en el ámbito familiar y de las infracciones penales contra la salud y la libertad personal tipificados como delitos en atención a la significación familiar de las víctimas. En el plano jurídico, mediante la articulación de un estatuto jurídico integral y preferencial de las víctimas, materializado en la promulgación de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y en la creación de los Juzgados de Violencia sobre la mujer. Finalmente, en el plano institucional, a través de una atención presidida por la escucha, la comprensión y el refuerzo de su autoestima.

Por último, concurren concretas situaciones victimizantes especialmente significativas por los caracteres intrínsecos o contextuales de la conducta del victimario. En el seno de esta categoría causal se incluyen las víctimas simbólicas, aquéllas que experimentan situaciones victimizantes por razón de lo que representan en la sociedad, en el orden jurídico estatal o en la estructura institucional, siendo el ejemplo más significativo de esta clase de víctimas las del terrorismo. Aquí, es

el perfil del victimario —persona perteneciente a un grupo criminal organizado que mediante sus acciones pretende alterar el orden político democráticamente establecido— lo que justifica que a estas víctimas se les dispense la máxima protección, atención institucional y comunitaria, así como su reconocimiento como tales, contribuyéndose con ello a la reafirmación de la legitimidad de la vigencia del derecho cuestionada por los victimarios. Otro colectivo de víctimas incluidas en esta categoría es el de las víctimas laborales, cuya tutela reforzada se justifica por la relevancia que ha adquirido el ámbito laboral como específica fuente de riesgos para la vida y la salud de los trabajadores y por la debilidad del contexto jurídico que articula la inserción de los trabajadores en la estructura organizativa en la que desarrollan su actividad laboral —subcontratas y empresas de trabajo temporal—. Esta tutela específica se ha plasmado en el diseño de diversas medidas para la atribución subjetiva del hecho típico y en el adelantamiento de las medidas de intervención penal mediante la introducción de específicos tipos de peligro de realización dolosa o imprudente. La solución adoptable en el ámbito de la imputación objetiva vendrá determinada por las ideas de autopuesta en peligro y la responsabilidad victimal. También se encuadran en esta categoría las víctimas difusas caracterizadas por su indeterminación subjetiva y su sometimiento a situaciones de peligro relevantes favorecidas por la consolidación de la sociedad de riesgo. Estas notas justifican la adopción de medidas legislativas y jurisdiccionales concretas para su protección, como el incremento de los tipos de peligro y el uso de las remisiones penales en blanco, la determinación de los caracteres que permitan una individualización relativa de las personas afectadas por la situación victimizante —entre las cuales se deben incluir a las víctimas potenciales y futuras— el reconocimiento de la acción grupal y de la denominada sentencia abierta así como la expresa contemplación de la posibilidad de acumulación de acciones, entre otras. Por último, se adscribe también a esta categoría las víctimas de abuso de poder, respecto de las cuales son las características del victimario —que forma parte de los poderes del Estado— las que explican la necesidad de modular la intensidad en la aplicación del principio de protección a las víctimas y de diseñar mecanismos específicos para neutralizar esta clase de criminalidad. En este sentido, destaca el autor que la impunidad de este tipo de victimarios se ve cada vez más mitigada por el progresivo reconocimiento del principio de justicia universal para la persecución de los delitos internacionales, principio que ha planteado diversos problemas en su aplicación debido a la desarmonía legislativa y jurisdiccional entre los estados. La tutela efectiva de los derechos humanos, debido a su universalidad, exige el diseño de instrumentos de protección de carácter global, siendo el paradigma de ellos la creación de la Corte Penal Internacional acordada en el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, con jurisdicción para el

enjuiciamiento de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, de guerra y de agresión.

Pone de relieve el autor como en el Estatuto de Roma se contienen importantes consideraciones respecto de las víctimas, articulándose diversos mecanismos que posibilitan su participación en las distintas fases del proceso así como el derecho a obtener una reparación integral, una indemnización y la rehabilitación social.

