BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Universidad de Alicante

La víctima: aspectos sustantivos y procesales

Pilar Íñiguez Ortega

Tesis de Doctorado

Facultad de Derecho

Director: Dr. D. Julio Muerza Esparza

2003

TESIS DOCTORAL

LA VÍCTIMA: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

Presentada por María Pilar Iñiguez Ortega bajo la dirección del Prof. Dr. D. Julio Muerza Esparza.

Universidad de Alicante

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal y Mercantil

2003

INDICE

Pág.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN.....13

A.- ORIGEN ETIMOLÓGICO DE LA PALABRA VÍCTIMA.ANALISIS Y ENFOQUES DOCTRINALES.....15

B.- LA EDAD DE ORO DE LA VÍCTIMA.....17

C .- EL OSTRACISMO DE LA VICTIMA.....18

D.- EL NUEVA PAPEL DE LA VICTIMA. LA VICTIMOLOGÍA COMO CIENCIA JURÍDICA.....19

D.1 Denominación conceptual y objeto de la nueva ciencia.....19

D.1.a Consolidación victimológica como Ciencia. Su diferenciación con la Criminología.....21

D.2 Protección desde dicha perspectiva de los derechos de la víctima: Análisis de la Victimización secundaria y terciaria.....24

E.- MOVIMIENTO VICTIMOLÓGICO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO.....30

E.1 La nueva configuración de la víctima: Symposium Internacionales. Concreción como Ciencia Jurídica.....32

E.2 Consolidación de la víctima en el marco del Derecho Europeo.....38

F.- LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. ANÁLISIS DE LOS TRES INTERESES CONTRAPUESTOS. LA FORMULACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN.....40

F.1. Introducción.....40

F.2. Antecedentes de la víctima en el sistema procesal español.....42

F.3. Análisis de la protección global de los derechos de la víctima en el proceso español. Su tratamiento procesal. La fase previa a la instrucción penal. 46

F.4. Participación de la víctima en el proceso penal español: acusador particular y acusador popular.....49

F.5. Tutela procesal de la víctima en el sistema español: art. 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....50

F.6. La información a la víctima dentro del proceso penal: Aspectos generales.....52

G._ DE LA JUSTICIA TARDIA A LA JUSTICIA INMEDIATA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.....52

G.1 El retardo de la Justicia.....52

G.2 El Derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas: Preocupación victimal.....55

G.3 Las garantías del proceso penal versus celeridad. Incidencia en las víctimas del delito.....68

G.4. La indemnización al perjudicado por retraso indebido de los Órganos jurisdiccionales.....71

CAPÍTULO II

SISTEMAS PROCESALES Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL. SU RELACIÓN CON LA VÍCTIMA DEL DELITO.....74

A.- EL PROCESO INQUISITIVO: PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.....74

B.- EL PROCESO ACUSATORIO: PURO Y FORMAL O MIXTO. INFLUENCIA VICTIMAL.....85

B.1 Evolución histórica a tenor de las reformas procesales. Su incidencia en la víctima del delito.....91

C.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.SU INCIDENCIA EN LA VÍCTIMA DEL DELITO. 97

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

CAPÍTULO III

LA VÍCTIMA Y LAS FASES DEL PROCESO PENAL

I - LA FASE DE INSTRUCCIÓN.....118

A. EL RESURGIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.....119

B. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN. 126

B.1 Intervención del Ministerio Fiscal en el Proceso penal. Su relación con el perjudicado por el delito.....129

C. SITUACIÓN DE LA VICTIMA EN ESTA FASE PROCESAL

C.1. LA FASE DE DECLARACIÓN.....138

C.1.a. La diferencia entre el ofendido y perjudicado por el delito. Análisis de los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su relación con el artículo 776 del citado Texto Legal.....138

C.1.b. Contenido específico de la declaración de la víctima: Peculiaridades del contenido de la declaración victimal. La motivación de la víctima relacionada con el contenido de su declaración.....146

C.1.c Declaración de la víctima como testigo. Perspectivas generales.....147

C.1.d Generalidades de los careos de la víctima con el acusado (art. 451 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).....149

C.1.e. Elementos específicos de la ofensa.....152

C.2 LAS ESPECIALIDADES PROCESALES. ESPECIAL INCIDENCIA EN EL MENOR DE EDAD.....152

C.2.a. Declaración de la víctima-testigo menor de edad.....152

C.2.b. Evaluación del testimonio infantil en el proceso penal.....156

C.2.c. Técnicas y procedimientos en la entrevista psicológica con menores de edad.....163

C.2.c.1 Motivación. Relación con el contenido de la declaración de dicha víctima del delito.....163

C.2.c.2 Elementos específicos de la ofensa con dicha víctima de delito.....164

C.2.c.3 Técnicas y procedimientos en la entrevista sicológica con las víctimas menores de edad abusados sexualmente.....165

C.2.d. Técnicas de ayudas al recuerdo a las víctimas del delito: la entrevista cognoscitiva y alternativas al menor como testigo en la fase de instrucción.....171

C.2.d.1 Alternativas al tratamiento de las víctimas menores de edad como testigos.....174

C.2.e. Líneas de intervención y su enfoque jurídico.....176

C.2.f. La declaración del menor como `prueba anticipada.....178

C.2.g. La declaración del testigo con deficiencia mental.....181

C.2.h El Ministerio Fiscal y el menor de edad en dicha fase procesal.....181

D. LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR 189

Líneas generales del maltrato familiar. El estudio de los diferentes delitos relacionados con la víctima.....189

D.1. Introducción a los delitos de violencia doméstica.....189

D.1.a. El enjuiciamiento por los Tribunales de Justicia.....193

D.1.b. El abordaje de la violencia de género.....194

D.1.c La violencia como problema interdisciplinar.....197

D.1.d. EL Juez ante la violencia de género.....202

D.1.e. Las víctimas de estos delitos y el Organo jurisdiccional.....203

D.1.e.1. La investigación judicial y las garantías de los derechos de las víctimas en este tipo delictivo.....205

D.1.f. Las iniciativas extrajudiciales en relación con esta materia.....212

D.2. Precedentes legislativos del artículo 153 del Código Penal.....213

D.2.a. Análisis de las reformas legales con relación al artículo 153 del Código Penal.....218

D.2.b. La aplicación jurisprudencial del artículo 153 del Código Penal.....224

D.3. Especial referencia a la violencia psíquica: lesión y daño moral.....225

D.4. El delito contra la integridad moral del artículo 173 del Código Penal....231

D.4.a. Referencia a la habitualidad en este delito.....233

D.4.b. Los tipos penales.....235

D.4.c. Sujetos y resultados.....238

D.4.d. El bien jurídico protegido en este delito y los problemas concursales (artículo 177 del Código Penal).....240

D.5. Situación actual del problema planteado y soluciones prácticas: incidencia y afectación a la víctima del delito.....241

D.6 La función del Ministerio Fiscal en la persecución de la violencia de género.....242

D.6.1 Propuestas de medidas judiciales instadas por el Ministerio Fiscal de protección a las víctimas de violencia de género.....245

E. LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DELITOS CONTRA LA INTERGRIDAD PERSONAL Y CONTRA LA LIBERTAD: LESIONES, COACCIONES Y AMENAZAS. AFECTACIÓN VICTIMAL.....249

E.1 El delito agravado de lesiones por utilización de medio peligroso o vulnerabilidad de la víctima. Delito cualificado de lesiones. Su estudio en la fase de Instrucción procesal.....249

E.1.a Introducción.....249

E.1.b Problemas procesales.....253

E.1.c Protección de la salud individual: la integridad corporal como aspecto fundamental de la misma. Incidencia en la víctima del delito.....254

F. LA FASE DE INSTRUCCIÓN EN RELACIÓN CON LAS VICTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....262

F.1. Introducción.....262

F.2. Reseña histórica.....264

F.3. Perseguibilidad en estos delitos. El perdón de la víctima.....265

F.4. La prueba en los delitos contra la libertad sexual.....266

F.5 La resistencia de la víctima en la comisión de estos delitos.....267

F.6. Clasificación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.....267

F.7. Breve referencia a la víctima del delito de violación en la fase de instrucción.....267

F.8 La reforma operada por Ley Orgánica 14/1999 en relación a los artículos 178 y 179 del Código penal.....268

F.9 La intimidación a la víctima de estos delitos.....269

F.10. La agresión sexual cualificada: artículo 179 de Código Penal.,,,,,,,,,,,,,....269

F.11. Circunstancias agravatorias comunes a ambos tipos de agresión sexual.....271

F.12. Últimas reformas en materia de delitos contra la libertad sexual en el ámbito del Derecho Comparado.....272

G. LA FASE DE INSTRUCCION Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE ACOSO SEXUAL. POSICIÓN VICTIMAL.....275

H. LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y SU RELACION CON EL DELITO DE ABUSO SEXUAL. SITUACION DE LA VICTIMA DE ESTE TIPO PENAL.....278

I. LA VÍCTIMA Y EL DELITO POR IMPAGO DE PENSIONES Y SU RELACIÓN EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.....281

J. LA FASE DE INSTRUCCION Y SU RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. POSICION DEL PERJUDICADO POR ESTE DELITO.

J.1. Introducción.....282

J.2. Concepto de integridad moral y trato degradante a la víctima de este delito.....284

J.3. Características del delito.....285

K. LA VIOLENCIA FAMILIAR ESPECIAL: HISTORIA Y SITUACION ACTUAL DEL MALTRATO AL ANCIANO EN RELACIÓN A LA FASE DE INSTRUCCIÓN.....287

K.1 Aspectos generales de la violencia familiar en relación con el referido sector social. Repercusión victimal.....287

L. LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA EN RELACIÓN A ESTOS DELITOS: LEY 35/1997 DE 11 DE DICIEMBRE DE AYUDA Y ASISTENCIA A VICTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EXAMEN Y SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ART. 15 EN RELACION CON LA LO 19/1994 DE 23 DE DICIEMBRE DE PROTECCION DE TESTIGOS Y PERITOS.....290

M. LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO Y SU RELACION CON LAS VICTIMAS. SU TRATAMIENTO EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN PROCESAL.....293

N. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: SU INCIDENCIA EN LA INSTRUCCIÓN PROCESAL.....303

N.1 Concepto y naturaleza.....303

N.1.a Excepcionalidad de la prisión provisional.....308

N.1.b Tipicidad de las medidas cautelares.....309

N.1.c La presunción de inocencia y su relación con dichas medidas en el proceso.....309

N.1.e Prohibición de residencia en un determinado lugar.....310

N.1.f Fundamento de las medidas cautelares.....310

N.1.g Finalidad de las medidas cautelares.....310

N.1.h Reglas de aplicación de las medidas cautelares.....311

N.1.i Correspondencia de las medidas cautelares con las penas privativas de derechos.....311

N.1.j Las posibilidades de aplicación de las medidas cautelares. Afectación a la víctima del delito.....312

N.1.k Análisis del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....313

N.1.l Enfoque del artículo 158 del Código Civil.....326

N.1.m Requisitos de las medidas cautelares.....327

N.1.n Efectividad de las medidas.....328

II- LA PREPARACION DEL JUICIO ORAL O FASE INTERMEDIA EN EL PROCESO PENAL Y SU INCIDENCIA VICTIMAL.....331

A Situación procesal de la víctima en el Proceso Ordinario. Principales diferencias con el procedimiento abreviado por delitos.....331

A.1 Intervención de las acusaciones.....334

A.1.a Posición de la víctima ante la solicitud de Diligencias complementarias.....335

A.1.b Presentación del escrito de acusación (Art. 781.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Afectación a la víctima del delito.....336

A.1.c. Solicitud de Sobreseimiento: diferentes hipótesis procesales. Actuación de la víctima ante dichas peticiones en el proceso.....336

III- LA FASE DEL JUICIO ORAL.....351

A.- Diferenciación de la situación de la víctima del delito en el procedimiento Ordinario y en el procedimiento Abreviado.....351

A.1 La constitución del Tribunal y la presencia de las partes.....353

A.2. La audiencia preliminar potestativa. Posición de la víctima.....354

A.3. La posible conformidad del acusado. Situación procesal de la víctima del delito.....366

A.4 La prueba en la fase de Juicio Oral. Ejecución de las pruebas y conclusiones. Participación de la víctima.....386

B.- Análisis de la reforma procesal de los Juicios de Faltas. Incidencia victimal.402

C.- Las múltiples posibilidades tecnológicas y sus aplicaciones a la Administración de Justicia. Afectación de la víctima.....417

C.1. Aplicación práctica en el mundo judicial. Situación victimal.....418

C.2. Beneficios de la videoconferencia y su incidencia en las declaraciones de las víctimas.....419

C.3. Legalidad de dichas tecnologías.....421

C.4.Análisis de los principios procesales y su relación con la víctima mediante este innovador sistema.....423

C.4.a La resolución habilitante.....423

C.4.b Identificación de las personas en el proceso.....424

C.4.c La fe pública judicial.....424

C.4.d Publicidad, contradicción y oralidad.....424

C.4.f La inmediación.....424

C.4.g La documentación de las actuaciones.....424

C.4.h La recogida de firma al imputado.....425

C.4.i La defensa del imputado y la víctima del delito.....425

C.4.j La aplicación concreta en las diferentes Comunidades autónomas.....425

D.- El nuevo "Juicio rápido" del delito: naturaleza jurídica y ámbito de aplicación. Situación victimal. Especial referencia a la víctima menor de edad.....426

E.- La actuación de la Policía Judicial en los "Juicios rápìdos" promovida por la reforma procesal. Posición de la víctima del delito.....447

E.1. Actuación de la Policía Judicial en el Derecho Comparado. Análisis particularizado del Derecho Inglés.....454

F.- Las Diligencias Urgentes tras la reforma por Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la LECrim. sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado y Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre, complementaria del referido Texto normativo.....462

G.- El Juicio Oral: Sentencia e impugnación de la resolución judicial.....473

CAPITULO IV

LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

A.- Consideraciones generales en relación con la víctima del delito.....477

B.- Concepto de ejecución.....478

C.- Títulos de ejecución que puede articular la víctima del delito.....478

D.- Las partes en la ejecución. Especial incidencia en la víctima del delito.....479

D.1 El Ministerio Fiscal.....479

D.2 Los órganos de ejecución.....479

E.- La responsabilidad civil y las costas procesales. Situación de la víctima.....480

F.- Cumplimiento de las penas y medidas alternativas a las mismas. La posición victimal.....481

F.1 Suspensión de la ejecución.....482

F.2 Revocación de la suspensión.....487

F.3 Sustitución de las penas privativas de libertad.....489

F.4 Las medidas de seguridad.....491

F.5 La libertad condicional.....494

F.6 Visión global dada por la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de Junio y su incidencia en la ejecución penal.....495

F.6.a Afectación a la víctima del delito.....495

F.6.b Principales novedades de la ley.....497

F.6.b.1 Modificación del Código Penal.....497

F.6.b.2 Modificaciones de la ley de Enjuiciamiento Criminal.....499

F.6.c Incidencia en la Ley orgánica 14/1999 de 9 de junio.....500

F.6.c.1 Especialidades legales.....500

F.6.c.2 Suspensión condicional.....501

F.6.c.3 En relación con la pena privativa de libertad.....502

F.6.c.4 En relación con la libertad condicional.....503

F.6.c.5 En relación con la prisión preventiva.....504

F.6.c.6 Novedades en relación a los artículos 48 y 57 del Código Penal.....506

F.6.c.7 Aspectos generales.....507

F.6.c.8 En relación con la pena de multa.....508

F.6.c.9 En relación con las medidas de seguridad.....510

G.- La reparación penal. Situación victimal.....511

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

ABREVIATURAS

Ac = Acuerdo.

Ap = Apartado.

Art = Artículo.

B.O.E = Boletín Oficial del Estado.

Cap = Capítulo.

CC = Código Civil

Ccom = Código de Comercio

CE = Constitución Española.

CEE = Comunidad Económica Europea

Cir = Circular

CP = Código Penal

Conv = Convenio

D = Decreto

Dley = Decreto-ley

Dleg = Decreto legislativo.

disp. Dic = Disposición adicional

disp. Derog = Disposición derogatoria

disp final = Disposición final

disp transit = Disposición transitoria

EOMF = Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Instr = Instrucción

G = Gaceta

LAJG = Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

LDPJ = Ley de Demarcación y Planta Judicial

LECiv = Ley de Enjuiciamiento Civil

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

LECrim = Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO = Ley Orgánica

LOGP = Ley Orgánica General Peniternciaria

LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPSC = Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

LORCPJM = Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores

LOTC = Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

LOTJ = Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

LRC = Ley del Registro Civil

O = Orden

RAJG = Reglamento de Asistencia Jurídica gratuita.

RD = Real Decreto

RDLeg = Real Decreto Legislativo

RO = Real Orden

RP = Reglamento Penitenciario

RRC = Reglamento del Registro Civil

STC = Sentencia del Tribunal Costitucional

STS = Sentencia del Tribunal Supremo

Tít = Título

TR = Texto refundido

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA VÍCTIMA. ORIGEN ETIMOLÓGICO. ANÁLISIS Y ENFOQUES DOCTRINALES.

A_ORIGEN ETIMOLÓGICO DE LA PALABRA VÍCTIMA.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua[1] se define cono víctima: "Aquella persona o animal sacrificado o destinado a ser sacrificado. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita."

Sentado lo anterior, no está perfectamente definido, cual es el origen de la palabra víctima. Cerca le ronda "*victus*" que significa alimento; podría ser que también viniera de "*vieo*" (atar con juncos; formaba parte de un ritual) y en tal caso, significaría atado, inmovilizado.

Otros autores se decantan por el significado de "*vincere*" vencer o también de "*vincire*" que significa atar. Sea cual sea el origen , ahí están alrededor de "víctima" todos estos conceptos que, tanto por separado, como en conjunto se le puede aplicar perfectamente, por lo que no sería de extrañar que estuviesen todos ellos relacionados.

La razón de ser de la víctima es ser sacrificada (*sacrum facere)* ,es decir, hacer con ella una cosa sagrada En primer lugar, porque el *victus*, el alimento ha de ser sacrificado mediante un ritual; y en segundo lugar, porque la tribu necesita hacer víctimas para mantenerse fuerte y unida y, en todo, caso marcar distancias respecto estas.

Como argumentan Platón y Aristóteles[2] "el vencido siempre es culpable, y como tal merece ser tratado y maltratado. Es culpable de no haber sabido defender su libertad. Cuando existía la esclavitud, perder la libertad se consideraba como perder la vida. Por eso, para defender la libertad, arriesgaban su vida. Y por eso se equiparaba la situación del que había perdido la libertad, al que había perdido la vida. No tenía derechos. Era una víctima no sacrificada.

---

[1] Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo primera edición, Ed. Espasa Calpe, Madrid 2001.

[2] PLATON Y ARISTÓTELES, "Teoría y práctica política", Comentarios del Prof. MORATTI, A, Ciencias de la actualidad, Bolonia 2000, pp 43 y ss.

La otra gran culpa del vencido, es no haber aceptado, someterse, de buen grado, a la superior cultura del más fuerte. Cuando no hay leyes que nos igualen, o cuando éstas se pisoteen impunemente, aparece, como por ensalmo, una casta de hombres superiores que imponen su ley y sus cultura: el hombre inferior sucumbe ante el hombre superior: la cultura del más fuerte proscribe la del más débil; y como en la selva, la especie inferior es la víctima natural de la especie superior".

Estas ideas recogidas por los clásicos, no difieren mucho, del concepto que actualmente tenemos de la víctima, recalcando que, a lo largo de la Historia sólo ha cambiado, como hemos pretendido exponer en el presente trabajo, la forma de enfocar el problema, para llegar a unos resultados muy similares, que únicamente van paliando, en parte, las últimas reformas legislativas, sin que por ello se hayan colmado las numerosas lagunas en torno a una definición somera.

Desde una perspectiva general, y en nuestra opinion, una de las mejores definiciones de lo que debe englobar el concepto de víctima, se ha dado, en la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales a las víctimas del delito y de abuso de poder del año 1961, cuyo tenor literal es el siguiente:" Es víctima toda persona que de forma individual o colectiva, haya sufrido daños lesiones físicas o morales, cualquier tipo de sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de cualquier derecho fundamental como consecuencia de acciones o omisiones que violen la legislación vigente en los estados miembros incluidos los que proscriben como abuso de poder"

Dentro del concepto de víctima, (prosigue dicha Declaración del Organismo Internacional) se incluyen, a familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata o directa y, los que hayan sufrido daños, al intervenir para asistir a la víctima en peligro o, para prevenir la victimización.

Relata, lo que en nuestro Derecho Procesal Penal y en el de tantos países de nuestro entorno, ha recogido nuestra la Legislación positiva: Acceso a la justicia y un trato justo e igualitario acorde con el perjuicio sufrido, un resarcimiento adecuado, una indemnización de daños y perjuicios, un estado de derecho garantista con el perjudicado, una colaboración entre los estados miembros no sólo mediante la cooperación jurídica internacional sino también mediante programas de ayuda conjuntos…

Sentado lo anterior, y después de esta declaración de principios, conviene analizar la especial evolución de la víctima a lo largo de la Historia, y los mecanismos que han logrado

dar una definición adecuada y remarcada no sólo por el Derecho interno sino, como hemos visto, por importantes Organismos Internacionales.

B- LA "EDAD DE ORO" DE LA VÍCTIMA.

La víctima, a efectos de estudio, no ha tenido por parte de la Ciencia Jurídica, un tratamiento homogéneo, variando desde los orígenes de la civilización, hasta nuestros días. Se advierte la existencia de una verdadera transición en su tratamiento, dado que desde hace bastante tiempo, su situación está siendo, repensada y reelaborada.

Para poder cuantificar la magnitud de estos cambios, debemos repasar lo ocurrido con ella a lo largo de la Historia. En el origen del Derecho Penal, la víctima era siempre protagonista del proceso y de la pena, ya que en los primeros tiempos de la civilización, la justicia penal era de carácter privado y se consideraba que todo delito, únicamente, producía daño privado, o dicho de otro modo, daño en la víctima, no afectando nunca a los bienes de carácter social o la comunidad en si misma considerada, por lo que la pena se solventaba sobre la base de la venganza privada por parte de la víctima del delito o ,en su caso, por parte de los familiares más directos [3].

El papel de la víctima dentro del proceso penal, va evolucionando pasando de un sistema estrictamente privado a las llamadas Leyes Taliónicas[4] o a "Sistemas de compensación"[5] en donde se impone, la tarea formal de cuantificar el daño que se ha producido a la misma con el fin de poder fijar, una suma compensatoria.

---

[3] Como dice DRAPIN: "En los albores de la civilización humana, la víctima del delito fue siempre el protagonista máximo del drama penal. Las leyes taliónicas y la compensación, sea mediante dinero ("*wergeld*") u otra clase de bienes, fueron los mecanismos gracias a los cuales el hombre fue progresando lentamente desde el sistema de la venganza privada al de la justicia pública. Progresivamente, a medida que el Estado fue haciéndose cargo de la administración de justicia, el delincuente fue transformándose en el personaje principal de los estrados judiciales, relegando a la víctima a un rol subalterno, primero, hasta llegar a ser casi totalmente olvidada después" Vid: DRAPIN,"El derecho de las victimas", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1964 pp. 145 y ss (obra del autor).

[4] Así en el Código de Man indio, en el Zend Avesta persa y en el Derecho preislámico más tarde, donde Mahoma jugaría, decididamente, a favor de la atemperación del sistema de venganzas, disponiendo no sólo el encuadre proporcional de la respuesta justiciera, sino cierta publicación del conflicto de suerte, que la autoridad era quien había de conceder a la víctima licencia para la práctica de la venganza, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1964 pp 55 y ss. (obra citada).

[5] En la Grecia antigua, operaba institucionalmente la práctica de la indemnización por homicidio (libro 9 de la Iliada). La práctica compensatoria ,se inició, por primera vez, en el Derecho Otomano, así como en diversos lugares de la India (Leyes Magnum de resarcimiento establecidas como privilegio real). Los libros XLVII y XLVIII de Digesto Justiniano, responsables de la materia penal, no abordan con la concisión precisa el papel de la víctima, en lo referente a los casos de compensación, sino que, únicamente, delimitan la suma reparadora ,en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, pp 59 y ss (obra citada).

En la Alta Edad Media, subsiste dicha idea de compensación, siendo las tarifas diseñadas a efectos compensatorios nítidas en su definición[6]. En el nuevo orden occidental, conoce una germinal clasificación de ofensas, en virtud de la cual y siguiendo el rastro de la pretérita distinción entre "*crimina*" y "*delicia*" del mundo romano, un cierto grupo de los delitos se escinden ,por su relevancia, de las infracciones que se estiman un asunto entre privados o de encuadre eminentemente familiar.

Durante la Edad Media, y conforme se va consolidando el poder de las Monarquías, se participa una tendencia generalizada en el declinar de la Justicia víctimal privada y sus heterogéneas instituciones, quedando la víctima como papel secundario en el proceso penal.

Conforme se va desgranando la Baja Edad Media, se hacen más ostensibles la centralización del poder de las víctimas en manos del Estado y la desprivatización correlativa del Derecho penal, asistiendo a la desaparición de la esfera facultativa penal de las mismas, poniéndose fin a aquella "Edad de oro de la víctima"[7]. Fenómeno que, en un primer momento, produce un desorbitado rigor penológico, no acorde con los mecanismos de protección del proceso penal y la emisión de lineamientos específicos para la prevención del delito.

C- EL OSTRACISMO DE LA VÍCTIMA

El Derecho Penal estatal, surge con la neutralización de la víctima[8]. A partir de este momento, en que se prohíbe a las víctimas castigar las lesiones de sus intereses, su papel se difumina hasta desaparecer. En el ámbito práctico, su directriz se ciñe, a la mera delación, exposición y evaluación del menoscabo sufrido, para sopesar, en razón del mismo, la correcta gravedad del delito cometido.

Entre los objetivos de estudio de la Escuela clásica (delito, pena y procedimiento), y de la positiva (el delincuente sobre todo) no se reconoce un lugar a las víctimas[9], apareciendo algunas voces, que salvaguardan las situaciones interpersonales de los interesados.

---

[6] Sobre todo, en los ordenamientos de raíz germánica, coexistía con la venganza un sistema de compensaciones (en dinero o bienes) que negociaban el ofendido y el agresor, o bien sus respectivas familias.

[7] Término utilizado por el victimólogo alemán SCHAQUIFFER,"Fundamentos de Derecho penal" Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pp 16 y ss.

[8] Vid. HASSEMER, W "Fundamentos del Derecho penal", Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pp 92 y ss. En términos parecidos, vid W. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, F. "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Tirant lo Blanch, Valencia, pp 29 (obra citada).

[9] Los estudios, tradicionalmente realizados, en materia penal, por la Escuela Clásica del Derecho penal, ponía énfasis, en el análisis del delito *per se*, así como en la retribución del mismo; y los llevados a cabo por la

En la segunda mitad del siglo XIX, no sólo autores aislados, sino también en encuentros internacionales, se trató de la problemática de la víctima, sobre todo, en su vertiente reparadora[10]. De entre ellos cabe destacar como, en dos Congresos, el primero, el Congreso Penitenciario de París de 1.895, en el que autores como PRINS, denunciaron la desigualdad de trato que el Estado reserva dentro del proceso penal para los protagonistas del delito[11], y el segundo, fue el VI Congreso Penitenciario de Bruselas de 1884, en donde autores como GARAFALO y PRINS pidieron, que se considerara legislativamente, la introducción de la reparación de la víctima como una pena alternativa a la pena de prisión[12].

BIBLIOTECA VIRTUAL

D- EL NUEVO PAPEL DE LA VICTIMA. LA VICTIMOLOGÍA COMO CIENCIA JURÍDICA.

D.1.- Denominación conceptual y objeto de la nueva ciencia.

Comenzando la exposición de este apartado, la problemática de la Victimología se manifiesta ya, respecto de su propia denominación. Se trata -como se verá a lo largo de la exposición del presente Capítulo- de un neologismo aparecido a finales de los años cuarenta del siglo veinte y utilizado por primera vez en lengua inglesa (*Victimology)* y francesa (*Victimoligie)* como contrapuesto a *Criminology y Criminologie.*

La utilización en castellano del vocablo ,"Victimología", como traducción literal, no parece plantear mayores problemas ni reticencias semánticas y, en efecto, goza hoy de una amplia difusión. Sin embargo, y por motivos nunca explicados, JIMENEZ DE ASUA prefirió la expresión aludida[13]. Rótulo que ,limitadamente, aceptaron y difundieron algunos

---

Escuela Positiva, que dio lugar a la Criminología, se centró en el estudio del hombre criminal. Obviando ambas escuelas ,el estudio o referencia a la víctima de los delitos, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales pp 34 y ss. Madrid 1964.

[10] Así se trato, por ejemplo, en el Congreso de Estocolmo de 1.978, acogiendo las prevenciones de ARNEY y TALLACK. También se trata en el Congreso de Roma de 1.885, en que la reparación de los daños y perjuicios sufridos por la víctima fue defendida por GAROFALO. Del mismo modo en el Congreso de Derecho Penal de Bruselas de 1.884 y el Jurídico de Florencia en 1.891 en donde se aprobó una proposición, para la instauración de un fondo de compensación estatal, para asistir a las víctimas de ciertos delitos.

[11] Mención hay que hacer a las palabras por PRINS en el Congreso Penitenciario de París de 1895 que dijo: "El hombre culpable, alojado, alimentado, calentado, alumbrado, entretenido a expensas del Estado en una celda modelo, salido de ella con una suma de dinero legítimamente ganada, ha pagado su deuda con la sociedad, pero la víctima tiene su consuelo, puede pensar que con los impuestos que paga al Estado ha contribuido al cuidado paternal que ha tenido el criminal durante su permanencia en prisión".

[12] Propuesta, que fue rechazada mayoritariamente -GARAFALO,PRINS…entre otros autores- (IV Congreso Penitenciario de Bruselas 1884.)

[13] Vid. JIMENEZ DE ASÚA,"La llamada Victimología",en estudios de Derecho Penal y Criminología, Bibliografía Omeba, Buenos aires, 1961, pp 19 y ss (obra del autor)

discípulos del ilustre maestro español[14]. Cuestión a la que, por supuesto, no cabe atribuir mayor trascendencia; lo realmente decisivo ,es el recuerdo sobre el contenido que se atribuye a esta nueva orientación científica y no la simple querella terminológica.

En cualquier caso, hay que subrayar los notables esfuerzos realizados desde el ámbito de la Victimología para alcanzar una terminología propia. Con ello, se trata de reafirmar la propia identidad y, de conseguir, un lugar, en el conjunto de las disciplinas científicas ya consolidadas. Así, se utilizan términos como victimización, victimario, victimizable, victimal, victimógeno, victimizar, victimante, victimización secundaria, etc. Obviamente, muchos de estos vocablos, son neologismos, no localizables, en los diccionarios clásicos ni- a veces- en los especializados. En no pocas ocasiones, son frutos de traducciones , en exceso, literales, y por ello, no siempre correctas. En la modernidad de la propia Victimología y, en el vertiginoso desarrollo experimentado por la misma en los últimos tiempos, han encontrado justificación, las posibles incorrecciones terminológicas[15].

La Victimología, como Ciencia Jurídica, como más adelante se expondrá ampliamente, se definió en el I Simposio Internacional celebrado en Jerusalén (1973), como: "el estudio científico de las víctimas". A lo que, inmediatamente, se añade la referencia a la especial atención que merecen los problemas de las víctimas del delito.

Sin embargo, el término "Victimología" no es objeto, actualmente, de una interpretación pacífica: es sobre todo, una noción manejable y práctica que sirve para agrupar un conjunto de actuaciones, problemas y métodos de investigación de origen bien reciente.

La primera monografía publicada en Italia sobre la especialidad, la caracterizó GULOTA[16] y la definió, como la disciplina, que tiene por objeto, el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito".

Se trata, pues, de un movimiento científico de moderna aparición, que localiza su atención, en la gran olvidada por las Ciencias Penales y Criminológicas: la víctima y sus

[14] Vid. ITURBE M.O. Victimología. Nuevo enfoque criminológico de la víctima del delito, en Revista penal y penitenciaria, 1958, pp 199 y ss., DE RIBACOBA"Elementos de Criminología" Edeval, Valparaíso, 1982, pp.251 y ss (obra del autor). Incluso ha llegado a hablarse de Victimiología o Victomología; tal es el título del artículo publicado por HERRERA M.A. en la Revista de Derecho penal y Criminología de 1970, pp 215 y ss (obra citada).

[15] En este sentido, RODRÍGUEZ MANZANERA, "Victimología. Estudio de la víctima" Ed. Porrúa, S.A., México, 1988, pp 67 (obra del autor).

[16] Cfr. GULOTTA, G. La victima, Ed. Giuffré, Varese, 1976, pp 9 (obra citada).

dificultades, necesidades y derechos[17]. Sin embargo, no tiene una finalidad humanitaria orientada -por ejemplo-, a la implantación de sistemas estatales de compensación y ayuda a las víctimas del delito. La explicación y prevención son incompletas, si se prescinde, como se ha hecho tradicionalmente, del estudio de la víctima.

De la misma forma, que a finales del siglo pasado, irrumpió con espectacularidad "*l´omo delincuente*" en el ámbito científico, hoy, lo hace, la figura de su víctima. Además, y aunque la sociedad tecnológica de la postmodernidad, haya subrayado con exageración, que el delito significa un atentado contra el Estado, conviene no olvidar la agresión inmediata que el mismo supone para las personas individuales y para los grupos sociales[18].

D.1.a- La consolidación de la Victimología como ciencia. Su diferenciación con la Criminología.

La década de los años setenta, es ,sin duda, la de la consolidación de la Victimología. Empero, el camino recorrido no ha sido fácil. No han faltado las reticencias, incluso las oposiciones frontales, ante la "Nueva Ciencia" ,cuando ésta ha pretendido presentarse, como una disciplina autónoma y paralela a la Criminología[19].

Este rechazo, quizá, sólo pueda sorprender a los desconocedores de los entresijos científicos, alcanzando, muchas veces, pretensiones colonialistas. Es indudable, que durante largos años, la víctima del delito ha sido ignorada por la especulación criminológica. El delincuente desempeñaba, un indiscutido papel protagonista, explicándose el delito, en función de las características de su autor; la víctima aparecía así, como ese "objeto, neutro, pasivo, estático, fungible que nada aporta a la génesis del hecho criminal"[20]. La Criminología tradicional, ha demostrado muy poco interés por la problemática de las víctimas. Sin embargo, cuando modernamente surge la Victimología con la vocación de llenar este vacío, algunos criminólogos, se resisten, a su reconocimiento como Ciencia independiente.

---

[17] DE LIEGE MP. *Victimes, Victimologie, la situación française,* en *Revue de science criminelle et de Droit pénal comparé,* 1987, pp 757 (obra citada).

[18] Vid. BERISTAIN IPIÑA, A, "Proyecto de declaración sobre justicia y asistencia a las víctimas", en Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, monográfico 11, Madrid, 1.986, pp 119.

[19] En la década de los años sesenta, ya se había radicalizado la confrontación entre defensores y detractores de la independencia científica de la Victimología.Vid. al respecto: PAASCH *Problémes fondamentaux et situation de la Victimologíe, en Reveu internationale de Droit pénal, 1*967, fundamentalmente pp 126 y ss. ROBERT G. *La victimologie, victime des postulats criminologiques et sociologiques, cit.* pp. 225 y ss (obra del autor).

La Victimología, afirma LOPEZ-REY, no es más que el residuo de una concepción superada de la criminalidad y de la Criminología. La Victimología -añade-, significaría, la existencia de victimólogos, "y cabe preguntarse cuál, aparte de una proliferación de disquisiciones, debería ser su contenido. ¿Sería el de prevenir o reeducar a toda posible víctima? El papel de la víctima, incluso respecto a su personalidad, ha sido ya en parte tenido en cuenta por los Códigos penales, especialmente en la formulación de ciertas agravantes y atenuantes, Las mismas. Al igual que ciertas figuras delictivas, muestran que las víctimas pueden ser provocadoras, poco escrupulosas y otras cosas más, pero ¿justifica ello la erección de una disciplina nueva? ¿Puede tomarse en serio que, en todos los casos delictivos, se proceda al examen psicológico y psiquiátrico de la víctima a fin de determinar la coactuación de su personalidad?

Aún, suponiendo, que ello fuera económicamente hacedero, ¿se justificaría que las víctimas de los grandes agiotajes, contaminaciones, persecuciones políticas, de los torturadores, de una serie de depredaciones en tiempo de paz y guerra, de motines y algaradas, de secuestros de personas, pasajeros y demás, del contagio venéreo, envenenamiento o deformación como consecuencia de ingerir sustancias alimenticias, productos farmacéuticos, etc., las lesionadas como consecuencia de una serie de accidentes y otras muchas, fueran examinadas psicopsiquiátricamente? ¿Olvidan los que postulan la invención de la Victimología ,que solo tienen en cuenta una pequeña parte de la criminalidad para justificarla y que el sistema de cajas de indemnización y compensación, que no es nada nuevo, pero que funciona ya en bastantes países, da resultados más rápidos y mejores que los que podrían aportar los victimólogos? Si ha de ser inventada una Victimología, ¿por qué habría de reducirse sólo a lo criminal? ¿Sería necesario inventar una Victimología civil, comercial, industrial y muchas, más?"[21]

Para RIVACOBA, las inquisiciones y conocimientos victimológicos, no constituyen otra cosa que un enfoque más , de los varios que integran la Criminología, de particular interés en determinados delitos; caso, por ejemplo, de la violación o la estafa[22]. Por ello, etiqueta la Victimología como "disciplina discutida".

Con buen sentido, afirma SAINZ CANTERO, se ha rechazado el intento, de hacer de la Victimología una Ciencia autónoma e independiente de la Criminología, aceptándose como

[21] Cfr.LOPEZ-REY, M "Criminología. Criminalidad y planificación de la Política criminal", Ed. Aguilar, Madrid, 1978, pp.145 y ss (obra del autor).

[22] Cfr: DE RIBACOBA, "Elementos de la Criminología", Ed. Edersa, Madrid 1974. pp 253 (obra del autor).

una rama de ésta, que se ocupa de la víctima directa del crimen y ,que comprende, el conjunto de conocimientos biológicos, psicológicos, sociológicos y criminológicos concernientes a la misma[23]. Tal planteamiento, es perfectamente congruente, con el objeto de estudio que a la Criminología atribuye el propio SAINZ CANTERO: la descripción del hecho criminal, los factores que lo determinan, la personalidad de su autor y la víctima del delito, tanto en su personalidad, como en su posible condición, de factor o estímulo del hecho delictivo. Sin embargo, resulta una reivindicación tardía, cuando no interesada, por parte de aquellos criminólogos, que han ignorado, empecinadamente, la condición y papel de las víctimas del delito.

En efecto, durante decenios y, con mínimas matizaciones, se ha venido definiendo la Criminología, como la Ciencia que se ocupa de determinar las causas o factores del delito a fines de prevención y tratamiento del delincuente[24]. Concepción estricta, que no sin tensiones, ha dado paso a otra más amplia y -por ello- más ambiciosa.

Así, y después de caracterizar esta Ciencia, como el conjunto ordenado de sabores empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo y sobre los controles de esta conducta, reconoce KAISER que, a todo ello, hay que agregar, lo concerniente a la víctima y a la prevención del delito[25]. Incluso, ha llegado a afirmarse, que el nacimiento de la moderna Criminología, no se produce hasta que la víctima del delito no resulta abarcada por su ámbito de investigación[26].

Parece, en definitiva, llegado el momento de recuperar, a la gran ausente en la especulación criminológica. Ante esta realidad ,cede en trascendencia la pugna producida entre los que rechazan la independización teórica de las investigaciones de la situación, conducta y personalidad de la víctima y aquellos, que pretenden otorgarle, el rango de rama autónoma de la investigación. Solución ,esta última, que quizá, aparezca teñida por un cierto reproche ante los injustificados olvidos del pasado.

En cualquier caso, la cuestión parece, razonablemente zanjada, cuando se aborda una caracterización extensiva, dinámica y totalizadora de la Criminología: como la ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, de la víctima y del

---

[23] Cfr: SAINZ CANTERO, J.A, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, tercera edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp 82.

[24] Vid. por ejemplo LOPEZ- REY, M. "Introducción a la Criminología", Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1978

[25] Vid. HAISER, G., Introducción a la Criminología, séptima edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1988, pp. 25 y ss.