Una vez delimitado el concepto del principio de protección de las víctimas, el autor dedica las dos siguientes partes de su obra al estudio de las específicas manifestaciones de este principio en el ámbito del derecho penal sustantivo y en el ámbito del derecho penal procesal, respectivamente.

Como punto de partida con relación a la configuración del principio de protección de las víctimas en el derecho penal sustantivo, Subijana pone de relieve que en el Código Penal no se contiene una definición de víctima, pese a que el vocablo sí es utilizado en varios de sus preceptos, lo que presupone un reconocimiento simbólico de la existencia de la victimización; en realidad, es simplemente considerada como el sujeto pasivo de la infracción penal. Su figura tampoco tiene cabida en el concepto legal de delito consagrado en el artículo 10 CP, sin que ello suponga que no se tengan en cuenta las circunstancias y perfiles concretos de las víctimas para la individualización del injusto penal. Ello se constata, como apunta Subijana, en la contemplación por parte del Código Penal de determinadas circunstancias que justifican un incremento o una minoración en la intensidad de la tutela penal, lo que constituye una plasmación expresa del principio de protección de las víctimas.

En este sentido, la tutela otorgada a las víctimas alcanza su mayor nivel de intensidad cuando el hecho típico se ejecuta en condiciones o situaciones de vulnerabilidad victimal, como consecuencia de la utilización de instrumentos o de la creación de específicos contextos ejecutivos que eliminen o restrinjan sus mecanismos de protección. Es la vulnerabilidad de las víctimas frente a esas situaciones victimizantes lo que legitima esa tutela reforzada. A este fundamento responden las circunstancias agravantes —reguladas en el artículo 22 CP—, que son clasificadas por el autor según conlleven una eliminación de la capacidad de autotutela de las víctimas (alévosía, abuso de superioridad, abuso de confianza y aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio personal), una actuación sobre víctimas especialmente vulnerables, bien por la discriminación a la que son sometidas debido a lo que esas personas son o representan (agravante de actuación por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión

o creencias de la víctima, etnia, raza o nación a la que pertenezcan, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca), bien porque en ellas concurren determinadas cualidades personales que las hacen más proclives a sufrir victimizaciones (la edad, las enfermedades y la situación de las víctimas) o una actuación que suponga una deshumanización de las víctimas (agravante de ensañamiento).

Por el contrario, cuanto el victimario lleva a cabo conductas de evitación del peligro o daño por él creado o de reparación del mismo, se produce una devaluación de la necesidad de protección penal de las víctimas. Ello tiene lugar en los supuestos de evitación voluntaria de la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución iniciada, bien impidiendo la producción del resultado (artículo 16.2 CP), de confesión de la comisión de la infracción a las autoridades (artículo 21.4 CP) y de reparación, total o parcial, del daño causado (artículo 21.5 CP). Además de éstos, existen en el CP otros preceptos legitimadores de un levantamiento —convalidación del matrimonio inválido (artículo 218 CP), la evitación de la propagación de incendios forestales (artículo 354.2 CP), la denuncia en el delito de cohecho (artículo 427 CP)— o de una atenuación —retractación en los delitos de calumnia e injuria (artículo 214 CP), el abandono de la actividad delictiva y la colaboración con la Administración de Justicia en los delitos de narcotráfico (artículo 376 CP) y en los delitos de terrorismo (artículo 579 CP), restitución en la malversación de caudales públicos (artículo 433.2 CP)— de la pena basados en conductas del victimario que eliminan el riesgo relacionado con una conducta en la que inicialmente concurría una voluntad antijurídica.

En el libro I del Código Penal se regulan las consecuencias jurídicas anudables a la comisión de una infracción penal, distinguiéndose entre sanciones penales —penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias— y reparación del daño (responsabilidad civil ex delicto). Por tanto, como explicita Subijana, a pesar de la existencia de una corriente de opinión doctrinal favorable a la consideración de la reparación del daño como una consecuencia jurídico penal, lo cierto es que el legislador no le atribuye ese carácter. Ello se ve completado con la regulación de un sistema de cobertura pública de los daños sufridos por determinados grupos de víctimas.

Respecto de las sanciones penales, el principio de protección de las víctimas exige que se articulen como un instrumento más tendente a la tutela de las víctimas, preservándolas de futuros riesgos victimizantes procedentes del comportamiento del victimario. La sanción penal tiene, en relación con las víctimas, una doble función: preservadora, que exige que se creen, seleccionen y apliquen aquellas sanciones penales que sean más adecuadas para impedir la reiteración del hecho victimizante en cada caso, y creadora, que persigue la reconstrucción de la realidad vital

alterada por el hecho delictivo, posibilitando de esta manera un nuevo orden convivencial entre víctima y victimario. La integración de ambas funciones dota de contenido al paradigma recreativo.

Dentro de las sanciones penales, el Código Penal incluye: una serie de prohibiciones —prohibición de aproximación, comunicación y residencia (artículo 57 CP)— a través de las cuales se pretende articular un espacio jurídico idóneo para evitar nuevas victimizaciones; inhabilitaciones especiales en el espacio familiar —inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (artículo 46 CP)—, mediante las cuales se trata de proteger a las víctimas vulnerables frente a situaciones victimizantes protagonizadas por personas que se pueden prevaler del ejercicio de determinadas instituciones jurídicas cuya titularidad ostentan y que han sido creadas, precisamente, para garantizar la formación y desarrollo integral de los menores y los incapacitados; trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 49 CP), cuya imposición requiere el consentimiento del victimario, mediante los que se persigue que éste comprenda la trascendencia del hecho delictivo en el devenir vital de las víctimas y en su entorno a través de la realización de actividades de utilidad pública consistentes en labores de reparación de los daños causados o en el ofrecimiento de apoyo y asistencia a las víctimas; y, finalmente, medidas de seguridad no privativas de libertad aplicables a aquellos victimarios exentos de responsabilidad criminal, por concurrir algunas de las causas contempladas en el artículo 19 CP, que cometan un hecho delictivo y que presenten un pronóstico que revele una alta probabilidad de reincidencia (artículos 6 CP y 95 CP). Estas últimas sanciones tienen un fundamento preventivo-especial, debido a que con su imposición se persigue la reeducación de ese victimario en aras a la evitación de que lleve a cabo nuevas victimizaciones o a que vuelva a victimizar a quienes ya han sido sus víctimas.

A la hora de individualizar judicialmente la sanción penal a imponer, indica el autor que se debe tener en cuenta que la misma debe cumplir una doble finalidad: desaprobar inequívocamente el ilícito penal, reforzándose de esta manera la vigencia de la norma, y coadyuvar a la creación de un escenario convivencial en donde el riesgo de nuevas victimizaciones sea mínimo. La integración de ambos fines constituye un objetivo de una legislación penal permeable al principio de protección de las víctimas. No obstante, los criterios establecidos en el CP al efecto, sólo toman en consideración las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho delictivo. No hay referencias a las circunstancias de las víctimas en el marco de la individualización judicial de la pena. Dicha omisión podría subsanarse parcialmente teniendo en cuenta esas circunstancias para la determinación de la gravedad del hecho. Esta solución no sería viable, sin embargo, cuando aquéllas ya hayan sido

estimadas para la aplicación de alguna de las circunstancias agravantes que tienen como fundamento la necesidad de una tutela reforzada en las situaciones de vulnerabilidad victimal.