[26] Cfr. SCHNEIDER, Kriminologie, cit. ant.

control social del comportamiento desviado; para utilizar la definición ofrecida por GARCÍA PABLOS en una de las obras más sugestivas aparecidas tiempos[27]. Desde esta óptica, tanto el objeto de estudio, como los planteamientos metodológicos, sugieren una integración científica, a lo que cabe añadir la evidencia de que la Victimología se ha ido convirtiendo, sin pausa, en uno de los principales polos de desarrollo de la especulación criminológica[28].

Ante los planteamientos de la Criminología tradicional, bien pudiera defenderse la independencia de la Victimología; hoy no parece necesario. En el momento actual, son muy pocos los criminólogos que olvidan en su obra la problemática de las víctimas, aunque se muestren contrarios a la autonomía o, incluso, a la existencia con rango científico de la Victimología. No puede extrañar, en consecuencia, que en los últimos tiempos haya llegado a hablarse, de una nueva tendencia, de escuela en el ámbito de la especulación criminológica: la Criminología Victimológica[29].

D.2.- Protección desde dicha perspectiva de los derechos de la Víctima. Análisis de la Victimización secundaria y terciaria.

El artículo 24 de la Constitución Española, establece, que, todas las personas, tienen derecho a una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión. Este artículo, en nuestra opinión, se hace extensivo, a la víctima del delito.

Partiendo del reconocimiento ofrecido por nuestra Constitución Española de 1978, y centrándonos, en la protección de los derechos de la víctima[30], la denominación Victimológica, nos indica, que la Justicia penal y, aún, la sociedad, obstaculizan la

---

[27] Cfr. GARCÍA PABLOS, Manual de Criminología, ob.cit., ant.

[28] Cfr GASSIM, *Les Ecoles en criminologie, en Reveu de science criminelle et de Droit pénal comparé*, pp 43 y ss (obra del autor)

[29] Vid. en este sentido, KAISER "La Criminología hoy", en Cuadernos de política criminal, Madrid 1988.

[30] A este respecto vid. LANDROVE DIAZ, G.Victimología, Valencia 1990, asimismo, los trabajos GARCÍA-PABLOS, SILVA, SCHNEIDER, etc., en Libro homenaje al profesor Antonio Beristiain, Valencia 1990, Victimología, comp. BERISTIAIN/ DE LA CUESTA, San Sebastián 1990, *Victims and Criminal justice*, ed. Por G. KAISER/ H. KURY/H. ALBRECHT; con la asistencia de ARNOLD.H. Freiburg . Br. 1991, *pasim*, la Victimoligía, con trabajos de SILVA SANCHEZ, MARTINEZ ARRIETA, GARCÍA-PABLOS, etc, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid ,Consejo General del Poder Judicial, 1993. Singular relieve, tiene a este respecto ,el Dictamen de la Comisión de investigación parlamentaria de la Cámara de representantes de Bélgica de 14 de abril de 1997, que en la Recomendaciones sección primera, defiende, como prioridad de trato y asistencia ,a las víctimas del delito.Su traducción española, ha sido publicada, en la Revista del Poder Judicial, Epoca número 49, 1998, pp. 15 a 53, BERTOLINO, P.J. " Proceso Penal y servicio de la Justicia", La Plata, 1992, Cáp. 2; la situación de la víctima en el nuevo proceso penal argentino, pp 23 y ss, CAFFERATANORES, JI, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, B Aires, 1997, esp. pp. 179 y ss, etc...

intervención procesal de la víctima del delito[31]y , llegan a inflingirle, perjuicios adicionales a los derivados de la infracción padecida, de este modo, a la "Victimización primera" o experiencia personal del delito en el sujeto pasivo. [32]

Integrante de la Victimización secundaria, de la que expondremos a lo largo del trabajo de forma adecuada, es, asimismo, la frustración que padece la víctima, aun cuando resulte condenado el autor de la lesión jurídica, al no lograr la satisfacción de su interés legítimo al resarcimiento del daño, restitución de la cosa y/o indemnización de los perjuicios, dada la insolvencia inicial o, procesalmente reforzados, o la no previsión por el Estado, de medios adecuados, para hacer frente, a las necesidades de la víctima.

La difícil reparación de los daños de la víctima, se viene pretendiendo enmendar, con una legislación singularmente orientada a protegerlas, en caso de determinadas infracciones. Decisivo papel en esta normativa, han desempeñado la Recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, en particular el Convenio número 116 de 24 de Noviembre de 1983 sobre Indemnización de las Víctimas de Delitos Violentos, que entró en vigor en 1988, así como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 28 de junio de 1985, acerca de la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso penal. De este modo, en los últimos años se han promulgado disposiciones *"ad hoc"* en países como Alemania ("*Opferschutzgesetz*" de 18.12.1986)[33], Bélgica [34], España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Gran Bretaña Italia[35]. Esta legislación, está orientada, bien a evitar -o al menos disminuir- los daños

[31] Y no raras veces, la mera transmisión de la *notitia criminis*, mediante la correspondiente denuncia .

[32] GARCÍA DE PABLOS DE MOLINA " El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (El penado como víctima del sistema legal)", en Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial, cit. pp 289 y ss).

[33] Tambien hay que traer a colación Leyes como: *Gesetz zurBekampfung des illegalen rauschgifthandels und andrène E rscheininungs formen dereganisierten Kiminalitat de* 15.7.1992,*Gesetz zur Anderung des StGB der StPO und anderer Huestéese (verbrechensbekampfungsgesetz)* de 28.10.1994

[34] Sobre Bélgica, téngase presente, el Dictamen de la Comisión de Investigación Parlamentaria de la Cámara de representantes de 14.4.1997.cit.ant.

[35] Sobre esta legislación vid., ampliamente, SCHUNEMANN " *Zur Stellung de Opfers im System der Strafrechtspflege* en NStZ 1986 pp 193 y ss SILVA SANCHEZ, Victimología, Comp. BERISTIAIN/ DE LA CUESTA cit pp, 79 a 81 Segundus. Lugduni, MDCCCVII N.I y folio 79 en vid PEDRAZ PENALVA, E, "Las medidas reales en el proceso penal ordinario español" Madrid 1985, esp. pp. 93 y ss, también ARANGUENA FANEGO C., "Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal español", Barcelona 1991. El riesgo de insolvencia ha sido desde siempre presupuesto para la adopción de medidas cautelares reales. Ya AZEVEDO A, *comentarii juris civiles in Hispaniae regias constituciones, Tomus,* cuyo libro 4 Tomo II al folio 278 y folio 279 habla de que el secuestro se acordará en casos de sospecha de dilapidación. En folio78, números 5 y 6 para que se haga el secuestro han de concurrir. Que conste el derecho del que se pide el secuestro.") debe llamarse la parte interesada porque afecta a sus cosas. Que exista sospecha por parte de uno…Añade AZEVEDO que el secuestro también puede hacerse en días feriados, en honor a Dios si hay *periculum in mora* y las cosas que han de ser secuestradas son muebles. Más recientemente, CALAMANDREI , *Introduzcione allo studio sistematico dei pro vedimenti cautelari, Padova* 1936, tras decir que constituye el "*periculum in mora*"

ocasionables a la víctima del proceso ,bien a garantizar-o al menos propiciar- que, obtenga una indemnización con independencia de la eventual insolvencia ,que se busca evitar, o disminuir mediante la adopción de medidas cautelares reales o patrimoniales [36].

Antes de exponer las tesis, que la Victimología reseña, conviene relatar, una de las cuestiones más olvidadas en el Derecho procesal penal , en relación a la víctima del delito: sus necesidades.

Es necesaria , una estabilización personal , ante la situación que ha sufrido, que se le de una explicación profesional sobre la dinámica sufrida, es decir, el porque del delito sobre su persona. No basta, como analizaremos, que la Ley reconozca, una protección global, si las diversas Instituciones no se encardinan de forma adecuada, propiciando, muchas veces, que la víctima del delito se vea menospreciada y sola ante el ilícito penal (lo que los profesionales denominan Victimización adicional).

Se reclama ,una intervención inmediata, desde el punto de vista, social y psicoterapeútico, con el fin de recibir apoyo para restaurar la situación, en definitiva, disminuir el sentimiento de inseguridad y desconcierto al que se ve sometida aquella.

Pero también, la Victimología, alude a las hipótesis en que el sujeto pasivo no es víctima casual sino fruto de una cierta interacción, con el autor del delito, de modo ,que se le atañe una cierta corresponsabilidad. Desde esta dimensión de la victimológica algunos autores se inclinan por introducir "una perspectiva victimológica en la dogmática penal" *(Viktimodogmatik Ansatz)* [37]

---

un presupuesto para la adopción de medidas cautelares, lo define en las páginas 18-19 como el peligro un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso, por la lentitud del proceso, de la resolución definitiva. Agrega el profesor italiano, que es la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva lo que hace surgir el interés en adopción de la medida cautelar que anticipa provisionalmente los efectos de la resolución definitiva considerada en si misma como posible causa de ulterior daño, la definitiva .Agrega el profesor italiano que es la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva lo que hace surgir el interés en que se procede a neutralizar preventivamente con la medidas cautelar que anticipa provisionalmente los efectos de la resolución definitiva, tal mora indispensable para el cumplimiento necesario del "*iter*" ordinario procesal, puede llegar a hacer prácticamente ineficaz la resolución definitiva que de ese modo llegará tarde .Lo que dice CALAMANDREI ,está enlazado, con el transcurso del necesario tiempo previsto o para la sustanciación del proceso, lo que es distinto sobrepasando el "*periculum in mora*" a que el proceso, p.ej. se difiera maliciosamente hipótesis constitutiva del desconocimiento del derecho al proceso en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.

[37] Así SILVA SANCHEZ, J.M. "La consideración del comportamiento de la víctima del delito" "Victimodogmática" que ha sido definida ,por el aludido autor, "La Victimodogmática en el derecho extranjero" en Victimología dir BERISTAIN Univ, País Vasco 1990 esp. pp 105 y ss, como "la dogmática orientada al comportamiento de la víctima y que dice parir de la constatación victimológica relativa a la existencia de ciertas víctimas que, sea por delitos dolosos, ya por actos imprudentes, contribuyen a la producción del hecho delictiva y pueden calificarse en mayor o menos medida, de corresponsables del mismo".

Citaremos,de forma somera, por tener menos interés para el tema que se está estudiando, pese a su intrínseca importancia, lo que GARCÍA-PABLOS denomina "Victimización Terciaria"[38]. Con ella alude a la que sufre el delincuente, o para ser más precisos, a la victimización por el sistema legal del victimario mismo, si bien, en una acepción lata, y por extensión, se aplica también dicho término, a situaciones patológicas del funcionamiento del sistema legal, en sus diversos ámbitos (normativo, policial, jurisdiccional, penitenciario) que ocasiona graves perjuicios al ciudadano.

Dicha Victimización Terciaria, sería reconducible, procesalmente, y de modo prevalente, a dos rúbricas importantes: funcionamiento anormal de la justicia y error judicial, ambas subsumibles, en preceptos constitucionales, como el artículo 121 de la Carta Magna española, Convenios Internacionales como el PIDCP (Art. 9.5) y CEDH (Art. 5.5) preveen reparaciones económicas a favor de los ilegalmente detenidos o presos, sin distinguir su causa, mientras que la CADH restringe el derecho a indemnización a las hipótesis de error judicial y la CDHLFCEI en su artículo 5 alude al derecho de reparación del perjuicio en caso de detención ilegal.

Hay que recordar, que el error judicial implica "…falso conocimiento de la cosa: *alliud pro allio putare* Se diferencia de la ignorancia en que esta significa el desconocimiento total de la cosa…el error es un estado positivo, pero equivocado…Es un mal juicio humano y, por tanto, sólo puede existir cuando en entendimiento juzga. Así pues sólo el juicio puede ser atacado o estar viciado por el error[39]. El funcionamiento anormal de la justicia, es fruto de una acción u omisión dolosa, culposa o negligente del Juzgador, Estado-legislador, Administración en su caso etc…[40]. En definitiva, se atribuye a la Victimología el objetivo de desarrollar, a través del estudio en profundidad de la víctima, un conjunto de reglas generales y de principios comunes que, contribuyen, al progreso y evolución de las ciencias criminológicas y jurídicas, facilitando, la comprensión del fenómeno criminal, de la dinámica criminógena y de la personalidad del delincuente[41].

---

[38] Nos demuestra ,de forma exhaustiva, su importancia RIVERA BEIRAS, I "La devaluación de los derechos fundamentales de los recursos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría"Ed. Boch , Barcelona, 1997, pp 121 y ss.

[39] Sic JIMENEZ ASENJO, E: "Error judicial" Voz en nueva Enciclopedia jurídica Seix Barral T.VIII Barcelona 1956 pp. 650-681 La bibliografía sobre el error judicial y la responsabilidad por el mismo es casi inabarcable.

[40] Vid. PEDRAZ PENALVA , E: "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en la reforma de la justicia penal." Estudios en Homenaje al profesor KLAUS TIEDEMAM coords. GOMEZ COLOMER y GONZÁLEZ CHUSCAS, Castellón de la Plana 1997, pp 400 y ss.

[41] En parecidos términos, Vid.:FATTAH E.A., *La Victimologie: Qu`est-elle, et quel est son avenir?, en Revue internationales de Criminologie et de Police technique,* 1967, pp 113.

A pesar de que la Victimología se ocupó en sus orígenes, fundamentalmente, de estudiar las relaciones entre el delincuente y la víctima, muy pronto habría de alcanzarse una ampliación de sus objetivos. Su atención se centra en muy diversas cuestiones que han sido esquematizadas en los siguientes términos[42]:

1.- El estudio del papel desempeñado por las víctimas en el desencadenamiento del hecho criminal.

2.- La problemática de la asistencia jurídica, moral y terapéutica a las víctimas.

3.- La indagación de los temores profundamente sentidos en determinados grupos sociales a la victimización.

4.- El examen de la criminalidad real, a través de los informes facilitados por las víctimas de delitos no perseguidos.

5.- Subrayar la importancia de la víctima dentro de los mecanismos de reacción de la justicia punitiva y de determinación de las penas.

6.- Ocuparse del examen y propiciar la elaboración de las disposiciones legales que permitan a las víctimas obtener una indemnización por los daños derivados del hecho delictivo.

Incluso, y desde hace no demasiado tiempo, se habla -fundamentalmente, en la Doctrina alemana (MADLENER) -,de una *Viktimodogmatik* que abordaría el análisis de la incidencia de planteamientos de esta naturaleza, en el ámbito de la Teoría jurídica del delito. Victimodogmática que, toma como punto de partida, la constatación victimológica de que algunas víctimas contribuyen (dolosa o culposamente) a la propia victimización, lo que puede influir en la responsabilidad criminal del victimario, incluso hasta erradicarla.

Como es sabido, el mecanismo tradicional para determinar, si estamos ante un caso, que requiere la imposición de una pena, supone, la indagación del propio hecho delictivo y de su autor; la Victimodogmática, aspira a completar este diagnóstico con la inclusión del papel desempeñado por la víctima, es decir, si la misma merece y necesita la protección jurídico-penal; en caso contrario, y en función del principio básico en la actualidad de la ultima ratio, debe excluirse la sanción penal[43]. Por supuesto, esta perspectiva antes mencionada, solo es

[42] Vid. ROBERT N., *La victimologie, victime des postulats criminologiques es sociologiques, en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1979, pp.228 y ss.

[43] Cfr. MADLENER K."La reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho Penal", en Estudios de Derecho penal y Criminología, en Homenaje al profesor RODRIGUEZ DEVESA, J.Mª, Universidad Nacional de Educación a Distancia, II, Madrid, 1989, pp.12.

concebible, en una teoría del delito abierta a las ciencias empíricas y sociales y, no encerrada en sí misma, como construcción lógico-abstracta[44].

Por otro lado, se han ofrecido muy sugestivas explicaciones de la tradicional marginación de las víctimas, tanto en el ámbito legislativo, como en el de la literatura científica[45]: el colectivo social, demuestra siempre, más interés por el criminal que por sus víctimas, en función del temor que inspira, despierta sentimientos morbosos de curiosidad; algunos criminales pasan a la historia, sus víctimas caen rápidamente en el olvido, salvo en el supuesto de magnicidio o, por otro tipo, de insólitas razones. Ha llegado a afirmarse, que es más fácil la identificación -consciente o inconsciente- con el delincuente ,que con la víctima, precisamente, porque aquél, se representa como un sujeto sin inhibiciones que cuando desea algo se atreve a llevarlo a cabo, sin importarle la norma, la sociedad o los derechos de la víctima; por el contrario, no hay identificación con las víctimas, nadie quiere convertirse en una de ellas. Incluso, se explica, la falta de atención del Estado, por las víctimas en base de que la existencia de éstas subraya -en no escasa medida- el fracaso del sistema en orden a la protección y tutela de los intereses colectivos.

Todo ello, al margen -por supuesto-, de que hay ciertas víctimas ,que desde la óptica del poder, hay que dejar en el olvido, porque pueden representar un notable costo político: las víctimas de la injusticia social, de la marginación, de la violación de los derechos humanos, del abuso del poder, de la segregación racial o religiosa, de la delincuencia de cuello blanco, etc...

En otro orden de cosas, la formulación en el ámbito de la Ciencia jurídico-penal del concepto del bien jurídico -o contenido sustancial del delito- ,contribuyó, a la objetivación de esta problemática, al distanciamiento de las víctimas del protagonismo en la aplicación de la Justicia punitiva.

Al menos, en cierta medida, se despersonalizó la agresión criminal, para convertirse en un atentado contra valores de contenido abstracto, cuya protección corresponde al Estado.

Años más tarde, cuando surge la noción de los Derechos Humanos y su protección, se presta especial atención a los mismos ,en función de la persona del delincuente. De ello, se deriva, una casi monocorde protección del mismo, a lo largo del procedimiento criminal.

---

[44] Vid, en la materia: SILVA SANCHEZ J.Mª:"¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática, en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona", Libro–Homenaje al Profesor ANTONIO BERISTIAIN, San Sebastián, 1989, pp. 633 y ss .y bibliografía allí citada, fundamentalmente alemana (MADLER).

[45] Vid. RODRIGUEZ MANZANERA, " Victimología. Estudio de la víctima", ob.cit ant. pp 4 y ss.

Durante mucho tiempo, la víctima habría de permanecer ignorada, por planteamientos de esta naturaleza.

Conviene retomar, una vez llegado a este punto, la denominada "Victimizacion Secundaria" que junto con las penas y medidas de seguridad, las cuales se expondrán de forma más exhaustiva a lo largo del presente estudio, la Dogmática considera, como la tercera consecuencia de la lesión penal del bien jurídicamente protegido[46].

Se facilita, así, el cumplimiento de los fines del Ordenamiento penal, en cuanto que el resarcimiento del daño producido por el delito, no sólo constituye una sanción penal específica, sin que al estar dispuesto el autor a subsanarlo según se determine, amen de completarse el elemento de la culpabilidad que fundamente la pena, evidencia una aptitud de rechazo del delito en su propio ejecutor.

Las repercusiones de esta triple consecuencia jurídico-penal ,se manifiestan, en muchos momentos e institutos procesales. Sus efectos, pueden llegar a permitir, la exención de punibilidad, que lo es de procedibilidad, siempre que se trate de determinadas infracciones, la suspensión condicional de la pena- si el condenado reparare en la medida que pudiere el daño causado-, el archivo, con aprobación del Tribunal competente de las diligencias del Ministerio Fiscal, y al menos, disminuyendo, la victimización secundaria, hasta hoy, inherente en el sistema de justicia penal.

E- El MOVIMIENTO VICTIMOLÓGICO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO.

Cuando se alude al papel de las víctimas, de forma general, se está abordando, un tema tan antiguo como la propia Humanidad[47], presente en todas las civilizaciones y religiones y ampliamente documentado en los clásicos, y aún en el enfoque cultural de cada país; del cual ya hemos hecho referencia al inicio de, presente trabajo, sin embargo, la aproximación científica al mismo, no se produce hasta después de la Segunda Guerra mundial, en coincidencia cronológica con otras aportaciones que en el futuro habrían de alcanzar cierta

[46] Vid. ROXIN, C." La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones" en Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania en, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial" Madrid 1991 pp 19 y ss. Del mismo "*La posizione della vittima nell sistema penale*" en Indice Penale, 1982.

[47] DRAPKIN, " El Derecho de las víctimas" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980, pp 367 (obra citada).

relevancia y difusión[48]. Nos encontramos, pues, ante una "*Junge Wissenschaft*", en expresión de SCHNEIDER[49].

Entre los pioneros de la nueva ciencia, goza de generalizado reconocimiento, VON HENTING, criminólogo alemán, exiliado en los Estados Unidos, hasta el punto, de que una de sus obras más celebradas, aparecida a finales de la década de los años cuarenta, se considera, el punto de partida, de los estudios científicos sobre la víctima del delito[50]. Sin embargo, tan decisiva aportación, no supuso, un cambio de rumbo respecto al pensamiento criminológico tradicional. Se limitó a subrayar, la necesidad, de una más ambiciosa contemplación de la etiología criminal, de las causas del delito[51]. Matizó, el hasta entonces indiscutido protagonismo del autor, trayendo a un primer plano su relación con la víctima (interacción delincuente-víctima) y configurando, el concepto, de la "pareja criminal".

A partir de este momento, se abre camino, la idea de que, muchos delitos, son difícilmente explicable, o no lo son en absoluto, si no se tiene en cuenta, la aludida relación autor-víctima, si no se contempla la conducta a veces cooperadora o, incluso, provocadora del sujeto pasivo, y todo ello, determinado porque existen personas o colectivos que por sus específicas características soportan un alto riesgo de victimización. Consecuentemente, la determinación, de en qué medida, la víctima, contribuye a la perpetración del delito, se convirtió en una inquietante pregunta, hasta entonces sin respuesta.

Fue en la obra, "*The criminal and his victim*" donde aborda este autor, la primera clasificación general de las víctimas, y un estudio, de los tipos psicológicos de las mismas. Presta especial atención a los menores, mujeres, ancianos, deficientes mentales, inmigrantes, etc. y a la actitud de la víctima frente a su agresor. Con posterioridad a esta obra, el ámbito de la Victimología ,se ha ampliado notablemente, sobre todos en los campos sociológico y jurídico[52].

---

[48] Coincidencia histórica, que ha subrayado, el propio MARTINEZ ANCEL A: *La Défense sociale devant le probléme de la victime, en Revue de science criminelle et de Droit pénal comparé,* 1978, pp181. En términos semejantes, el mismo autor: *Le probléme de la victime dans le Droit pénal positif et la Politique criminelle modernem en Revue internationale de Criminologie et de police technique,* 1980, pp. 133 y ss.

[49] Cfr. SCHNEIDER, H.J. *Kriminologie, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 19*87, pp. 787.

[50] Cfr. VON HENTING, H."*The criminal and his victim*" Yale University Press, New Haven, 1948. En esta obra, el último capítulo se dedica,-precisamente- ,al examen de la contribución de la víctima en la génesis del delito.

[51] Cfr.PETERS, T, "Consideraciones teóricas sobre la Victimología" en Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº2, 1988, pp. 108.

[52] Vid. Al respecto ELLENBERGER, H.F. *Les origines biologiques de la victimologie, en Reveu internationales de Criminologie et de Police technique,* 1986, pp 373.

E.1- La nueva configuración de la víctima: Symposium Internacionales. Concreción como ciencia jurídica.

El interés por la víctima del delito, renace, como hemos aludido anteriormente, después del término de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia, del holocausto del pueblo judío, por la Alemania nazi[53]. En 1.948 Von HENTING[54], al que se ha hecho referencia anteriormente, con su importante obra[55], que fué considerada , el punto de partida, de los estudios científicos, sobre la víctima del delito, marcó el punto de partida, de una corriente centralizadora de un tema, que, hasta la fecha actual, preocupa, sobremanera, a nuestra sociedad. .En 1957, el indicado autor, publica el tercer volumen de la serie, sobre la Psicología criminal de los delitos en particular, dedicado a la estafa, e insiste en la clasificación de las víctimas para prestar muy especial atención a la relevancia de su actuación en la mecánica de los mismos[56].

Así también, a partir de las obras de VON HENTING, MENDELSOHN y otros pioneros[57], la Victimología, fue consolidándose como campo de investigación científica, y muy pronto, aparecieron obras preocupadas por las víctimas, en general, o por las específicas de algunos delitos concretos. Como ha esquematizado SANGRADOR[58], este progresivo interés por las víctimas, fue acompañado y estimulado, por una pluralidad de circunstancias:

---

[53] También se suele citar entre otros autores como el momento histórico en que nació el interés por la víctima, el asesinato en Estados Unidos de una mujer, Kitty GENOVESE, que resultó atacada y asesinada a sangre fría en la puerta de su domicilio por un individuo que tardó 30 minutos, en acabar con su vida; sin que en todo ese tiempo ni una sola de las personas que lo presenciaron acudieran a la ayuda de la víctima. Asimismo, las denominadas "encuestas de victimización" que se vienen a institucionalizar a finales de la década de los años sesenta, contribuyeron públicamente al citado impulso de toma de conciencia. Y, lo mismo cabe decir, del avance de los movimientos feministas, que, particularmente, vinieron a exigir, mayor atención a la violencia específicamente dirigida a la mujer.

[54] Para este autor, conviene tener en cuenta, hasta tres nociones fundamentales de víctimas: La primera de ellas como figura dual, esto es, la posibilidad de que una misma persona sea a un tiempo delincuente y víctima -caso ,actualmente frecuente, en los jóvenes drogadictos- ; la segunda de ellas, como víctima latente que se viene refiriendo a las personas que tienen una cierta atracción hacia el criminal o predisposición a llegar a ser víctimas-así, los niños y los ancianos (VON HENTING llegaba a incluir en este grupo a las mujeres)-; y la tercera noción, relativa a la existencia, de cierta relación previa de la víctima con el delincuente -relación conyugal/malos tratos- "¿La sociedad/judicatura atiende a "sus" víctimas/testigos? BERISTAIN IPIÑA, A. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1.993 pp 166 y ss.

[55] "El derecho de las víctimas", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980, pp 372.

[56] VON HENTING, H., *Zur PsYchologie der Einzeldelikte*, tomo III, Tubingen, 1.957.
de Police technique, 1954, pp 103 y ss.) y SCHULZ, H *(Kriminologische und strafrechtliche Bermerkungen zur Beziehung zwischen Täter un Opfer, en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1956, pp 171 y ss).

[58] Vid.. SANGRADOR J.L,, "La Victimología y el sistema jurídico penal" en Psicología social y Sistema penal, Alianza Universidad, Madrid, 1986, pp. 62 y ss.

En primer término, porque a finales de los años sesenta, la Psicología social, elaboró un conjunto de teorías, que, en ocasiones, fueron utilizadas, a la hora de explicar, los datos aportados, por las investigaciones victimológicas.

En segundo lugar, porque el interés por las víctimas y espectadores de delitos violentos, y los comportamientos solidarios o de abandono de estos últimos, generó un conjunto de interrogantes ,que los psicólogos sociales, trataron de explicar, en sus investigaciones sobre las conductas de ayuda. Algunos casos célebres desencadenaron planteamientos de este tipo. Por ejemplo, el muchas veces aludido de Kitty Genovese, que fue asesinada - en los Estados Unidos- a la puerta de su casa, por un individuo, que tardó media hora, en consumar el delito, sin que ninguno de los vecinos presentes, se moviese, en su auxilio o llamase a la policía.[59]

Además, el perfeccionamiento y la proliferación de las encuestas nacionales de victimización en algunos países, permitieron obtener, datos reales, sobre la población victimizada, al margen de las estadísticas policiales. Los estudios criminológicos sobre la "cifra negra" han contribuido a crear, un clima socio-político, que aborda la problemática de ola criminalidad desde el punto de vista de la víctima, y que propicia, la aparición de los movimientos a favor de las víctimas ("*Victim movements*")[60].

Finalmente, los movimientos feministas, jugaron un papel decisivo, al llamar la atención sobre la violencia, específicamente dirigida, contra la mujer (violación, abusos sexuales, malos tratos, etc..). Se elaboraron, programas de asistencia, y, se habilitaron centros, para las víctimas de estos delitos, que no siempre son denunciados. Por otro lado, estas iniciativas ,atrajeron la atención, sobre el grave problema social, de los niños maltratados.

Paulatinamente, concluye SANGRADOR: "La Victimología fue adquiriendo carta de identidad y, como acontece con todo nuevo campo de investigación, trató de definir su identidad y sus límites, crear una terminología propia y, en definitiva, ganarse un lugar

[59] En Estados Unidos de Norteamérica conviene precisar la diferencia en esta materia, dado la legislación independiente en cada un de los estados .Destacar a modo de ejemplo , el caso de Texas, que protege al público y controla el comportamiento de los delincuentes comunes mediante un desarrollo de un plan general de reinserción y una actuación directa de la víctima del delito.Las víctimas, participan en los diferentes programas de reinserción y participan con los educadores sobre las consecuencias que el hecho padecido ha provocado en su persona y su entorno, existiendo, un importante sentimiento de compasión hacia el delincuente, cuestión que ,choca, sobremanera, con ser uno de los pocos Estados, donde está en vigor, la pena de muerte al delincuente.

[60] Cfr. PETERS J. "Consideraciones teóricas sobre la Victimologia," ref. en Psicología social De singular importancia son las aportaciones de ELLENBERGER *"Relations psychologiques entre le criminel et la victime", en Revue internationale de Criminologie et y Sistema penal*, Alianza universidad, Madrid 1986, pp 98 y ss.

respetable, entre el conjunto de disciplinas ya establecidas. A lo largo de la década de los sesenta, la Victimología entró ya en un estado de cierta madurez, adquiriendo por entonces algunas de las características formales de una disciplina científica".

La fase de consolidación ,se inicia ,con la celebración del I *Symposio Internationale* sobre la Victimología (Jerusalén, 1973), antes expuesto, al que muy pronto siguieron otros[61],cuya reseña se especificará a continuación..Ya en el año 1976, apareció una publicación periódica especializada (*Victimology),* creándose en 1980 la Sociedad Internacional de Victimología. Como respuesta a estos planteamientos científicos, en las legislaciones de algunos países(Alemania, Francia), se fue dando cabida, a programas de asistencia, compensación y auxilio a las víctimas del delito. Con ello, la Victimología, alcanzó, una madurez evidente, no sólo, como ciencia social, sino también, como fuente de ideas y de proyectos de naturaleza práctica[62].

Aludiendo al referido Congreso Internacional de Victimología, celebrado en Jerusalén ,en 1973, este atrajo la atención de especialistas de muy distinta procedencia y, sobre todo, obtuvo un reconocimiento internacional, para la Victimología. Allí se decidió, además, que estas reuniones internacionales, se celebrasen, en el futuro cada tres años. Las discusiones fueron organizadas, en cuatro secciones científicas: el estudio de la Victimología (concepto, definición de víctima, metodología, aspectos interdisciplinarios, etc...); la relación victimario-víctima (delitos contra la propiedad, contra las personas, sexuales, etc...); sociedad y víctima, actitudes y políticas (prevención, resarcimiento, tratamiento, etc...).

Con ello, se sentaron las premisas necesarias, para enfocar, desde una perspectiva hasta entonces desconocida, la finalidad punitiva de los Estados, una intervención política e institucional ecuánime y desapasionada.

El II *Symposio,* tuvo lugar en Boston en 1976. En tres secciones, se agruparon los temas a debatir: aspectos conceptuales y legales de la Victimología (concepto y finalidad, tipologías víctimales, etc.); las relaciones victimales (la relación criminal-víctima y la policía, el delincuente político como víctima, etc.); la víctima y la sociedad (la compensación a la víctima del delito, victimización de la víctima por la sociedad, etc.). Se concentro la atención, de forma particularizada, en aquellas víctimas, que sufrieron lesiones y graves daños corporales, tanto en su salud física, como en su salud mental, y se empezó a utilizar,

[61] Vid. Al respecto, SCHENEIDER, "Kriminologie", ob cit .ant., pp 753 y ss.
[62] Vid. RIVERA LLANO A.," Victimología, Derecho penal y Cibernética", en Estudios de Derecho Penal ,en memoria del Profesor D. Luis Zafra, Cali, 1981, pp.135.

por primera vez, el concepto de víctima indirecta, en el caso de la muerte de un familiar o persona equivalente a consecuencia de un hecho delictivo, debiendo ser, como tendremos ocasión de pormenorizar, adecuadamente, a lo largo de este trabajo, una reparación global, y especificada a cada perjudicado.

El III *Symposio*, celebrado en Münster en 1979, se estructuró, en diversas secciones y grupos de trabajo: en las primeras se trató, la problemática del papel de las víctimas en el proceso de victimización o la situación de las mismas en el sistema judicial penal; en las mesas de trabajo se suscitaron, entre otras cuestiones, las relativas a la violencia en la familia y el examen de las víctimas de crímenes violentos durante el nacional- socialismo, provocando importantes discusiones, el tema de la reparación victimal de la que muchos Organismos Internacionales, ya abogaban, por la condena internacional, buscándose, asimismo, una satisfacción también universal.

El IV *Symposio,* se celebró en Japón, en las ciudades de Tokio y Kyoto, en 1982. Además de las tradicionales cuestiones generales y metodológicas, se abordaron problemas, hasta entonces, inéditos (víctimas de la delincuencia de cuello blanco y de la contaminación) y se prestó especial atención, a la asistencia, compensación y restitución y otros servicios a las víctimas, sentando las bases, de lo que posteriormente marcaría, la reparación integral de las víctimas del delito.

El V *Symposio,* tuvo lugar en Zagreb y, al mismo, se incorporaron, algunas cuestiones tratadas, hasta entonces, de forma incidental; por ejemplo, la problemática de las víctimas de los abusos de poder o la asistencia a las víctimas y prevención de la victimización en los ámbitos regional e internacional, abogando, por una eliminacion, paulativa y general, de los hechos delictivos.

El VI Symposio, celebrado en Jerusalén en 1988, siguió una línea de consolidación de anteriores investigaciones, incidiendo además, en el examen de los programas de asistencia a las víctimas y en diversos aspectos concretos de la victimización (de ancianos, de mujeres, de menores, de homosexuales, etc.); también se enfocó, la problemática de las víctimas de catástrofes nucleares y ecológicas, dada la gran demanda social, en poder clarificar, de forma adecuada, la protección por los Estados, de la especial situación de estos perjudicados.

Con dichas referencias, el propio VON HENTING, publicó, el tercer volumen de la serie sobre la Psicología criminal de los delitos en particular, dedicado a la estafa[63], e insistió en la clasificación de las víctimas (básicamente, en resistentes y cooperadoras) para prestar una especial atención, a la relevancia de su actuación en la mecánica de los delitos de estafa.

Otros de los pioneros, al hilo de lo establecido anteriormente, es el israelita MENDELSOHN, abogado en Jerusalén y creador, -precisamente- del vocablo Victimología[64]. Sus primeras aportaciones en la materia , se produjeron, también, en los años cuarenta. Sobre todo, suele destacarse la célebre conferencia, pronunciada en marzo de 1947, en el Hospital Coltzea de Bucarest, ante un auditorio de psiquiatras, psicoanalistas y forenses. A partir de entonces, es autor de unas sesiones de trabajo, en los que, entre otras cuestiones, reivindicó la paternidad, de esta nueva orientación científica,[65] título, que con cierta acritud, le es negado, en nuestro país, entre otros, por JIMENEZ DE ASUA[66].

Como ha subrayado NEUMAN, el pensamiento de MENDELSOHN, va mucho más allá que el del criminólogo alemán antes aludido[67]. Efectivamente, se ocupa de toda víctima y de todos los factores que provocan su existencia; afirma que la Victimología no debe de interesarse sólo por las víctimas de los delitos, sino, también, por las víctimas de las catástrofes naturales (inundaciones, terremotos, etc.) ya que el delito es sólo uno de los factores de la victimización. Planteamiento, en nuestra opinion, de amplitud desmesurada, que pugna, con la más extendida fisonomía, que, se atribuye, a dicha Ciencia, para vincularla al estudio de las víctimas y de la victimización relacionada con el fenómeno criminal. Parece evidente, que la ampliación del concepto víctima, tiende, estratégicamente, a atribuir, al concepto matriz, un papel, más relevante, que el simple auxiliar de la Criminología[68].

También MENDELSOHN, prestó muy especial atención a la "pareja criminal", que contrapone a la "pareja delincuente" configurada por SIGHELE; en ésta, afirmó, existe una

---

[63] Vid..VON HENTING, *Zur Psychologie der Esinzeldelikte, III, Der Betrug, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen,* 1957. Existe versión española, bajo el título "Estudios de Psicología criminal, III, La estafa", Ed. Espasa-Calpe, Madrid, segunda edición de 1964.

[64] La primera utilización del término Victimología se ha atribuido, también, al psiquiatra norteamericano WERTHAM, F *(The show of violence, Doubleday, New York, 1949*). En este sentido, vid. FATTAH, *La Victimologie: Qu´est-elle, et quel est son avenir?* ob cit ant.

[65] Vid. MENDELSOHN,B,*Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: la Victimologie, en Revue internationale de Criminologie et de Police technique,* Bonn 1956, pp 95 y ss.; La *Victimologie, science actuelle, en Reveu de Droit pénal et de Criminologie,* 1959, pp. 619 y ss.; La *Victimologie, et les besoins de la societé actuelle, en Reveu internationale de Criminologie et de Police technique,* 1973, pp 267 y ss.

[66] Cfr.: JIMENEZ DE ASUA, la llamada Victimología, cit ant. pp. 22 (obra del autor).

[67] Cfr.: NEUMAN, E " Victimología", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, pp. 22 y ss.

[68] Vid. Al respecto: H.GÖPPINGER, " Criminología", Reus, S.A., Madrid, 1975, pp.362.

armonía constitucional (ambos son delincuentes); por el contrario, en aquélla, concurre una radical desarmonía, sus elementos integrantes, entran en conflicto. Además, destaca dos momentos perfectamente diferenciados, en la relación de la "pareja criminal": en el primero –antes de la producción del hecho delictivo- ambos integrantes se atraen en sus relaciones sociales (caso de la estafa o del crimen pasional) o, por lo menos, son indiferentes (el conductor y su víctima en un delito culposo o el ladrón y el despojado anónimo); en un segundo momento -después del delito-, los miembros de la pareja , son interdependientes pero antagónicos, con intereses en conflicto, lo que determina, la apertura del procedimiento criminal.

En cualquier caso, tanto VON HENTING como MENDELSOHN, abordaron, una clasificación de las víctimas, en función de muy diversos criterios, pero siempre, indagando sobre la interacción autor-víctima y los factores que determinan sus papeles respectivos.

Especialmente,y según nuestro enfoque, la clasificación de MENDELSOHN ofrece una "rica tipología victimaria"[69] que ha servido de base, a la inmensa mayoría, de las aportaciones posteriores. Puede esquematizarse en los siguientes términos:

1) Víctima enteramente inocente o víctima ideal es aquella que nada ha hecho para desencadenar la acción criminal que sufre. Es totalmente ajena a la actividad del delincuente.

2) La víctima por ignorancia da un impulso no deliberado al delito; irreflexivamente provoca su propia victimización al facilitar la actuación del agresor.

3) La víctima provocadora incita con su conducta al hecho criminal; su provocación es decisiva.

4) La víctima voluntaria evidencia aun más la colaboración con el victimario (eutanasia o pareja suicida).

5) Finalmente, la víctima agresora ofrece una doble fisonomía: de un lado, la simuladora (que acusa falsamente); de otro, la imaginaria (que inventa su propia condición de víctima, cuando no se ha producido la infracción).

Ya en 1984, NEUMAN, recogió, muchas de las aportaciones correctoras a que dio lugar la obra de MENDELSOHN e, intentó, una clasificación más moderna y dinámica, cuya característica esencial -subrayó- estribaba, en que no debía de ser exhaustiva[70]:

[69] Cfr.: GARCIA-PABLOS, Manual de criminología, cit.ant. pp. 81 (obra del autor).

1.- En primer lugar, aludió a las víctimas individuales para distinguir entre las mismas, aquellas que carecen de actitud victimal o, por el contrario, adoptan una actitud idéntica, culposa o dolosa.

2.- En segundo término, mencionó las víctimas familiares (niños y mujeres maltratadas y diversos delitos cometidos en el ámbito conyugal).

3.- Entre las víctimas colectivas, mencionó, la comunidad como nación (rebelión, sedición, etc.) la comunidad social (genocidio, terrorismo de Estado, etc.) y determinados grupos sociales lesionados en sus derechos a través del propio sistema penal (tortura, excesos en materia de prisiones preventivas, existencia de leyes criminógenas, etc.).