En el campo de la ejecución de las sanciones penales, el órgano judicial dispone de cierta autonomía para la delimitación de su contenido. Éste vendrá determinado, según estima Subijana, por la concurrencia del principio de adecuación de la intensidad de la respuesta penal a la significación antijurídica del hecho, del principio de protección de las víctimas y del principio de reintegración comunitaria del victimario. Estos principios también informan las decisiones judiciales de suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad. En cuanto a la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad, en el artículo 25.2 Constitución Española se dispone que las mismas deben estar orientadas a la reintegración social del condenado. Por tanto, se deben articular medidas que posibiliten y favorezcan la reincorporación a la sociedad de los ex-reclusos en las mejores condiciones, pero teniendo siempre como premisa el debido respeto a los intereses de las víctimas. No obstante, no ha sido hasta la entrada en vigor de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, cuando se ha dado plasmación normativa a la exigencia de que para el otorgamiento de un pronóstico favorable de reinserción social -que constituye una de los tres requisitos para acceder a la libertad condicional- es necesario que se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. A estos efectos es suficiente, como precisa Subijana, con que en el condenado se aprecie una conducta efectiva en orden a su satisfacción. Se lamenta el autor de que a pesar de las últimas reformas realizadas en este campo, y con excepción del ámbito de la victimización familiar, continúe sin plasmarse normativamente el derecho de las víctimas a ser informadas de la situación penitenciaria del victimario.

Como ya pusimos de manifiesto anteriormente, en el seno del Código Penal también se regula la responsabilidad civil ex delicto —la reparación del daño—, cuyo contenido jurídico se circunscribe a la restitución —devolución del bien sustraído, siempre que sea posible, con abono de los deterioros y menoscabos que el órgano judicial determine—, a la reparación en sentido estricto —consistente en una obligación de dar, hacer o no hacer acordada por el órgano judicial atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del victimario, pudiendo cumplirse por el propio victimario o por un tercero a costa del patrimonio de aquél— y a la indemnización de los perjuicios materiales y morales, que supone una especie de cláusula de cierre mediante la cual se persigue la plena restauración del desequilibrio ocasionado por la infracción penal sufrida. Su concepción como específica respuesta penal se complementa con la articulación de fórmulas autocompositivas

de mediación y conciliación, mediante las cuales el victimario y las víctimas diseñan conjuntamente una respuesta al conflicto generado por el delito. Como reseña el autor, la reparación del daño es algo cualitativamente distinto al restablecimiento del orden jurídico quebrado y a la restauración de los perjuicios causados, en la medida que a través de la misma también se persigue la creación de un nuevo espacio en el que las víctimas ostenten todo el protagonismo. La obligación de reparar los daños y perjuicios causados por la ejecución de un hecho descrito legalmente como delito o falta recae sobre las personas responsables criminalmente de esa infracción penal, así como sobre aquellos otros a los que legalmente se les imponga esta obligación. La pretensión civil se puede ejercitar conjuntamente con la pretensión penal, exigiéndose en caso contrario la previa finalización del proceso penal como presupuesto necesario para su interposición ante el orden jurisdiccional civil.

Junto a este régimen general de la reparación del daño, existen regímenes especiales previstos en diversos preceptos a lo largo del Código Penal en relación con determinados delitos, como los delitos contra la libertad sexual —especifica el artículo 193 CP que en las sentencias condenatorias por delitos de esta índole contendrán, además del pronunciamiento correspondiente relativo a la responsabilidad civil, los procedentes en orden a la filiación y a la determinación de los alimentos—, contra el honor —el artículo 216 CP dispone que en relación con los delitos de calumnia e injuria la reparación del daño también comprende la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria a costa del condenados por tales delitos y en el tiempo y forma señalados por el órgano judicial—, delitos contra los deberes familiares —el artículo 227.3 CP establece que la reparación del daño comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas—, contra propiedades especiales —con relación a los delitos contra la propiedad intelectual, propiedad industrial y los relativos al mercado y a los consumidores, el artículo 228 CP establece que en la sentencia condenatoria se ordenará su publicación en los periódicos oficiales y complementariamente, si los perjudicados lo solicitan y se estima idóneo, necesario y proporcional para la consecución del fin reparador pretendido, el órgano judicial puede acordar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo—, así como en los relativos a la ordenación del territorio y a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente —explicita el artículo 340 CP que a los responsables de cualquiera de estos delitos que hayan reparado voluntariamente el daño por ellos causado se les rebajará en un grado la pena prevista legalmente para el tipo realizado—.

Igualmente la LORPM introduce algunas matizaciones en el ámbito de la reparación del daño, que en este contexto presenta una doble dimensión jurídica. Una se despliega en el seno del procedimiento estric-

tamente penal, en el cual la reparación es definida como el compromiso del menor infractor, con la víctima o perjudicado, a realizar determinadas acciones en beneficio de éstos o de la comunidad, seguida de su realización efectiva. En este caso, y siempre que se cumplan determinados requisitos relativos a la infracción penal, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación de la tramitación del expediente y solicitar al juez de menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones realizadas. La modificación operada por la LO 15/2003, dando una nueva redacción al artículo 25 LORPM en la que se reconoce el derecho a personarse como acusación particular a las personas directamente ofendidas por el delito, a sus padres, a sus herederos o a sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, supuso, en opinión de Subijana, un aumento en el nivel de protección de las víctimas, al permitirles coadyuvar a delimitar lo que se debe dilucidar en el proceso y atribuirles las facultades y derechos vinculados a la condición de parte. La otra dimensión jurídica de la reparación se enmarca en la responsabilidad civil por el daño causado por la infracción penal. La principal novedad en relación con lo ya expuesto en este sentido se produce, como resalta el autor, a la hora de delimitar a las personas civilmente responsables: inicialmente el menor infractor, y junto con él, con carácter solidario, sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho. De esta manera se refuerza la posición jurídica de las víctimas frente a la previsible insolvencia patrimonial del menor infractor.

Esta regulación se ve completada con la previsión de un sistema público de reparación de los daños causados a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual y a las víctimas de los delitos de terrorismo, articulado en las leyes 35/1995 y 32/1999, respectivamente.

Analizado el principio de protección de las víctimas en el plano penal, el autor aborda en la tercera y última parte de su obra el estudio de su alcance y de su eficacia en el proceso.

El paradigma de la protección de las víctimas es plausible tanto en la determinación del inicio como en la del fin del proceso, representando reductos de poder victimal en el mismo. Pese a que en nuestro sistema procesal penal rige el principio de oficialidad, es constatable que la mayoría de los procesos se inician a partir de la denuncia o de la querrela formulada por la víctima. De forma cada vez más creciente es el propio ordenamiento jurídico el que exige la concurrencia de este presupuesto. No obstante, cierto sector doctrinal estima que este requerimiento entra en contradicción con el principio de necesidad de intervención penal, al hacerse depender la aplicación del derecho penal de una decisión individual. Como arguye Subijana, esta regulación encuentra pleno sentido si se pone en relación con el principio de protección de las víctimas, que reivindica, entre otras cuestiones, la preservación

del derecho a la privacidad de las víctimas y la evitación de situaciones de victimización secundaria. Ejemplo de ello es la regulación de las infracciones sexuales —en las que el proceso sólo puede iniciarse de oficio si se trata de una víctima mayor de edad desvalida, un incapaz o un menor de edad— y de las infracciones imprudentes. En cuanto a la institución de la prescripción, la esencia del principio de protección de las víctimas se constata en la articulación de un régimen especial en el inicio del plazo de su cómputo cuando se trata de víctimas menores de edad, en aras a evitar la impunidad de tales conductas victimizantes. Por último, respecto del perdón, la emisión del mismo por parte de los representantes legales de las víctimas menores o incapaces no extingue por sí misma la responsabilidad criminal, sino que se exige para ello su ratificación por parte del órgano judicial; se refuerza la tutela de tales víctimas para impedir que su vulnerabilidad se traduzca en una situación de debilidad ante el orden jurídico.