E.2- Consolidación de la víctima en el marco de Derecho Europeo.

Haciendo referencia a la Comunidad Económica Europea., hay que resaltar, entre otras, las Recomendaciones aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en fecha 28 de Junio de 1985, dirigidas a los Gobiernos de los Estados miembros:

I.- Para que revisen su legislación y su práctica respetando las líneas directrices siguientes:

1.- En el estadio policial:

.- Los funcionarios de policía deberían estar formados para tratar a las víctimas de modo comprensible, constructivo y tranquilizador.

.- La Policía debería informar a la víctima sobre las posibilidades de obtener asistencia, consejos prácticos y jurídicos, reparación de su perjuicio por el delincuente e indemnización por el Estado.

.- La víctima debería poder obtener información sobre la suerte de la investigación policial.

.- En todo informe sometido a los órganos encargados de la persecución, la policía debería formular un atestado claro y completo como fuera posible sobre las lesiones y los daños sufridos por la víctima.

2.- En el estadio de persecución:

[70] Vid. NEUMAN" Victimología," cit.ant., pp. 69 y ss (obra del autor).

.- No se debería adoptar una decisión discrecional sobre la persecución, sin una adecuada consideración de la cuestión, de la reparación del daño sufrido por la víctima, incluyendo todo esfuerzo serio, desplegado, a este fin, por el delincuente.

.- La víctima debería ser informada de la decisión definitiva ,relativa a la persecución, salvo cuando indique que no desea esa información.

.- La víctima debería tener derecho a pedir la revisión, por autoridad competente, de la decisión de archivo o derecho a proceder siendo citada directamente.

3.- En el interrogatorio de la víctima.

.- En todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima debería hacerse, con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. En la medida de lo posible y en los casos apropiados, los niños y los enfermos o minusválidos mentales deberían ser interrogados en presencia de sus padres o del tutor o de cualquier persona cualificada para asistirles.

4.- En los juicios

.- La víctima, debería ser informada, de la fecha y del lugar del juicio relativo a las infracciones que le han perjudicado; de las posibilidades de obtener la restitución y la reparación en el seno del proceso penal y de lograr el beneficio de asistencia o de asesoramiento jurídico, de las condiciones en las que podrá conocer las resoluciones que se pronuncien.

.- El Tribunal penal debería poder ordenar la reparación por parte del delincuente en favor de la víctima. A este efecto, deberían suprimirse, los actuales límites de jurisdicción y las demás restricciones e impedimentos de orden técnico que obstaculicen que esta posibilidad sea, en realidad, de modo general.

.- La reparación, en la legislación, debería poder constituir bien una pena, bien un sustitutivo de la pena ,o bien, ser objeto de resolución al mismo tiempo que la pena.

.- Todas las informaciones útiles sobre las lesiones y los daños sufridos por la víctima deberían ser sometidas a la jurisdicción para que pudiera, en el momento de fijar la naturaleza y el "*quantum*" de la sanción, tomar en consideración: la necesidad de reparación del perjuicio sufrido por la víctima; cualquier acto de reparación, o de restitución ,efectuado por el delincuente o cualquier esfuerzo sincero del mismo en ese sentido.

.- Debería darse una gran importancia a la reparación por el delincuente del perjuicio sufrido por la víctima cuando la jurisdicción pueda, entre otras modalidades, añadir condiciones de orden pecuniario a la resolución que acuerda un aplazamiento o una suspensión de la penal o una puesta a prueba o cualquier medida similar.

5.- En el momento de la ejecución.

.- Cuando la reparación se imponga como sanción penal, debería se ejecutada, del mismo modo, que las multas y tener prioridad sobre cualquier otra sanción pecuniaria impuesta al delincuente. En todos los demás casos, se debería prestar a la víctima, la máxima ayuda posible en esta operación de cobre.

6.- Protección de la vida privada.

La política de información y de relaciones con el público, en el marco de la instrucción y el juicio de las infracciones, debería tomar, debidamente en cuenta, la necesidad de proteger a la víctima de toda publicidad, que implicara, un ataque a su vida privada o a su dignidad. Si el tipo de infracción, el estatuto particular, la situación o la seguridad personal de la víctima, requieren, de especial protección ; el proceso penal anterior a la sentencia, debería tener lugar a puerta cerrada o la divulgación de los datos personales de la víctima, debería ser objeto, de restricciones adecuadas.

7.- Protección especial de la víctima.

.- Cuando ello aparezca 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.

II.- Se recomienda también a los Estados miembros:

.- Examinar las ventajas que puedan presentar, los sistemas de mediación y conciliación.

.- Promover y estimular las investigaciones ,sobre la eficacia de las disposiciones relativas a las víctimas.

F- LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. ANALISIS DE LOS TRES INTERESES CONTRAPUESTOS. LA FORMULACION DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES: EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCION.

F.1- Introducción.

Uno de los grandes problemas, con los que se enfrenta la Justicia Penal, a nuestro entender, reside, en la necesidad ,de hallar el apropiado equilibrio, entre tres intereses que, por su propia naturaleza y condición, son contrapuestos. De una parte, el Estado, a través de su Administración de Justicia, que busca con el proceso penal, el esclarecimiento del delito y el castigo de los culpables, tratando de evitar ,que aquél y sus autores, queden impunes por falta de los resortes necesarios para conseguirlo. De otro lado, el interés de la víctima que, en muchos casos, constituye la principal y única prueba de cargo, para esclarecer el hecho delictivo y destruir la presunción de inocencia, de quién puede resultar imputado, pero que, muestra su reticencia, cuando por temor a declarar todo lo que sabe, tiene un riesgo, a veces muy evidente, de ser sometido, a represalias o venganzas, por parte de quiénes resultan acusados por aquéllas, valorando en no pocas ocasiones, como muy favorable, la conveniencia de guardar silencio.

Finalmente, el interés del propio imputado, residenciado en los derechos fundamentales de incidencia procesal y ,especialmente, en los derechos, a un proceso público, con todas las garantías, que exige, el respeto, a los principios de publicidad, contradicción e igualdad de armas, de defensa y la presunción de inocencia, que en proceso penal están garantizados constitucionalmente.

No ha resultado fácil , a lo largo del devenir histórico del proceso penal, la conjugación de estos tres intereses, sobre todo, cuando se encamina, al enjuiciamiento de delitos que afectan a valores tan sensibles para la dignidad e intimidad del ser humano ,como lo son todas las manifestaciones patológicas, que afectan a la convivencia.

Todo ello, se entiende, en torno a un Derecho fundamental: la presunción de inocencia. Se razona, como un postulado principal, sobre el que pivota todo el proceso penal, de tal manera , que el imputado, ha de reputarse, a todos los efectos, como inocente, hasta tanto un Órgano jurisdiccional, investido de competencia, en un juicio contradictorio, declare su culpabilidad ,sustentada sobre una actividad probatoria de cargo.

De lo ahora expuesto, se deriva, que buena parte de las reglas generales de la prueba, deban aglutinarse, constitucionalizadas, por el derecho a la presunción de inocencia. Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional[71], el derecho a ser presumido inocente, como regla de juicio del proceso, “determina una presunción, la denominada presunción de inocencia, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de

[71] STC.109/1986. En el mismo sentido, STC. 81/1998 entre otras muchas.

vista, el mencionado derecho, significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena, han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria, pesa sobre los acusadores y ,que no existe nunca ,carga del acusado, sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos".

En consecuencia, la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, opera en el derecho del acusado, a no sufrir una condena, a menos ,que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas, que puedan considerarse de cargo.

Los términos tan categóricos, en los que se manifiesta la Jurisprudencia constitucional sobre este derecho fundamental del imputado, no pueden, en principio, dejar de suscitar una profunda inquietud, a quien se acerca al estudio de este problema, desde la otra vertiente de la relación delictual, la de la víctima, en primer lugar porque, tradicionalmente, el proceso penal ha supeditado, la búsqueda de la verdad material localizada en el esclarecimiento del delito y en el castigo de sus partícipes, a la observancia de una serie de garantías procesales que podrían sintetizarse en el vocablo "derecho a un juicio justo" en el que aparecen implicados, no sólo, ya el precitado derecho, a la presunción de inocencia, sino también, a otros de no menor relevancia en este campo como los de los derechos a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, el derecho a la prueba, o el derecho al juez natural o imparcial.

Y, en segundo lugar, porque como se ha encargado de reiterar, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[72], como la del Tribunal Supremo[73], aún siendo respetables los intereses de la víctima, no pueden hacerse prevalecer "*contra lege*", en perjuicio, de los derechos fundamentales del acusado.

F.2- Antecedentes de la víctima en el sistema procesal español

Una vez enfocado el tema, con las premisas anteriores, observando, el estado actual de nuestro sistema penal, advertiremos, la existencia, de una verdadera transición ,en el

[72] SSTC. 157/90, 199/96, 41/97 y 232/98, entre otras muchas.

[73] Auto del Tribunal supremo de 1 de febrero de 1999: "La víctima de un delito, no tiene un derecho fundamental ,a obtener una satisfacción ,en forma de sentencia condenatoria por el delito sufrido, toda vez, que el *ius puniendi*, constituye, una consecuencia, del ejercicio de las atribuciones, que, corresponden ,en exclusiva al Estado".

tratamiento de la víctima, dado que, desde hace bastante tiempo, su situación está continuamente, repensada y reelaborada.

Para poder cuantificar, la magnitud de estos cambios, debemos repasar lo sucedido con ella, en el origen del proceso.

Se advierte, un primer momento, en el cual, el Estado, encomendó, exclusivamente, al ofendido, la persecución penal estableciendo, en consecuencia, que las acciones del delito eran sólo privadas.

Considerando que, muchas veces por desidia, otras por miedo, a veces por falta de capacidad, etc..., la víctima, permanecía inactiva, se realizó, un cambio fundamental, con aquellos ilícitos que, se entendían, causaban alarma social. Para estos supuestos, el Estado se hizo cargo de la acción, por lo que esta pasó, a ser de ejercicio público. Ello originó un órgano específico encargado de su promoción y desarrollo: El Ministerio Fiscal, que será objeto de estudio no sólo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, sino en las sucesivas reformas procesales, incluida la última por Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Crininal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del Procedimiento Abrevisado y Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre complementaria del aludido Texto legal.

Esta forma de plantear el proceso penal, en opinión de algunos procesalistas,[74]ocasionó en los hechos, una verdadera confiscación por parte del Estado, del conflicto de la víctima cuyas decisiones, sobre las consecuencias penales del hecho que habría padecido, eran absolutamente irrelevantes (por ejemplo, ninguna importancia tiene que el ofendido "quiera retirar la denuncia")

Por el contrario, en países de nuestro entorno (Alemania, Francia…), el sistema se estructuró de forma diferente, dándole más importancia, al consentimiento de la víctima y mayores facultades a la Fiscalía, a la que podía utilizar, para el ejercicio de sus funciones, criterios de oportunidad.

Ubicándonos en nuestra realidad, observamos, que la combinación de los delitos mayoritariamente, de acción pública perseguible de oficio, con una Fiscalía acotada por el

[74] MORENO CÁTENA V."Introducción al Derecho Procesal" Edersa, Madrid 1996 pp 277 y ss (obra del autor).

marco impuesto por el sistema de legalidad, generó una situación, que en muchos casos, era extremadamente gravosa para la víctima.

Ello se evidencia, tanto cuando el ofendido está muy interesado en la persecución penal como cuando, en otro extremo, entiende que lo perjudica, produciéndose una revictimización (Primero víctima del delito y después víctima de la relación del Estado frente al delito).

En nuestro país, ANTONIO BERISTAIN[75], efectúa la siguiente sinterización de algunos tipos de víctimas, del que hemos querido plasmar , no sin cierta licencia, para el presente trabajo, este cuadro descriptivo, por su claridad y concreción, a la hora de enfocar y analizar las necesidades y consecuencias de la misma.

[75] Criminología y Derecho, San Sebastián 1989, pp 650 y ss.

Víctima	Tipo	Participación	Ejemplo
Víctima completamente inculpable	Víctima "ideal"	Ninguna participación activa	Bomba en establecimiento público. Persona privada de conocimiento que es robada en calle céntrica Peligrosa. Persona dormida en coche-cama, en tren no peligroso, que es robada.
Víctima Parcialmente Culpable	Víctima por Ignorancia o por imprudencia	Mayor o menor contribución al hecho	Mujer que fallece al provocarse el aborto
	Víctima con Escasa culpabilidad	Mayor o menor Contribución al hecho	Mujer que entrega al falso contrayente matrimonial su libreta de ahorro
	Víctima voluntaria	Mayor o menor contribución al hecho	Causación de la muerte de enfermo/a incurable por su propio deseo (homicidio-suicidio)
Víctima completamente Culpable	Víctima provocadora	Contribución exclusiva de la víctima al hecho victimizante no punible	Agresor que muere "víctima" del agredido que se defiende legítimamente
	Víctima propiciatoria del delito	Contribución predominante de la víctima al hecho punible	Estafador estafado Borracho que fanfarronea en el bar con dinero y le hurtan la cartera
	Falsa víctima (delito simulado)	Denuncia falsa	Una mujer quiere vengarse de un hombre y le acusa de violación

Sentado lo anterior, hay que subrayar, que el actual interés por la Victimología, que empieza a experimentarse, también en España, además del autor expuesto con anterioridad, se debe, fundamentalmente, a la superación, de los tradicionales planteamientos jurídico-penales y criminológicos que, centraban, como ya se indicó, toda su atención en el delincuente, con olvido de que éste no es el único que toma parte en ese drama que constituye siempre el delito. Además, hay que reconocer, que no siempre en la etiología del

delito, es relevante la intervención de la víctima, que, en ocasiones, puede perfectamente ser sustituida por otra, y que las víctimas accidentales, nada aportan, al nacimiento de la conducta delictiva. Cuando se supera la inteligencia, de que no es ésta, una regla sin relevantes excepciones, se abre camino, resueltamente , la curiosidad científica, no sólo por la víctima, en cuanto elemento integrante de la pareja criminal de la que antyes hemos hecho mención expresa, sino también, y sobre todo, por su aportación a la dinámica del hecho delictivo, que, en ocasiones, puede resultar decisiva.

Como consecuencia de todo lo mencionado, la referida Ciencia, en su desenvolvimiento, se ha preocupado ,preferentemente, de las cuestiones siguientes: de las indemnizaciones a las víctimas de los hechos delictivos, de la elaboración y ejecución de programas de ayuda y tratamiento a las mismas, de alcanzar una mejor comprensión del fenómeno criminal en función de la posible intervención de la víctima que puede matizar la responsabilidad del delincuente y del examen de la predisposición victimal, en orden a una más fructífera prevención del crimen.

El interés por las víctimas, y por la Victimología, se manifiesta, tanto desde opciones conservadoras como progresistas[76]. Efectivamente, los conservadores, insisten en que ha llegado la hora de prestar una atención prioritaria a la víctima y de reducir, a sus justos términos, la concedida a los delincuentes; por otro lado, desde ámbitos progresistas se denuncia, también el tradicional desinterés por unas víctimas que, de igual forma, que los delincuentes, en cifras significativas, proceden de sectores sociales desfavorecidos, cuando no marginados, y que, encuentran enormes dificultades, para hacer frente a las muy diversas consecuencias nocivas que dimanan de su condición de víctima[77].

En definitiva, y al margen de otro tipo de valoraciones, en nuestra opinión, parece haber llegado el momento de poner fin a la ironía, ya denunciada por NORMANDEAU[78], que suponía convertir ,en destinatarios de todos los movimientos humanitarios, a los delincuentes y prescindir de actitudes de signo semejante ,respecto de las víctimas.

F.3- Análisis de la protección global de los derechos de la víctima en el proceso español. Su tratamiento procesal. La fase previa a la instrucción penal.

---

[76] Cfr. ARTZ, G. *Viktimologie und Strafrecht, en Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechts-reform,* 1984, pp.119.

[77] En términos semejantes, vid. PETERS, "Consideraciones teóricas sobre la Victimología", Ed. Reus S.A. 1975 cit. pp 114 (obra del autor).

[78] Vid. NORMANDEAU A. *Compensation d`etat aux victimes de la criminalité, en Revue internationale de Criminologie et de Police technique,* 1967, pp 184 (obra del autor).

La protección global de los derechos de la víctima,[79]nos indica , que la Justicia Penal y aún la sociedad, obstaculizan, la intervención procesal de la víctima del delito.Y llega a inflingirle, perjuicios adicionales, derivados de la infracción padecida, como hemos señalado al exponer los antecedentes de esta premisa, de modo que a la "Victimización primera" o experiencia personal del delito en el sujeto pasivo[80] se une la denominada "Victimización secundaria" que, en determinadas conductas punibles, puede ser más grave que la "primaria" cual sucede, en los delitos sexuales, de los que más adelante, expondremos, pormenorizadamente, mediante la estrategia de las defensas, de corresponsabilizar, cuando no de culpabilizar, a la víctima. Encuentra su fuente inmediata, esta victimización secundaria, no en el delito padecido, sino en el "contacto de la víctima con el sistema legal".

Intregrante de la Victimización Secundaria es, asimismo, la frustación que padece la víctima del delito, aún cuando el autor resulte condenado, al no lograr la satisfacción de su interés legítimo, al resarcimiento del daño, restitución de la cosa y/o indemnización de los perjuicios dada la insolvencia inicial o procesalmente reforzada del reo o la no previsión por el Estado, de medios para hacer frente a las necesidades de la víctima.

La difícil reparación del daño de la víctima, a la que dedicaremos un Capítulo especial, se viene pretendiendo enmendar, con una legislación , singularmente orientada, a protegerlas en caso de determinadas infracciones. Decisivo papel en esta normativa, han desempañado las Recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa en particular del Convenio núm. 116 de 24 de noviembre de 1983 sobre indemnización a las víctimas de [81]delitos violentos, que entra en vigor en el año 1988, así como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estado miembros de 28 de junio de 1985 acerca de la posición de la víctima, en el marco del Derecho penal y del proceso penal. de

[79] A este respecto vid LANDROVE DIAZ, G."Victimología" Valencia 1990, asimismo, los trabajos de GARCÍA-PABLOS, SILVA, SCHENEIDER etc, en Libro homenaje al prof. Antonio Beristiain, Valencia 1990, "Victimología" comp. BERISTIAIN/ DE LA CUESTA, San Sebastián 1990 *Victims and criminal Justice* ed. por G.KAISER/H.KURY/H.J.ALBRECHT con la asistencia de FREIBURG A., Br. 1991 pasim la Victimología con trabajos de SILVA SANCHEZ, MARTINEZ ARRIETA,GARCÍA-PABLOS, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ 1993. Singular relieve tiene, a este respecto, el Dictamen de la Comisión de Investigación parlamentaria de representantes de Bélgica de 14 de Abril de 1997, que en las Recomendaciones, sección primera, defiende, como prioridad, el trato y asistencia a las víctimas del delito; su traducción en España ha sido publicada en la Revista del Poder Judicial 3ª época número 49 1998, pp 15 a 53 (obra citada), BERTOLINO, pp I Proceso penal y servicio de la Justicia, La Plata 1992 cap.II " La situación de la víctima en el nuevo proceso penal argentino" pp 23 y ss (obra del autor) CAFERATTA NORES J.I."Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Buenos Aires 1997 esp. pp 179 ss,(obra del autor) entre otras muchas.

[80] Sic. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,"El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (El perjudicado como víctima del sistema legal)" en " Victimología", Cuadernos de Derecho Judicial, cit.ob. ant. pp 289 y ss (obra del autor).

este modo, en los últimos años, se han promulgado disposiciones "*ad hoc*" en países, como Alemania ("*Opferschutzgesetz*" de 18.12.1986), Bélgica[82], España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Gran Bretaña, Italia. Esta legislación, está orientada, bien a evitar-o al menos disminuir-los daños ocasionables a la víctima en el proceso, bien a garantizar -o al menos propiciar-que obtenga la indemnización ,con independencia de la eventual insolvencia del autor[83], insolvencia, que busca evitar o disminuir, mediante la adopción de medidas cautelares reales o patrimoniales[84].

Con referencia al caso español, apuntaremos, la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre de Ayudas y Asistencia a las víctimas de Delitos violentos y contra la Libertad sexual.[85]Dicha Ley, establece ayudas económicas, en favor de las víctimas[86], directas e indirectas de los

---

[81] Sobre tal legislación vid ampliamente SCHUEMAN "*Zur Stellung des Opfers im system de Strafrechtspflege" en NStZ* 1986 pp 193 y ss, SILVA SANCHEZ, Victimología Comp. BERISTAIN /DE LA CUESTA, cit. pp 79 a 81(obra del autor).

[82] Sobre Bélgica téngase presente el Dictamen de la Comisión de Investigación Parlamentaria de la Cámara de Representantes de 14-4-1997.

[83] SILVA SANCHEZ, JM,"La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la victimo-dogmática" en la Victomología, Cuadernos de derecho judicial, cit pp 16-17 (obra citada).

[84] Vid. PEDRAZ PENALVA, E "Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español", Madrid 1985 pp 93 y ss (obra del autor), también ARANGUENA FANEGO ,C "Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal español" Barcelona 1991.El riesgo de insolvencia ha sido desde siempre presupuesto para la adopción de medidas cautelares reales. Ya AZEVEDO A. *Comentarii juris civulis in Hispaniae regias constitucones, Tomus secundus Lugduni* , MDCCCVII en cuyo Libro IV Tit. II (bajo el epígrafe de "los secretos y embargos" al folio 278 y folio 279 habla de que el secuestro se acordará en los casos de sospecha de lapidación. En el folio 278 num. 5 y 6 para que se haga el secuestro ha de concurrir:1) que conste el derecho del que pide el secuestro.2) debe llamarse a la parte interesa porque afecta a sus cosas.3) que exista sospecha por parte de uno…Añade AZEVEDO que el secuestro también puede hacerse los días feriados en honor a Dios, si hay "*periculum in mora*", y las cosas que han de ser secuestradas son muebles…CALAMANDREI, P, *Introduzione allo studio sistematico dei pro vedimenti cautelari Padova* 1936, tras decir que constituye el "*periculum in mora*" un presupuesto para la adopción de medidas cautelares, lo define en las páginas 18-19 como el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso, por la lentitud del proceso, de la resolución definitiva. Agrega el profesor italiano, que es la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva, lo que hace surgir el interés en la adopción de la medida cautelar, siendo la mora de esta resolución final, considerada en si misma, como posible causa de ulterior daño, la que se procede a neutralizar preventivamente con la medida cautelar que anticipa provisionalmente los efectos de la resolución definitiva, tal mora indispensable para el cumplimento necesario del "*iter*" ordinario procesal, puede llegar a hacer prácticamente ineficaz la resolución definitiva que de este modo llegará tarde. Lo que dice CALAMANDREI, está enlazado, con el transcurso necesario del tiempo, previsto para la sustanciación del proceso, lo que es distinto sobrepasando el "*periculum in mora*" a que el proceso p.ej. se difiera maliciosa o negligentemente etc., hipótesis constitutivas del desconocimiento del derecho al proceso, en un plazo razonables o sin dilaciones indebidas.

[85] Convendrá reclacar la importante modificación efectuada por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, que modifica el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y adiciona un nuevoartículo 544 ter.

[86] Destacar la novísima regulación , establecida por Real Decreto 945/2003 de 18 de Julio (BOE 6 de Agosto de 2003), por el que se regula para el año 2003, el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo en el que en su artículo 2 punto 2 letra c), se hace mención expresa, a la acreditación por la Administración competente de la condición de víctima de violencia doméstica, y la incluye en el régimen financiero y de gestión estabñlecido en el capítulo V del título III de la Ley general de la Seguridad Social, concretamente la cantidad es la establecida, en el artículo 6 del referido Texto (la denominada renta de reinserción).

delitos dolosos y violentos, cometidos en España, con resultado de muerte o lesiones corporales graves o de daños graves en la salud física o mental (art 4)[87], tales ayudas se concederán, tras la Sentencia firme y, provisionalmente, con anterioridad, atendida la precaria situación económica en que la víctima se encontrare. También en España, tratándose de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por personas integradas en bandas o grupos armados, se reconoce a las víctimas, el derecho a la indemnización , del que expondremos ampliamente en Capitulo de ejecución de la sentencia, de los daños físicos o psicofísicos padecidos, como también a percibir cantidades determinadas en supuestos de secuestro, a la exención de tasas académicas, etc (Ley 32/1999 de 8 de Octubre de Solidaridad con las Víctimas del terrorismo, Reglamento de 17.12.1999)[88]

F.4- Participación de la víctima en el proceso penal español: Acusador particular y acusador popular.

La instrucción de la víctima, a fin de poder participar en el proceso penal, en calidad de acusador, conlleva el derecho al nombramiento de letrado que le asista, designación a verificar por el mismo perjudicado u ofendido por el delito, de oficio, por el juez y, eventualmente, acudiendo, a la asistencia jurídica gratuita, en la hipótesis, de carencia de recursos económicos.[89]

---

[87] Esta Ley, en su artículo 3, niega las ayudas o reduce su importe, si con su comportamiento, el beneficiario, hubiere contribuído, directa o indirectamente, a la comisión del delito, o al agravamiento de sus perjuicios y atendidas las relaciones con el autor del delito ,o su pertenencia, a una organización dedicada a las acciones delictivas violentas. Aún en esta hipótesis si hubiere fallecido el beneficiario directo, podrán acogerse a las ayudas los beneficiarios a título de víctimas indirectas, si quedaran en situación, de desamparo económico.

[88] En España, por obra de la Ley 32/1999 de 8 de Octubre de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo y su reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto de 17.12.1999 (corrección de errores BOE 22.1.2000),se reconoce a las víctimas y en su caso a sus familiares (art. 3 LSTV y RLSTV), el derecho a percibir un a indemnización por los daños físicos o psicofísicos que sufrieron por actos de terrorismo o hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaren con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana. No se indemnizarán los daños materiales ni los morales padecidos, aun cuando hubieran sido reconocidos ,en Sentencia firme (art. 2.2 y 6 LSTV y 2 RLSTV).El Estado asume la acción de responsabilidad civil cuya obligación recae y deviene en los autores y responsables civiles de los hechos, esté o no reconocida en sentencia por un principio de solidaridad, que no de responsabilidad subsidiaria ni de otra clase (art. 2.3 LSTV y .3 RLSTV) subrogándose, el Estado, en las posibles acciones presentes o futuras, que pudiera tener el beneficiario de esta indemnizaciones ,como requisito imprescindible para adquirir el derecho a las mismas (art. 8 LSVT y 9 RLSVT). También se reconoce, el derecho a indemnización de las víctimas de secuestro, como consecuencia de acciones comprendidas en el ámbito de esta legislación, exigiéndose, alguna condición para su libertad. Asimismo, se prevén, ayudas a las víctimas para financiar tratamientos médicos prótesis e intervenciones quirúrgicas, no cubiertas por el sistema público o privado de aseguramiento o por el régimen estatal o autonómico de ayudas (art. 7.2 y 26 RLSVT): se les concede otrosi la exención de tasas académicas en los centros oficiales de estudios de todos los niveles de enseñanza a las víctimas de los acto terroristas, así como, a sus cónyuges y sus hijos (art. 7.1 LSTV).

[89] La asistencia jurídica gratuita, es literal resultado, de la exigencia de igualdad de armas, por lo que reuniendo las condiciones previstas, por la respectiva norma (en España L.1/1996 de 10 de Enero de Asistencia jurídica gratuita) deberá reconocerse, no sólo al imputado, sino también a la víctima, que pretenda personarse en la causa.

Punto y aparte, merece la necesidad de denuncia previa, como presupuesto procesal para la persecución de los delitos "semipúblicos o semiprivados" subsistente, en algunos Estados tales como España, Francia con matices: "*plainte avec constitucion de partie civile*" etc…En este tipo de infracciones, el deber de instruir al ofendido de su derecho a denunciar, y de las consecuencias de no hacerlo, en cuanto condicionante, de la incoación del proceso[90], incumbe al órgano jurisdiccional.

También, se vela, procesalmente, por la práctica de determinadas diligencias, como el reconocimiento en rueda, del presunto responsable del afirmado hecho punible,como posteriuormente vermos de forma concreta, admitiéndose, en algunos países, que se sustituya el reconocimiento personal y directo, por su identificación, a través de fotografías y, en su caso ,de grabaciones audiovisuales.

De manera singular, se protege a la víctima en su declaración como testigo, como veremos a continuación, (art.337 CPPF, 410 y concordantes Ley de Enjuiciamiento Criminal.)[91], aunque, se discute, la posibilidad de declarar en tal calidad, cuando se haya personado en la causa como partícipe. Una de las medidas de amparo de la víctima-testigo es la general del Código Penal (LO 10/1995 de 23 de Noviembre), que sanciona en el art. 464.1, cualquier intento doloso de influir, directa o indirectamente, sobre los sujetos indicados en la Ley-denunciante, imputado, abogado, procurador, perito, intérprete, testigo-con vistas a determinar su actuación en el curso de procedimiento (STS 29-2-2000 ponente SANCHEZ MELGAR) ello, con independencia, de que el tono empleado sea moderado o soterrado (STS 12-2-1990) siempre que fuere susceptible de atemorizar al denunciante eventualmente, si no concurrieran los elementos del tipo, cabría, incluso, acudir a la falta de amenazas del art. 620.3 del Código Penal.

F.5- Tutela procesal de la víctima en el sistema español: el artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En primer lugar, la tutela procesal de la víctima, se lleva a cabo, con el deber de acordar como primeras diligencias, las necesarias, a fin 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 que se refiere el artículo 544 Ley de Enjuiciamiento Criminal.Entre las

---

[90] Así por la literatura alemana SCHMIDT"… *lehrkommentar zur strafprozessordnung und*…ob.cit. ant. pp, 628 (obra del autor).

[91] Vid. El trabajo colectivo de Derecho Comparado (dedicado a países como Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, España, y Usa , *Zeeugenschuttz durch verkurzung oder Vorenthaltung von Angaben zur Persob des Zeugen, Hrsg Peter Hunerfeld, Freiburg Br*. 1992.

medidas a decretar, se contemplan, la prohibición cautelar al inculpado en determinados delitos de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma con la gradación que sea precisa a determinada persona…El incumplimiento por el inculpado, de la medida acordada por el órgano jurisdiccional, podrá dar lugar a la adopción de una nueva medida cautelar, que, implique, mayor limitación ,de su libertad personal. En la misma sentencia condenatoria ,el Juez podrá ,con una duración máxima de cinco años, adoptar una o varias de las siguiente prohibiciones: aproximación a la víctima o a aquellos de sus familiares que se indique judicialmente, comunicación con la víctima, familiares u otras personas que determine el Juez, volver al lugar de comisión del delito o acudir al que resida la víctima o su familia, si fueren distintos (Art. 57 Código Penal)[92].

En segundo lugar, tras la inmediata creación de esa barrera que impida al imputado- y eventualmente al condenado si se declare así en sentencia- contactar de cualquier modo con su víctima, independientemente ,del objetivo que aquel afirme perseguir, procesalmente, se prescribe la obligación, de instruir al perjudicado de sus derechos, lo que compete tanto al Juez como a cualquier otro poder y autoridad, incluido Ministerio Fiscal y Policía.

En tercer lugar, convendrá hacer una valoración, de los antes nombrados derechos de la víctima, como, el de constituirse parte en la causa ,como acusador (art. 109 [93]Ley de

[92] Establece el art. 57 del Código Penal:" Los Jueces y Tribunales en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas, y contra la integridad moral la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente podrán acordar en sus sentencias dentro del periodo de tiempo que los mismos señales que en ningún caso excederá de cinco años la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones: La de aproximación a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. La de que se comunique con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia si fueren distintos. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente título por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los art. 617 y 620 de este Código."

[93] Destacar de forma literal lo que reseña el art. 109 Ley de Enjuiciamiento Criminal: " En el acto de recibirse declaración al ofendido que tuviese capacidad legal necesaria, se instruirá el derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Si no tuviere capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante. Fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se dará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso legal de la causa, lo cual no obsta para que le Juez procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente.En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que pudieran afectar a su seguridad"

Enjuiciamiento Criminal.) a cuyo efecto incumbirá a la autoridad Judicial y en su caso, al Ministerio Fiscal, hacerle sabedor del mismo.[94]

F.6- La información a la víctima dentro del proceso penal actual: Aspectos generales.

Convendrá tener en cuenta, que en algunos sistemas, el perjudicado por el delito puede participar en el proceso, en calidad de acusador popular o particular (así, en España, art. 125 de nuestra Norma Fundamental y art.101.2, art. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), en otros como, acusador adhesivo ("*Nebenklager*") 66 395 y ss StPO alemana "*Privatbeteliligte*" austriaco,"A*ssistente*" portugués (art. 68 y ss pro. Penal), así como deducir, la pretensión civil de resarcimiento, lo que comporta la necesidad, de que tenga previo conocimiento, de aquellas diligencias a practicar, en las que pueda intervenir en defensa de sus intereses, con el consiguiente uso de medios procesales adecuados para ello (solicitud, propuesta de peritajes, declaraciones testificales, inspecciones oculares, reconocimientos judiciales, petición de que se decreten medidas cautelares personales y/o reales, notificación de resoluciones, con miras, a su impugnación, si le ocasionaren o pudieran producirle, un gravamen).

G. DE LA JUSTICIA TARDIA A LA JUSTICIA INMEDIATA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.

G.1- El retardo de la Justicia.

Mal endémico de nuestra Justicia penal, ha sido, secularmente, su tardanza. Como ya nos recordara la Fiscalía General del Estado,[95] la deseada rapidez, en el despacho de asuntos, no es cuestión de ahora. Aún está por desarrollar del todo, si nos permiten una pequeña licencia

[94] Lo lógico para poder intervenir en todas las actuaciones, es que tal ofrecimiento de acciones, tenga lugar, en la primera comparecencia ante el juez, únicamentese, adiciona, que tanto antes como después de la declaración,se le permitirá entrevistarse con su abogado,sin perjuicio d elos estableciso en el apartado c) del art. 527.Entendemos, que esta facultad, alcanza, exclusivamente, a la declaración en sede judicial, no a la declaración que pudiera practicarrse al detenido en dependencias policiales,donde sería de aplicación el art. 520 del citado Texto Legal. (antiguo art. 789.4 LECrim, actual 776 según redacción efectuada por Ley 38 /2002 de 24 de Octubre de reforma parcial, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimieto abreviado y LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de la Ley de reforma parcial de La ley de Enjuicamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado.) o en su caso, ante el investigador fiscal.

[95] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Instrucción 6/1992 de 22 de Septiembre sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma, llevada a cabo, por la Ley 10/1992 de 30 de Abril de Medidas urgentes de Reforma Procesal en Boletín Oficial del Ministerio de Justicia suplemento nº 1660 de 25 de Enero de 1993 pp 23.

histórica, aquella recomendación de la Reina Católica, realizada a los príncipes herederos en su testamento, de poner en "marcha la administración de justicia".

Durante todo el siglo XIX, todas las Constituciones, que en el tiempo se sucedieron, atribuyeron al Rey, el "cuidar de que en todo el Reino se administrare pronta y cumplidamente la Justicia"[96], y, nuestros primeros procesalistas, desde GARCÍA GOYENA a ORTIZ DE ZÚÑIGA, de GOMEZ DE LA SERNA a LASTRES, no ahorraron reparos en evidenciar, la tara que la Justicia tardia representaba.

El propio ALONSO MARTINEZ, en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, después de calificarlo, de vicio crónico de nuestro sistema de enjuiciar, señalaba: "... sería temerario negar, que aún bajo la legislación vigente, no es extraño, que un sumario, dure ocho o más años, y, es frecuente, que no dure menos de dos, prolongándose, en ocasiones, por todo este tiempo, la prisión preventiva de los acusados; y aún, podría añadirse para completar el cuadro, que ,tan escandalosos procesos, solían no hace mucho, terminar, por una absolución de la instancia, sin que nadie indemnizara en este caso, a los procesados, de las vejaciones sufridas, en tan dilatado período, y lo que es más, dejándoles, por todo el resto de su vida, en situación incómoda y deshonrosa, bajo la amenaza perenne, de abrir de nuevo el procedimiento el día en que ,por malquerencia se prestaba a declarar contra ellos, cualquier vecino rencoroso y vengativo".

Para coadyuvar a paliar estas deficiencias, la Ley Procesal de 1882, instituyó un proceso penal, caracterizado, entre otros, por la separación entre órgano instructor y decisor, la oralidad y publicidad del juicio, la única instancia y el juicio por jurados, un sistema acusatorio formal o mixto, inspirado en el Código francés de Instrucción criminal de 1808, del que más adelante, mencionaremos, de forma más pormenorizada, que, sin embargo, desde muy pronto, sucesivas reformas en "aluvión"[97] lo fueron desdibujando, hasta llegar a un panorama, complejo, confuso y contradictorio, y, en cierta manera, deshumanizado[98].

Y es que en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, encontramos prevenciones dirigidas a evitar retardos del enjuiciamiento. Así, es bastante significativo, lo dispuesto en el artículo 324 del citado Cuerpo nornativo. Cuando al mes de haberse incoado

---

[96] Artículos 171. 2 de la Constitución de 1812, 47.2 de la de 1837, 45.2 de la de 1845, 73.5. de la de 1869 y 54.2. de la de 1876.

[97] En conocida expresión, referida a los sistemas de impugnación de las sentencias penales, utilizada por CORTES DOMINGUEZ V, GIMENO SENDRA V; MORENO CATENA,V "Lecciones de Derecho Procesal Penal", Madrid, 2001, pp. 417

[98] CALVO SÁNCHEZ, M.C, "La reforma del proceso penal", en AAVV, La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla-León, Madrid, 1989, pp. 7.

un sumario no se hubiere terminado, el Juez, dará parte cada semana, a los mismos a quienes lo haya dado, al principiarse, aquél ,de las causas que hubiesen impedido su conclusión. Con vista de cada uno de estos partes, los Presidentes a quienes se hubiesen remitido y el Tribunal competente acordarán, según sus respectivas atribuciones, lo que se consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario. Pero esta previsión, que siempre fue catalogada como una medida, tendente a evitar, las dilaciones de la instrucción[99], y pese a los esfuerzos normativos que pretendieron avivarla[100], nunca colmó las esperanzas, que el legislador había puesto en ella, llegando a catalogarse, sin ambages, de norma "meramente admonitiva", incumplida diariamente por nuestros Juzgados de instrucción[101], señalándose, como causas que coadyuvan a este incumplimiento, las clasificadas de la siguiente manera[102]:

a) De infraestructura judicial, como lo son, la escasa dotación de los Juzgados, falta de una Policía judicial, efectivamente adscrita, y concepción burocrática y arcaica, de una Oficina judicial en la que todavía se estan implantando las novedades ofimáticas.

b) Orgánicas: escaso número de Jueces de instrucción, muchos de ellos no especializados y con una notable sobrecarga de trabajo;

c) Procesales: inexistencia de un Ministerio Público-Director de la investigación y correlativa ausencia, de un Juez de instrucción de las libertades, ausencia de un recurso efectivo ante un Tribunal Superior, para restablecer, con prontitud, las dilaciones indebidas, comportamiento, falto de probidad de algunas partes privadas (de la defensa suscitando incidentes dilatorios para obtener la puesta en libertad del preso preventivo por el mero

[99] Por todos, AGUILERA DE PAZ, E., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", tomo 111, 2º ed., Madrid, 1924, pp. 352 y ss

[100] Así, el artículo 2 de la Orden de 23 de Marzo de 1932 (Gaceta, nº 84, de 24 de marzo) estableció: "Cuidarán los Fiscales de que los Jueces instructores cumplan rigurosamente los preceptuado en el párrafo segundo del artículo 324 de la Ley, y, a tal efecto, reclamarán no sólo los partes de adelanto, sino testimonios en relación, para, en su vista, acordar lo que sea procedente para la más pronta terminación de los sumarios". Y el artículo 3 de la mencionada Orden, añadía: "Todo sumario que lleve más de seis meses de tramitación deberá ser. inspeccionado personalmente por el fiscal de la Audiencia o por sus auxiliares, cuando de los partes de adelanto no se deduzca claramente la justificación de la demora. Los Fiscales darán cuenta a la Fiscalía General de la República (hoy Fiscalía General del Estado) del resultado de estas inspecciones y propondrán las correcciones disciplinarias a que hubiere lugar". Por su parte, el artículo 4 de la Orden de 30 de Marzo de 1957 (BOE nº 97, de 8 de Abril) disponía: "Sin perjuicio de lo que en cada caso puedan acordar las Salas de Justicia conforme a los artículos 324 y 325 de la Ley, las Salas o Juntas de Gobierno se reunirán, como dispone el artículo 20 del Decreto de 8 de abril de 1933, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y, además, cuantas veces lo estimen preciso, en cada reunión los Ponentes darán cuenta de los sumarios pendientes en los Juzgados en cuya tramitación observen retardo o irregularidades y en todo caso de los que lleven más de un mes de tramitación, para apreciar las causas que hayan impedido su terminación y adoptar los acuerdos pertinentes …".

[101] Comentario al artículo 324 realizado por GIMENO SENDRA,V., CONDE-PUMPIDO TOURON, C. y GARBERI LLOBREGAT, J., "Los Procesos Penales", tomo III Barcelona, 2000, pp. 417.

[102] GIMENO SENDRA, V, ob. últ. cit., pp. 417 y ss (obra del autor).

transcurso de los plazos contemplados en el artículo 504…), concluyéndose que, como consecuencia de todas estas disfunciones, la Instrucción española (como la francesa de donde se inspiró el modelo) se caracteriza ,incluso en la actualidad, a pesar de las sucesivas reformas procesales, a las que hemos hecho referencia, por una duración desmesurada de todos los inconvenientes prácticos que ello reporta: aparición de los juicios paralelos, con grave quebranto de la presunción de inocencia y del derecho de defensa, daños morales, en la fama del imputado, por la estigmatización social que dicho status comporta ,posibilidad de, contagio criminal de los jóvenes delincuentes no reincidentes, tras su permanencia excesiva en prisión provisional, ausencia de una rápida y efectiva protección de la víctima, pérdida, de los fines de prevención ,de la pena ante el excesivo retardo, en su imposición con riesgo de la prescripción procesal por la paralización injustificada de los procesos, etc. lo que evidentemente acarrea una aplicación de la anteriormente llamada "Victimización secundaria"

Partimos, así, de la constatación de que, nuestro proceso penal actual, es lamentablemente, lento, y por tanto injusto, pues, como es bien conocido a nivel popular, "justicia tardía equivale a justicia denegada", con evidente desprotección de la víctima del delito.

Pero, esta dilación, además de las conocidas incidencias en la percepción social de la Justicia[103]y en los propios fines preventivos del Derecho penal,[104], tiene una clara dimensión constitucional, al señalar el artículo 24.2 de nuestra Constitución, expresamente, que todos tienen derecho a un proceso público "sin dilaciones indebidas".

La existencia de este Derecho Fundamental, baluarte constitucional de cualquier reforma que pretenda agilizar el proceso penal, requiere que le dediquemos, una mínima atención, para entender hacia donde se quiere dirigir la justicia, con las sucesivas reformas penales y procesales y obtener unas respuestas que ha sido clamadas a lo largo de la Historia, como se ha expuesto en el presente trabajo de forma exhaustiva.

G.2- El Derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas: Preocupación victimal.

---

[103] Sobre este peligro, y la necesidad de dinamizar el procedimiento penal para evitar el surgimiento de una conciencia social de la Justicia, se ha pronunciado reiteradamente la doctrina; vid., por todos, CID CEBRIÁN, M: "La reciente reforma del proceso penal" en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1638, 15 de Junio de 1992, pp. 38,42 y ss (obra del autor).

[104] Sobre la incidencia en los fines preventivo especiales, vid FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. "Las dilaciones indebidas en el proceso y su incidencia sobre la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social", en Poder Judicial, nº 24, 199 1, pp. 17 y ss

Nuestra Constitución, y a diferencia de otras de nuestro entorno jurídico más próximo, [105], consagra, como hemos expuesto en el Capitulo anterior, como principio fundamental, en el artículo 24.2 de la Constitución, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ,derecho que en los Textos Internacionales, se recoge bajo la expresión "derecho a un proceso en un plazo razonable"[106]

La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, y con referencia al derecho aludido, ha seguido la estela marcada por las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que ha sido objeto de algunas críticas doctrinales, por las razones que pasaremos a exponer, y que, evidencian,de forma clara, una desprotección victimal y un incumplimiento del precepto, del que nos estamos ocupando en este apartado.

En efecto, nuestro máximo intérprete de la Constitución, cuya Jurisprudencia, como sabemos, vincula a la Jurisprudencia ordinaria, mantiene, que el proceso sin dilaciones indebidas puede ser descrito como "aquél que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción" (Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1985 y 133/1988, entre otras), recalcando que aunque se trata de un derecho autónomo, se encuentra, íntimamente vinculado, con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el nº 1 del artículo 24, pues "una Justicia tardíamente concebida equivale a una falta de tutela judicial efectiva" [107] (Sentencias del Tribunal Constitucional 24/1981, 26/1983, 67/1984 y 43/1999).

El Tribunal Constitucional distingue dentro de este derecho una doble faceta que denomina prestacional y reaccional:

---

[105] Caso de Alemania, en donde no lo recoge la Ley de Bonn, si bien la doctrina y la jurisprudencia germana Zenúen entienden ,que el "mandato de aceleración", forma parte, del derecho constitucional ,al proceso debido (*Faires Verhaliren*), y por lo tanto adjudicándole un rango constitucional derivado de los artículos 2.1 y 20.III de la *GrundGesetz*- Sobre el mandato de aceleración *(Beschleunigungsgebot)* y su incidencia en el proceso penal alemán, es de obligada consulta en nuestro idioma, PEDRAZ PENALVA, E "La reforma procesal penal de la República Federal de Alemania de 1975", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1976, esp. pp. 678 y ss. Entre la bibliografía más reciente en lengua germana, puede citarse a W1LFINGER, Peter, *Das gbot effectiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europdíscher Menschen rechtskonvention. Kofisierungsansdtze zur Beshleunigung gerichtlicher Verharen,* Frankfurt a. M., 1995.

[106] Así el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el 19.2 de la Declaración del Parlamento Europeo sobre los Derechos y Libertades Fundamentales (de 12 de abril de 1989), en el 6.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión de 9 de diciembre de 1975) y en el 47.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[107] PEDRAZ critica la anfibología de esta frase, confrontándola, con la famosa de TERENTIUS: "*Ius summun saepe sumina est inalitia*" (la extrema justicia es frecuentemente una extrema maldad). PEDRAZ PENALVA, E, "Derecho Procesal Penal", tomo I (Principios de Derecho Procesal Penal), Madrid, 2000, pp. 299.

a) Faceta prestacional: Esta faceta ,consiste, en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, lo que supone que los Jueces y Tribunales deben cumplir la función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela (Sentencias del Tribunal Constitucional 223/1988, 35/1994, 180/1996, 10/1997 y 124/1999).

b) Faceta reaccional: Esta faceta actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1994).

Como muy acertadamente, en nuestra opinión, señala PEDRAZ, por la indeterminación de su espacio e intensidad, ínsita en la vaguedad de la rúbrica que lo define, el Tribunal Constitucional afirma, la necesidad de su delimitación casuística, apoyada, en una serie de criterios objetivos, extraídos en su mayoría de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Critica este autor, con buen sentido, el hecho de que el Tribunal Constitucional, haya olvidado, que a el le corresponde, también, controlar si la ley procesal al fijar los plazos de los diversos trámites procesales se ajusta o no al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Naturalmente, ello no significa entender que el artículo 24.2 ha constitucionalizado, el derecho a los plazos, pero si, que el periodo temporal normativamente plasmado, en la ley procesal, es el criterio objetivo que ha de ser considerado, en primer termino, para poder llegar a declarar el desconocimiento del tiempo razonable.

Pues bien, como ya se ha mencionado, nuestro Tribunal Constitucional equipara la proscripción de las dilaciones indebidas previsto en el artículo 24.2 de la Norma Fundamental, con el tiempo razonable del que habla el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con lo que para hacer frente a la inconcreción[108] del concepto jurídico

[108] Algo que el propio Tribunal Constitucional se preocupó pronto de dejar bien claro; así en su Sentencia 5/1985, de 23 de Enero, señaló: "El artículo 24.2 no ha constitucionalizado, el derecho a los plazos; ha consagrado, como derecho Fundamental. con todo lo que ello significa, el derecho de toda persona a que su causa sea resuelta dentro de un tiempo razonable" (insiste en ello, en Sentencias como la 324/1994 y 43/1999). Asimismo, en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional (así Sentencias 149/1987, 155/1988, 145/1990, 106/1993, 366/1993, 290/1993...) ha señalado que no puede identificarse, tampoco, todo incumplimiento de una norma procesal con la producción de la indefensión proscrita constitucionalmente, pues ésta, sólo se produce, por un lado, cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio, y por otro, cuando tal vulneración de la norma no es puramente formal sino que la misma supone una real y efectiva indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa

indeterminado, que son las dilaciones indebidas, recurre a los criterios objetivos sentados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo [109]a saber:

a) La complejidad de la causa: En su manifestación óptima, el despliegue temporal del proceso debiera ajustarse a las previsiones temporales de los plazos. Cuando se sobrepasa el tiempo legalmente previsto para la emanación de actos de impulso o terminación del proceso, estamos ya ante un supuesto de dilación.

Otra cosa ,es que tal dilación, conculque el derecho fundamental que estarnos estudiando, es decir que sea indebida. El Tribunal Constitucional de forma reiterada (desde Sentencias 36/1984 y 5/1985 hasta la 43/1999) ha señalado, que no se ha constitucionalizado el derecho al cumplimiento de los plazos procesales, siendo el criterio de la complejidad de la causa,. uno de los principales, bajo cuya óptica, una dilación , puede entenderse, que no es indebida, con el evidente perjuicio, para todas las partes intervinientes en el mismo, particularmente la víctima del delito.

b) La conducta de los litigantes: Es este un criterio que ha propiciado críticas doctrinales. Y es que, como acertadamente se nos ha recordado, es diferente, la conducta que se exige al recurrente por el Tribunal Europeo de la que requieren nuestros Tribunal Constitucional y Supremo. El Tribunal Europeo, no impone el requisito, en especial en el orden procesal penal, de una actitud de activa cooperación por el acusado, sancionándose en otros ordenes jurisdiccionales sólo la conducta obstruccionista (así Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1-5-1999, caso Ledonne). Sin embargo, nuestros Altos Tribunales, reclaman, una conducta de colaboración activa del sujeto procesal.

Así la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1998, ha declarado, que la imputación a órgano judicial de vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos, obliga a una paralela diligencia, de los particulares afectados, en la pronta, eficaz y efectiva prestación de la tutela judicial, que la Constitución no sólo protege, sino que la exige.

Pero en cuanto a la conducta de los litigantes, quizá, el aspecto de mayor interés, sea el del modo de dar cumplimiento al requisito exigido por 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es decir, el de la invocación ante la Jurisdicción ordinaria, del derecho fundamental vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello. ¿Significa esto, que el no hacer expresa denuncia de la mora, dando al órgano judicial ocasión de corregirla, cierra la vía, para interponer el amparo por dilaciones indebidas?.

De una manera rigurosa, así lo entendió en un primer momento el Tribunal Constitucional, resultando, a partir del año 1985, matizada esta interpretación, en cuanto que la Sentencia 5/1985, reconoce que, allí donde rija el principio de impulso procesal de oficio, no cabe cargar, sobre el justiciable, un deber de diligencia, en la denuncia de la mora, que las leyes procesales no le imponen, bastando, la mera invocación formal, del derecho vulnerado, como paso previo, a la interposición del recurso de amparo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ha señalado (Sentencia 51/1985), que carece de sentido la alegación en sede constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas cuando el procedimiento judicial ordinario ya ha finalizado, excepto, en el caso, de que la dilación hubiera originado al recurrente, perjuicios ciertos y evaluables.

La crítica a esta exigencia de una conducta activa de los litigantes, y el hecho, de entender, no lesionado, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, si ante la advertencia de aquellos los Tribunales reaccionaron, ha sido lo que llevó al Magistrado del Tribunal Constitucional, MENDIZABAL, a realizar un clarividente voto particular a la Sentencia 103/2000, en donde se afirmaba: “Estoy estamos, una vez más ante otro caso donde paradójicamente la garantía constitucional se convierte en obstáculo insalvable para conseguir la protección del derecho fundamental… 1 El ciudadano no está obligado a soportar tal tardanza y, por ello, esa notoria dilación es indebida.

Carece de sentido echar sobre los hombros del litigante, so pretexto de protegerle, la carga de vigilar la tramitación y convertirle en inspector de los servicios judiciales, misión que empiezan, por no poder cumplir, eficazmente, quienes legalmente, la tienen encomendada. A quien comparece ante un Juez o Tribunal, sólo se le puede exigir el cumplimiento de sus cargas procesales, sin añadirle el sobrepeso de, abandonando sus ocupaciones, fijar su atención permanente en el ritmo de trabajo de las oficinas judiciales. Un retraso de cinco años y medio, no puede volatilizarse, y dejar de serlo. porque, cuando fue denunciado por segunda vez, la Sala reaccionó con celeridad, reacción elogiable sin duda alguna" .

c) La conducta de las autoridades judiciales: Más allá de la prohibición del *non liquet* y de la tipificación penal del retardo malicioso (artículo 449 Código penal) hay un extenso ámbito cubierto por la garantía del proceso sin dilaciones indebidas, e independiente de la personal responsabilidad del Juez. El nudo gordiano de la cuestión, se ha centrado, en la trascendencia de los defectos estructurales de la Administración de Justicia. En este sentido, se observa una evolución en el Tribunal Constitucional, cuyo punto de inflexión se puede

encontrar, en las Sentencias 133/1988 y 223/1988, en donde ,ya se entiende que las carencias o deficiencias estructurales de la organización judicial no pueden restringir o condicionar el alcance de este derecho fundamental, pues la carga de trabajo, que pesa, sobre determinados órganos judiciales, puede exonerar de responsabilidad, a sus titulares pero, en modo alguno, servir para negar la realidad de los retrasos ,que puedan existir, y el ejercicio de este derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a los mismos (también Sentencias 78/1998, 198/1999 y 103/2000).

Ahora, el Tribunal Constitucional, mantiene el criterio, de "márgenes ordinarios de duración de procesos similares", para determinar, si hubo o no dilación indebida (Sentencias 231/1999 y 103/2000, entre otras), cambio de jurisprudencia criticado, asimismo por MENDIZABAL en su voto particular a la Sentencia 103/2000, en donde afirmaba: "En fin, mi discrepancia, no se constriñe, a esta Sentencia concreta, sino a aquella de la cual trae causa, la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1999, de 13 de diciembre, donde se sienta una doctrina errónea, a mi parecer, con un golpe de timón (*Overruling*) del rumbo precedente, sin someterlo a la consideración del Pleno y ,con clara desviación, del criterio jurisprudencial mantenido al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Basta para comprobar lo dicho, con un vistazo a dos de sus Sentencias, "Union Almentaria Sanders contra España" de 7 de julio de 1989 y "Ruiz Mateos contra España" de 23 de junio de 1993. "... 1. Es cierto que quien solicite el amparo por una queja sobre dilación indebida ha de haberla denunciado oportunamente ante el órgano judicial y asimismo ha de haberle dejado un plazo suficiente que razonablemente le permita remediar tal situación para respetar así el carácter subsidiario del amparo constitucional".

No cabe, pues, denunciar la demora y acto seguido, sin solución de continuidad, presentar la demanda de amparo y, al contrario, es obligado, por el sentido común, guardar un tiempo para conseguir la reanudación del tracto procesal- Este juego de plazos, calculables a ojo de buen cubero, por la propia víctima del retraso, no puede ser el de "as siete y media... pasas o no llegas" siempre, en perjuicio, del sufrido litigante que, en este caso, nos devuelve la imagen de Aquiles, persiguiendo, incansable, a la tortuga, sin alcanzarla nunca, según la aporía del sofista.

Así, lo que se configuró, como presupuesto procesal, se convierte, en un elemento constitutivo del derecho fundamental. Sin embargo, y siendo tan cierto, como lamentable, que el retraso sea estructural, ello no impide sin embargo que tal dilación padecida en esta etapa del recurso deje de ser considerada indebida por la simple consideración de que no

debe ser soportada por quien demanda una tutela judicial efectiva. Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1995, las dilaciones tienen este carácter "aun cuando los retrasos experimentados en el procedimiento, hubieran sido consecuencia ,de las deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que pesa sobre ellos", doctrina, también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia "Unión Alimentaria Sanders contra España" de 7 de julio de 1989, entre otras muchas), pues, como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1997, el elevado número de asuntos no legitima el retraso en resolver, ya que "el hecho de que las situaciones de atascos se conviertan en habituales no justifica la excesiva duración de un proceso"

El artículo 24.2 de la Constitución española, protege ese derecho, más allá del estricto respeto a los tiempos procesales, para la tramitación de asuntos ante los Jueces y Tribunales del Poder Judicial en ese "plazo razonable" (según señala el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derecho Humanos), cuya ponderación ha de hacerse sobre aquellos criterios.

En definitiva, es el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, quien ha de marcar, como un *hortator*, el ritmo cronológico, que hayan de observar los Jueces y Tribunales en el despacho de los asuntos, no al revés: aquéllos deben, por imperativo constitucional, finalizar los procesos abiertos dentro del plazo razonable que exige la Constitución (Sentencia 195/1997).

d) La trascendencia del asunto para el recurrente -la dilación indebida- debe tener, una mínima trascendencia para el recurrente, para que pueda hablarse de afección del derecho fundamental, habiendo señalado nuestro Tribunal Constitucional, como antes expusimos, que no puede identificarse, tampoco, todo incumplimiento de una norma procesal con la producción de la indefensión proscrita constitucionalmente, pues ésta sólo se produce, por un lado, cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio, y por otro, cuando tal vulneración de la norma no es puramente formal sino que la misma supone una real y efectiva indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (Sentencias 149/1987, 135/1988, 145/1990, 106/1993, 366/1993, 290/1993..entre otras muchas.

Especial mención, merece el tema ,de cómo se repara la dilación indebida[110], del que se va a hacer una breve exposición, al enfocarlo, de forma más pormenorizada, en el siguiente bloque de este trabajo:

El Tribunal Constitucional, tradicionalmente ha señalado, que ante la imposibilidad de la reparación *in natura*, no cabe incluir, en sede constitucional, la reparación sustitutoria, en forma de indemnización, la cual deberá ejercitarse en vía ordinaria por los trámites previstos en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial (responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Justicia).

Esto es, sirviendo como base la Sentencia constitucional del reconocimiento de la dilación indebida, se dirige la petición al Ministerio de Justicia que, resuelve, previa la instrucción del oportuno expediente.

Sin embargo, el Tribunal Supremo [111] ha entendido, últimamente, que, en vía casacional puede compensarse la vulneración de este Derecho Fundamental, cuando el recurso de casación se entabló arguyendo tal vulneración. En este sentido, en un principio la Sala 2ª del Tribunal Supremo (Acuerdo de Sala General de 2 de octubre de 1992) estableció, que sólo era resarcible, a través de la indemnización. Sin embargo, por Acuerdo de Sala General de 29 de abril de 1997 permitió la posibilidad de suspender la ejecución de la condena y solicitar un indulto. Esto fue criticado, pues suponía, dejar en manos del ejecutivo, la restauración de un derecho fundamental que, mor al principio de tutela judicial efectiva, debe corresponder al Poder Judicial.

Así, por nuevo Acuerdo de Sala General de 21 de mayo de 1999[112], la Sala 2º del Tribunal Supremo reseña que por la vía mencionada anteriormente, se puede restituir el

---

[110] Sobre tan interesante tema, puede verse, por todos: CLIMENT DURÁN, C. "Sobre indebidas: el descarte constitucional de una determinada solución judicial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1994, de 12 de mayo", en Revista General de Derecho, nº 598-599, 1994, pp. 7783 y ss.; GARCIA PONS, E. "Aporía del restablecimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el orden jurisdiccional penal" en Revista General de Derecho, nº 624, 1996, pp. 9863 y ss.; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. "La reparación de las dilaciones indebidas en el proceso penal" en Cuadernos de Política Criminal, n.º70, 2000, pp.199 y ss.; ORTEGA LLORCA,V. "Individualización judicial de la pena: conformidad del acusado y dilaciones indebidas" en Revista General de Derecho, n.º 586-587, 1993, pp. 6823 y ss.; VIVES ANTÓN, T.S.," Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La reforma del proceso penal", Valencia, 1992, pp 82 y ss,.MUERZA ESPARZA, J."Proceso penal abreviado" Ed. Aranzadi, Pamplona 2002 y "La reforma del Proceso penal abreviado" Ed. Aranzadi, Pamplona 2003.

[111] Con antecedentes en algunas resoluciones aisladas, como la Sentencia de 14 de diciembre de 1991, de la que fue ponente ,BACIGALUPO.

[112] Como es sabido, el problema que abordó esta Sentencia fue, entre otros, la constitucionalidad de la no intervención del imputado, en la fase intermedia del procedimiento abreviado, hasta el momento de realizar el escrito de defensa, con el peligro de en ese momento encontrase acusaciones sorpresivas.El artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre (creación de los Juzgados de lo Penal y modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de

derecho vulnerado, a un proceso sin dilaciones indebidas, a través de la compensación de la culpabilidad, rebajando la pena por aplicación de la atenuante analógica del artículo 20.6 del Código penal, con lo que se siguen los precedentes existentes en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia 15 de julio de 1982) y del Tribunal de Justicia de la Unión

---

Enjuiciamiento Criminal, y por Ley 30/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimineto abreviado y poor LO 8/2002 de 24 de octubre complementaria del anterior Texto normativo), era conforme, con las exigencias que el artículo 24 de la Constitución establecía para todo proceso penal, porque la fase de preparación del juicio oral en el procedimiento abreviado, no respondía a la finalidad de completar la fase de instrucción previa, único supuesto en el que tendría sentido dar de lado de las actuaciones a todas las partes del proceso -acusaciones e imputado-, sino la de resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio, previa formulación, en el primer caso, de la acusación. El hecho de que la intervención del imputado en esta fase del proceso tuviera lugar, en un momento posterior, era coherente, con la finalidad del traslado que a él se le confiere -formulación de su defensa- y constitucionalmente válida, al quedar garantizada plenamente la contradicción entre las partes; tal contradicción, en esta fase del proceso, se limitaba necesariamente, a la formulación de la acusación y de la defensa, y no sobre otras cuestiones respecto de las cuales el momento procesal idóneo para dicha contradicción es el de la instrucción previa; en tal sentido, el traslado de las diligencias al imputado, en el trámite previsto en el antiguo artículo 790.1 (actual 780.1) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en orden a poder solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento o la práctica de diligencias, era no sólo contrario a la finalidad de la norma, sino que podría, haberse revelado, como dilatorio y redundante, dado que dichas pretensiones podían y debían hacerse valer, en la fase de instrucción inmediatamente anterior, y previamente a que el Juez instructor acordara la clausura de la instrucción mediante la adopción de alguna de las resoluciones previstas en el antiguo artículo 789.5 (actual 779.1) Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, el antiguo artículo 790.1(hoy 780.1) no podia erigirse en obstáculo a la intervención previa del imputado en el proceso, es decir, el mencionado precepto, cuya inconstitucionalidad se planteaba, no obligaba o limitaba a que la intervención del imputado, se produjera después de haberse decretado -previa acusación- la apertura del juicio oral, sino que, antes al contrario, presuponía dicha intervención previa; en efecto, en la primera fase jurisdiccional del procedimiento abreviado -fase de instrucción preparatoria o diligencias previas-, la Ley ordena expresamente la intervención del imputado -en la obligada comparecencia e interrogatorio judicial: antiguo artículo 789.4 Ley de Enjuiciamiento Criminal, actual 775 del citado Texto Legal, tras la reforma operada por Ley 38/2002 y Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial y complementaria de la ley de reforma parcial sobre procedimiento para el enjuciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado- y le autorizaba a que, en cuanto parte personada, pueda «tornar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias (las del artículo 789.3 (actualmente 777.1) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ,cuando fuesen necesarias para abrir el juicio oral, sin perjuicio de acordar, en su caso, que se practiquen durante las sesiones del mismo; es claro, por tanto, que en esta primera fase de instrucción el imputado, en primer lugar, ha de ser llamado a comparecer en la fase instructora y, en segundo, tiene abierta la posibilidad de formular en ella las alegaciones que estime oportunas para su defensa, así como la de pedir cuantas diligencias estime pertinentes, sin perjuicio, como es obvio, de la facultad del Juez para decidir sobre la pertinencia y utilidad de lo alegado e interesado; es evidente, por lo demás, que su intervención en esta concreta fase del proceso aparece fundamentalmente dirigida a instar y, en su caso, probar la procedencia de alguna de las resoluciones que el propio artículo 779.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma del procedimiento Abreviado por Ley 38/2002 y LO8/2002, contempla, a saber: 1) archivo o sobreseimiento provisional de las actuaciones; 2) reputar falta el hecho que hubiera dado lugar a la formación de las diligencias, remitiendo las actuaciones, en su caso, al órgano competente; 3) inhibici6n en favor de la jurisdicción competente; 4) Si el hecho constituyera delito cpmprendido en el artículo 757 seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente.Esta decisión que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a quien se le imputan,no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquella en los términos previstos en el artículo 775 y 5) Si en cualquier momento anterior el impuitado asistido de su abogado hubiera reconocido los hechos a presencia judicial y estos fueran constitutivos de delito castigado con la panaincluida dentro de los límites previstos en el artículo 801 mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artícules 800 y 801.

Europea (caso *Baustahlgewebe)*, y en consonancia, con el criterio mantenido por un importante y cualificado sector doctrinal.

Al examinar la imputación a los Tribunales, de la inobservacia del plazo razonable, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, ha mantenido "la vigencia, en el proceso civil del principio dispositivo no dispensa a los tribunales de velar porque el proceso se desarrolle en un plazo razonable"[113]; en sede procesal penal, el art 6 CEDH, no requiere una cooperación activa del acusado con las autoridades judiciales[114]. Asimismo, sostiene el TEDH, el tribunal debe desplegar el máximo celo recurriendo a sus poderes coactivos para acelerar la marcha de la causa[115]. *Ab initio*, es siempre, atribuible la dilación al órgano judicial, sin embargo por la naturaleza de las cosas, con cierta frecuencia, la complejidad del asunto y la conducta de las partes, no públicas, pueden llegar a bloquear al órgano jurisdiccional, únicas hipótesis en las que no cabría aludir al retardo indebido en la impartición de Justicia.

En nuestra opinión, el TEDH, no puede acudir a las normas procesales de cada uno de los países firmantes, a efectos de calificar la actuación jurisdiccional concreta, lo que en cambio sí es exigible del TC.

Este ha de recordar que los Juzgados y Tribunales están sometidos a la norma material y a la procesal y, de esta manera, deben acatar los períodos previstos por el legislador, tanto para regular la actividad de las partes, como la del propio órgano. El mismo TC, en su Sentencia 24/1981, de 14 de Junio, en su Fundamento Jurídico tercero párrafo segundo expuso testualmente: "el derecho a la Jurisdicción.… no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en los que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”

---

[113] Asunto MONET c. FRANCIA de 27.10.1993.

[114] En particular, el TDEH constata que numerosos recursos del inculpado produjeron el resultado buscado, a saber, rectificar ciertas irregularidades imputables a las autoridades judiciales (SSTEDH DOBBRETING c. Francis de 25.2.19993 y CORIGLIANO c. Italia de 10.12.1982).

[115] En la STEDH vallèe. C. Francis 45, 48 se proclama, en conexión con el caso X c. Francia de 31.3.1992, que la extrema importancia que puede tener el fallo para el justiciable (indemnización a un hemofílico contagiado con el virus del SIDA) impone una especial diligencia a los tribunales administrativos, que no ignoraban ni el estado de salud del requirente ni la STDEH X c. Francia de 31.3.1992, por lo que debieron utilizar sus poderes de "*injection*" para apresurar la marcha de la causa. En la STEDH X c. Francia 48 se añade que en particular, al tribunal administrativo le incumbía realizar tan pronto como fuera posible, investigaciones acerca de la responsabilidad del Estado, e invitar insistentemente al Ministro a emitir su "*memoire en défense ou de statuer sans ce dernier*".

La fundamentación jurídica que connota, según el TC, el respeto del artículo 24.1[116] (en relación con el 120.3 CE) requiere, que el Juez motive, su desvió de la norma, y si tal justificación no es razonable, habrá conculcado el derecho a un proceso sin delaciones indebidas.

El viejo legislador de la LEC de 1881, ya dispuso, acertadamente según nuestro criterio, en el articulo 372 LEC (en su redacción anterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985): "Las sentencias definitivas se formularán expresando: ... 2º.-II- En el último resultando se consignarán si se han observado las prescripciones legales en la sustanciación del juicio, expresándose en su caso los defectos u omisiones que se hubieren cometido". En su número 3º se decía: " También en párrafos separados, que principiarán por la palabra considerando, se apreciaran los puntos de derecho fijados por las partes dando las razones y fundamentos legales que se estimen preferentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso. Si en la sustanciación del juicio se hubieren cometido defectos u omisiones que merezcan corrección, se apreciarán en el último considerando, exponiendo, en su caso, la doctrina que conduzca, a la recta inteligencia, y aplicación de esta Ley".

Este precepto debía conectarse con los artículos 319 y 337 (que respectivamente imponían al Secretario Judicial de la Sala, que bajo su responsabilidad expresará la observancia de las prescripciones de esta ley sobre términos y sus prórrogas... anota los defectos u omisiones que resulten, o consignando si no los hubiere, que se han observado las prescripciones legales en la sustanciación del juicio" (art. 319 de la LEC), y todo ello a efectos del 373 LEC[117], que asignaba a las Audiencia y Tribunal Supremo -"privativa y exclusivamente[118]"- velar por lo escrito en el art. 372.

Si bien ya no están en vigor esa normativa, aún lo está la LEC[119] que en su artículo 372 reza: "las providencias, los autos y las sentencias serán pronunciadas necesariamente dentro del término que para cada uno de ellas establece la ley". La Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, es, asimismo, de importante consideración pues proclama en su artículo 132.1: "Las actuaciones del juicio se practicarán en los términos o dentro de los

[116] En nuestra opinión, forma parte del 24.2, es decir, del derecho al debido proceso. Sobre la distinción con el 120.3 CE vid. PEDRAZ PENALVA, E, "Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración", en Revista General del Derecho, 1993, Julio-Agosto números 586-587, pp 7223 y ss., en especial páginas 7252 y ss (obra del autor).

[117] Del que por mor de la LOPJ de 1985 se suprimió el último inciso que rezaba:"…, y les impondrán las demás correcciones disciplinaría a que dieren lugar"

[118] SSTS 13.3.1907 y de 26.2.1916 como punto de referencia.

plazos señalados para cada una de ellas... 3.La infracción de lo dispuesto en este artículo por los Tribunales y personal al servicio de la administración de justicia de no mediar justa causa será corregida disciplinariamente con arreglo a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio del derecho de la parte perjudicada para exigir las demás responsabilidades que procedan", precepto que habrá de conectar con el 211 también de la propia LEC 1/2000: "1. las providencias, los autos y las sentencias, serán dictados dentro del plazo que la ley establezca. 2. La inobservancia del plazo dará lugar a corrección disciplinaria, a no mediar justa causa que se hará constar en la resolución".

Es indiscutible, que los términos y plazos procesales han de guardarse, incumbiendo al órgano judicial procurar su exacto cumplimiento. Su lesión no constituye motivo de fondo a efectos de casación, pero si hasta 1985 no podía apoyar un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, si es factible ahora desde la vigente redacción del art. 1693 LEC y, lo que con la nueva Ley 1/2000 de 7 de Enero, a tenor del 469.4°, supone motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

No es difícil conectar el tema que estamos valorando, con el 240.2 LOPJ, en relación con sus artículos 241 y 243. La negligencia o ignorancia inexcusables de las correspondientes normas procesales, dará lugar, a responsabilidad civil de Jueces y Magistrados.

Ya no será preciso, como si lo era con la LOPJ de 1870 (art. 262[120]) que la ignorancia o negligencia sea inexcusable, en cuanto, la infracción del trámite o solemnidad viniere sancionada por la ley con pena de nulidad. Cuestión distinta, pero de gran trascendencia, es la de si surge un derecho a ser indemnizado por funcionamiento anormal de la Justicia sin perjuicio de poder dirigirse contra el Juez a tenor de los arts. 411 a 413 LOPJ.

Tal vez el mejor broche, para cerrar este apartado, es según nuestro punto de vista, el Fundamento Jurídico. 3º de la STC 31/1997: "...Constan en las actuaciones circunstancias que pueden servir para explicar, pero nunca para justificar esa dilación (escasa dotación de personal; extravío de las actuaciones, etc.) que, como afirma el Abogado del Estado dejan en el lector una penosa impresión sobre los medios y el funcionamiento de las oficinas judiciales de toda una Sala del TS" y cuya situación ella misma, en esa época y en diferentes ocasiones, puso de manifiesto y denunció ante la opinión, como reflejan sus Sentencias de 15, 25 y 30 de septiembre, 2, 3 y 4 de octubre de 1989. Estas

[119] Por lo menos, así aconteció hasta el 7 de Enero de 2001.
[120] Vid. STS 20.4.1981 por su importancia jurisprudencial.

circunstancias, que sirven para eximir, a los componentes del Colegio judicial, de cualquier responsabilidad personal por el retraso, no hacen desaparecer sin embargo la responsabilidad objetiva por las disfunciones del sistema Judicial y, en su caso, no pueden privar a las víctimas de su derecho a reaccionar frente a ellas ni permiten justificar la dilación".

Otrosí, el propio TC tras aludir a la simplicidad de la providencia a adoptar, a la conducta diligente de la parte y a la imposibilidad de que las deficiencias estructurales del órgano judicial justifiquen la dilación, sorprende su apresuramiento en eximir al dicho colegio y objetivar la responsabilidad (Cfr. STC 53/1997), infravalorando esa advertencia del TEDH (en S. Philis c. Grecia, n°.2 27.6.1997) con la que recuerda que el deber de diligencia en la impartición de la Justicia incumbe, en primer lugar, a las autoridades competentes, sobre todo en procesos -como el disciplinario que examina- en el que ellas tienen todos los poderes de iniciativa e impulso. Pero también, nuestro TC en la anterior decisión (31/ 1997) no tan sólo minimiza sino que elude considerar la responsabilidad en y de la infraestructura ("Administración de la Administración de Justicia"[121]).

La Secretaría Judicial -no oficina[122]- a cuyo frente está el Secretario judicial, sin perjuicio de la "superior dirección de Jueces y Presidentes" (art. 473.2 LOPJ), ni puede ni debe gozar de permanente inmunidad escondida tras su carestía, mayor o menor, predicada o no en sentencias de siete años antes o en manifiestos periodísticos[123]. Tal alibí supone un flaco favor al constitucional funcionamiento de la Justicia, nunca factible con una infraestructura necesitada de una profunda reforma, en la que no es menos importante la redefinición de los papeles de cada cual y la delimitación de la consiguiente responsabilidad, v cuya complejidad no creo que haya disminuido con las transferencias a algunas CCAA.

---

[121] Terminología por cierto imprecisa, equivoca e incorrecta en suma (STC 6/1990).

[122] Desde nuestro rechazo a cualquier connotación administrativa en el ámbito jurisdiccional, repelemos, el uso de esta denominación, Vid PEDRAZ PENALVA, E., "La nueva Secretaria Judicial", en Rev. Poder Judicial, núm. 26, 1992, pp. 85 a 109 (obra del autor) también " Sobre el Secretario y la Secretaría Judicial". en Acta Judicial, núm. 3. octubre 1993, pp.2 (obra del autor).

[123] Y precisamente las dilaciones no pocas veces tienen su raíz en actuaciones judiciales de una simplicidad casi ofensiva no problemática ni compleja. Otro ejemplo puede verse en la STC 33/ 1997 en la que el retraso" seria explicable sólo por la inercia burocrática de la oficina judicial" (FJ 2 1I). Desde el 20.8.1991 en que entró el dinero en secretaria, y como quiera que la entrega de una parte al ejecutante estaba condicionada al otorgamiento de dos actas notariales y quienes debían hacerlo no lo hicieron, el juez en 22.2.1993 decidió hacerlo él de oficio tardándose, pese a su petición por el acreedor en tres ocasiones, cerca de cuatro años en acordar la práctica judicial de la diligencia (por Auto de 10.10.1996 se fijó el día 4 de noviembre, conocida la admisión del recurso de amparo).

G.3- Las garantías del proceso penal versus celeridad. Incidencia en las víctimas del delito.

El gran debate que suscita, una reforma procesal como la que nos ocupamos, en el presente trabajo, es determinar, el alcance de las medidas agilizadoras, del proceso penal, y su posible incidencia, en los derechos y garantías propios de un proceso penal avanzado. Sin embargo, antes de afrontar esta cuestión, debemos partir de una premisa que, en principio, sobre todo, si nos dejamos llevar, por los aspectos más divulgados, de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiera pasar desapercibida. Y la misma ,se concreta, en el hecho de que la filosofía ,que sustenta la mencionada reforma es, en realidad, como el dios Jano, bifronte.

En efecto, si bien es verdad que, como ya hemos visto, la instauración de los "juicios rápidos e inmediatos" esta sustentada, por una lucha contra la tardanza de los procesos penales y los efectos colaterales que ello acarrea (mala imagen social de la justicia penal, reincidencia delictiva de los encausados no sometidos a prisión preventiva ..), con la necesaria, reparación integral, de la víctima del delito, la reforma efectuada en el procedimiento abreviado, está iluminada por un pretendido (ya veremos hasta que punto alcanzado) reforzamiento de las garantías del mismo sí pues, la reforma ha pretendido aunar celeridad y garantías procesales.

No obstante, como punto de partida, es lícito reconocer, la bienintencionada labor del legislador, al intentar, evitar las críticas, que ya en su momento, con la presentación del Anteproyecto que luego sería la Ley 10/1992 de 30 de Abril, que introdujo, los llamados "Juicios rápidos", todo en lo referido a la vulneración de los derechos de defensa, a utilizar los medios de prueba pertinentes y a un proceso con todas las garantías (veremos posteriormente como ha incidido la actual reforma procesal en este punto y su relación victimal).

Una de las generalizadas críticas, que se dirigieron, a los juicios rápidos introducidos por la Ley 10/1992, fue, la infracción, de garantías procesales constitucionales, derivadas del hecho, de que el nuevo proceso, no se adaptase, muy particularmente, a la doctrina el Tribunal Constitucional en su conocida en la Sentencia 186/1990, de 15 de Noviembre interpretativa del desarrollo y funcionamiento, de las distintas fases del procedimiento abreviado, haciendo especial énfasis, en la delimitación de las garantías, de las que dispone el imputado, en las fases instructora e intermedia del procedimiento.

Pues bien, para solventar lo mencinado, especialmente en la posibilidad de llegar al juicio con acusaciones sorpresivas, la regulación antedicha, establecía, como diligencia de las llamadas "Diligencias urgentes ante el Juzgado de guardia", el Juez debe tomar declaración al detenido puesto a disposición judicial o a la persona que resultando imputada por los términos del atestado, haya comparecido a la citación policial, en los términos previstos en el artículo 775 del citado Texto Legal, precepto éste, que reseñaba, refiriéndose a las Diligencias previas propias del procedimiento abreviado, que en la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan y, previamente, el Secretario le informará de sus derechos.

Tanto antes, como después de prestar declaración, se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del artículo 527 (privación de este derecho en los supuestos de incomunicación). Como vemos, la mejora es sustancial, pero se deja incompleto el importante tema que estamos analizando con el presente estudio.

No obstante lo anterior, el concreto diagnostico, de si la reforma operada por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, y su complementaria Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de derterminados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, han alcanzado, en parte, según nuestra opinión, el deseado equilibrio entre la celeridad y garantías procesales exigibles a todo proceso penal, lo iremos desgranado, en las próximas páginas de la Tesis.

Concretamente, y a modo de ejemplo, al testigo con residencia en el extranjero para que comparezca en el Juzgado de Guardia, el día en que se prevea, la puesta a disposición judicial del detenido; sobre el ofrecimiento de acciones al perjudicado que deberá hacerse según un modelo que se ha confeccionado y en diligencia aparte, sobre el análisis de droga intervenida que deberá ser analizada por el Instituto Nacional de Toxicología, antes de la entrega del atestado y sólo cuando no se trate de notoria importancia.