El principio de protección a las víctimas requiere diseñar el proceso como un espacio de acogida, escucha y atención, en el cual se tenga en cuenta la significación que el hecho victimizante ha tenido en el transcurrir vital de la víctima. Para ello es necesario que en el orden procesal se reconozca expresamente la existencia de las víctimas y que se lleve a cabo una regulación sistemática de sus derechos y de sus deberes. Es la ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, la primera en pergeñar un estatuto jurídico de las víctimas, al vertebrar su espacio institucional en torno a tres derechos atribuidos a las mismas: el derecho a la información, el derecho a la individualidad y el derecho a la dignidad. Esta consideración de las víctimas como protagonista del proceso, junto con el Estado y el victimario, se ha visto ratificada mediante una serie de reformas operadas en la LECrim, a través de las cuales se ha ido configurando un escenario procedimental flexible al principio de protección de las víctimas, destacando en este sentido la regulación del proceso cautelar y del enjuiciamiento rápido. La posición jurídica de las víctimas en el proceso viene determinada por el reconocimiento de una serie de derechos y deberes. En el marco de los derechos, y derivados del genérico derecho a la tutela judicial efectiva, se las reconocen: el derecho de acceso al proceso, para cuya efectividad se exige que se informe adecuadamente a las víctimas respecto de las modalidades de ejercicio de la tutela jurídica ante los órganos judiciales, de las condiciones de participación en el proceso y de las medidas de asistencia previstas por el ordenamiento jurídico; el derecho a promover la actividad jurisdiccional mediante la formulación de alegaciones y la proposición y práctica de las pruebas pertinentes, coadyuvando por tanto a delimitar el objeto del proceso; el derecho a obtener una respuesta jurisdiccional motivada; el derecho a la notificación de la sentencia —hasta la reforma operada por

la LO 38/2002, que impone la obligación a los órganos judiciales de notificar las sentencias emitidas en ambos grados jurisdiccionales a los ofendidos y perjudicados por el delito, éstos tenían discrecionalidad para proceder o no a su notificación si estimaban que la sentencias les podía ocasionar algún perjuicio, ya que de conformidad con el artículo 270 LOPJ la sentencia sólo se notifica a quien sea o adquiera la cualidad de parte procesal, y las víctimas tienen la condición de terceros debido a su equiparación con los testigos— y, por último, el derecho a la ejecución de las sentencias firmes recaídas en el proceso. Son precisas una serie de consideraciones en torno al derecho a la asistencia jurídica gratuita. La ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, atiende únicamente al criterio económico para el establecimiento de los presupuestos exigibles para el reconocimiento del precitado derecho; no obstante, en opinión de Subijana, constituiría la máxima expresión del principio de protección su atribución simplemente por ostentarse la condición de víctima, con independencia de la capacidad económica. Esta opción político-legislativa sí se ha adoptado en determinadas CCAA, pero sólo en relación con específicos tipos de victimización (violencia doméstica y víctimas de agresiones sexuales). En cuanto a los deberes procesales de las víctimas, destacan la denuncia de los delitos públicos, la comparecencia y declaración en juicio y la veracidad en su declaración.

En el ámbito de la justicia cautelar se ha producido una modificación sustancial de la finalidad conferida tradicionalmente a las medidas cautelares, a saber: la preservación de las fuentes de prueba de un ilícito penal y la evitación del riesgo de fuga de las personas sobre las que existen indicios racionales de comisión de un hecho delictivo. Originariamente su establecimiento no trataba de proteger a las víctimas. No obstante, como consecuencia de las modificaciones efectuadas en este ámbito, se configura también como un fin legítimo de las medidas cautelares la adopción de las mismas para evitar nuevas situaciones victimizantes procedentes del imputado. De esta manera se da efectivo cumplimiento a la exigencia del principio de protección de las víctimas de que éstas reciban, desde el inicio del procedimiento, una tutela eficaz. La adopción de cualquier medida cautelar, en cuanto que supone una limitación en el ejercicio de un derecho fundamental, debe ajustarse a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Por otra parte, su eficacia precisa del cumplimiento de los presupuestos de celeridad en la adopción, idoneidad en la elección de las medidas, diligencia en la fiscalización de su cumplimiento y conocimiento explícito por parte de las víctimas de su contenido concreto, debiendo comunicarles todas aquéllas que afecten a la situación jurídico-personal de los imputados en el proceso.