No obstante lo anterior, y como ya dijimos, los juicios rápidos, no estan teniendo, en la práctica judicial el esperado arraigo, la Exposición de Motivos de la nueva Ley 38/2002, en donde se adelantan las razones que, a juicio del legislador, provocaron este lento rendimieto.

Aún teniéndose en cuenta las anteriores reformas, no sólo se llega a la conclusión ,de que su alcance, no fue excesivamente amplio, ni su planteamiento demasiado audaz, (por ejemplo no fructificó la voluntad política de implantar un verdadero procesompenal monitorio al estilo delos conocidos en países de nuestro entorno,tales como Alemania o italia ona semejanza del ya implantado para la reclamación de determinados derechos de crédito en los artículos 812 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de Enero). Tampoco porque las reformas legales, no se acompañaron por parte del Poder Ejecutivo de los medios materiales y personales necesarios para acometer las nuevas labores encomendadas a Jueces y Magistrados,y al resto de la Oficina Judicial.de ambas carencias y con la intención de desterrarlas de ahora en adelante se hace eco la exposición de Motivos de la Ley 38/2002:

"Lo cierto es que en la práctica la eficacia de los denominados "juicios rápidos" ha sido muy desigual, lo que debe en buena parte atribuirse a la configuración y limitaciones legales: su regulación como diversas especialidades dentro del procedimiento abreviado tipo y no como un procedimiento especial-, la ausencia de plazos máximos de la actividad preparatoria e instructora, así como para la celebración del juicio oral cuando, al contrario, para éste último se fija un plazo mínimo de diez días; la marginación de los principios de concentración y oralidad; la insuficiente concreción de las circunstancias y los delitos que podrían dar lugar a la incoación de este procedimiento, algunas limitaciones impuestas a la Policía judicial, etc…".

Y, para alcanzar ese objetivo, procede el legislador, a crear uh nuevo "procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos" (regulado actualmente en los art. 790.1 y siguientes, de la LECrim tras la reforma operada por Ley 38/2002 de 24 de Octubre y por LO 8 /2002 complementaria del citado Texto legal.) el cual presenta como característica esencial la de confiar la totalidad de la instrucción de la causa criminal a los "juzgados de guardia",solventando inicialmente la excesiva lentitud de tramitación que aludían las víctimas. Se tiene la esperanza de que por las especiales circinstancias cronológicas que reúnen estos órganos,la dedicación por entero del personal judicial a la instrución de dererminados delitos de los que se tenga noticia por el pertinente atestado levantado por la Policía Judicial y cuyo presunto responsable sea conicido y determinado,permita que las labores de instrucción se concentren en le tiempo y al mismo tiempo, se reduzcan de manera sensible, las actuaciones instructoras que resulte imprescindible llevar a cabo.

G.4- La indemnización al perjudicado por el retraso indebido de los Organos jurisdiccionales.

Se apuntó anteriormente, la postura detentada por la Jurisprudencia concerniente, a la indemnización, de los daños sufridos por el retardo en la decisión de los procesos.[124]

Normativamente, se entiende subsumible, en el supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Para el TC (Sentencia 78/1998, de 31 de Marzo) el alcance del pronunciamiento estimatorio "... se reduce a declarar la vulneración del derecho fundamental, sin que proceda la reparación del mismo, al haber cesado, tras la demanda de amparo, la inactividad jurisdiccional lesiva de tal derecho constitucional, siendo por ello imposible la "*restitutio in integrum*" del derecho conculcado.

Cualquiera pretensión de obtener del TC, el reconocimiento del derecho a percibir indemnización por el perjuicio sufrido (por anormal funcionamiento de la Justicia), es ajena al proceso constitucional de amparo. La Sentencia estimatoria, podrá únicamente servir de base para acreditar, en su caso, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (SSTC 35/ 1994, 180. 1996 y 109/ 1997, entre otras), a los efectos de una eventual reparación de los posibles daños sufridos" (STC 21/1998, de 27 de enero, FJ 8). En igual sentido la STC 99/1998, de 4 de mayo que, ratificando que su pronunciamiento es "un pronunciamiento declarativo", recalca, que no por ello, es "simbólico y desprovisto de eficacia práctica, desde el momento en que, en su caso, constituiría el presupuesto de un eventual derecho a la indemnización de daños y perjuicios por mal funcionamiento de la Administración de Justicia".

En nuestra opinión, no parece coincidir, lo mantenido en estas decisiones de nuestro Supremo intérprete, de las leyes, con lo que declara en otras, como en la S.146/2000 de 29 de mayo (con cita de la 48/ 1998 de 2 de marzo Fundamento Jurídico 5): "para obtener dicha indemnización no constituye presupuesto previo la sentencia de amparo, toda vez que «remediada la paralización del proceso (en este caso, finalizado el proceso mismo), la posibilidad de reclamar los daños y

perjuicios sufridos por ella está abierta al recurrente, sin que para ejercitarla precise nuestro pronunciamiento que, por eso mismo, resulta improcedente".

Nos reafirmamos en nuestra impresión de, al menos, apariencia de contradicción entre sus Sentencias. A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de error judicial, en que la pretensión indemnizatoria ha de ir precedida de una resolución judicial, que lo declare, expresamente, el procedimiento para el logro de una indemnización como consecuencia de dilaciones indebidas -funcionamiento anormal de la Justicia- no requiere de resolución judicial que la declare, constituyendo ésta, de existir, un elemento más de los que pueden servir de apoyatura para su petición (STS 19.2.1999).

Se entiende producido, ese anormal funcionamiento de la Justicia para la Sala 3° del TS (Sentencia de 19 de febrero de 1999, R 2234),"...cuando las actuaciones procesales tienen una duración superior a lo normal, dentro de lo que es una diligente tramitación del proceso o cuando se excede del tiempo máximo legalmente establecido", criterio que recoge la Sentencia de 12 de junio de 1996 (R 1996, 4808 FJ 4).

Empero, esta sentencia del TS desestima la solicitud ,de que se declare la violación del art. 24.2 CE, con base en la jurisprudencia constitucional, de sentencias como la 36/1984, 5/ 1985 y 50/1989; según dicha jurisprudencia ha de diferenciarse "entre el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrado en el articulo 24.2 de la Constitución y la fórmula reparadora que para el caso de su vulneración, cuando no pueda ser remediado, de otra forma, recoge el artículo 121 de la Constitución... sin que el mero hecho de formular una pretensión indemnizatoria al amparo de lo dispuesto en el artículo 121 de la Norma Fundamental, suponga y configure, por sí solo, la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas" (FJ 4).Esta afirmación es fundamental para las víctimas del delito que esperan un adecuado resarcimiento a los perjuicios sufridos.

El procedimiento, para la exacción de la responsabilidad patrimonial, por mal funcionamiento de la Justicia viene contemplado en las arts. 292 y ss. LOPJ, prescribiendo el 293.2 LOPJ que el interesado (art. 294.1 LOPJ), habrá de dirigir la petición indemnizatoria al Ministerio de Justicia, sin que se exija, como presupuesto, previa Sentencia de amparo estimatoria, del anormal funcionamiento (SSTS de 20.5.1999 R 5093, de 2.6.1999 R 5751, de 11.6.1999 R 5852, de 22.6.1999 R 6906). De modo reiterado se han rechazado peticiones

[124] "Una de cada tres quejas contra la justicia denuncian su lentitud según el CGPJ" Diario de Noticias, La Ley, semana del 24 al 30 de Marzo de 2003.

indemnizatorias deducidas, tanto ante los Tribunales (SSTS 18.3.1999 R 2902, de 20.5.1999 R 5093) como incluso ante el Consejo General del Poder Judicial (SSTS de 2 de julio de 1999 RR 7731 y 7732), reiterando, que las solicitudes, habrán de dirigirse al Ministerio de Justicia a fin, de agotar, la vía administrativa, que permita, con posterioridad, residenciar su conocimiento en los órganos jurisdiccionales.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

CAPITULO II

SISTEMAS PROCESALES Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL SU RELACIÓN CON LA VICTIMA DEL DELITO.

A- EL PROCESO INQUISIVO. PARTICIPACION DE LA VICTIMA DEL DELITO.

En la Bibliografía y en la Jurisprudencia, a lo largo de la Historia, en los países continentales, integrantes de la Unión Europea, se repiten dos formas de proceso claramente diferenciados: el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio, que enmarcan unos principios claramente aceptados, con la idea final de buscar la Justicia material.

Por lo que se refiere al proceso inquisitivo[125], se deben efectuar las siguientes puntualizaciones, para copmprender el sistema procesal actual, en nuestro país:

a) Haciendo una breve mención histórica, esencial para su inteligencia era el hecho de su introducción en el momento en que el monarca pretendía asumir, en exclusiva, la Justicia, como instrumento para asentar, su poder crecientemente absolutista[126]. Los

[125] MONTERO AROCA, J. no lo considera como un verdadero proceso, y en su artículo "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", ponencia presentada al seminario sobre "Justicia y sociedad", en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico,6-8 de Septiermbre de 1993, especifica las principales diferencias con el proceso acusatorio,esto es: en el sistema acusatorio, la jurisdicción se ejerce por tribunales populares,mientras qie en el inquisitivo se trata de jueces profesionales y permanentes.Mientras que en proceso acusatorio la acción es popular y su existencia es indispensable para la realización delmproceso,en el inquisitivo, no existe libertad de acusación,sino qien el Juez se convierte al mismo tiempo en acusador, asumiendo los dos papeles..las partes en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad, mientras qie en el inquisitivo, por un lado no hay parte acusadora distinto del Juez, y por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso,sino el objeto del mismo.Si en el acusatorio el Juez tiene rstringidas las facultades de direccón procesal,en el inquisitivo los poderes del Juez son muy amplios.En el sistema acusatorio la regal es la libertad del imputado en tanto dura el proceso,mientras que en el inquisito impwra la prisión provisional preventiva.Con relación a las pruebas éstas, en el sistrema acusatorio deben ser introducidas por las partes no por el Juesz,que carece de poderes autónomos para investigar los hechos,si bien en la vcaloración de esas pruebas, rigebel criterio de libre apreciación por el Juez,; en el sistema inquisitivo se dan los caracteres contrarios, es decir, el Juez investiga de oficio los hechos aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba. El procedimiento en el proceso acusatorio es oral, concentrado y público, mientras que en le procedimineto del inquisitivo es escrito,disperso y secreto. Por último en le acusatorio erxiste una sóla instancia,de modo que la sentencia es impuganable,mientras que en el inquisitivo consta de dos instancias.

[126] PEDRAZ PENALVA, E.,"Sobre el poder judicial y la LOPJ" en Constitución, Jurisdicción y Proceso, Madrid, 1990, pp. 146 y ss, también en Rev. Jurídica La Ley, 1985, 2, pp. 1121 y ss (obra citada).

intereses del Estado, se colocan por encima de los del individuo, pretendiendo impedir la impunidad de los crímenes, en cuanto lesivo de esos intereses estatales que son los generales. El juez, que ha de aplicar un derecho técnico (esencialmente fruto de la recepción romano-canónica), actúa en nombre y por delegación del titular de la Justicia que es el príncipe (eventualmente el señor)[127].

b) Básico para su comprensión es el nuevo y decisivo papel del juez[128], necesariamente técnico, ya no sujeto neutral, que conduce (arbitra) el combate, al asumir una multiplicidad de tareas entre las que resalta su investigación (pesquisa) decisiva para el pronunciamiento de la sentencia.

Nos dice ALONSO DE VILLADIEGO que: "En una de dos maneras[129], principalmente se procede en los negocios criminales, o de oficio ,de justicia, por vía de pesquisa, o denuncia, oa pedimento de parte, por vía de acusación, en presencia, o en ausencia y rebeldía del reo acusado"[130].

---

[127] PEDRAZ PENALVA, E., "Sobre el..." ob cit ant.

[128] Carácter resaltado por toda la doctrina, así, SCHMIDT, E., "*Einführung in die Geschichte..2.*,ob.cit. ant.. pp. 75 y ss, ESMEIN, *Histoire de la procedure criminelle en...,ob. cit.ant.*credita que el precedente de la pesquisa por la que el juez actuaba *ex officio* se encontraba en la ,*inquisitio cum promovente* romana.

[129] El Libro Quinto Título I de las Decrétales de Gregorio LX O'CALLAGH.AN, R.,Tomo tercero, Tortosa, 1899, pp. 223 y ss De las acusaciones, denuncias e inquisiciones, distingue tres modos de deducir un delito en juicio: por acusación, denuncia é inquisición. Así la Decretal *Qualiter* de Inocencio III, dada en el Concilio Lateranense IV, cap. *24* de este titulo, dice en su último párrafo refiriéndose a los delincuentes:*"Contra quos, ut de notoriis excessibus raceatur. etsi tribus modis possit procedi, per acusaciones, videlicet, 'e-nunnciationem et inquisitionem ipscr-m: ut tornen in omnibus diligens adhibeatur cautela, ne forte per leve compendium ad grave dispendium veniatur: sicut ac aationem legitima debet praecedere inscriptio, sic et denunciationem charitativa monitio, et inquisitionem clamosa insinuatio praevenire*". La acusación criminal propiamente dicha se define, la delación de algún crimen hecha al juez competente para la vindicta pública. A este fin se requiere ante todo que el delito sea público y grave. pues según el derecho romano los delitos leves se juzgan de plano. También es menester que el motivo de la acusación sea para la vindicta pública, porque si *fuere por algún interés particular no seria acusación criminal sino acción civil; la acusación debe hacerse legítimamente, ó sea según las condiciones señaladas por la ley, que pueden reducirse á dos".*
La una es que se haga *in scriptis* y en debida forma, expresando el nombre del juez ante el cual se hace la acusación, para saber si es ó no competente; el nombre del acusador y del acusado, á fin de saber si tienen capacidad para ello; la clase del delito; el lugar donde se cometió, el mes y año; y el día en que se presenta la acusación.,*Libellorum, 3 Digest. de Atisation.* La otra condición, es que en el escrito se ponga lo que el derecho llama *inscriptio,* que consiste en que el acusador se obligue a sufrir la pena de talión, o sea, probar el crimen delatado, y caso de no probarlo sufrir igual pena que se impondrá al reo probando el delito. Se estableció esto para reprimir la temeridad de los acusadores, a fin de que no se presentasen fácilmente a acusar. Añade O'CALLAGHAN, que el Derecho Romano suprimió después la formalidad de la inscripción; y la pena del talión fué abolida por costumbre, para no retraer á los que deseasen hacer la acusación, temiendo el peligro del castigo que se les impondría si no probaban el delito, y porque el juez ya tenia el medio de proceder ex officio si el acusador era deciente en la prueba...".

[130] VILLADIEGO VACUÑA y MONTOYA, A, Instrucción política y practica judicial, conforme al ese de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno, Madrid, 1729, cap. III, p. 58. En el difundidísimo Manual de Inquisidores de Nicolau EYMERIC, escrito en el siglo XIV, cuya edición definida y anotada se confió por la Iglesia de Roma a Francisco PEÑA a fines del siglo XVI (he manejado la reedición hecha en Barcelona en 1996), se dice que: "El proceso puede comenzar por acusación. En tal caso la acusación debe ir precedida del registro. Puede comenzar por denuncia. En cuyo caso la denuncia debe ir precedida de una exhortación caritativa. Puede comenzar, finalmente, por encuesta, que debe ir

La pesquisa, para HEVIA BOLAÑO (1609), *"...quiere decir diligente inquiricion, que es una legitima inueftigacion que haze el juez de oficio para inquirir y caber los delictos que fe cometen. v caftigarlos. Lo qual por todas vias y manera deue procurar, como fe dize en vna ley de Partida"*[131]. Tras distinguir la pesquisa general[132] y la especial[133] indica que "*regularmente los juezes de officio pueden proceder en qualesquiera delictos que re cometieren aunque dellos no preceda denunciacion ni acufacion, porque no queden fin caftigo...salvo en el adulterio, fino es que el marido lo confiente...:Ni tampoco pueden proceder (obre injurias de palabras liuianas, fino es interviniendo armas o effufion de fangre, o a pedimento de parte, y aunque le aya fobre palabras liuianas, fi ella re apartare, no lo pueden hazer de officio, y lo mirmo fe entiende en las cinco palabras de*

---

precedida de una información clara. El inquisidor, pregunta al delator, si quiere ser acusador en el proceso o si quiere limitarse a denunciar. Si el delator quiere ser acusador. el inquisidor le hará saber que se halla sujeto a la ley del talión... En caso de proceso por encuesta, el inquisidor manda citar algunos testigos de entre las personas buenas y honradas. A ellos corresponde testificar la existencia de rumores públicos..." (pp. 135 y 145) (en sus comentarios PEÑA F., dice que actualmente ha caído en desuso la ley del talión. El motivo más frecuente alegado por los doctores contra su aplicación es evidente: si se aplicara esta ley al acusador fallido, no se encontrarían delatores y, en consecuencia, los delitos quedarían impunes En nuestros días el papel del acusador corresponde a un funcionario llamado "fiscal", y él es quien asume la acusación.Para MONTERO AROCA,V., no considera eln líneas generales que el proceso inquisitivo sea un verdadero proceso,

[131] HEVIA VOLAÑO, J., Curia Phíippica (donde breve y comprehendioso *se trata de los iuzyos, mayormente forenfes, Ecclesiasticos, y feculares, con lo sobre ellos harta aora dispuesto por Derecho, resuelto por Doctores antiguos y -rocic:-nus, v practicable. Vtil para los profefores de entrambos Derechos y tueros, luezes, Abogados. Efcdbanos, Procuradores, Litigantes ,y otras personas),* En Valladolid. Por luan Godínez de Millis, Año de 1609. Parte paragrapho 10, pp 589(obra del autor).

[132] *General fe dice, inquiriendo generalmente de todos los delictos, fin particularizar ninguno, ni los nombres de los delinquentes que firue rolo de preambulo para venir a la efpecial de ellos... La pefquifa general, en que re inquiere de to(io: delictos fin particularizar ninguno ni los nombres de los delinquentes, de derecho Real en el fuero recular, no fe puede hazer fin mandato del Principe... faluo en caros de blasfemos, amancebados, vfureros, adeuinos, agoreros, Porteros, y otros pecados publicos.* HEVIA VOLAÑOS, siempre con cita de Leves de Partidas y glosa de Gregorio López). Para VILLADIEGO VACUÑANA y MONTOYA, A. , tras indicar que la pesquisa secreta es de derecho del Reyno prohibida y no se puede hacer sin especial mandado del Rey, afirma que" ...con todo ello, en ciertos delitos contenidos en la ley Real, puede, y debe *el Juez Ordinario de fu oficio de jufticia, fin efpecial comifion del Rey, y hazer informacion, y pefquifa general, y en eftos,y en otros qualefquier delitos, precediendo infamia, ó fama publica, ó notoriedad, puede hazerla, preguntando á los teftigos fofamente de los tales delitos publicos, y notorios, y no de los ocultos, y fecretos. Y fi de la tal pefquifa pareciere alguno culpado, debe el Juez proceder contra él por la efpecial, y caftigarle; y en eftas pefquifas generales puede el Juez admitir qualefquier teftigos, aunque Pean de los prohibidos; porque la haze rolo para inftruirfe, y no para castigar"*

[133] Entendiendo por ésta pesquisa especial *"...quando fe inquiere del delicto y delinquente particular, porque fi el delicto en efpecial fe inquiere, y no de la perfona fino en general, fe dize efpecial quanto al delicto, y general quanto a la perfona. Y fi de la perfona efpecial fe inquiere, y del delicto en general, fe dize efpecial quanto a la perfona, y general quanto al delicto...La pefquifa efpecial, quando fe inquiere del delicto, y delihquente particular, de que ya fe tiene noticia por notoriedad, o declaracion de algun teftigo, o por denunciacion, o acufacion, permitida es hazerle. Y lo mirmo riendo efpecial quanto al delinquente, con que no fe pregunte de nombre cierto, fino rolo preguntando quien le cometio, Nafta que ala n teftigo le nombre, que entonces bien fe puede inquirir del, pues ya la pefquifa general fe tranffirio en efpecial...Mas quando la pefquifa es erpecial quanto a la persona, y general quanto al delicto, de derecho real en el tuero recular es prohibida, fino es en los caros expreffos, como en vifitas, o refidencias, o contra facinerofos, o hombres de mala vida y fama"* (HEVIA VOLAÑOS, ob. cit, ant.).

injurias graues, aunque en ellas fi la parte querellare: aunque despues re aparte fe puede proceder de officio".

TARDIF[134] muestra un interesante aspecto, del origen del proceso *per inquisitionem,* a nuestro entender, esclarecedor, de algunos de sus extremos. Era frecuente, dice ese autor, que nadie quisiera ser acusador o denunciador. El rumor público -*fama*-, indicaba sólo un hecho del que nadie podía o quería ofrecer prueba. A fines del siglo XII, Inocencio III instituyó en esos casos de *difamatio* la persecución ex oficio que buscaba las pruebas a través de la audiencia de testigos. Este era el proceso *per inquisitionem* que la legislación carolingia había admitido y que, a veces, se denominaba *aprisia, aprise* en los siglos XII y XIII. Esta institución fue aprobada por el Concilio de Letrán de 1215, extendiéndose rápidamente tal forma de proceder por el midi de Francia, lo que se constata en la Ordenanza de 1252 de Cahors Beaucaire, en que se procedía contra los crímenes por vía de *inquisitio, secundum jura et terre consuetudinem*[135].

En resumen, cabe indicar, que el Juez investigará, *ex officio,* todos los delitos salvo los que denominaríamos hoy privados[136] y, tratándose, de delitos de injurias graves, podrá el juez, continuar de oficio, aunque abandonare el injuriado. El resultado de su instrucción constituye la base del pronunciamiento. Así lo afirma, también, HEVIA VOLAÑO: "*Luego que el juez tenga noticia del delicto, ora proceda de oficio, ora a pedimento de parte. Lo primero, que ha de hazer es aueriguar auerfe cometido el delícto, yendo perfonalmente a ello, o eftando ocupado embiando vn official cuyo con el efcriuano que de fe del muerto o herido y de las heridas que tiene, y en que parte, o*

---

[134] TARDIF, A. *La procédure civile et criminelle aux XIIIe et XIV e siécles ou procédure de transition,* Réimpression de l'édition de Paris 1885, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1974, pp. 144-145 (obra del autor).

[135] Continúa diciendo TARDIF, cit.ant.: Cuando el juez ha conocido la *diffamatio,* sea por declaraciones de personas graves, sea tras una *inquisitio paeparatoria,* fija un plazo en el que podían presentarse las personas que quisieran perseguir al difamado vía acusación. Si no se presentaba acusador, el juez podía optar entre la *inquisitio y* la *purgatio canonica.* Cuando optaba por el proceso *per inquisitionem, c*itaba de comparecencia al difamado comunicándole los extremos sobre los que se proponía dirigir la encuesta, *capitula inquisitionis, y* le interrogaba sobre cada uno de ellos, a fin de determinar los hechos cuestionados sobre los que harta recaer el examen de testigos. El *reus o* inculpado, no asistía a la declaración testifical, pero se le comunicaba *le procés-verbal,* sin darle los nombres de los declarantes, en los Tribunales eclesiásticos Tras los alegatos, *plaidoiries,* el juez dicta sentencia si las pruebas son convincentes, o si el *reus* confiesa los hechos que se le imputan *(ad rutllius condemnationem sine luc¯idis et apertir probationibus, reí confessione propia processimus, nec dante Domino, procedemos).* En la inquisitio *cum promovente,* el *promavens,* llamado más tarde *promotor o procurator,* jugaba el papel del llamado *accusateur public* en una época más reciente. Este *promovens,* que podía ser un particular, pero que a fines del siglo XIII deviene en oficial público, debía primero probar la *diffamatio.* Admitida la *diffamatio* por el juez, competía aún al *promovens* reunir las pruebas del hecho imputado al *reus,* cumpliendo así en cierto modo el papel del juez instructor. Los jueces eclesiásticos que no podían condenar a otras penas corporales que la prisión, remitían en caso grave los culpables al brazo secular.

[136] Excluyendo el adulterio, que ha perdido, su naturaleza penal, en la mayoría de los modernos Códigos occidentales.

del delicto que fe cometio, affentandolo afi por efcrito, porque efte es principal fundamento dei juyzio.[137] *"...Luego que confte del delicto, y aueriguado que fea, el juez proceda a la aueriguacion del delinquente que le cometio, por fumada infoimacion de teftigos, tomando primero fu declaracion al herido o ofendido..."*[138]

Realistamente, procede advertir, que si la investigación venía atribuida a los jueces, en la práctica, las averiguaciones eran llevadas a efecto por los alguaciles, conocidos por su corrupción y prácticas abusivas[139].

c) Se sacrifica la libertad del presunto reo, acordando su prisión, salvo en causas leves y si prestare fiador: *"Recibida la sumaria información , resultando della culpa contra los culpados, por cualquiera presumpcion, o prueua, aunque fea por un testigo menos idoneo, el juez procede luego a prisión suya, y fecruento de sus bienes... sin ser necessario para ello citación suya, por el riesgo de la fuga: mas cessante culpa no se puede hazar ni prender, poque fe infama al prefo, y fe le puede pedir en refidencia la injuria, y asi le ha de foltar luego sin coftas..."*[140].

d) Si el Juez, de oficio, en teoría[141], investiga el hecho punible y su autor, también busca los elementos probatorios objetivos y subjetivos. La confesión ,aparece como uno de los medios esenciales, para obtener la verdad, llegándose a la aplicación del tormento para obtenerla. Muy realistamente, en un Fur de las Cortes de Monzón de 1564, se implantó la prudente medida de no someter a juramento previo al reo, a quien se pedía declaración, ésta tendría, en adelante, el mismo valor probatorio, que si hubiese sido obtenida bajo juramento.[142]

---

[137] Y sigue diciendo HEVIA VOLAÑO, cit, ant.: "...refpecto de que quando la ley fe funda en alguna calidad, primero ha de confitar della... Y para en efte cato ver las heridas fe puede desenterrar, ver y abrir el muerto..." Con cita de Leyes de Partidas y glosa de ANTONIO GÓMEZ.

[138] Las Decrétales fueron determinantes de la escritura en el inquisitivo al imponer que toda actuación, incluso llevada a cabo por el propio juez, debía ser documentada por otro sujeto (escribano, notario, actuario,etc) y llevada al juicio, teniendo asimismo que cimentarse la sentencia en los documentos recogidos: "*quod non est in actis non est in mundo*".

[139] Así DE LAS HERAS SANTOS, JL." La Justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla" cit.ant. pp. 160 y ss, quien enuncia algunos de los desafueros que solían cometer tan corruptos sujetos.

[140] Siempre con cita de leves de partidas y glosa de Antonio Gómez, agrega HEVIA VOLAÑO que sólo el juez llene autoridad para prender al culpado y nadie más goza de autoridad para ello, salvo que se trate de determinados delitos (falsificación de moneda, raptos de vírgenes o religiosas, incendios, etc.), hipótesis en las que dentro de las 20 horas de su detención por cualquiera habrá de ponérsele a disposición del Juez. Tampoco los Alguaciles pueden detener a delincuente Ante sin o autorización del Juez, salvo delitos "in fraganti", supuestos en los que habrán de presentarlos al Juez antes de meterle en la cárcel, salvo que la detención fuera durante la noche.

[141] Recuérdese lo dicho para los Alguaciles quienes en la práctica realizaban las averiguaciones.

[142] Cit. TOMÁS Y VALIENTE, F," La tortura en España. Estudios Históricos", Barcelona, 1973, pp. 53 57 a 63, dice comentando a MATHEU jurista valenciano del siglo XVII, que "...el reo podía ser torturado en tres supuestos:a) Cuando se negase a contestar, y entoneces se le infiría... *non ad eruendam veritatem, sed*

Se acude al tormento, cuando resulten indicios contra el delincuente, tras oírsele, "...*no auiendo plena prouanca, porque auiendola no fe puede dar*... "[143].

Precisamente, el deber de averiguar la verdad (material), que se le asigna al juez sometió al acusado, a sus omnímodos poderes, colocándole en la situación de reo e impidiendo su consideración como sujeto procesal[144]. Empero, tal búsqueda de la verdad, se veía obstaculizada, por el régimen legal de prueba que imponía a los juzgadores reglas

---

habendam certam responsionem; b) cuando se len impone *pro eruenda veritatis criminis de quo est inquisitus* , esto es, cuando se trata de verificar si los indicios de culpabilidad que hay contra él, en relación con el delito investigado, corresponden o no a su verdadera culpa, la cual se considerará probada si el reo confiesa en el tormento, y ratifica luego su confesión... Y aquí viene lo más interesante, pues MATHEU asegura fundamental, pues que esta forma de tortura (precisamente, rida al reo indiciado con el fin de averiguar su propia culpa) en Valencia casi no se usa: "*Haec enim torturae species apud nos fere non est in usu*" ¿Por qué? MATHEU lo explica con toda claridad, afirma que esto es así, tanto porque se considera que la tortura, como ya dijo ULPIANO, es una prueba extremadamente peligrosa (*valde periculosa probatio*...) como porque la experiencia enseña que la tortura, en Valencia muy frecuentemente, no produce ningún resultado, es decir, no provoca la confesión del reo: hasta el punto de que dirá un poco después, incluso las mujeres, que son de frágil naturaleza, se mantienen negativas en el tormento. MATHEU aclara, a qué se debe este nulo resultado ,o efecto de la tortura y proporciona dos importantes razones legales al respecto. Una, el Fur 175 de las Cortes de Monzón de 1585, según el cual los indicios contra el reo quedan purgados si éste permanece negativo en el tormento, de manera que. con arreglo al precepto expreso de dicho *Fur,"'quasevol reo que sera estat tormentat, y haura passat, los torments negant, no puma esse apres condemnat en pena alguna, encara que extraordinaria*.". La segunda razón del poco éxito de la tortura. estriba en que otro de los Fur de 1585 prohibió que se innovasen los medios físicos de atormentar: los dos únicos admitidos eran el llamado "*lo guant del Emperador"* y el de colgar al reo con los brazos atados a la espalda y una piedra sujeta a los pies; ahora bien, estos viejos y autorizados medios de atormentar eran, en opinión de MATHEU, poco dolorosos. v esto, unido al valor probatorio absolutorio del silencio, hacía que los reos los soportasen sin confesar, el tercer supuesto de tortura del reo es precisamente éste: el del reo torturado "*tamquam cadaver*"...constituye (pues) parte de la condena, aunque pueda servir como medio de prueba o de información -lo que fue muy discutido-. Y se impone por una de estas dos causas: o bien porque el reo va condenado a cualquier pena no capital está considerado como famoso delincuente y autor de otros delitos, en cuyo caso se le interroga en el tormento acerca de esos otros crímenes, o bien. cuando se sabe que un reo va condenado por un determinado delito a pena capital, cometió tal delito con cómplice, en cuyo caso se le tortura para que hable acerca de dichos cómplices».

[143] HEVIA BOLAÑO, cit.,ant.: "*Si no hubiera. plena prouanca para condenar en la pena ordinaria del delicto, fino otra menor fuficiente para dar tormento, en cato y contra persona que fe pueda dar*.... Resalta este autor, que ora proceda de oficio ora a pedimento de parte, ora se pida por ella o no se pida, es menester que haya concluido la causa porque antes de este tiempo no puede constar legítimamente de los meritos de la causa, por lo cual, y porque de los indicios que resultan contra el delincuente, primero que se le de tormento, ha de ser oído sobre ello. DE VILLADIEGO, A ,tras indicar que se ha de acudir al tormento cuando el delito no pueda averiguarse por otra vía, o cuando está averiguado está "semipleno probado", que es con un testigo y otros adminículos o indicios como que deponga «de vista de ojos sobre el mismo delito, y no basta que diga de las circunstancias de él, que para esto son menester dos testigos por lo menos»; la fuga hecha después de cometido el delito, con otros indicios es bastante indicio para tormento; y la confesión extrajudicial hecha por el reo averiguada por dos testigos; y la enemistad, nacida de causa grave; y ver venir a uno con su espada desnuda o sangrienta del lugar donde está el muerto o herido; y hallarse la cosa hurtada en poder de persona vil. Para dar tormento al reo ha de preceder información y proceso ordinario, no pudiéndose imponer por sumaria información salvo por gravísimo delito. No se puede dar tormento a las personas privilegiadas, como son el hijodalgo y el menor de catorce años y el viejo de 60, ni el soldado que sirve al rey ni al Abogado, ni al Juez ni al Doctor ni al Licenciado, ni a mujer preñada ni a otras muchas personas señaladas en la ley de Partidas.
Antes de darle tormento se le ha de requerir que confiese o señale persona cierta que lo cometió. Y si no confesó ni señaló persona cierta désele tormento y si confesó su delito en él y se ratificó en su confesión tras 24 horas se ha de iterar el tormento. Habiendo confesado su delito y ratificado dicha confesión, o habiendo probanza bastante, el Juez le condena por su sentencia definitiva, declarando la pena que se le ha de dar.

[144] Así ha sido dramáticamente puesto de manifiesto por ZACHARIAE, H.A, *Die Gebrechen und die reform des deutschen Strafcerfahrens*, 1846, esp. pp. 92 y 99 *y* ss .(obra del autor).

de obligada observancia en la admisión y valoración de los medios probatorios, de tal modo, que éste, en lugar de apreciar las pruebas, se ceñía a su cómputo *(probatio nulla, probatio plena*[145]*, semiplena probatio,* tercios o cuartos de prueba, etc.[146]).

e) Suelen esgrimirse, el secreto y la escritura *(quod non est in actis non est in mundo),* junto a la falta de contradicción y de inmediación, como propias del inquisitivo. En verdad, seria menester, matizar tal afirmación En la medida, en que las declaraciones se documentaban por el escribano, en latín -en la mayoría de los casos, por tanto, en lengua distinta de la en que se había declarado- el Tribunal que no hubiere asistido a la práctica de la prueba, habría de ajustarse, a lo contenido en el acta. Si además el material determinante del fallo, radica en el recogido durante la instrucción, el contacto del juzgador con los elementos personales y reales ,se reducía al mínimo.

Con la doble instancia, la inmediación resultaba, severamente dañada, en el proceso inquisitivo, respecto del órgano *ad quem,* pero, al menos, teóricamente, no parece que sufriera respecto del órgano a quo, según cabe inducir de las numerosas prescripciones que advertían al juez que, siempre que fuere factible, realizara las actuaciones procesales por sí mismo. No se distingue, juez investigador y sentenciador, con lo que admitida su falta de imparcialidad ,en cambio, no es aceptable sostener indiferenciadamente la falta de inmediación. A este tenor, históricamente, nos dice TOMÁS DE TORQUEMADA en su Recopilación del Oficio de la Santa Inquisición "*Item que los inquiridores por fi mesmos reciban y examinen los tertigos y que no cometan la exarninacion dellos al notario ni a otra prona...*"[147]; en igual sentido HEVIA BOLAÑO: "*En las cautas criminales el juez ha de examinar los teftigos por fu perfora, fin cometerlo al efcriuano ni a otra alguna, afsi io dize vna ley de la Recopilacion, tanto que fi eftuiere.n en ageno territorio, aunque en las cautas leues fe pueden examinar por el juez del, requerido con fu requifitoria: empero en las que puede venir pena de muerte, mutilacion de mienbro, o destierro, no fe puede hazer, fino que precisamente los ha de examinar el juez de la cauta, y as si folo ha de embiar requisitoria para que los embie ante el, y no para examinarlos, y efsta requisitoria en qualquiera de erstos caros fe ha de cumplir, como*

[145] GOMEZ ANTONI,*Varianim resolutionum,* Tomus tercerus (De delictis), Matriti, MDCCXCIV, en el cap. XII (De *probatione delictorum),* n. 3 *Quid sit plena & legitima probatiof,* pp. 240, indica que "*Alliud est plena & legitima probatio: & omissis alliis diffinitionibus, dico, quod es perfecta cognitio facti vel delicti per modos á jure diffinitos. Et principaliter fit per confessionem partis, vel per testes legitimos*".

[146] Vid.CAPPELLETTI, M., *Procédure orale et procédure écrite,* Milano, 1970, pp 49 (obra del autor)

[147] TORQUEMADA, T." Recopilación de las Instrucciones del oficio de la Santa Inquisición", Edición Príncipe, Granada 1537.

consfta de una ley de Partida y fu glofa de Gregorio Lopez"[148]; también VILLADIEGO: *"Y los teftigos...han de dezir ante el mismo Juez, porque es de mucha importancia, que el Juez vea el rostro al teftigo, especialmente en los catos graves, -para que confidere la forma, y manera, como deponen; y fi re turban, ó dizen con passion, ó muy pensado lo que dizen, y hazer que fe ercrivan en el procefro las tales figuras de los terstigos, para que confte al Juez, al qual es arbitrario el difcernir quanta fee les debe dár. Y af si, no debe el Juez, fin gran cauta, cometer el examen de los terstigos al Efcrivano, en las cautas criminales, graves, ó civiles, arduas... fi no puerre por mucha ocupacion y muchedumbre de negocios, ó por erstár lexos los tefstigos, y no poder ir, ni embiar por ellos, o por fer el Juez tan grave perfona, que no es razon que vara a ello..."*[149]

Es defendible, por tanto, que la inmediación estaba presente en los procesos penales inquisitivos, al menos ,en la primera instancia y por regla general, si bien con frecuentes excepciones contempladas en los textos legales y en las obras doctrinales: cuando los testigos fueren forasteros, fuere de voluntad de las partes, no pudieren venir los testigos, cuando se tratare de delito por vía de excepción o cuando sean testigos de descargo del acusado, etc.

Tratándose de pleito criminal "a pedimento de parte", ya nos habla VILLADIEGO de las dos maneras en que "*Hazefe la acupacion.…* la una criminal, para castigo del delito, y la otra civil, para la condenación del daño, e intereses, que ha de aplicar a la parte, y así puede el acusador en la misma querella pedir criminalmente, que sea condenado el reo en las penas que hubiere lugar en Derecho, y civilmente en los daños, intereses. y cortas, que a su causa se le hayan seguido..."[150]

En causa criminal de oficio, siempre que, de la sumaria información, resultare algún sujeto culpado, "*...y no aviendo parte que nalga á la caufa, y fe querelle, fe cria vn Fircal, fi no le ay, y fe vá procediendo hafsta la fentencia difnitiva...*"[151]. En otro texto, también VILLADIEGO MASCUÑANA mantiene: "*Mas fi deffistió la parte defpues de aver comentado á proceder en la cauta el pefquiridor, y la cauta es digna de cafstigo, proceda en ella de fu oficio, fin nombrar Fircal, que para las diligencias neceffarias él fe es Fiscal, aunque el Juez Ordinario no lo es en las cautas en que procede de oficio, fino que ha de nombrar Fircal; y efta es vna de las diferencias de pefquifa al*

[148] HEVIA VOLAÑO, cit. ant.
[149] VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, cit.ant.
[150] VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, Alonso cit. ant.
[151] VILLADIEGO VASCUÑANA, cit., ant.

Ordinario"[152]. En Pleito de oficio de Justicia por vía de "denunciacion"[153], "*...y quando ay Fiscal, el Fiscal denuncia del delinquente, y donde no le ay, le cha el Juez, y de ordinario no le aviendo, un Alguacil haze la denunciacion; y pareciendo ante el Juez, y Escrivano, pone fu acusacion, y denunciacion por via de Auto,...*"[154]. Tratándose de pleito criminal "a pedimento de parte", y si muriere el acusador, en primera o en segunda instancia, no está obligado el heredero a sostener la acusación de modo que no siguiéndola "*...el Juez de oficio lo ha de hazer, criando Fircal, con quien fe hagan los autos...*"[155].

En otros países, como en Francia, junto a la acusación, directamente intentada, por la víctima o por el acusador especializado -el fiscal que surge precisamente en esta época- y a la incoación, de oficio, en hipótesis de flagrancia o notoriedad de la infracción, los juristas de los siglos XIII y XIV admitían que el juez podía iniciar las actuaciones precediendo denunciación. Poco a poco, esta denunciación, se sustituye por la acusación, llegando a ser los riesgos tan grandes, que el acusador privado no llevaba el proceso libremente. Pronto la parte lesionada perdió ,incluso, el derecho a citar a su adversario y se debió contentar con una "*plainte*" al juez competente[156]

Antes de concluir, con estas brevísimas pinceladas del proceso inquisitivo, hemos de advertir, su abrumadora superioridad técnica, respecto del acusatorio que le precede; el gran desconocimiento que hay sobre él, acaso, por las críticas de la Ilustración centradas en el tormento -no tan generalizado, ni cruel, como algunas técnicas utilizadas, aún en los interrogatorios en ciertos lugares-, y en el abuso de la prisión provisional, finalmente, hacen que, únicamente, algunos de sus rasgos, pervivan, en nuestro proceso vigente.