La actividad procesal debe estar presidida por las notas de agilidad y eficiencia para asegurar la tutela efectiva de los derechos e

intereses legítimos de las personas. Ello trata de lograrse mediante la regulación de sistemas de enjuiciamiento rápido. La implementación de fórmulas jurídicas que limiten el lapso temporal entre el hecho delictivo y su enjuiciamiento dota de eficacia a la obligación de tutela de los derechos de las víctimas. No obstante ello, explica Subijana, una excesiva concentración de los actos procesales puede provocar el efecto inverso al pretendido, tal y como se predica respecto de la reforma operada por la ley 38/2002, al no hallarse la víctima todavía en plenas facultades físicas o anímicas para decidir como actuar.

El ordenamiento jurídico confiere a las víctimas, dentro del debate probatorio, el tratamiento jurídico de testigo. Por tanto, su actuación en el juicio oral se somete a las reglas jurídicas que disciplinan la declaración de los testigos. Sin embargo, el legislador se ha ido percatando de que las víctimas no son meros terceros ajenos al hecho que se dilucida, consideración que exige que, al menos, en determinadas ocasiones, se las dispense un tratamiento normativo específico; por esta razón se han implementado un elenco de normas jurídicas que modulan el modelo normativo del testigo cuando la mentada posición la ocupan las víctimas. Esta regulación supone un reconocimiento implícito del principio de protección de las víctimas, de tal manera que su estatuto en el juicio oral responde a un modelo ecléctico, resultado de la combinación de un modelo procesal en el que no tenían cabida las víctimas, plasmándose su presencia en la figura del testigo, y de un modelo procesal en el que, progresivamente, se articula un espacio jurídico propio para ellas. Al igual que ocurría en el derecho sustantivo, en el ámbito procesal también se adecua la tutela a la situación específica de las víctimas. En este sentido, a las víctimas de hechos delictivos acaecidos en el ámbito familiar se las exime de declarar en calidad de testigos (artículos 416.1 y 707 LECrim), aunque, como resalta Subijana, no tanto con la finalidad de protegerlas, sino con la de amparar el núcleo familiar. Tratándose de víctimas ausentes, para la atribución del carácter de prueba de cargo a sus declaraciones sumariales, se exige el cumplimiento de una serie de requisitos materiales —imposibilidad de reproducción de la declaración en el juicio oral—, subjetivos —necesaria intervención del juez de instrucción en la emisión de la declaración—, objetivos —garantía de la posibilidad de contradicción con designación de abogado al imputado para que pueda interrogar al testigo— y formales —introducción del contenido de la declaración sumarial en el juicio, mediante la lectura del acta en que se documente o a través del resto de personas que testifiquen en el juicio—. De estos requisitos, el que presenta una mayor dificultad para su delimitación es el de la imposibilidad de reproducción de la declaración en el juicio oral, que, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia, queda limitado a los supuestos de fallecimiento o peligro de fallecimiento del testigo, de residencia en el extranjero o de