En esquema,una vez efectuadas las anterires matizaciones, y las diferencias de criterio entre la doctrina, podría caracterizarse, al inquisitivo por las notas siguientes:

---

[152] VILLADIEGO VASCUÑANA. cit., ant.

[153] VILLADIEGO VASCUÑANA, cit. ant., alude a las hipótesis de algún delito público, del que puede denunciar o acusar cualquier del pueblo, o en razón de algún oficio particular cuando el Fiel o Guarda denuncia alguna cosa que toca a su oficio.

[154] VILLADIEGO VASCUÑANA y MONTOYA, A.,cit. ant,." *Diziendo, que eftando prohibido por leyes de eftos Reynos, que no se hizieffe tal cofa, p. lo avia hecho, y cometió tal delito, que le acula, y pide, fea condenado en las penas que ha incurrido, y huviere lugar de derecho, y el Juez manda dar informacion del delito, y recibo, fe dá mandamiento para prender al reo, y fequeftrar fus bienes, fi parece culpado, y prefo, fele toma fu confefsion, y dá traslado de la culpa, y fe recibe a prueba con todo cargo. Y el reo refponde, y haze fu defcargo, y fe concluye, y fentencia".*

[155] VILLADIEGO VASCUÑANA y MONTOYA, cit. ant.

[156] Se alude a la acción que conocemos como civil. Así STEFANI/LEVASSEUR/ BOULOC, *Procedure pénale,* 17° Ed. Paris, 2000, pp. 53.

a) Juez profesional (jurista)[157] con rechazo de cualquier participación lega, en la tarea de juzgar, acorde con la tendencial estatalización de la Justicia.

b) La investigación por el juez, constituye elemento determinante del enjuiciamiento, a veces, de la acusación y, en todo caso, de la sentencia. El juez pesquisidor instruye y resuelve o lo hace otro órgano pero con base en el material recogido por aquél.

c) La escritura es imprescindible, a fin de permitir la constancia de las actuaciones procesales, incluidas las del mismo juez, y así su conocimiento por otro órgano distinto de aquél, ante el que se desarrollaron, como también, decisivamente, para posibilitar la segunda instancia. La prevalencia de la escritura, con el uso primordial del latín, incomprensible para la mayoría ciudadana, y la tecnificación del procedimiento, auspician el secreto de las actuaciones procesales hasta la sentencia, aunque con miras a la prevención general[158], amén de la especial, se recurre a la ejecución pública de las penas[159]. La escritura, como forma prevalente procesal, al favorecer escritos y contra-escritos y recursos contra cualesquiera resoluciones, incluidas las interlocutoras, propicia la desconcentración[160] y dilación del proceso[161].

---

[157] Lo que no quiere decir que la Justicia fuere impartida por un órgano específico en exclusiva dedicado a tal actividad. La figura acaso más típica de los Austrias: el Corregidor, era un equivalente, al mismo tiempo, al juez de primera instancia, subdelegado del gobierno, jefe de hacienda, etc. Si no era jurista tenía un asistente Letrado, Regente mayor, etc.

[158] Téngase presente, la distinción ,en la vigente doctrina alemana, de la prevención general negativa y positiva. La negativa radicaría en la intimidación de la colectividad, no reconociéndosele eficacia seña Jable considerando que la abstención del delito depende más de la vigilancia policial y eficacia de su labor investigadora que de la ley y de las condenas judiciales, lo que parece lógico habida cuenta que la comisión de un delito se lleva a cabo con la creencia en su impunidad. La prevención general positiva, consiste en que la ley penal y la Justicia han de provocar en el ciudadano una actitud afirmativa del orden jurídico. Según señala ROXIN, este ocurre de tres formas: por el efecto didáctico inherente a la aplicación pública de las 'leves en el juicio y en la sentencia: por el efecto de confianza cuando la sociedad comprueba que la ley se aplica, y, por el efecto de la satisfacción lograda por la comunidad al comprobar que se ha suprimido la perturbación social provocada por el delito.

[159] Tiene a este respecto interés el estudio de BERNALDO DE QUIRÓS. C., "La picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios", Madrid, 1907, en el que estudia y reproduce los rollos jurisdiccionales" -aún conservados en algunas poblaciones de Castilla y León-, acaso, por ser de piedra y utilizarse durante muchísimo tiempo- ubicados en los lugares ,en que se llevaba a cabo, la ejecución pública de la pena.

[160] Por algunos autores, se habla, por ello, de la vigencia en el proceso inquisitivo del principio de eventualidad, cuyo objetivo sería el impedir la tardía aportación de alegaciones comprendidas en el ámbito esencial de la causa y no excluidas del tema fundamental del proceso. Se buscaba, así ,en el proceso común impedir la alteración de lo hecho constar en los autos mediante la desmembración del procedimiento en una serie de estadios preclusivos, de tal modo que todos los pasos y actuaciones de anterior deberían haberse realizado y terminado antes de pasar a l estadio siguiente no había posibilidad de volver atrás en plena marcha del proceso. Hoy día, cabría defender su aplicación, en nuestro proceso, aunque respecto de la defensa pero no de la acusación: Es evidente, que se provocaría la indefensión si se permitiera una extemporánea acusación o, si se quiere, afirmación de algún otro hecho punible o circunstancia modificativa sin permitir al acusado, un pleno ejercicio de su derecho de defensa. En cambio, la aportación de cualquier dato o elemento válido, para acreditar, más allá de toda duda razonable, la inocencia del inculpado, es de recibo en

d) La inmediación es recomendada por el legislador y la literatura, aunque su vigencia, se ve obstaculizada por la práctica de comisionar al Escribano o a otros "*interrogatores*"; en todo, caso la inmediación sería predicable sólo del juez instructor que también decidiera.

e) La prisión del inculpado se sacrifica a la libertad.

f) En paridad conceptual, las fuentes de prueba, son introducidas a través de los medios probatorios antes del plenario, recogiéndose por escrito, sin contradicción y en general en secreto.

El sistema de prueba legal[162] imponía al Juez, rígidas regalas para admitir y ponderar la prueba, atendiendo a criterios normativos: *múmero (testis unus testis nullus; depositio duorum testium ovni exceptione mayores)*, calidad de los testigos (varón o hembra; noble o villano, seglar o eclesiástico, etc), etc. El Juez clasificaba las pruebas en nulas (a repeler de plano), plenas, (que le vinculan) y semiplenas[163] (en las que tenía que proceder a su cómputo: tercios de prueba, medias pruebas, cuartos de prueba, etc.) pudiendo con éstas condenar, si llegare a una "convicción"[164]. Empero, y de acuerdo con el papel a jugar por el juez en el proceso, éste, el juez, es el destinatario de la actividad probatoria que en

---

cualquier momento del proceso hasta la sentencia; e incluso, tras ella, a tenor de la acción impugnativa autónoma en que consiste la revisión de sentencias firmes penales.

[161] Así. CAPPELLETTI, M., *Procédure orale et procédure écrite,* cit.,ant.

[162] Denominación que ya en el siglo XIX tuvo dos significados. El primero, por el que se aludía al sometimiento de la actividad procesal en que la práctica de la prueba, consiste, a un conjunto de reglas: orden de examen por ejemplo de testigos, limitación del modo de prueba, acotamiento de los interrogatorios presentados a los testigos para que no se use de artificios y el tiempo del tribunal se consuma inútilmente, etc. Es decir, supone disciplinar esa actividad para que se consiga persuadir, de la verdad al tribunal (sic. GLASSFORD, S., "Los principios de la prueba y su aplicación a las pesquisas jurídicas", trad. de TENORIO y HERRERA J. Mª , Madrid, 1842, esp. pp. 129 y ss.). El segundo sentido, acepción que es a la que nos referimos aquí y ahora y que es la que en general se entiende, con el epígrafe "prueba legal" puede verse asimismo en autores del siglo XIX GENNARI, *Teori delle prove,* Pavia, 1853, pp. 12 y ss.; también moduladamente en España en GÓMEZ DE LA SERNA/ MONTALBÁN, "Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales", 3ª ed., T. III, Madrid, 1861, en las pp. 191y 192, quienes al referirse al "valor legal de las pruebas" indican que de conformidad con la Regla 45 de la Ley Provisional para la aplicación de las disposiciones del Código Penal, "…en defecto de la prueba plena legal, la ley admite para la imposición de penas si bien con atenuación, la convicción moral, si esta se funda en pruebas semiplenas que se aproximen a la plena" , también ORTIZ DE ZUÑIGA, M. Práctica general forense, II, 4ª ed., Madrid 1861, alude a que "los tribunales de justicia buscan mas cumplidamente su anhelo de acierto, su propia conciencia, cuando encuentran convencida su razón, cuando consiguen ver un hecho con evidencia, aunque falten alguno ápices legales…" . Por FURNO, C., *Teoría de la prueba legal* , Madrid, 1954, p. 7, se define la prueba legal "como sistema de garantías formales para la certeza de las relaciones jurídicas…". FLORIAN, E., De las pruebas penales, T.I, Bogotá-Colombia, 1990, pp. 47-8, indica que "El sistema legal de pruebas puede manifestarse en un triple sentido, a saber: ya sea limitando el objeto o los medios con los cuales ha de establecerse la prueba; ya sea fijando el respectivo procedimiento; ya sea preestableciendo el valor de la prueba y la fuerza probatoria de ciertos hechos, al fijar previamente la estimación que el juez debe hacer de ellos y el valor que deba atribuirles".

[163] SALA, J., Ilustración del Derecho Real de España, 2ª ed., TII, Madrid MDCCCXX, pp 197 (obra citada).

[164] Al menos en la transición del sistema inquisitivo al acusatorio formal se ve en los citados textos españoles del XIX de GÓMEZ DE LA SERNA, ORTIZ DE ZUÑIGA, etc.

general, venía atribuida a los diversos sujetos: acusadores y acusados. Tiene así sentido la máxima *probatio fit iudici, iudici fit probatio*[165].

B- EL PROCESO ACUSATORIO. ANALISIS DEL PROCESO ACUSATORIO PURO Y DEL PROCESO FORMAL O MIXTO. INFLUENCIA VICTIMAL.

Haciendo una breve introducción, , como anteriormente se ha expuesto, con el proceso inquisitivo; y antes de enfocar la líneas generales, lo que será nuestro proceso penal., convendrá destacar,[166], la confusión existente, en torno a los conceptos, "principio acusatorio" o "sistema acusatorio", utilizando y, abusando ,sobremanera, de los mismos.

Se afirma que esos principios, están consagrados en la Constitución, aunque, tal y como menciona, DE LA OLIVA SANTOS, sin citar ningún precepto, ni ofrecer argumentaciones, y ,se pretende, a veces con una ignorancia inexcusable o -como dice el mencionado autor,- sofística interesada, que de ellos, se deriven, las más diversas circunstancias[167].

Para el referido autor y para MUERZA ESPARZA, entre otros, no se sigue este criterio denominativo, porque entraña importantes dificultades: de un lado, el "principio acusatorio",comprende demasiadas cosas, relacionadas entre si pero con una comprenetación difícil. Se pretende que ,desde el primer momento, según los indicados autores, ha de desarrollarse comomuna contradicción igualitaria con una imprescindible parte acusadora; que los distintos órganos jurisdiccionales encargados de la instrucción sean distintos, que haya correlación entre la sentencia y la acusación, estando el Tribunal vinculado a esta; que la acusación no es sólo imputación de hechos determinados a persona o personas concretas, sino también calificación jurñídica única de esos hechos...

En la referida relación de criterios, hay reglas de viegencia necesarias e indiscutibles; desde cuando se necesita la acusación, hasta donde ha de llegar la

---

[165] Adelantamos, que tal afirmación, no es plenamente válida hoy día, en todo caso en el proceso continental, pues una cosa es que la actividad de alegar e introducir en el proceso las diversas fuentes de prueba competa a acusadores y eventualmente a los acusados y otra es que corresponda al juez ponderar más allá de toda duda razonable "*beyond any reasonable doubt*", tales fuentes de prueba, introducidas vía medios probatorios legalmente previstos, vid. PEDRAZ PENALVA, "La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba pre-constituida", en La instrucción del sumario y las diligencias previas, en Cuadernos de derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1998, pp. 13 a 62.

[166] DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES, HINOJOSA, MUERZA Y TOMÉ, "Derecho Procesal Penal", 1999, pp 41 y ss, Colección Ceura, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

[167] ARMENTA DEU "Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)", en Revista de Derecho Procesal, 1996, nº 2 pp 265-291

correlación acusación -sentencia...sin que por ello, haya de dejar de considerarlo informado, por un denominado "principio acusatorio"

Con todo ello, no se quiere decir, que no quepa un concepto perfilado y preciso de "principio acusatorio" o que carezca de sentido utilizar dichos términos. El nombre de "principio acusatorio"[168] podría expresar el criterio configurador del proceso penal, según el cual se necesita una acusación para el inicio de la fase de plenario o de juicio oral y para una sentencia de condena.

Continuando con el hilo argumental, de los indicados autores, se especifica qeue dicho "principio acusatorio" carece del mínimo de precisión que requieren los instrumentos jurídicos para afrontar y resolver problemas sin incurrir en el casuismo ocasionalista desprovisto de orientación firme

Para MONTERO AROCA,[169] el llamado proceso acusatorio, si que es un verdadero proceso, por cuanto, en el existen, realmente, un Juez imparcial y dos partes enfrentadas entre sí, pero no todos los caracteres, que pueden incluirse como propios del sistema acusatorio,son necesarios para que exista lo que denominamos , proceso. Para este autor, los llamados sistemas procesales penales, son conceptos del pasado, que hoy, no tienen, ni siquiera un valor pedagógico, lo que realmente importa, son los sistemas procesales, que no son tales, sino que engloban reglas y principios concretos, para determinar, como se configura el proceso.

La garantía procesal, en la aplicación del derecho penal, no da respuesta a algunas de las cuestiones que se presentan. Esa garantía dice, que el proceso, debe iniciarse necesariamente, pero no dice, cómo ni quien ,va a determinar el hecho que se imputa, y la persona del imputado.

A todas estas cuestiones, atiende el principio acusatorio y lo hace, desde el fundamento de la imparcialidad del Juez. A pesar de todas las especialidades que pueden concurrir en el proceso penal, lo que no puede ser diferente, es la existencia de un tercero imparcial que está colocado, *supra partes*.

---

[168] Tal y como antes se ha mencionado en el artículo de MONTERO AROCA ,J."La garantía procesal penal y el principio acusatorio" Pinencia presentada en le seminario "Justicia y sociedad" celebrado en le Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Méjico, 6-8 de Septiermbrte de 1993.

[169] MONTERO AROCA,J. "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", Revista La Ley 1994-1,pp 973 y ss.

No se discute, hoy en día, por la doctrina, que el principio acusatorio, tiene que suponer que no pueden ejercerse, por un mismo órgano, las funciones de investigación, en el procedimiento preliminar, y de enjuiciamiento, en el juicio, por cuanto ello supondría el riesgo de que la decisión se pronunciara, por un juzgador, que carece de imparcialidad.[170]

En este orden de cosas, el principio acusatorio, se resulve, en tres consecuencias trascendentes: no puede haber un proceso si no hay acusación y ésta es formulada pornpersona ajena al tribunal sentenciador, no puede condenarse ni por hechos distintos de los ausados ni a paersona distinta de la acusada,,no piuede atribuirse al juzgados poderes de dirección material del proceso, que cuestionen, su imparcialidad[171]

Sentadas estas líneas doctrinales, y enfocando el proceso acusatorio mixto, este, es consecuencia de la recepción afrancesada ,del proceso acusatorio de partes, vigente en Inglaterra. La Europa continental, acogió el sistema denominado acusatorio formal o mixto consagrado en el "*Code d'instruction criminelle*" de 1808. Las Leyes revolucionarias francesas de 18 de enero y 16 y 29 de septiembre de 1791 sobre Procedimiento Penal que, entre otras novedades, introdujeron el juicio público, oral, por jurados, con libre valoración de la prueba. Constituyen, los antecedentes, del Código de Instrucción Criminal de 1808 que mantuvo significativas notas del inquisitivo.

Sobresalían, de entre ellas, la institución del Ministerio Fiscal -al que se atribuye el monopolio de la acusación- y la pesquisa o instrucción judicial, con las características del secreto, escritura, no confrontación.Si bien, la investigación, así como la persecución de los delitos, al igual que en el inquisitivo, es considerada una función pública, adquiere, sin embargo, un significado totalmente diverso: ya no va ser la investigación sumarial, acometida por el juez, el fundamento de la decisión final, a dictar aún por el mismo órgano instructor sino que la pesquisa, conducida por un juez distinto del que eventualmente ha de fallar la causa, sirve en exclusiva para fundar la acusación. Su funcional significado y valor, en orden a preparar el juicio oral, supuso entender y regular el sumario como una etapa previa, ordenada a la práctica de las diligencias conducentes a la

[170] En este sentido, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de Ocxtubre de 1984, caso de Cubber y SSTC español 145/1998 de 12 de Julio.

[171] En el Derecho comparado, en Alemania, el parágrafo 244 ap.2 de la StPO dice " que el tribunal extenderá de oficio con el fin de indagar la verdad,la práctica de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que fueran de improrrtancia para la resolución".En Portugal el art. 340.1 del nuevoi Código del proceso penal de 1987 dispone que "el tribunal ordena de oficio o a petición de parte,la práctica de todos los medios de prueba cuyo conocimiento estime necesario para descubrir la verdad y decidir bien la causa".En el Codice di procedura penale italiano, de 1988 el Ministerio público y las

averiguación y constatación de la perpetración del delito, con todas sus circunstancias, de la participación de los delincuentes (reos) y al aseguramiento de sus personas y de sus responsabilidades pecuniarias.

En España[172], la instrucción constará, así, básicamente de las actuaciones precisas para, siempre que fuere necesario en secreto[173] "…preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos" (art. 299 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

A tal fin, están reguladas para comprobar el delito y averiguar el delincuente, la inspección ocular, dirigida a la recogida y conservación de vestigios o pruebas materiales de su perpetración, describiendo todo lo que pudiere tener relación con la existencia y naturaleza del hecho (arts. 326 y ss Ley de Enjuiciamiento Criminal); en ausencia de huellas o vestigios, recurrirá el Juez, a las declaraciones de testigos o a otros medios de comprobación de la ejecución del delito y de sus circunstancias, así como a la preexstencia de la cosa cuando el delito, hubiese tenido por objeto, la sustracción de la misma, (arts. 331 Ley de Enjuiciamiento Criminal); acerca del cuerpo del delito, habrá de recoger el instructor, en los primeros momentos, las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase relacionables con el delito y que se hallaren en el lugar en que se cometió o en sus inmediaciones, o en poder del reo o de otra parte conocida, extendiendo la diligencia expresiva del lugar,tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndolos minuciosamente paea que se pueda formar una idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo (arts. 334 y ss Ley de Enjuiciamiento Criminal): si la instrucción tuviere lugar por causa de muerte violenta o sospechosa de

---

partes porponen los medios de prueba (art. 493) pero terminada la práctica de los mismos, el Juzgador, puede,si lo considera necesario,ordenar la práctica de oficio de nuevos medios.(art. 507).

[172] Siempre ,teniendo en cuenta , las sucesivas reformas procesales, que han seguido la línea de acercamiento al sistema acusatorio,destacando la reforma que regula el procedimiento abreviado en el año 1988 (Ley Orgánica 7/1988 de 28 de Diciembre) y la introducida por la Ley del Tribunal del Jurado de 1995 (Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo) y la actual Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para le enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado y LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado.

[173] La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, de la que fue autor ALONSO MARTINEZ, dice: "Subsiste, pues, el secreto del sumario, pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y

criminalidad, antes de proceder al enterramiento del cadaver o inmediatamente después de su exhumación, hecha la descripción ordenada en el art. 335 se identificará por medio de testigos que, a la vista del mismo, den razón satisfactoria de su conocimiento (arts. 340 y ss Ley de Enjuiciamiento Criminal); cuando la instrucción se debiere a envenenamiento, lesiones, etc., procederá la asistencia de un facultativo (médico forense) sin perjuicio del que pudiere designar el procesado, que con los nombrados por el Juez instructor y el destinado por al parte acusadora, intervenga en la asistencia del paciente. (arts. 350 y concordantes); el procesado no pdrá a pretexto de incompetencia del Juez excusarse de contestar a las preguntas que se le dirijan,si bien podrá protestar la incompetencia,consignándose así en los autos (arts. 395 y ss, 410 y ss); se acordarán los peritajes estimados judicialmente convenientes (arts. 456 y ss).

También, se acordará por el Juez, que la persona a quien se impute un acto punible, deberá ser citada, sólo para ser oída, a no ser que la Ley dispnga lo contrario o que desde luego proceda su detención. (arts. 486 y ss), como también, las medidas cautelares reales (fianza, embargo) precisas para hacer frente, a las responsabilidades pecuniarias que pudieren declararse procedentes (arts. 589 y ss Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Llevada a cabo, la práctica de todas las diligencias conducentes, a lo previsto en el art. 299, y ,ocasionalmente, procesado el sujeto contra el que resultaren, indicios racionales de criminalidad (art. 384 Ley de Enjuiciamiento Criminal), se dará por concluso el sumario con envío de lo actuado y de las piezas de convicción al Tribunal competente para el enjuiciamiento (art. 622 Ley de Enjuiciamiento Criminal)[174] , dando con ello comienzo la denominada fase o período intermedio que tiene una triple finalidad: 1) confirmar la conclusión del sumario o en su caso pedir su reapertura para la práctica de alguna/s otras diligencias (art. 631 Ley de Enjuiciamiento Criminal); 2) solicitar el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa (arts. 641 y 637 Ley de Enjuiciamiento Criminal) o 3) mandar abrir el juicio oral (arts. 645 Ley de Enjuiciamiento Criminal) siempre que constare acusador y así se solicitare si no procede acordar el sobreseimiento por el núm. 2 del art. 637.

---

reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público".

[174] Compruébese, que nos estamos refiriendo, al Proceso Penal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 en su originaria redacción, prescindiendo de las sucesivas y reiteradas adecuaciones y reformas incluida la de 1988, que ha introducido los procesos abreviados, a las que, naturalmente, no hacemos aquí y ahora referencia.

Una vez abierto el Juicio oral, se dará traslado de la causa a los acusadores y acusados para que evacuen los escritos de calificaciones pidiendo, en su caso, la práctica en el juicio oral de los medios probatorios que consideraren pertinentes y útiles y, tras la anticipación eventualde la práctica de alguna prueba, y ,sin perjuicio de resolver los artículos de previo pronunciamiento, en su caso planteados (arts 666 Ley de Enjuiciamiento Criminal), se llevará a cabo el enjuiciamiento de los hechos punibles afirmados y de los sujetos designados, en eldía y hora previamente señalados, bajo los principios de oralidad, inmediación, concentración, contradicción, libre valoración de la prueba, igualdad de las partes [175],etc. que pasaremos analizar a continuación.

Practicada la prueba y evacuado el trámite de conclusiones definitivas, el Tribunal dictará sentencia absolutoria o condenatoria de fondo.[176]

Sentado lo anterior, procede ahora, efectuar un somero análisis, de los rasgos del proceso recibido, a través del Código de Instrucción Criminal francés de 1808, en los países del "*Civil law*":

a) Se diferencian, con nitidez, dos etapas en el proceso penal: sumario y plenario. La primera, va encaminada a averiguar el hecho punible con sus circunstancias y su autor, dependiendo de sus resultados la apertura del plenario. En el juicio oral, el sentenciador, distinto del juez instructor, conforme a lo razonado por la acusación y defensa ,así como, a lo manifestado por los acusados, y apreciando, en conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, dictará sentencia absolviendo o condenando. En modo alguno, son admisibles, en la Justicia penal, las sentencias procesales o absolutorias en la instancia.

b) El sumario, con sus principios de escritura, secreto, no contradicción, papel prevalentemente pasivo del eventual imputado, se reduce a preparar el juicio oral

[175] La inigualada e inigualable Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 dice que con las calificaciones jurídicas provisionales de acusación y defensa "… empieza realmente la contienda jurídica, y ya entonces seria indisculpable que la Ley no estableciera la perfecta igualdad de condiciones entre el acusador y el acusado. Están enfrente uno de otro, el ciudadano y el Estado. Sagrada es, sin duda, la causa de la sociedad; pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los fueros de la inocencia porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto reciproco de los derechos individuales".

[176] Como se menciona en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882: "Proscrita ya la absolución en la instancia, o lo que es lo mismo, (no) dejando indefectiblemente abierto el procedimiento cuando faltos de prueba para condenar, infundían en su mente las diligencias sumariales livianas sospechas contra el acusado".

suministrando el material utilizable por la acusación y defensa, pero en ningún caso por el Juez decisor.

c) No cabe hablar, de actividad probatoria, en la investigación. En el acusatorio formal ,sólo tiene tal naturaleza y valor -a efectos de formar la convicción del juez- la practicada en juicio oral según los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción. La realidad forense, ha venido mostrando, que esa concepción de la actividad probatoria no obsta para que el manejo del material instructorio por el juzgador y la inercial tendencia a introducir en el juicio oral diligencias sumariales por diversos medios (lectura de las documentadas, art. 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal), han propiciado su toma en consideración, para el pronunciamiento del fallo, no raramente, minusvalorando, las realizadas en el plenario[177].

d) La naturaleza pública, de la actividad procesal penal, se traduce en que la investigación no está condicionada, ni en su iniciación ni en su contenido, por la comunicación o solicitud de un sujeto (denunciador o querellante), sino que es suficiente para provocarla, la mera *noticia criminis*.

Asimismo, el deber del juez de instruir, se extiende, a la investigación de todos los hechos, extremos y sujetos criminalmente relevantes, sin perjuicio de que, por razones obvias, se lleve a cabo una individualización objetiva y subjetiva de modo que, salvo en los delitos conexos, cada delito será objeto de un sumario.

Tampoco la acusación, es abandonada a los particulares, salvo en los delitos privados, aunque desde la publicidad de la acusación, se permita, aún residualmente en algunos países que tal tarea, pública, sea asumida, además de por el Estado a través de un órgano específico: el Ministerio Fiscal, por los ciudadanos afectados (acusación particular) o no (acusación popular) por el afirmado hecho punible que se enjuicia[178].

B.1- Evolución histórica a tenor de las reformas procesales. Su incidencia en la víctima del delito.

[177] Lo que viene favorecido, por dos circunstancias: por el hecho de que la instrucción corra a cargo de un juez -con las mismas exigencias y requisitos que los sentenciadores- de aquí que el juzgador tenga por bueno lo hecho por un igual; de otro lado, y *a fortiori*, por la pervivencia del aforismo inquisitivo "*quod non est in actis non est in mundo*" de modo que se considera que lo dicho y hecho con todas las garantías, entre las que resalta el sosiego, y empleo de todo el tiempo y medios necesarios, para esclarecer los hechos y el autor en la instrucción, no puede ser enmendado en el juicio oral que en su aspecto secundario se circunscribe a un espectáculo breve y en el que por "pura lógica" el acusado, tenderá a negar lo hecho y dicho en la sumaria. Subsiste pues un sentimiento de mayor eficacia y valor de la investigación, que del acto del juicio oral.

[178] Conviene mencionar, el interesante y exhaustivo trabajo, de PÉREZ GIL, J, "La acusación popular", Granada, Ed .Comares, 1998 pp 23 y ss.

La evolución del proceso penal, no se ha detenido, como antes se ha analizado, en el acusatorio formal.[179] Debe apuntarse, el decisivo cambio que, en los años setenta, se produce, en la Europa continental y, por su influencia, en muchos países iberoamericanos.

La primera reforma, con el precedente de 1964 se produjo en Alemania por mor de la .StVRG (*"Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrecht"*) aprobada en 29.11.1974[180], seguida en Portugal por la de 1 de junio de 1987 (entrada en vigor del nuevo Código del Proceso Penal aprobado por Decreto-Ley nº 78/87 de 17 de febrero), en Italia en 24 de ottobre de 1989 (aprobado por el DPR.22 settembre de 1988, n. 447), y fragmentariamente por España con la L.O. 7/1988 de 28 de diciembre[181], y de igual manera también parecía haber comenzado en Francia, según puede verse, entre otras, en la L.O. nº 99-515 du 23 Juin 1999 "*renforcant l´efficacité de la procédure pénale*" y de la "*loi reforcant la presomption d´innocence et les droits des víctimes* ."

Antes de afrontar, esquemáticamente, la nueva etapa procesal penal y su incidencia victimal, al objeto de valorar el papel de la víctima y del victimario, son convenientes unas breves reflexiones, en gran medida comprensibles, desde la evidencia que supuso la II Guerra Mundial y la consiguiente renovación y transformación de la Leyes Fundamentales, así como la promulgación y suscripción de numerosos Convenios Internacionales (D.U.D.H., P.I.D.C.P., C.E.D.H., D.A.D.D.H., C.A.D.H., C.E.P.T.P.T.I.D., C.D.H.L.F.C.E.I.)

Entre las repercusiones del conflicto bélico mundial, en nuestro ámbito, se acentúa, el de la transformación cualitativa constitucional operada en los países occidentales, explicada desde las premisas, como de la evolución del sentido originario liberal de la ley.

La Ley, como expresión parlamentariamente elaborada, de la voluntad política general, pertenece a la tradición del siglo XIX; Norma, que, al acoger la

[179] Convendrá tener en consideración la reforma que regula el procedimiento abreviado en el año 1988(Ley Orgánica 7/1988 de 28 de Diciembre) la introducida por la Ley del Tribunal del Jurado (Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo) y la Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma percial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápìdo e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del proceso penal y LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado.

[180] La denominada" pequeña reforma", por obra de la Ley 19.12.1964.

[181] En la Exposición de motivos de la española L.10/1992 de 30 de abril se afirma que " Una reforma global del ordenamiento procesal es tarea que debe acometerse sin precipitaciones y ponderando cuantos elementos confluyen en los distintos procesos Ello no empece para que se afronten cuantas reformas legislativas de carácter parcial sean necesarias para un más eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia".

experiencia mas general, es de todos conocida y constituye el medio óptimo, para tutelar a los derechos de los ciudadanos, a lo que se reduce especialmente todo el sistema de legislación "...a dos objetos principales, la libertad y la igualdad" (ROUSSEAU).

La identidad entre los contenidos generales sociales, hechos valer políticamente para su concreción jurídica (Ley), y la realidad de los intereses de la colectividad representada, va disminuyendo, progresivamente a medida que, primero el sufragio censitario, y en todo caso, la opción por el mandato representativo, permiten la prevalencia del poder constituido frente al poder constituyente.

Lenta, pero inexorablemente, ha podido constatarse, de un lado, la amenaza que para la libertad de los ciudadanos, puede suponer, la omnipotencia del legislador, acentuada con el positivismo jurídico que, indiscriminadamente, atribuye a toda manifestación de voluntad parlamentaria de la mayoría, la cualidad de norma cogente, y por tanto, vinculante para todos; y, de otro lado, las conexiones que se establecen, entre mayorías parlamentarias y gobierno a través del partido dominante, de modo que, con frecuencia, la Ley no es más que la expresión de la voluntad gubernamental, aprobada por una mayoría solidaria, integrada en un Parlamento, con funciones meramente legitimadoras y asesoras[182], es decir, deja de ser resultado de la voluntad de todos.

Paralelamente, la Ley, obligada por el expansivo desarrollo de las tareas del Estado, se ha hecho cada vez más técnica, escapando, con frecuencia, al control efectivo del legislativo reducido a un papel ratificador[183], puesto que es, la capacidad gubernamental la que se encuentra de hecho en condiciones de fijar y valorar su contenido, facilitado por su orientación partidista, convalidada electoralmente.

Matizaremos, asimismo, que en el vigente Estado occidental, puede detectarse, una transformación de la Ley liberal, en su anterior formalidad -en cuanto se detenía en el

[182] Surge, de este modo, el Gobierno-Administración, como poder único, reduciendo al Parlamento a mero asesor, dado que el partido electoralmente vencedor va a controlar, no sólo el Ejecutivo (se convierte en partido gobernante) sino también el Parlamento. Vid. LEIBHOLZ, G, *Struktur Probleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958, pp. 17 y ss, KIMMINICH, O., *Das Staatsoberhaupt in derptrlamentarischen Demokratie*, en Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtlehrer.k, H.25, Berlin, 1967, otros autores como MAGIERA. S. *Parlament und Staatsleitung in der Verfhssungsordnung des Grundgesetzes*, Berlin, 1979, pp. 228 y ss, prefieren aludir a la complementariedad de Ejecutivo y Legislativo.

[183] Lo que viene favorecido por el esoterismo del críptico lenguaje jurídico, y la progresiva complejidad normativa, que origina, un creciente alejamiento de la comprensión general, incluyendo la de los parlamentarios, que son incapaces de entender la ley y ,así, de aprehender las consecuencias inherentes a las diferentes opciones jurídicas, en beneficio siempre, del grupo gobernante con mayoría, en las comisiones en las que se sancionan, los proyectos normativos de Ejecutivo

umbral de la individualidad circunscribiéndose a regular el tráfico de la libertad o autonomía de cada uno-. La Ley, es ahora más densa y universal, afectando a la regulación de libertades, cada vez más ponderadas y penetrando en ámbitos antes inéditos[184].

El mítico planteamiento de ROUSSEAU ,sobre la voluntad general, tiende a devenir imposible, por cuanto imposible es, la representación que habría de actualizarla elaborarla[185]. El ciudadano ya no reconoce su propia voluntad[186]. Esta carencia, que alcanza incluso a la Constitución, pero también a la erigida legislación orgánica que ha de concretarla, conduce a la toma de conciencia, ya de la necesidad de proteger a los mismos derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, incluso frente a la propia ley[187] (con planteamientos de cualquier tipo: piénsese en la posibilidad de desmontar constitucionalmente la democracia en caso de carencia de cautelas o limites de reforma).

La vieja idea decimonónica, de protección de la libertad por la Ley, tiende a ser sustituida por la de la necesidad de protección de las libertades, frente a la Ley. Se ha pasado del principio de legalidad, al principio de constitucionalidad[188].

Tal trance, obedece a un intento de superar la contingencia de la Ley ordinaria, colocando en la cúspide del Ordenamiento, a la Ley Fundamental como Norma

---

[184] De manera indiscutible, tal universalidad en lo que supone de extensión, al menos tendencialmente, a todas las personas, merece una valoración positiva..

[185] Ya el art. 6 de la *Déclaration des droits et des devoirs de 1'homme et du citoyen (Constitucion du 5 fructidor -22 de agosto de 1795-)* proclamaba que *" La loi est la volonté eérérale, expnmée par la majorte ou des citovens ou de leurs représentants".*

[186] Notoriamente, excede del tema, consagrarnos, a profundizar en el cambio ,en la función de la ley. Sobre el concepto liberal de ley y su función, vid. NEUMANN, F. "El cambio en la función de la ley en la sociedad moderna" en El Estado democrático y el Estado autoritario, Buenos Aires, 1968, pp. 30 y ss.. BACHOF, O ,Jueces y Constitución, Madrid, 1985. esp. pp. 45 y ss., SCHMIDT, E., La Ley y los jueces (Valores positivos y negativos del positivismo), en Derecho injusto y derecho nulo, con RADBRUCH y WELZEL, Madrid, 1971, pp. 25 y ss., etc.

[187] FORSTHOFF, E., los Derechos fundamentales en "El Estado de la sociedad industrial", Madrid, 1975, p. 252, destaca el cambio, con el Estado social, de los derechos fundamentales, entendidos inicialmente como limitación del Estado, como protección jurídica del individuo frente a intervenciones estatales... (hasta llegar ahora en que se conciben) los derechos fundamentales, como positivación de valores y la totalidad de los derechos fundamentales como un sistema de valores inherentes a la Constitución.

[188] De principio de constitucionalidad habla FAVOREU, L."*Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'aprés la jursprudence du Conseil constitutionne,* en *Mélanges Einsenmann,* Paris, 1974, pp. 3 y ss. Respecto a la supresión de la función mediadora de la ley ordinaria entre la Primera Norma y los actos de ejecución, y en relación a los derechos fundamentales que son directa e inmediatamente aplicables, vid. FORSTHOFF, E, "Concepto y esencia del Estado social de Derecho", en El Estado social, Madrid, 1986, esp. pp. 84 y ss y 86 y ss.. DOEHRING.K. Estado social. Estado de Derecho, orden democrático», en El Estado social, cit.ant.. pp. 135 y ss. De imprescindible manejo, en general ,son las obras de BOCKENFERDE, E-W., Escritos sobre derechos fundamentales, y de ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, cit. ,esp. pp. 506 *y* ss.

Suprema que acoge los valores y exigencias fundamentales, de una comunidad concreta; (así en las Constituciones italiana de 1948, alemana de 1949, francesa de 1958, portuguesa de 1976. española de 1978). Su valor, ya no meramente programático, conlleva su directa vigencia, frente a todos los poderes y autoridades (efecto vertical), a la vez que su inmediata eficacia, en las relaciones, entre cualesquiera sujetos particulares (efecto horizontal).

La Constitución, inmediata y directamente aplicable, aparece así como garantía y canon de validez de la Ley ordinaria; en este sentido, comentó KRUGER, el cambio que supuso la Constitución de Bonn: "los derechos fundamentales tenían (en la de WEIMAR) una eficacia legalmente contenida, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales"[189].

Asumida la necesidad de protegerse frente a la Ley, se ha sentido la urgencia de una autoridad susceptible de controlar la Ley y cualquiera otra actividad estatal en función y como amparo de estos derechos fundamentales de la Constitución que los garantiza. En este punto, y bajo este recalque constitucional, se ha consagrado, el papel de la víctima y los derechos derivados de las normas adjetivas.

De la experiencia de la II Postguerra en los países europeos, puede afirmarse, que la Justicia, incluyendo, de modo particular a la constitucional, ha obtenido su actual consistencia como sistema eficaz (no maravilloso por supuesto), de garantía y consecuente desarrollo de los derechos y libertades básicos[190]. Pero en esa tarea, conviene insistir, no ha sido ni es menos importante, la actividad reconocida a órganos jurisdiccionales como los ordinarios, quienes por prescripción constitucional vienen facultados v al mismo tiempo obligados a tutelar tales derechos y libertades[191].

Muestra del quehacer tutelador de los derechos fundamentales por los órganos jurisdiccionales, son las conocidas sentencias del BVerfG (Solange II de 22.10.de 1986[192];

---

[189] KRÜGER, H, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung,* 1950, pp 12 (obra del autor).

[190] Recuérdese, no obstante, como decisivo antecedente, la importancia de la nacionalización de estos derechos ,en los Estados Unidos de Norteamérica. Tal "nacionalización" de los derechos que, como es sabido, supuso la general observancia por la Administración conjunta del Estado federal y Estados federados, se logra ,a través de la interpretación, de la vieja cláusula del *due of process law* de la Enmienda catorce, surgida tras la Guerra de Secesión.

[191] De aquí, la mayor exigencia y transcendencia (aun para mantener el Estado de derecho) de una Justicia independiente y eficaz.

[192] En la que se proclama que "…en tanto que las Comunidades europeas, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, el *Bundesverfassungsgericht* no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del

de la Corte Constitucional italiana, S.1.984/170, de 8 de junio (Granital)[193]; del TJCE en su S. de 14.5.1974 (Asunto 4/73, Nold c.Comisión) [194].

Resumiendo lo analizado hasta ahora, la Ley ya no es, como teóricamente fue concebida en el Estado Liberal, expresión de la voluntad de todos, sino que se ha convertido, en el fruto de experiencias e intereses parciales/sectoriales de la sociedad –pese a su afirmada generalidad- facilitada por la representación política de los partidos. Asimismo, la Ley ha. dejado de ser sancionadora de ámbitos de libertad esencial, para convertirse en instrumento de invasión, de todos los espacios del sujeto, motivo por el que éste ha de defenderse contra la Ley. Muchos autores de los mencionados, recalcan esta idea básica, que engloba, de alguna forma, la Victimización secundaria que hemos analizado en el presente trabajo.