paradero desconocido del mismo. Por tanto, no quedan exoneradas de su deber de declarar en el juicio aquellas víctimas respecto de las cuales sea posible su citación judicial pero que no comparezcan por los quebrantos emocionales que les pueda ocasionar esa situación, no pudiendo introducirse, consecuentemente, en el debate probatorio sus declaraciones sumariales. Finalmente, la vulnerabilidad procesal de los menores de edad explica la especial atención que el ordenamiento jurídico confiere a las condiciones en que prestan sus declaraciones. En este sentido, la reforma operada por la LO 14/1999 permite al operador judicial articular específicas medidas de protección para las víctimas menores de edad. En concreto, éste puede acordar que el menor sea interrogado evitando la confrontación visual con el victimario. Con la misma finalidad se prohíbe que los menores participen en careos, salvo que ello resulte imprescindible para el fidedigno conocimiento del hecho discutido y siempre que no resulte lesivo para el interés del menor. A ello deben añadirse aspectos como la presencia de personas que sirvan de referente emocional al menor y la específica formación de los operadores en el tratamiento de los menores. No obstante, la adopción de estas medidas debe ser respetuosa con la exigencia de un proceso con todas las garantías, no pudiendo conllevar una quiebra de los principios de inmediación y de contradicción. Esta problemática puede solventarse mediante el empleo de la videoconferencia u otros sistemas técnicos similares, dando lugar a lo que el autor califica como víctimas virtuales, que posibilitan una comunicación en tiempo real y de forma bidireccional e interactiva entre personas situadas en lugares diferentes. Son varias las razones que justifican el empleo de estos medios, siendo la más relevante la necesaria tutela efectiva de los derechos de las víctimas en aras a evitar situaciones de victimización secundaria. Esta obligación se hace especialmente intensa cuando estamos en presencia de víctimas vulnerables bien por razón de su edad, bien por su vinculación con el victimario, bien por la especial significación del bien jurídico protegido. Mediante la utilización de estos medios tecnológicos, contemplada en los artículos 229 LOPJ, 325 y 731 bis LECrim, se concilia el derecho de las víctimas a prestar su declaración en un contexto respetuoso con su desarrollo vital con la obligación de que la declaración, que actúa como prueba de cargo, se emita de forma respetuosa con los principios de contradicción e inmediación, creándose escenarios jurisdiccionales favorables a la integración de los derechos de las víctimas y de los acusados.

Como cuestión final, el autor analiza la valoración judicial del testimonio de las víctimas. A este respecto pone de manifiesto como, pese a que en un primer momento se determinó que sus declaraciones no se podían valorar como prueba de cargo, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que sí les otorgan dicho carácter en la actualidad, siempre y cuando su testimonio se preste con las

debidas garantías. Al ser la declaración de la víctima lo único que vincula al acusado con el hecho delictivo se exige una “motivación reforzada” de la sentencia. En línea con esta concepción, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha elaborado un elenco de criterios a tener en cuenta para analizar la credibilidad del testimonio de las víctimas, a saber: corroboración externa, persistencia incriminatoria y credibilidad subjetiva.

En suma, nos hallamos ante una obra que probablemente marcará un hito en el campo de la ciencia victimológica española. Como resultado de una muy ardua y rigurosa labor de estudio y sistematización, Subijana Zunzunegui presenta, con gran claridad y corrección metodológica, tanto en el plano sustantivo como en el procesal penal, el progresivo reconocimiento de la obligación de protección de las víctimas como uno de los objetivos prioritarios a los que debe tender el moderno derecho penal. La única objeción que podemos realizar a esta obra es la ausencia de un estudio de la regulación de la figura de las víctimas en el derecho comparado, de las instituciones al respecto existentes en estos ordenamientos y de la posibilidad de su incorporación al ordenamiento jurídico penal español. El carácter trasgresor e innovador de las aportaciones y propuestas realizadas por el autor en esta obra, postulando el principio de protección de las víctimas como uno de los principios informadores y paradigma del derecho penal, la configura como la llave maestra que abre definitivamente la puerta hacia la integración de las víctimas en el sistema jurídico penal, rescatándolas del ostracismo al que habían sido relegadas.

Natalia Pérez Rivas
Becaria de colaboración del
Área de Derecho Penal de la
Universidad de Santiago de Compostela