Las Constituciones, en su parte dogmática, acogen declaraciones fundamentales de obligada observancia y de directa aplicación, por todos los poderes y autoridades; de modo singular, los Tribunales, tanto específicamente, los Constitucionales como los Ordinarios, aparecen investidos de la tarea de tutelar y realizar la libertad jurídico-fundamental. Tal significado, ya no programático de la Ley Suprema y de la actividad jurisdiccional pretende proteger al individuo, de eventuales mayorías gubernamentales, que pudieren

---

Derecho Comunitario derivado que se alegue como fundamento de una conducta de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades en el ámbito de soberanía de la República Federal Alemana, y en consecuencia, no revisará, dicho derecho, derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Primera Norma…" Hay traducción española ,en RIE, 1987, 14, num. 3, Sep-Oct., pp. 881 y ss (obra citada).

[193] En su Fundamento Jurídico 7° mantiene que "*Le osservazioni Fin qui svolte non implicano. tuttavia, che Tintero seriare dei rapporti fra diritto corurnuniw.rio e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183 del 1973. giá av e rito come la legge di esec v one del Trattato posa andar sol getta al suo sindicato, in refirimento al principi fondamentali del nostro ordinamento Costituzionale e al diritti inalienabili della persona emana, nell'ipotesi contemplata, sia pure como improbabile, al n.9 nella parte motiva di detta pronunzia.,, En Giurisprudenza costituzionale, 1984.* KM, 6, pp. 1099 y ss. En la Sentencia citada 1973/ 183 de 27 de diciembre, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1973,1, pp. 2401 y ss, la Corte Constitucional italiana, afamó que ,en hipótesis extraordinarias, calificables de aberrantes, tenía que rechazarse la primacía del Ordenamiento comunitario. Supuestos aberrantes, serían aquellos, en los que, la norma comunitaria fuere contraria, a principios esenciales e inmodificables de la Constitución, o a derechos fundamentales.

[194] Al proclamar,"que como ya ha afirmado el Tribunal.,los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto asegura, que al garantizar la protección de esos derechos, el Tribunal ha de inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ende, tolerar medidas incompatibles con los derechos Fundamentales reconocidos y garantizados por las Leyes Supremas de esos Estados…" En Rep. 1974, pp 491. En la misma línea, el TJCE se habla pronunciado ya en sus sentencias de 12.11.1969 (asunto 29/69), STAUDER c. CIUDAD DE ULM Rep. 1969, pp. 419 y ss (proclamando que el Ordenamiento comunitario no podía lesionar los derechos fundamentales de la persona recogidos en los principios generales del derecho comunitario), de 17.12.1970 (asunto 11/70), *Intemationale Handelsgesellschaft mbH. c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Rep. 1970, pp. 1125 y 1135 (declarando que da protección de los derechos fundamentales forma parte integrante, de los principios generales del derecho, cuyo respeto, asegura el Tribunal de Justicia...que la defensa de esos derechos, a la vez que se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe garantizarse en el marco de la estructura y objetivos de la Comunidad).

confluir en planteamientos autoritarios con terribles consecuencias corno las vividas durante los años de la preguerra mundial.

En estas coordenadas, se inserta, la necesidad de actualizar el proceso penal del que reiteraremos, que es expresión fiel, del grado de libertad existente en el país (GOLDSCHMIDIT), "derecho constitucional aplicado" (HENKEL) "síntoma del espíritu político-constitucional de un ordenamiento jurídico" "sismográfico de la Constitución" (ROXIN). Su interacción con el sistema constitucional imperante, al que ha de seguir no tanto de baluarte, como de activo medio de realización, impone su ineludible puesta al día, contribuyendo a reforzar la esencia del Estado de derecho, que es la realización de la libertad individual y, en el marco de la proporcionalidad[195], la defensa de los intereses democráticamente publicitados. Recalcar, que la entrada en vigor de nuestra Norma Fundamental, supuso la erradicación, de cualquier predominio del principio inquisitivo y la preponderencia del pricipio acusatorio,garantizado con los derecho fundamentales establecids en le art. 24 de la Constitución,entre ellos el derecho del sujeto pasivo del proceso a ser informado de la acusación formulada contra el (RTC 1986/141),que analizaremos en Capítulo posterior del presente estudio.

C- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SU INCIDENCIA EN LA VICTIMA DEL DELITO

El nuevo Código Penal (aprobado por LO 10/1995 de 23 de Noviembre), asienta de forma definitiva, en nuestro ordenamiento, el principio de oportunidad, pero no a la manera clásica (como alternativa pro abstinentia nompositivizada), sino formulándola en términos positivos, como alternativa *pro actione.*[196]

Se superan, de esta manera, las críticas que, a nuestro juicio, recibía en su confrontación tradicional, a causa de una extrema tensión, que su ejercicio provocaba, en el principio de legalidad.[197]

---

[195] No han de desconocerse, los derechos del acusado, más que en la medida en que desde el juego de la proporcionalidad venga impuesto por las necesidades de persecución penal, en todo caso pues fruto de su contraposición con intereses de igual o superior rango. En este sentido, la libertad ambulatoria del inculpado no ha de verse limitada arbitrariamente sino de manera excepcional y siempre que fuere menester para el cumplimiento de los fines del proceso penal.

[196] Una exposición concisa de ambos modelos,si bien referida al ordenamiento alemán ,puede verse en TIEDEMANN "El derecho procesal penal" en ROXIN,ARZT y TIEDEMANN "Introducción al derecho procesal penal y al derecho penal procesal", Barcelona, 1989 pp 171 y ss.

[197] Las más recientes críticas, las ha formulado DE LA OLIVA SANTOS, A., en su trabajo "El futuro del proceso penal y el papel del Ministerrio Fiscal" publicado en la Revista Tribunales de Justicia,

Afirmándose la necesidad de buscar la Justicia material[198], el sector de opinión ,que así se pronuncia, no está centrado preferentemente en la Filosofía, y, ni siquiera, en la Filosofía del Derecho, sino en un ámbito, tan sensible político-socialmente, como es el punitivo. Interesa evidenciar que, tal bibliografía, además, se expresa a veces con una, consciente o inconsciente según los casos, indiferenciación de los momentos penal y procesal y sin delimitar con nitidez acusación, decisión y ejecución,[199] como tampoco quien sería el titular que, gozaría, exclusivamente o no, de la facultad de hacer uso de la oportunidad. No obstante, y en general, parece centrarse en el Ministerio Fiscal y en la acusación, en cuanto está en pugna, entre nosotros, la posible modificación de las tareas del Ministerio Fiscal[200] al estimarse la conveniencia de sustituir el vigente sistema de

---

nº 1 pp 9 y ss,donde manifiesta expresamente que le principio de oportunidad, se opone al principio de legalidad. Este autor , destaca "que en los últimos lustros han sido varios los intentos y propósitos oficiales de introducir en uestro Ordenamiento jurídico un nuevo proceso penal, caracterizado entre otros rasgos, por ser, o mejor dicho por pretender, ser más acentuadamente, acusatorio,atribuyendo al Ministerio Fiscal y a otros sujetos, papeles más importantes, en detrimento del atribuido hasta ahora al Juez para el impulso y control ya *ab initio* de la persecución jurídica de los hechos criminales.Se ha querido un proceso penal en el que frente a una múltiple proclamación constitucional y legal del principio de legalidad encuentre acomodo para un amplio influjo el denominado"principio de oportunidad"...no alcanzando al comprender, porque sería positivo prescindir de un lelemento de nuestro sistema consistente en que sea de incumbencia del Juez la decisión inicial y el control inmediato y directo de las actuaciones procesales,desde que se tiene noticia de un hecho de apariencia criminal." En contra, no obstante GIMENO SENDRA,"Los procedimiento spenales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio" en Boletin de Información del Ministrio de Justicia nº 1457 pp 13 y ss,monográfico dedicado a la "Justicia penal" pp 31 y ss y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, "El principio de oportunidad" en el colectivo "Proceso penal y actuación de oficio de los Jueces y Tribunales ", publicado en Cuadernos de Derecho Judicial,Consejo General del Poder Judicial,madrid 1995,pp 1 y ss.

[198] Así, entre otros, GONZÁLEZ CUÉLLAR. A.,".La eficacia de la Justicia penal", Rev. Poder Judicial, 1984. 12, pp 105; también, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal", en Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, número especial VI de la Rev. Poder judicial, p. 21, en la que afirma que respecto del principio de oportunidad "...si cabe una articulación de tal principio que sirva como instrumento para el logro de dos valores constitucionales esenciales: el de la justicia material y..." QUINTERO OLIVARES, G., Derecho Penal. Parte general, 2º ed., op. cit., pp 41 "...La sumisión al principio de legalidad hoy, no puede pues conformarse con la simple y escrupulosa aplicación de la "*lex stricta et scripta*" y las demás garantías: ha de ir más allá y llegar al ideal de justicia material que el derecho positivo dice perseguir". De indispensable consulta es la obra de RAWLS, Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia, Madrid, 1986, esp. pp. 59 y ss., en las que hace una interesante criticaa la justicia material.

[199] De este modo ,se aplica el principio de oportunidad, en la no ejecución de la pena, por ejemplo, en Luxemburgo. Vid. en este sentido Informe del Comité Europeo de problemas criminales sobre la participación del público, en la política criminal, publicado en Doc Jca, T.XIV, Oct-Dic. 1987, monográfico dedicado a La Justicia penal y la política criminal en el Consejo de Europa, pp. 1299 y ss. y, esp., pp. 1310.

[200] Y no sólo de sus tareas sino, esencialmente, de la posición que ocupa en el proceso penal y de su naturaleza. Claramente es rechazable la doctrina la que estima que nos encontrarnos ante una "parte", aún formal (sobre ello, vid. los argumentos va clásicos de SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnug und zum Gerichstverjássungsgesetz,* cit, pp 78 y ss. y del mismo Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehórde», en *Strafprozess und Rechtstaat,* Gottingen,1970, pp. 180 y ss.), primando la que considera que se trata de un órgano de la Justicia, as, SCHMIDT, E.,., PETERS. K., *Strafprozess,* Heidelberg, 1981, pp 152, KLEINKNECHT/MEYER, *Stratprnzessordnung, 37 Aufl.,* München. 1985. § 160, 14, BAUMANN, J., *Grundbeg, jfe und lérfahrensprinzipien des Strafprozessrechts,* Stuttgart,

instrucción judicial[201] por el de investigación del Ministerio Público[202] [203], con lo que se afirma un reforzamiento del acusatorio[204] a semejanza, en líneas generales, de la orientación

---

1979 pp 45. PFETFFER G.. etc., Einleitung en *Karlsruhe Kom mentar zur Stráfprozef3ordnung und zum Gerichtsverfassurtgsgesetz, 4* Autl. 1999, cit ant., manteniendo que el proceso penal no es un proceso de partes al modo como lo es el proceso civil.

[201] Sin participar ,aquí y ahora ,en la discusión acerca de las ventajas de suprimir la instrucción judicial para lograr, por ej., un reforzamiento del acusatorio, tal vez no sea del todo inoportuno, recordar que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (antes de las múltiples reformas susceptibles de ser consideradas como desnaturalizadotas e interesadas, y que posiblemente hayan ido empeorándola) implantó la separación entre el órgano que instruya y el que decidla De este modo. SERRANO, LJ., " Nueva organización del Ministerio Fiscal y de los Tribunales", RGLJ, 1875, T. XLVII, pp 331: Es preciso distinguir bien, la policía judicial y la instrucción, considerando, la primera, como propia del MP, y necesaria para denunciar los delitos y perseguir á los delincuentes, la segunda imprescindiblemente como un acto enteramente de administración de justicia y propio exclusivamente del Poder judicial y de sus magistrados, para instruir con toda elevación de sentimientos y completa imparcialidad las diligencias del sumario. De esta manera, ofrecerán ,a la vez, la debida garantía la justicia penal y á la libertad civil, estos actos tan importantes del procedimiento, que, como todos los de él, deben ser suficientemente tutelares de todos los derechos, y de cuantos intereses tiene la misión de velar por ellos ,el poder público. La imparcialidad del Juez Instructor es absolutamente necesaria para la recta administración de justicia, y debe hallarse exento, de toda pasión, hasta en la apariencia; y de cualquier sentimiento que pueda alterar la rectitud de su juicio. Y, únicamente así, no descuidará medio ninguno de investigar, no sólo las pruebas de la culpabilidad del acusado, sino que, tratará de acumular, cuantas considere que pueden ser útiles para patentizar la verdad, y podrá mostrar al Tribunal ó Sala de Instrucción de la Audiencia, todos los datos v medios de fallar.... sobre lo bien ó mal fundado de la inculpación, *y* si es ó no procedente la admisión de la acusación, base del plenario y verdadero juicio criminal. Advertimos, sin perjuicio de coincidir en esenciales afirmaciones de ese autor, sobre cualesquiera rechazos indiferenciados, injustificados y aún miméticos, so pretexto de modernidad, progresismo o equiparación a otros países, con olvido de que no es igual ; el nuevo Fiscal portugués que el italiano, y, recordando los motivos que estaban en la base de la elección histórica de ese sistema a la vez que proponiendo puntos de reflexión, sobre las repercusiones inherentes. En todo caso sí deseo decantarme por mi *actual* rechazo a cualquier pretensión automática de sustituir al juez instructor por el fiscal en la investigación de las causas penales sin, previamente, una remodelación orgánica, funcional, incremento de plantilla, etc. del vigente Ministerio Fiscal. Dudamos mucho de su conveniencia ,sin meditar antes, la conveniencia de mantener la designación del Fiscal General a propuesta del Ejecutivo (art. 124.4 CE) y sin modular muy cuidadosamente los principios constitucionales de, unidad de actuación y dependencia jerárquic" (arts. 124.2 CE, 2°.1 y 22 y ss. de su Estatuto orgánico -aprobado por L 50/1981 de 30 de diciembre y modificado por Ley 14/2003 de 26 de Mayo), que presiden el ejercicio de sus funciones. como también. Y, entre otros extremos, la facultad del Gobierno de Interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. A fin de evitar, equívocos, recalcaremos, que, tras las imprescindibles y profundas reformas pertinentes, no estimamos, que hubiera inconveniente, en confiarle la investigación criminal, pero siempre sin olvidar tampoco que, no seria de recibo, el abandono de la misma ,en manos de la policía, por lo que seria imprescindible, fijar muy cuidadosamente, las relaciones juez/ fiscal/ policía.

[202] Cfr. LOPEZ BARDA DE QUIROGA, J., El principio "el que instruye no debe juzgar" desde un punto de vista axiológico, en Rev. Poder Judicial, 1983, esp. pp 129 y ss. VIVES ANTON, T., "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal', en Rev. Poder Judicial, número especial II: Justicia penal, esp. pp. 96 y ss.

[203] Quizás, convendría examinar, esa afirmación, según la cual, no se vea el juez contaminado reduciendo el principio de oportunidad al MF, a quien se atribuida la facultad de decidir: qué supuestos han de perseguirse, en su caso, si han de perseguirse y, finalmente, cómo han de calificarse jurídicamente. Más en verdad esto no es válido ni siquiera en el Ordenamiento jurídico anglosajón. En el Derecho norteamericano si bien el juez no puede intervenir en las negociaciones entre las partes (Rule 11 último párrafo de las Federal *Rules of Criminal Procedure: "The court shall not participate in any such discussions",* en cambio se prevé que el acuerdo ha de ser sancionado por el órgano jurisdiccional, debiendo verificar un control formal (de este modo Rule 11 (b), (c) y (d)), de la voluntariedad y exactitud. En lo atinente al imperativo de la exactitud (Determining accuracy of plea) ha de señalarse que si bien la norma habla de que *"...the court should not enter a judgement upon such plea without making such inquirv.."(Rule 11)* La jurisprudencia lo ha interpretado -de este modo en el caso People v.Griffin- diciendo ,que basta con asegurarse, de que el acusado cometió realmente un delito al menos tan grave como uno de los que desea confesar. Tal doctrina no puede oscurecer el deber del juez *("sound judicial discretion")* de constatar, que tal acuerdo, no lesiona el

acogida, entre otros, en los procesos penales alemán[205] [206], portugués[207] e italiano[208]. Como mera definición, los principios del proceso son las notas, caracteres o rasgos básicos que presenta un concerto sistema procesal.

Con referencia al principio de oportunidad y puntualizando algunos extremos, téngase en cuenta, de un lado, "la importación del principio de oportunidad podría realizarse tanto en el momento del ejercicio de la acción penal como en el de la suspensión del procedimiento"[209] y, de otro, que también la oportunidad "está siendo hoy llevada a la práctica por la Policía, no presentando el correspondiente atestado, en cuyo caso, aún conocidos los hechos a través de los medios de comunicación o por conocimiento privado por el Juez o por el Ministerio Fiscal, rara vez se inicia el procedimiento penal para su persecución"[210]

En[211] nuestra opinión, con esta afirmación, se dejaría en manos de la policía, lo que inicialmente, corresponde al órgano jurisdiccional, pudiendo provocar en la víctima indefensión en aras a incrementar la protección del victimario.

El principio de oportunidad ha sido definido, a nuestro parecer, de modo incompleto[212], como "la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer,

---

interés público en la efectiva administración de la Justicia *(Rule 11 "...such a plea shall be accepted by the court only after due consideration of the views of the panties and the interest of the public in the effective administration of justice")*. En el sistema europeo continental, también el juez resulta implicado por la forma en que se estructura y desarrolla el conocido como principio de oportunidad reglada. De esta manera, vid., en el CPPP el art. 280 *(arquivamento em caso de dispensa oisen (sao da pena»)*, en la StPO alemana en los §§ 153 y ss., en el CPPIt arts. 408 v 409, en el CPE, art. 171.3 (delito de amenazas); etc.

[204] Así, respecto de la reforma alemana, fué destacado por SCHAEFFER, *Strafprozessrecht*, Berlin-New York, 1976, pp 223(obra del autor).

[205] Sobre ella "La reforma procesal penal de la R.F. de Alemania de 1975", en RlberDP, 1976, 79, pp. 145 y ss., y Bibliografia cit. Conviene recordar que tal reforma siguió el modelo de la "*Emminger-Verordnung*" de 1924.

[206] Vid. PETERS. *Stráfprozess, Heidelberg*, 1981, p. 94 que incondicionalmente la separación de las tareas de acusación v cognición no constituye una auténtica ruptura en relación al anterior proceso inquisitivo.

[207] Que como se ha visto , es fruto de la reforma del "Código de proceso penal" aprobada por Decreto-Ley núm. 78/ 1987, de 17 de febrero, en vigor desde el 1° de junio de 1987.

[208] De conformidad con el nuevo texto procesal penal aludido anteriormente.

[209] Sic. GIMENO SENDRA, V.,"Los procedimientos penales simplificados.Elprincipio de oportunidad y proceso penal monitorio", en Rev. Poder Judicial, 1986, núm. esp. 11, Justicia penal, pp. 48.

[210] MORENO CATENA, V."La Justicia penal y su reforma", en Justicia 1988. II pp 316.

[211] Es gravísima la irregularidad que esto implica, pudiendo dimanar de ella, a nuestro juicio, perjudiciales consecuencias de esa "facultad" que, en todo caso, presupone a la Policía unos conocimientos jurídicos que no le son exigibles, todo ello sin olvidar la obligación que incumbiría al Juez, en nuestro Ordenamiento, de proceder contra la Policía. Esto no empece para que en otros países -sitos en parámetros jurídicos y sociales diversos- se reconozca a la Policía discrecionalidad para denunciar o archivar los asuntos punibles de mínima trascendencia, y concretamente, las pequeñas infracciones contra la propiedad; de este modo en Dinamarca, Gran Bretaña, Noruega, etc. Sobre ello, vid. WEIGENGD, T, *Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des* Staatsanwalts *zwischen* Legalitáts- *und Opportunitátsprinzip nach* deutschem *und amerikanischem* Recht, Baden-Baden, 1978, pp. 92 y ss., HANSEN, Die Tátigkeit der Anklagebehórde in Norwegen, en *Funktion und Tátigkeit der Anklagebehórde im auslándischen* Recht, Hersg. Jeseck u. Leibinger, Baden-Baden, 1979, p. 504, HUBER, B.,*Funktion und Tátigkeit des Anklágers in England und Wales*, en misma obra, pp. 556 y ss etc.

bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado, la existencia de un hecho punible contra un autor determinado"[213].

Las referencias doctrinales al principio de oportunidad, no son tan recientes como pudiera suponerse. Descartando algunos precedentes decimonónicos[214] -aún legislativos-, pueden encontrarse interesantes planteamientos en autores como DAHM[215], GOLDSCHMIDT[216], BELING[217], etc

Así, a nuestro entender, GOLDSCHMIDT[218] situó, ya en su época, agudamente los términos de la dicotomía "legalidad –oportunidad", al afirmar que sólo hay base para tal contraste desde que el "*ius puniendi*" es asumido por el Estado, suscitándose pues, la cuestión legislativa, acerca de la perseguibilidad o no de todos los hechos punibles y, en el segundo caso, de si la persecución, ha de hacerse depender en cada supuesto del arbitrio del acusador particular o estatal, o, en el procedimiento de oficio, del arbitrio judicial. Como este autor continúa afirmando, modernamente no se ha resuelto con absoluta nitidez si es preferible el principio de legalidad o el de oportunidad, pues históricamente se demuestra que :"El principio de legalidad, sigue siendo, el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo, logrará el dominio. en un ,tiempo, que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de derecho y de las garantías del mismo.

Frente a esto, el principio de la oportunidad, puede justificarse, de dos modos completamente distintos, a saber: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del Gobierno sobre la justicia penal; por otro lado, en el interés de la

---

[212] GIMENO SENDRA, V, exclusivamente, tiene en cuenta ,el principio de oportunidad, respecto del titular de la acción penal y, más concretamente, aludiendo al MF, acaso considerando, sólo los §§ 153, 153 a, 153 b, 153 c, 153 d, 154 a 154 b, 154 c de la StPO. Téngase presente lo dicho por MORENO CATENA, V., antes citado.

[213] GIMENO SENDRA. V.,"Los procedimientos penales simplificados: principio de 'oportunidad y proceso penal monitorio", cit. ant.. También en su Derecho Procesal Penal, 3º ed., Madrid, 1999, con CORTÉS DOMINGUEZ,V., acota el principio, del mismo modo ,al mantener que:"...un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer o no uso de su ejercicio, dejando de ejercitar la acción que ostentan en régimen de monopolio o provocando la iniciación del procedimiento e incluso, una vez iniciado éste, pueden las partes acusadoras con la autorización judicial obtener un sobreseimiento por razones de política criminal y aun cuando concurran los presupuestos de la apertura del juicio oral", DE LA OLIVA,A. "Análisis de los sistemas procesales" Revista General de Derecho, año 1992, da una visión concreta de los mismo y, amplia las visiones, que sobre dicho principio, se tiene en cuenta,con relacióna la titular de la acción penal.

[214] Vid. GOLDSCHMIDT, J., Problemas jurídicos y políticos del proceso penal ,antes cit., también en DAHM, G. *Legalität und Opportunitá*, en ZStW, 1934., etc.

[215] DAHM, G., ob. cit.ant..

[216] GOLDSCHMIDT, J, antes citado misma obra.(pp 73).

[217] BELING, E, Derecho procesal penal, Barcelona, 1943, entre otras en la pp. 25. del autor.

verificación de la justicia material, en contraste con un formalismo legal. Al dominio del principio de la oportunidad en el primer sentido se opuso la tendencia del Estado de derecho de la segunda mitad del siglo XIX, mientras que, hoy día ,el principio de la legalidad tiene que ceder ante un principio de la oportunidad en el segundo sentido, es decir, en favor de la justicia material"[219] .

Destacaremos, pues, en relación con este principio de oportunidad, lo siguiente: su afirmada difícil inconciliabilidad con el de legalidad aunque atemperada por la delimitación normativa de la oportunidad; que, amén de su ocasional significado en vía agresiva de derechos del sujeto, es apreciable, una falta de rigor técnico en la legislación actual, sus contenidos difusos, confusos, con frecuencia contradictorios y con lagunas a colmar; la simultaneidad de la vigencia de tal antinomia, con el monopolio por el Estado del derecho de penar; su incidencia en el momento procesal que constituye "*conditio sine qua non*", de toda Sentencia penal (en el sistema acusatorio): al ejercer la acusación, en la fase cognitiva mediante la suspensión del pronunciamiento penal y en el periodo de ejecución de la pena (sustitución o suspensión de la misma); que su uso en la práctica no reside sólo en el juez o acusaciones (esencialmente MF) sino también, más o menos oficiosamente, pero con notable frecuencia, en la policía judicial; que si bien puede propiciar una politización de la justicia también favorece la justicia material con el necesitado contrapeso de la proporcionalidad[220].Con lo expuesto, la posición de la víctima queda en segundo plano y no se garantizan los valores y principios referidos, amparados por nuestras normas procesales

BELING señala que "aceptándose el principio de la investigación oficial combinada con el de la acusación formal, se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación. En los casos, en los que la ley, parece justificar la condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razón de la nimiedad de la infracción "*minima non curat praetor*" o por temor al escándalo público o por temor a costas procesales considerables. El principio de legalidad niega tal facultad a la autoridad, encargada de la acusación (coacción de persecución), mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede.[221]

---

[218] GOLDSCHMIDT, antes citado misma obra. (pp 76).
[219] GOLDSCHMIDT, misma obra (pp 78).
[220] También PEIFFER, *Gerd.*, *Einleitung al Karlsruhe Kommentar*, *cit.*. *4 Aufi.*, 1999, Nr.6, pp. 3-4.
[221] BELING, E, ob. cit, pp. 25

Por tanto, ya no es sólo, que la Ley, deje de ser transposición pública mediata o inmediata de los derechos subjetivos[222] y se instrumentalice en contra del viejo "*status civitatis*", sino que, en aras de alcanzar un mayor grado de eficacia, en la Justicia represiva -en último extremo, en pro de la denominada "Justicia material"[223],[224] - preténdase implantar el principio de oportunidad.

Tal instauración, parece que, inicialmente prescinde, entre otros aspectos, de que nuestro legislador constituyente, en el art. 117, expresó la sujeción de los Jueces y Magistrados "únicamente al imperio de la ley"[225]. Hay, por tanto, diferencia con lo previsto en el art. 103.1 CE -en el que se indica el pleno sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho-[226] [227] y, correlativamente, con lo sancionado por el constituyente alemán federal que, junto al art. 97.1 de la Primera Norma en el que proclama que los jueces son independientes y están sujetos exclusivamente a la ley, agrega en el art. 20.3 GG que la jurisdicción está sometida a la Ley y al Derecho ("*...die voilziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*")[228] [229].

---

[222] Perdiendo, pues, naturalidad y generalidad. Vid. sobre ello, "La jurisdicción en la división de poderes de Montesquieu " Ed. RIBERDP, Paris 1976, pp. 905 y ss.

[223] En expresión de GOLDSCHMIDT, J., misma obra antes citada (pp 124)

[224] Aunque requiere exigida puntualización. podría mantenerse, desde esta perspectiva, que el principio de proporcionalidad está en óptima posición para contrapesar al de oportunidad, precisamente en cuanto aquél, junto con el de igualdad, se ha afirmado que son principios de la "justicia material". Sic. LARENZ, K., Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica, Madrid, 1985, pp. 138.

[225] Por algunos autores, se estima, la incompatibilidad entre principio de legalidad de la acción penal y principio de oportunidad. Así, CARVALHO MARTINS, A., *O debate instrutório no código de processo penal portugúes de 1987.*

[226] Vid. la interpretación defendida, a este tenor, por GARCÍA DE ENTERRÍA. E., ant. cit. pp. 416 y ss, y por BAENA DEL ALCÁZAR, M., "Artículo 103. La organización y la función pública en la Constitución Española de 1978. .

[227] Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, JA., "Fundamentos de Derecho Administrativo", ant. cit., en las que suscita algunos interrogantes en torno al principio de sujeción de la Administración a la Ley, con interesantes reflexiones atinentes a su significado en nuestro vigente Derecho.

[228] Sobre la vigencia de estos principios, vid. amén de la obras citadas de GOLDSCHMIDT, a SCHMIDT, E., "La ley y los jueces", cit., a BAUMANN, J., "*Grabgesang für das Legalitátsprinzip*" ZRP. 1972, pp. 273 ss., BARATTA, A.. *Positivismo giurdico e scienza del dintto pende,* Milano, 1966, passim., ECU, P. "*Legalitátsprinzip in der Krisef*". en ZRP, 1973. pp. 139 y ss., FALLER,.H., "*Verfassungs-rechtliche Grenzen des Opportunitátsprinzips im Strafprozess*", en *Festgabe für .Launz,* 1971, pp. 69 y ss., HANACK, E.-W., "*Das Legalitátsprinzip und die Strafrechtsreform*". *en Festschrt jür Galias, pp.* 339 y ss., HEINITZ, E. *'Einige Zweifelsfragen des Opportunitátsnrinzip en stsc; rJt hair Rittler* pp 327 y ss., KAUFMANN, A, "*Durch Naturrecht und Rechtsnositiv.ismus -u juristische Hernie neutik* " 1975, pp. 337 y ss., LUDERSSEN, K., "*Grenzen des Legalitátsprinzip im effizienzonentierten moderasen Rechtss; en Poiizei unc Strafprozess ni demokraaschen Reciitsstaat, Hrs.*" por Denninger y Lüderssen, Frankfurt. 1978, pp. 188 y ss., PETERS, K., "*Beschleunigung des Stra1 erfahrens und die Grenzen der Verfah-rensbeschleunigung en Strafprozess and ReForm, Hrsg.'.. Schreiber, Neuwied und Darmstadt,* 1979, pp. 32 y ss., del mismo. "*Sozialadáciuanz und Legalitátsprinzip en Festschrift "*.*Ve!zel,* pp. 415 y ss., RIESS, P.,"*Die Zukunft des Lcgalitátsprinzip*",NStZ,1981 pp2 y ss., SCHROEDER, F.Ch.,"*Legalitátsprinzip und Opportunitátsprznzip heute", en Fesch fur K.Peters,* pp. 411 y ss., WAGNER, W, "*Zum Legalitátsprinzip*" en *Festschrift zum 45. Deutschen Juristentag" pp* 149 y ss. WEIGEND, Th., "*AnklageA17icht and Ermessen -Die Stellung des Staatsantualts ztuischen Legalitátsund Opportunitcitsnrinzip nach deutschem and amerikanischem"Recht,* Baden-Baden. 1978., HASSEMER, W. "La persecución penal: legalidad y

No olvidemos, que el art. 9.3 de la Constitución Española prescribe: "La Constitución garantiza el principio de legalidad…" ,que el 97 del mismo Texto Legal., reitera que el Gobierno "...ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes") asimismo, según los arts. 124.1 CE y artículo único (a tenor de la reforma operadas por la Ley24/2003 de 26 de Mayo de modificación de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: "El MF...debe velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmenter conforme a la leyes... y ejercer cuantas funcioneds le atribuya la Ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales...." agregándose en el núm. 2 del citado 124 CE ...que ejerce sus funciones ... con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad"[230] ".Hay que hacer hincapié, además, en que el art. 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal consagra el principio de legalidad[231] -menos rígidamente, como veremos, que como lo hizo el art. 838.8 LOPJ de 1870[232] -así como, en que con tal significado, fue entendido ya por la Circular de la Fiscalía del TS de 2.9.1884 a cuyo tenor "...lo que para los ciudadanos constituye un derecho, es deber ineludible del Ministerio Fiscal, a quien, aparte de otras muchas

---

oportunidad", JD, 1988, 4, pp. 8 y ss., en nuestro país amén de los trabajos cits. también los de RUIZ VADILLO, E., "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", FAIREN GUILLÉN, V ."El Ministerio Fiscal en la reforma del proceso penal" (1) y (II), en Boletín Tapia, 1989, Enero-Febrero. 44, pp. 63 y ss. y Marzo-Abril 1989, pp. 63 y ss., etc.

[229] También el Código procesal penal portugués, en su art. 9:*(Exercício da funcao jurisdicional penal)* proclama, en su ap. 1:" *Os Tribunals judiciais administram a justica penal de acordo con a leí e o directo"*. Vid, la interpretación de CARVALHO MARTINS, A.,amtes citado.Refiriéndose expresamente al citado art. 20. 3 GG, ZEUNER, A., *"La sentenza in Germania* en *La sentenca in Europa. Metodo tecnica e stile", (Atti del Convegno internazionale per I'inagurazione della nuevo sede della Facoltá. Ferrara, 10-12 ottobre 1985), Padova*, 1988, pp. 580 y ss, en la que -y tras afirmar que para la ubicación de la sentencia es fundamental, el principio constitucional, según el cual el juez es independiente y sometido sólo a la ley. pero por ley no sólo ha de entenderse ley escrita sino también normas de derecho consuetudinario.; dice que:"Y, la impresión de una cierta flexibilidad, respecto del vínculo legislativo se ve también reforzada por el hecho de que uno de los artículos de la Constitución no se limita a hablar simplemente del vínculo de la ley, sino, además .del vínculo en la comparación de la ley y del derecho".

[230] El art. 2.1, in fine, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (no olvidando la modificación efectuada por Ley 14/2003 de 26 de mayo de modificación de la ley 50/1981 de 30 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal) dispone: "…ejerce su misión…con sujeción, en todo caso, a los (principios) de legalidad e imparcialidad".

[231] También GONZÁLEZ CUÉLLAR, A., El Ministerio Fiscal, con cita de los arts.124 CEyel EOMF. parece encontrar ,difícil encaje, a la oportunidad, lo mismo que CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "Legalidad versus oportunidad" como criterios de actuación de los Ministerios públicos", en Primeras Jornadas de Derecho judicial, Madrid, 1983, pp. 724 y ss. En semejante línea. con expresa consideración de la jurisprudencia del TEDH, DOLZ LAGO, M.J.," Los principios de actuación del ministerio fiscal según la Constitución española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Rev. Poder Judicial, núm.9, pp. 77 y ss., para quien el MF, ha de estar sometido, al principio de legalidad lo que exigiría además su desvinculación del Ejecutivo o de cualquier otro poder, debiendo destacarse, que por la materia, que es objeto de regulación en el CEDH la remisión, a cuáles sean estos derechos ,en el ámbito jurisdiccional es obligada y tiene como objeto evitar un enfoque formalista de este principio (de legalidad)".

[232] Art. 838.8° LOPJ de 1870 (corresponderá al Ministerio Fiscal): "Ejercitar la acción pública en todas las causas criminales, sin más excepción que la de aquéllas que, según las leyes, sólo pueden ser promovidas a instancia de parte agraviada".

disposiciones, la citada ley, en el art. 105 impone la obligación de ejercitar, con arreglo a la misma, todas las acciones penales que considere procedentes, haya o no acusador privado en las causas, menos aquéllas que el Código penal, reserva exclusivamente, a la querella privada"[233].

Tal planteamiento, se vio ratificado concisamente, sin ambigüedades en la Memoria de la Fiscalía del TS de 1933, al expresar la obligación del Ministerio Fiscal, de ejercitar la acción penal, por todo hecho que revista caracteres de delito o falta[234],velado por el reestablecimiento del ordenamiento y defensa delas partes débiles del proceso penal, las víctimas.

De lo que antecede, es deducible de manera inmediata que, con base en el principio de legalidad[235], el MF ha de acusar, siempre que del resultado de las investigaciones practicadas ,se derive la (probable[236]) comisión de un hecho que revista los caracteres de normativamente punibles[237].

Esta es asimismo, la opinión mantenida por AGUILERA DE PAZ[238], para quien el art. 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal, impone al Ministerio Fiscal, el ineludible deber de

---

[233] En idéntico sentido, y citando además tal Circular, GOLDSCHMIDT, J., op. cit., pp. 75-76., GÓMEZ ORBANEJA, E., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal", T.II, vol .I, Barcelona, 1951, pp. 526-7.

[234] Está implícito que ha de tratarse de delito o falta públicos.

[235] Naturalmente el principio de legalidad tiene connotaciones más amplias. Recuérdese por ejemplo ese texto de DUGUIT, L, *Traité de Droit constitutionnel, II, 3a* ed., Paris, 1928, pp. 437, *C'est aussi dans l'exercice de la fonction jurisdictionnelle qu'apparaissent surtout les conséquences de la conception modeme de i'Etat. car c'est en vertu de cette conception que, d'une part. nous afirmons que lorsqu'un particuher s'adresse á lui. 1'État est obligé d'intervenir; que. d'autre part, l'État juge est rigouresement lié par la loi qu'il a faite, et entin que l'État :-est lié par la décision jurisdicuonnelle qu'il rend comme juge ».*

[236] Hablamos, lógicamente, de probabilidad y no de seguridad por cuanto, tras las actuaciones sumariales, en modo alguno puede existir seguridad ni siquiera, alcanzable, aunque se consiga un mayor grado de conocimiento de lo acaecido. tras el inicio oral público y contradictorio ante el órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir.

[237] Históricamente, vid. los trabajos de SCHMIDT, E. *EinJi¨Thrung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspfiege,* 3. Aufl1., cit.ant., los de autores como MOLINARI, E., *Pubblico ministero e azione penale nel'ordinamento della Repubblica federale di Germania, NOBILI, Aceusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale, ambos en Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettiue di riforma, a cura di* G. CONSO, Bologna, 1979., entre nosotros, con puntos de estudios y momentos distintos. De la organización, atribuciones y deberes del Ministerio Fiscal, Madrid, 1353 (en lugar de autor figuran cuatro iniciales)., FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M., *El Ministerio Fiscal en Espacia,* Madrid, 1977, JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A.. " Relevancia constitucional del MF", en El Poder judicial, con otros, II, Madrid, 1983, pp. 1625 y ss., GIMENO SENDRA, V."El MF y el art. 124 CE", en Constitución y proceso, Madrid, 1988, pp. 63 y ss., GRANADOS, F., El Ministerio Fiscal (del presente al futuro), Madrid, 1989., FAIRÉN GUILLÉN, V."El Ministerio Fiscal en la reforma del proceso penal", en Bol. Tapia., enero-febrero 1989, pp. 63 y ss"El MF en la reforma procesal de 1988", Bol. Tapia, marzo-abril de 1989, pp. 63 *y* ss., ESCUSOL BARRA, E., " El Fiscal en los poderes del Estado", en Estudios sobre la LOPJ, Madrid, 1989, pp. 27 y ss., ANDRES IBÁÑEZ, P.,"El MF entre el 'Viejo' y 'nuevo' proceso", en La reforma del proceso penal, con otros, Madrid, 1990, pp. 81 y ss., MARCHENA GÓMEZ, M.,"Madrid, 1992., FLORES PRADA, l.," El Ministerio Fiscal en España," Valencia, 1999. etc.

[238] AGUILERA DE PAZ, ob.cit.ant

ejercitar la acción penal -haya o no comparecido en la causa acusador particular, tratándose de delitos públicos, o mediando denuncia en los semiprivados, en cumplimiento de su obligación, de velar por el interés público y restablecimiento del orden jurídico, a cuyo tenor, no puede permitirse, no sólo que los delitos queden impunes por falta de acusador sino, muy primordialmente, que deje de realizarse el fin propio de la pena. Para este autor, sólo pueden dejar de cumplir tal deber "de acusación forzosa" los funcionarios fiscales, en cuanto tales, "en aquellos casos en que hubiere lugar al derecho de abstención"[239].

La vigencia del principio de legalidad, constituye el punto de partida, utilizado por uno de los más acérrimos defensores de la llamada oportunidad reglada, al afirmar que: "La Constitución, de las dos opciones que caben adoptar como criterio de actuación del Ministerio Fiscal, la legalidad o la oportunidad, ha optado por la primera, lo que significa que los imperativos de conducta del Fiscal, la adopción de iniciativas en orden a la persecución del delito o la de sus posturas procesales, vienen prefijados por el ordenamiento jurídico"[240]. En posteriores trabajos, ha evolucionado, llegando a admitir, la no necesaria y rígida contraposición entre principio de legalidad y de oportunidad, en cuanto éste sea entendido de forma que no implique que pueda el Fiscal "...disponer caprichosamente de su capacidad de acusar o no, sino que la opción (venga) ordinariamente determinada por razones legalmente preestablecidas... (obedeciendo) a un criterio axiológico que las (haga) prevalecer sobre el eventual beneficio del castigo del hecho concreto"[241].

---

[239] AGUILERA DE PAZ, ant. cit. expone que ,naturalmente, tal derecho de abstención, es irrelevante a efectos del deber de ejercitar la acción del MF en cuanto tal, pese a que al funcionario o a algunos funcionarios en concreto les incumba abstenerse en determinados supuestos. Esto resulta más evidente a la luz de lo previsto en el art. 28 del vigente Estatuto del MF (aprobado por LO50/1981 de 30 de diciembre y reformado por Ley 14/2003 de 26 de Mayo): Los miembros del MF no podrán ser recusados. Con análisis del derecho comparado, se muestra también contrario ala recusación del Fiscal GÓMEZ ORBANEJA, E.,"La irrecusabilidad del Ministerio Fiscal", en R.D.Proc, 1949, pp. 601 y ss., asimismo IBAÑEZ Y GARCÍA VELASCO, M., "Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal", en R.D.Proc., (1º época), núm. 2, pp. 103-169 y núm. 3 pp. 65 y ss., esp. pp. 78, para quien: "... El Fiscal no puede en modo alguno ser recusado ... en tanto subsista la unidad y dependencia fiscal, para que la recusación existiese tendría que ser del Ministerio Fiscal en pleno no de uno de sus funcionarios, que como tal carece de voluntad propia, lo que es absolutamente inviable...".

[240] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. "El Ministerio Fiscal en la Constitución", en RGLJ, 1981, pp. 583 y ss, esp. pp. 590.

[241] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.,"Legalidad versus oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios públicos", en Primeras Jornadas de Derecho judicial, op. cit., pp. 717 y ss.

Para la mayoría de los que defienden la acogida, en nuestro ordenamiento, del principio de oportunidad[242], únicamente sería aceptable la denominada "reglada", "normada" o "bajo condición" es decir, rechazando la pura o libre según la cual el Ministerio Fiscal -que en ningún supuesto podría "...disponer de forma omnímoda o arbitraria de su capacidad de acusar" "debe tomar la opción de hacerlo o no en función de criterios axiológicos que ... (vendrían) dados por el propio sistema procesal (sistema del "*plea guilty*" o "*plea bargaining*")"[243] a favor de aquél, a cuyo tenor, la decisión de acusar ha de ajustarse a criterios preestablecidos en la ley, en la que se fijarán los supuestos y las condiciones, en que el Ministerio Público puede hacer uso de la oportunidad[244] [245].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[242] Por todos vid. GIMENO SENDRA, V., "Los procedimientos penales simplificados (principio de "oportunidad") y...", cit ob. ant MORENO CATENA, V.,"La Justicia penal y su reforma", cit. ant misma obra., VIVES ANTÓN, "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", cit. ant .(pp 38 y ss de la obra del autor.)

[243] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.,"La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal", en El poder judicial en Europa, II. Madrid. 1989. pp. 113 y ss .

[244] De este modo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cits. ant. y en su trabajo "Legalidad versus oportunidad.", ob. cit .ant , GIMENO SENDRA. V., Derecho Procesal penal. 3º ed., 1999. p. 110, alude a la oportunidad "pura" cuando las partes son absolutamente dueñas de provocar la finalización anormal del procedimiento. No coincido con su afirmación pues en el "*guilty plea*" no concurre, tan absoluto dominio, cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ. N., El Ministerio público y la justicia negociada en los EEUU de Norteamérica, cit., ob. ant. pp. 113 y ss. Sigue diciendo GIMENO, que cabe hablar de otro sentido del principio de oportunidad: "bajo condición" si "el sobreseimiento permanece bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones". Cabria suscitar aquí, el tema de si es un sobreseimiento provisional con lo que implicaría siempre laposibilidad de alzamiento y reanudación de la causa, o de un archivo; en este último sentido convendría tener presente la doctrina sentada por la STS 2° 20.3.2000 Ponente GRANADOS, según la cual: no son equiparables al sobreseimiento libre, ni producen cosa juzgada, los autos dictados por los Juzgados en el procedimiento abreviado acordando el archivo de las actuaciones por entender que los hechos no eran integrantes de delito, al amparo del art. 768 (antiguo 789.3.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal inciso 1) Igual criterio se mantiene en las SSTS 1.10. y 18.11.1998, al expresar que no producen eficacia preclusiva las resoluciones dictadas al amparo de los arts., 269 y 313 Ley de Enjuiciamiento Criminal que rechazan una querella o denuncia por estimar que los hechos denunciados no constituyen delito... por lo que no impide su reapertura posterior al carecer de eficacia preclusiva).Para MORENO CATENA, V "La Justicia penal y su reforma",cit.ob ant. pp 316:"...hay que introducir, en el orden procesal penal español el principio de oportunidad, facultando al órgano público de acusación -el Ministerio Fiscal- para dejar de perseguir ciertos hechos delictivos tras una "negociación" con el inculpado (el *bargaining* del Derecho americano) en supuestos reglados y cuando la lesión social es escasa...". A nuestro juicio, dicho trasplante, exigiría mayor precisión y un análisis de sus ventajas e inconvenientes. Cfr. también con la obra citada de CABEZUDO RODRÍGUEZ.

[245] No obstante ,uno de los inconvenientes a superar, radicaría en la exigencia de imparcialidad del MF, afirmada por algunos y, aunque no negada de principio por la literatura, en casos concretos, se piensa que podría verse lesionada. Sobre la imparcialidad vid. OLIVA SANTOS, A. "De la, Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal", Barcelona, 1988, CALVO SÁNCHEZ, C, "El derecho al juez imparcial en la doctrina del Tribunal europeo de derechos humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes", Rev. La Ley, 1989. 2352, viernes 3 de noviembre., MOLINER TAMBORERO, G., "El derecho constitucional a un juez imparcial". Consideraciones en relación con el contenido de la STC 157/ 1993, en Rev. Poder Judicial, 1994, núm. 33, pp. 335 y ss., RUIZ VADILLO, E.," La independencia y la imparcialidad de los jueces en la CE", en Rev. La Ley, 1996, núm. 6, pp. 1640-2., FERNÁNDEZ VIAGAS, El juez imparcial, Granada, 1997., PICO I JUNOY, J." Barcelona, 1998.

Por ello en opinión de MUERZA ESPARZA, DE LA OLIVA SANTOS ,ARAGONESES MARTINEZ, HINOJOSA SEGOVIA, TOME GARCIA[246] dicho principio, implica imprtantes claudicaciones, al principio de oficialidad, o dicho de otro modo, supone según la amplitud con que se configure,distintas manifestaciones de disponibilidad sobre el objeto del proceso, sobre su tratamiento procesal, e incluso sobre el proceso mismo, en un estadio más o menos avanzado de su tramitación.Así, dicho principio, permite flexibilidades qye según el principio de legalidad, serían jurídicamente imposibles: que se persigan procesalmente o no la conductas, de apariencia delictiva, que se seleccionesn elementos fácticos, que han de ser tomados en consideración, excluyendo, tal vez ,algunos legalmente relevantes, que se formule o no acusación, que se califiquen los hechos, a efectos de petición de pena,de una u otra forma, que se sustituya, la solicitud de pena, o su aplicación por la imposición de medidas diferentes, etc.

La vinculacióin mayor o menor del Tribunal, a la prerensión de alguna parte acusadora y la posible conformidad entre el acusado y la acusación del Fiscal, puede acompañar, y complementar, el principio de oportunidad, pero es muy dudoso, que pertenezca a sus esencia.

A nuestro juicio, se está ante un sistema ,que admite, el principio de oportunidad pero es muy dudoso que pertenezca a su esencia. El Derecho penal, ha logrado conquistas, de una enorme importancia, en la tipificación de conductas y en la determinación legal de responsabilidad y de penas, siempre sobre la base de objetivizar máximanente, el interás público con un tratamiento más certero y equitativo, de las multiformes conductas que se consideran merecedoras, del máximo reproche social.

Avances jurídicos como los señalados, no debieran verse anulados, por la aplicación procesal de cláusulas generales, que faculten no acusar, negociar etc.[247]

Se tiene que matizar, que el principio de legalidad ,consagrado en el artículo 25.1 de la Costitución,aunque no formula, expresamente, el *ius puniendi* como deber del Estado de castigar, si presupone este deber del Estado, si bien, no respecto de cualesquiera conductas sino de aquellas, de las que sean tipificadas, como delito.Y por otra parte, hay que advertir que el principio de legalidad, no es sólo límite del *ius puniendi* sino que pertenece al fundamento de ese peculiar derecho.asimismo conviene señalar, que ese principio de

[246] De los indicados autores, "Derecho procesal penal",nueva edición de 30 de Junio de 1999, Colección Ceura, pp 21 y ss, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1999.

necesidad de ejercicio de la acción penal, que se propone paliar, con el fin de evitar, el Juicio oral, "sin merma del principio de legalidad consagrado en la Constitución", no es ,sino parte, del principio de legalidad que proclama el art 124.2 del citado Cuerpo legal.

Sentado lo anteriro, el principio de legalidad se convertiría en huno si la pena adecuada a la culpabiliada pudiera ser sustituída por otras más leves o renunciarse a ella,sin sumisión en esas operaciones, a unosnpresupuestos requisitos y procedimientos legalmente establecidos con toda claridad, y precisión y jurisdiccionalmente controlados.

Para MONTERO AROCA, la decisión política de que el Derecho penal, se aplica sólo por los tribunales y de que éstos lo actúan, únicamente, por medio del proceso,no puede significar que haya de partirse, de los mismos elementos condicionantes, de que se parte en el proceso civil..Para este autor, el elemento definidor del proceso penal, es lo que se denomina, como más adelante expondremos, principio de necesidad, que es consecuencia de que, no existe, ni una relación jurídico-material penal, ni un derecho subjetivo a al imposición de una pena, por quienes ejercitan la acció penal.

El *ius puniendi* pertenece, exclusivamente, a los Tribunales, no estando atribuído a las partes ni siquiera a la creada artificialmente como Ministerio Fiscal.

Analizado lo precedente, conviene destacar:

En primer lugar, que ni siquiera los más rígidos intérpretes del art. 105 LECrim, han soslayado la concesión de un cierto margen al MF a la hora de decidir el ejercicio de la acción penal en el supuesto concreto. De este modo, AGUILERA DE PAZ, tras defender que el mencionado artículo, está redactado en términos imperiosos y absolutos, añade que únicamente, puede eximirse o excusarse, de hacerlo en determinados casos y por razones espacialísimas de interés o conveniencia políticos[248].

Desgraciadamente, en ninguna parte de su obra, nos explica el autor mencionado, en qué casos y qué espacialísimas razones de interés o conveniencia serían esas; además con ello abre un más peligroso portillo que el que pudiera crearse mediante la oportunidad reglada.

GÓMEZ ORBANEJA, ubicándose en otro plano, interpreta la frase del art. 105 "...que consideren procedentes...", y alude a que el "juicio de probabilidad" es distinto

---

[247] Conviene en este extremo aludir al Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto del Código Penal de 1992

[248] AGUILERA DE PAZ, op. cit, ant pp 571.

en atención, a la clase de acto y al momento del proceso y que el Ministerio Fiscal no ha de limitarse a constatar, "un hecho objetivamente punible: incluido en un tipo penal, sino que, entre otros extremos, se requiere que, con seguridad no resulte la concurrencia de una causa excluyente (impeditiva o extintiva) de la punibilidad..Si bastara la "tipicidad" del hecho posible -con independencia de lo que excluye la antijuridicidad, la culpabilidad o la mera punibilidad-, se obligaría al Ministerio Fiscal, a ejercitar la acción en un momento a sabiendas de su obligación de pedir, que se declara improcedente en otro..."[249].

De este modo, GÓMEZ ORBANEJA, sigue la orientación de CHIOVENDA, para quien el Ministerio Público, tiene como tarea básica, promover el ejercicio de la función jurisdiccional en interés público y determinar acerca del modo de ejercitarla, "misión obligatoria en nuestra ley (principio de legalidad...) no puede hacerse depender su ejercicio, de consideraciones de oportunidad (principio de oportunidad). Lo cual no impide la libertad de juicio del Ministerio Público sobre el fundamento de la acción"[250]. Finalmente, uno de los más firmes defensores de la legalidad, ALCALÁ-ZAMORA, se manifiesta, citando a CHIOVENDA, en pro de la configuración del Ministerio Fiscal como "intérprete que procure concordar el precepto articulado con el supremo ideal de justicia" y "con el interés público en la actuación de la ley"[251] .

En segundo lugar, que la inicial, frontal y radical oposición legalidad-oportunidad, se ha venido suavizando, al defenderse, y reconocerse[252], que en verdad no se da tal enfrentamiento. En esta línea, la afirmada "legalización" de la oportunidad, que armonizaría las actuales exigencias de persecución penal con el nivel de saturación de los órganos encargados de la pesquisa y de la represión de los delincuentes, conlleva, para voces como la de RUIZ VADILLO, destacar, la precisa reafirmación, del "principio de legalidad como contrapuesto al de arbitrariedad, expresión distinta, de la de oportunidad en sentido más estricto y limitado, si ésta viene establecida por la ley y está sujeta a determinadas

[249] GÓMEZ ORBANEJA, E., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", ob.cit, ant. pp. 516-7(obra del autor). En las pp. 221-222 del mismo Tomo, dice este autor que el principio de legalidad excluye la apreciación discrecional del MF sobre la oportunidad o conveniencia del ejercicio de la acción penal. Pues una vez eliminada toda determinación extrajurídica por parte del fiscal ("razón de Estado"), interés de la administración, conveniencia social, etc.), queda por decidir si concurren todos los presupuestos de hecho y de derecho de la acción, y esto constituye el objeto de calificaciones jurídicas y "juicios de probabilidad"

[250] CHIOVENDA. J.," Principios de Derecho procesal civil ", trad. de CASCAIS y SANTALO, 3º ed. italiana, con notas de SALVADOR, A., I, Madrid, 1977. pp. 581-2.

[251] CHIOVENDA. J., "Principios de Derecho procesal civil", I, Madrid, 1922, pp. 537 (obra del autor).

[252] De este modo. NOWAKOWSKI, F., *Die Behandlung der Bagatelikriminalitát in Oesterreich*, en ZStW, 1980, esp. pp. 272 y ss.

reglas o pautas de comportamiento, porque entonces la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa"[253] [254].

En conexión con lo expuesto, podría ponerse la postura de juristas, como HENKEL y BAUMAN[255] [256], quienes mantienen, que no toda excepción a la legalidad, integra un caso de oportunidad. habiendo de atenderse a los presupuestos e intereses jurídicos que en cada hipótesis sean puestos en juego y a que, según sucede con la oportunidad reglada. a veces tales excepciones están legalmente contempladas.

También al suscitarse, aunque con discutible trascendencia, por autores como TORRES, MAIA GONÇALVES y CARVALHO MARTINS[257] etc., que la dicotomía ha de ser planteada entre extremos tales como, respectivamente, oportunidad-obligatoriedad de la acusación[258] o principio de legalidad del proceso-principio de legalidad de la acción.

Desde y pese a lo apuntado, sin entrar ahora en mayores consideraciones, que, "a priori" no es totalmente, negativo ni rechazable, el principio de oportunidad reglada, teniendo en cuenta que, como tal, aparece legalmente acogido. De este modo asumimos,, aunque, con ciertas reservas, la Recomendación número 18 del Comité de Ministros sobre la simplificación de la Justicia penal, según la cual, la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecida por la Ley".

Nuestra aceptación, sólo de la reglada, y con todas las precauciones y reservas, se enmarca en las siguientes consideraciones. Ante todo (y en particular desde nuestras

---

[253] RUIZ VADILLO, E."La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", en Rev. Poder Judicial, número especial II Justicia penal, pp. 53 y ss.(obra del autor).

[254] Vid. OLIVA SANTOS, A., de la," Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal, cit. ob. ant., pp. 77 (obra del autor) quien señala:" Si se regulan los supuestos de la oportunidad de forma imperativa, por mor de la realidad jurídica, ¿qué quedaría de la oportunidad? ¿es que se postula que el Ministerio Fiscal actúe según el principio de oportunidad y no tenga el margen de decisión discrecional, de aplicación, necesariamente casuística, que todo juicio de oportunidad comporta? Obviamente, debe tratarse sólo de que la ley señale el ámbito objetivo -según el tipo de delitos o/y la pena prevista- para el ejercicio del principio de oportunidad, con arreglo al cual será el fiscal quien decida, tras un personal juicio de oportunidad -pero siempre jerárquicamente dependiente-, si acusa o no. Lo que no parece posible -factible, stricto sensu- es que la ley regule cuándo acusar y cuándo no".

[255] En este sentido:

HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht. 2 Aufl., cit.*, pp. 95-6., BAUMANN, J, Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales, Buenos Aires. 1986. p. 62.

[257] TORRES. M." *O principio da oportunidade…*", ob.cit.ant., MAIA GONCALVES. Código de processo penal anotado, CARVALHO MARTINS, O ant.cit.

[258] Expresión la de "obligatoriedad de la acusación", Cfr. CONDE-PUMPIDO, en "La investigación por el MF…" cit.ant .pues de acusación forzosa, críticamente, habló ya AGUILERA DE PAZ, E., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal, I, p. 525 y, en la actualidad, viene siendo utilizada con mucha frecuencia por la literatura italiana, entre otras causas dada la redacción del art. 112 de la Primera Norma italiana: El Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal".

vigentes coordenadas constitucionales) es menester, reiterar, la falsía de aquella aseveración, según la cual, el proceso penal -acogiendo la más rancia y superada concepción de la legalidad- está encaminado a una indiferenciada e implacable búsqueda, al logro a toda costa, de la verdad material[259] o, según gráficamente se pretendía expresar, de la verdad "verdad"[260].

No admitimos, que sea de recibo, defender, la exigencia de un ilimitado deber de esclarecimiento -*Aufklärungspflicht*- (o que no haya de existir obstáculo alguno a las exigencias de la investigación -*Untersuchungsgrundsatz*-.

Es en este sentido, en el que ROXIN recoge la citada e interesante afirmación del BGHSt (14,358,365): "No es un principio de la StPO que la verdad tenga que ser alcanzada a cualquier precio"; siempre ha de ser encuadrable en los límites constitucionalmente establecidos, en el respeto de los Derechos fundamentales (vid supra núm. 9).

En pro de la oportunidad, juega también el que en Europa continental -y no sólo ahora-, es constatable la falta de una plena vigencia del principio de legalidad[261] [262]. A nadie se le oculta que, en determinadas infracciones, atinentes a materias como, verbigracia. delitos contra la familia, pequeños hurtos en grandes almacenes, algunas apropiaciones indebidas, se ha venido, de hecho, atenuando, la obligatoriedad de su persecución[263] [264], dejando indemne en muchas ocasiones al victimario.

---

[259] HENKEL, H.," Introducción a la Filosofía del derecho", Madrid, 1968, pp. 543, dice que del fin principal del proceso penal deriva"...el fin de que en el se constate la verdad material" Cfr. HASSEMER, W." Barcelona, 1984, cit. ob. ant, pp. 182 y ss.(obra del autor)

[260] Como implícitamente es deducible, la verdad material es uno de los términos de una dicotomía integrada, además, por la verdad formal -predicada a su vez del proceso civil- (defendida en este orden como precisa ante la comprensible inseguridad dimanante de la subjetiva discrecionalidad. según destaca WALTER. G., *Freie Beweiswürdigung,* cit., pp. 77-78), diferenciación que no ha sido tan unánimemente aceptada, como puede comprobarse en la obra de CARNELUTTI. F., *La prova civile*, 2ª ed., Roma, 1949, pp. 29-30, en las que dice "...pero sin duda no se trata aquí más que de una metáfora, en sustancia es fácil observar como la verdad no puede ser más que una, de manera que, o la verdad formal o jurídica coincide con la material, y no es más que verdad, o disiente de ella y no es sino una no verdad...". Vid. asimismo a KRAUSS, D., *Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess,* cit., pp. 65 y ss., SPENDEL, Wahrheitsfindung im Strafprozess, en JuS, 1964, pp. 465 y ss., etc. y *supra* el apartado 9.

[261] CHIAVARIO .M, "*Riflessioni sul principio costituzionale di obligatorietá dell'azione penale*", en Scritti in onore di Costantino Llortati, IV, Milano, 1977, pp. 111(obra del autor).

[262] Vid. HASSEMER y MUÑOZ CONDE," Introducción a la Criminología y al Derecho penal", Valencia 1989, pp. 65 y ss, acerca de las conductas merecedoras de pena como objeto de política criminal, en las que se desarrollan Justicia y utilidad como criterios suyos.

[263] De este modo ZAGREBELSKY, G.,"*'Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietá dell'azione penale*", en *Pubblico* ministero e accusa *penale. Prohlemi e...,* cit.ant.., también SCHNEIDER, "La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal (Nuevos desarrollos en la política criminal de los EE UU, de la República Federal alemana, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas)" en Boletin ICAM, 1988, 3, passim, vid. ob. ant.cit. pp. 26(obra del autor), en la que alude a como la

Con los defensores del principio de la oportunidad ,coincidimos, en que, estando previsto lo más taxativamente posible[265]permitiría, en atención a la clase e intensidad de la lesión y del bien jurídico colectivo afectado, no perseguir determinadas conductas: las de bagatela, pej., que en su caso, podrían ser susceptibles de sanción administrativa[266] reservando las actuaciones, ante y de los Tribunales de Justicia, para suscitar, y decidir, cuestiones social y jurídicamente relevantes[267].

Este enfoque [268] no es nuevo. Ya encontró albergue, en autores como, VON LISZT, al que hemos aludido en el comienzo del presente trabajo, para quien una de las reformas a acometer consistiría en "la lucha contra las penas cortas de privación de libertad... que en la forma en que hoy se aplican ni corrigen, ni intimidan; pero en cambio arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen.

De aquí resulta la perentoria exigencia... de reemplazar (las) en lo posible ... con otras medidas... o devolverlas, por agravación, su fuerza intimidante...Debía posarse si no merecería ser restaurado, el antiguo principio "*mínima non curat praetor*", bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho material (impunidad por insignificancia de la infracción)"[269].

"Law Reform Comission of Canada", en 1975, propuso ya acudir a soluciones no procesales en supuestos, p. ej., de infracciones que tienen lugar en el ámbito familiar.

[264] La criticabilidad de tal práctica, ha de centrarse en la discriminación que suponía. dicha atenuación -y aún exención- no regia del mismo modo para todas las personas con independencia de su "status" socio-económico ni tampoco se aplicaba ,con idénticos criterios, en todos los lugares de un país, ni por todos los órganos.

[265] Así HASSEMER, W.,"La persecución penal: legalidad y oportunidad", cit.ob ant. quien denunciando que un sistema penal orientado exclusivamente en una dirección "moderna" (se refiere a regido por el principio de oportunidad,), amenaza con sortear las clásicas barreras del derecho penal y convertirse en terrorismo de Estado, mientras un derecho penal, albergue supuestos de oportunidad., el respeto al Estado de derecho por parte del procedimiento, dependerá de si los casos están determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas. destruyen por completo el principio de legalidad. La persecución penal oportunista se extiende entonces de forma epidémica a las mismas.

[266] O sin necesidad de exigir sanción administrativa. Vid. por ejemplo los §§ 153 y 153 a StPO y el análisis del juego del principio de oportunidad atendiendo a la escasa entidad del daño social producido o a la propia personalidad del inculpado, en MÜLLER/SAX/ PAULUS, *Kornmentar zur Strafprozessordnung*, B.1, 7. Aufl.. Frankfurt a. Main, 1988.. PETERS, K, *Straprozess. Fin Lehrbuch*, 3, Aufl., Heidelberb Karlsruhe, 1981, pp. 162 y ss., KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozessordnung*, 38 Autl.. München, 1987, pp. 580 y ss. Para el Derecho portugués, consúltese a MALA GONCALVES, M.L., Código de Processo Penal anotado, *ob*. cit.ant. pp. 49 y ss.

[267] Vid. FRIEDMAN. L.M, "Introducción al derecho norteamericano" *ob* cit. ant., en que alude genéricamente, pp. 85 y ss (obra del autor), a las transacciones extrajudiciales como modo más barato de resolver litio os, lo que es aconsejable para las reclamaciones de pequeña entidad económica, según mantiene este autor.

[268] Por todos vid. BAUMAN, J., Derecho procesal penal ,*ob*. cit.ant.. pp 8 y del mismo, en *Fesischrfi fiar KPeters*. 1974, pp. 3 y ss,(obra del autor).

[269] VON LISZT, F, *Tratado de Derecho penal*, trad. por Luis Jimenez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, II, Madrid, 1916, pp. 16-17(obra del autor).

El debate en torno a si la oportunidad, es un tema de Derecho Procesal penal o de Derecho penal,[270] esconde, entre otros extremos, el del uso indiferenciado del término "despenalización", utilizado, con demasiada frecuencia, para referirse a dos cuestiones completamente distintas, que, de forma evidente, enfocarían de manera diferente el tratamiento dela víctima:

Una primera, vendría constituida, por el traslado, en general, del ámbito penal al administrativo sancionador, de determinadas conductas, lo que integra propiamente la "despenalización"[271]. Cabría aquí, también, la prescripción normativa penal, material previsora de "despenalización" sin más, de singulares conductas cuando concurran especificas circunstancias.

La segunda, en cambio, consiste en que, determinadas conductas incluidas en los Códigos penales, aunque sean calificadas como de bagatela o de mínima importancia, no llegan a ser enjuiciadas.

Este supuesto, lo es en verdad de "desjudicialización" pero no de "despenalización". Incluso, la hipótesis de oportunidad, contemplada en el art. 171.3 CP[272], concerniente al delito de amenazas, no es a nuestro juicio, un supuesto de despenalización sino, como se dice en el propio texto legal ("...abstenerse de acusar"), de desjudicialización, aludiendo así a que el Ministerio Fiscal puede no crear, el presupuesto indispensable para que en el juez actúe el "*ius puniendo*", con lo que devendría procesal mente y en aspectos materiales a la víctima del delito.

Dicho de otro modo: afirmada la comisión de un hecho punible, sólo el juez, motivadamente, a través del oportuno proceso, y convencido más allá de toda duda razonable, es el competente, para declararla existencia del delito y la participación comisiva del acusado, así como, para imponerle la pena prevista en la ley material. También incumbiría en exclusiva al Juez, declarar, la concurrencia de las circunstancias despenalizadoras, de la norma penal sustantiva.

---

[270] HOPFNER, *Legalitótsprinzip und Opportunitátsprinzip». Bemerkungen zur Reform cíes Strafrechts und Strafprozessrechts, en Archiv für Strafrecht und Strafprozessrecht, begründet durch Dr.Goltdammer, Hrsg. J. Kohler, 57, B. R., Decker's Verlag,* Berlin, 1910, pp. 278 y ss. y POLAINO NAVARRETE, M., Derecho penal. Parte general, I, Barcelona, 1984, quien con cita del anterior se plantea el problema en la pp. 143., también, PETERS, K., *Die Strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*, en *Recht und Staat*, H.276/277, Tübingen, 1963, para quien se trata ,de un criterio ,jurídico-material ("minima non curat praetor"), del mismo, vid. también su *Strafprozessrecht*, cit, pp. 160-1(obra del autor).

[271] Así, el art 1 Ley 24.12.1975 sobre, *Sistema sanzionatorio delle norme que prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda.*

[272] Así, CARBONELL MATEU y GONZALEZ CUSSAC, Comentarios al Código Penal de 1995, coord. Vives Antón,ob.cit.ant,. pp. 876 y 880.

De esta forma, tiene perfecto encaje y sentido el aforismo "*nullum crimen nulla poena sine previo iuditio*", no ha lugar, por ende, a hablar de despenalización, sino, de desjudicialización, o sea, del no enjuiciamiento de esa conducta que, resulta imprescindible, para la existencia del delito y la imposición de la pena. Gráficamente, podría concretarse lo dicho, en que la despenalización ha de producirse normativamente en tanto que la desjudicialización tiene lugar simplemente "*por mor*" de su no acceso a la Justicia.

Correlativo con la desjudicialización mencionada, el principio de oportunidad, tal vez facilitara el incremento y profundización en la investigación y, subsiguiente persecución, de determinadas infracciones, particularmente peligrosas, en zonas o momentos históricos concretos (piénsese en las drogas duras), aunque ello, al suponer una selección, implique preterir la erradicación de otros dominios delictivos.

De la experiencia habida, en la lucha contra el terrorismo, en algunos países como Alemania federal e Italia, se ha podido comprobar que "concediendo la inmunidad" a determinadas personas, a cambio de su testimonio, podrían cosecharse importantes éxitos.

Acertadamente, a nuestro parecer, HASSEMER objeta que "...es injustificado, político-criminalmente, e irracional, pretender solo el beneficio inmediato (por ejemplo, la desarticulación de un grupo terrorista) y pasar por alto los perjuicios que a largo plazo proporciona una aplicación del Derecho conforme a una regulación de oportunidad"[273].

La oportunidad reglada, ha de completarse, con las vías necesarias para que los interesados (las víctimas), puedan reclamar contra su desproporcionada aplicación. Así, se ha suscitado en temas de protección de los denominados intereses difusos o en hipótesis con un alto grado, de sensibilidad política.

En los países que han dado entrada a la oportunidad reglada, suele preverse el derecho del particular, a acudir a la instancia judicial para exigir, al menos, la investigación por el fiscal y la eventual formulación de la acusación por éste

Analizando el Derecho Comparado, en la República Federal de Alemania, mediante el "*Klageerzwingunsverfahren*" (prevenido en los §§ 172 y ss StPO), a cuyo tenor, si el Ministerio Fiscal estimase que procede archivar las actuaciones y por ende no acusar, el perjudicado por el delito tiene la posibilidad, entre otros supuestos, siempre que el hecho punible estuviere sancionado con pena no inferior a un año de privación de libertad, §

153 (vid. asimismo lo previsto en los §§ 153 a,153 b.ap.1, 153 c, 153 d, 153, 153 e,154, 154 b y 154 c)- de recurrir la decisión del M.F. y, si ésta fuere confirmada, podrá acudir ante el TSJ (“*Oberlandesgericht”*), el cual goza de la potestad, no sólo de exigir la presentación por la Fiscalía de todo lo actuado (§ 173.1) sino, además, de acordar la práctica de las diligencias que estime pertinentes, a fin de que se ordene al Ministerio Fiscal, investigar el hecho afirmado punible para ejercer la acusación[274].Como vemos, muy diferente a nuestro Derecho procesal penal, y que amplia, enormemente, las facultades de la víctima del delito.

En la misma línea, el nuevo Código procesal penal portugués (aprobado por Decreto-Ley. núm. 78/87, de 17 de febrero) regula en el art. 287 (*“Requerimento para abertura da instrucao”*)[275] la posibilidad de pedir la apertura de la instrucción en el plazo de cinco días, desde la notificación, por el Ministerio Público, de la decisión de archivo de las actuaciones.

En similar sentido, el “*Codice di procedura penale”* italiano. La Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana establece que, tras las indagaciones preliminares del Ministerio Público (arts. 358 y ss), éste ejercitará la acción penal, sino, debe pedir el archivo (arts. 405 y ss); contra la petición de archivo, cabe oposición de la persona ofendida por el delito que puede solicitar, la práctica de investigaciones supletorias (art. 410.1)[276].

En España, se arguye, que la acusación popular, es el medio más apto, para atacar la inacción o negligencia del Ministerio Fiscal[277], lo que en modo alguno, según nuestro

---

[273] HASSEMER,W, ob.cit ant, pp 10 y ss.

[274] Más extensamente , el estudio del *Klageerzucingunseerjhhren* antes citado

[275] Vid. SOCTO DE MOURA. J,” *ínquerito e instrucao”* en *O nvto Código de processu penal (*Jornadas *de Direzto processual penal)* ,ob. cit.ant, (pp. 83 y ss de la obra el autor), FIGUEIREDO DLAS, J. de, Para urna reforma global do processo penal portugues en *Para* una *nova* Justica *Penal*. op. cit. pp. 189y ss, TOLDA PINTO, A.A. *O novo processo penal/ (Gula prútico),* Lisboa. etc., PIALA GONCALVES, M-L., *Código de processo pe*nal, 3° ed.. ob.cit.ant.

[276] Vid .*Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale. delle disnosizioni sul processo penale a canco di imputati minorenni e delle norme per l’adeguamento dell’ordina monto giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a caso, degli imputati minorenni», en Supplemento ordinario n. 2 afila Gazeita Ufficale n.250 dei 24 Ottobre 1988.* Asimismo, DEAN G.*”Novitá in tema di archivazione”,en Le nuove disposizione sul processopenale.itti del convegno-Penigia 14-15 aprile 1988), Padova, 1989*. pp. 195 y ss. (obra del autor), CHIAVARIO. M., *La riforma del processo penale (Appunti sal nuovo codice),* op. cit.ant pp 47 y ss. (obra del autor), PISAPIA. G.D., Lineamenti del nuovo processo penale, ob.cit.. pp. 35 v ss.(obra del autor), y demás obras cits. de MAGARAGGIA, CARAVOGLIA, etc.

[277] Extraña es la subsistente concepción, de la acción popular, en la propuesta para la reforma de la Justicia, en lo referente al Orden Jurisdiccional Penal, aprobada por el Pleno del CGPJ en sesiones plenarias extraordinarias, celebradas los días 18 y 19 de Julio de 2000, según la cual, y respecto al ”Ejercicio de la acción popular”se dice: Debe procederse al desarrollo del art. 125 de la Constitución mediante una completa configuración legal de la acción popular, no como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, sino como una forma de participación del ciudadano en la justicia”.Destacar,

entender, supone una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, que se propone a la víctima del delito y que se recoge de forma expresa en el art. 24 de nuestra Carta Magna.

La actual reforma procesal penal (Ley 38/2002 de 24 de Octubre reforma parcial de la LECrim sobre Procedimiento abreviado para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas; y modificación por Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de la reforma parcial de la Lecrim. para el enjuiciamiento rápido e inmediato de deterrminados delitos y faltas y modificación del Procedimiento abreviado, tampoco ha aclarado, ni solventado, las lagunas que tantos ríos de tinta ha generado, y que en modo alguno, han suplido las muchas veces debatidas, y poco prácticas, cuestiones de Derecho material.[278]

---

que todos los artículos que requieren denuncia para la persecución ,de los delitos semipúblicos, citan en primer lugar, a la persona agraviada, salvo dos : arrt. 215.5 que menciona al ofendido (refiriéndose con tal exposición a la cíctima de los delitos contra le honor) y el art. 634 que cita al perjudicado.Se ha corregido, de esta manera, la diversidad terminológica, enpleada en los textos precedentes,aunque, si bien es cierto, que la praxis judicial no efectuó diferencia alguna entre los contenidos de dichos términos a los efectos de determinar la lagitimación para la interposición de la denuncia. Por perdsona agraviada hemos de enterder el sujeto pasivo del delito, aquel que sufre las consecuencias del ílícito cometido (la víctima en los delitos contra las personas,el perjudicado en los delitos contra le patrimonio y el ofendido en los delitos contra el honor) ya que ,es el titular del bien jurídico protegido por el delito.Todos los ciudadanos por el mero hecho de ser personas, pueden obstentar la cualidad de persona agraviada..Se tendrá en cuenta, la representación legal con respecto a los hijos menores de edad no emancipados (art. 162 CC y 171 del citado Texto legal) la representación legal de los menores de edad que nonestén sujetos a la patria potestad (art.267 y 172.1 del CC) la curatela de los artículo 286 y ss del CC,el defensor judicial del art. 299 y 299 bis del CC y el guardador de hecho (art. 304 del CC).En opinión de MARCOS AYLLON, se puede hacer una crítica de técnica legislativa, en el caso dela rt. 621.2 del citado Cuerpo legal, intepretando los dos párrafos del artículo de acuerdo con los antecedentes históricos y legislativos, ya que si no estaríamos derogando tácitamente este precepto,dejándolo sin castigo, lo cual, no parece ser, la intención del legislador.En todos los art.del CP(a excepción del art. 215.1) en los qie se requiere denuncia como requisito de procedibilidad se legitima ,al Minstrerio Fiscal, para interponer denuncia, con la siguiente expresión "El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquella sea menor de edad,incapaz o desvalida",comtrapesando los intereses del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y los intereses personales de la víctima que deben ser respetados,de modo, que pueda producirse el supuesto en que existan razones,que aconsejen no denunciar los hechos, pero estre equilibrio también de be producirse en nuestra opinión para el resto de los delitos semipúblicos en los que intervenga el Ministerio Fiscal. Conviene recalcar, que existen otros problemas de legitimación en los delitos de daños por imprudencia y en ls art. 201,287 y 296 del referido Texto normativo.Finalmente y en torno a este punto la posibilidad de rerirada de denuncia y el perdón del ofendido significaría que el principio de oportunidad, se manifestara en un doble sentido: la potestads del agraviado, de iniciar o no el procedimiento, y por otro, la posiobilidad de poner fin la ya iniciado.El legislador español, sólo contempla, la posibilidad del perdón del ofendido, para poner fin la proceso iniciado, por lo que la retirada de la denuncia cmom veremos a lo largo del presente trabajo, no tiene relevancia juridica., contravimiendo la Recomendación del Comité de Ministros Consejo de Europa de 17 de Noviembre de 1987.Se deberá traer a colación lo prevenido en los art. 130.4, 215.3,191.1 del CP.

.

CAPÍTULO III.

LA VICTIMA Y LAS FASES DEL PROCESO PENAL.

I-LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Con carácter general, al analizar el proceso penal en el marco de un ordenamiento juridico concreto, cabe hacer referencia, al sistema procesal penal que lo informa.Ya hemos expuesto,, que los tratadistas, suelen componer, el estudio de dos sistemas procesales como son el acusatorio y el inquisitivo .Las características del acusatorio, se fundamentan en la existencia de un acusador que reclama un juicio ante un Juez imparcial, totalmente ajeno a los hechos,la existencia de un aacusado identificado y determinado, frente a quien se va a ejercitar la acusación y recalcar que el órgano jurisdiccional no tiene intervención en la instruciób de la causa,juzgando con absoluta impaercialidad; el juicio se limita a hechos justiciables y el Tribunal está limitado a su ámbito. Por su parte, el proceso inquisitivo, se caracteriza por el poder del juez de proceder de oficio sin necesidad de acusación,quedando la figura del acusador en un segundo plano. El procedimiento, consta de dos fases diferenciadas: las de instrucción o indagación sumaria, denominada *imquisitio* y el juicio propiamente dicho, o plenario, cuya significación como momento central del proceso cede anrte el sumario.

La combinación de ambos sistemas, configura un tercer sistema, denominado mixto o acusatorio formal, que como hemos analizado ampliamente, en el Capítulo anterior, que se caracteriza por la separación de las funciones de instrucción acusación y decisión en órganos distintos y por la vigencia plena del principio acusatorio.En este sitema la instrucción tiene la función de delimitar los hechos que deben ser sometidos a juicio oral,en tanto qure la fase de juicio se caracteriza por ser oral, pública y contradictoria.[279]

[279] En los ordenamientos comparados, no aparecen los sitemas descritos de forma pura, puesto que cmbinan elementos de uno y de otro. En el sistema anglosajón,es evidente el predominio del sistema acusatorio donde la actuación del Juez se provoca mediante una acusación privada,con la salvedad de los delitos de cierta gravedad. En el sistema continental, predomina el sistema acusatorio formal o mixto estando dividido el proceso en dos fases, una inquisitiva y otra acusatoria,con diferentes características, en cada uno de los países.Así en francia, se destaca una división de poderes entre le Ministerio Público y

En nuestro sistena procesal penal, se aprecia el contraste entre las dos fases, en que está dividido el proceso penal español; por una parte la fase de instrucción dominada por la escritura y el secrerto y por otra parte la fase de juicio oral, por la oralidad y publicidad.

Antes de enfocar el estudio de la víctima en la fase de instrucción si que conviene recalcar, que al entrada en vigor de la Constitución, supuso la erradicación, de cualquier predomino del principio inquisitivo, y la preponderancia del principio acusatorio, garantizado con los derechos fundamentales establecidos en el artículo 24 nuestra Norma Fundamental.

Las sucesivas reformas procesales, han seguido la línea de acercamiento al sis tema acusatorio,siendo de destacar, la reforma que regula el Procedimiento abreviado en el año 1988 (Ley Orgánica 7/1988 de 28 de Diciembre), las actuales modificaciones por Ley 38/2002 de 24 de Octubre y Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre (donde el Juez de guardia puede asumir funciones de ennjuiciamiento en el caso de sentencia de conformidad en las condiciones del art. 801 de la LECrim), y la introducida por la Ley del Tribunal del Jurado de 1995 (Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo). Un paso adelante, supuso la Ley reguladora de la Respnsabilidad Penal del Menor (Ley Orgánica 5/2000 de 7 de Enero) donde el Minsterio Fiscal tiene atribuida la fase de iniciación e instrucción del procedimiento y el Juez de menores tiene euna función de garantía en esta fase inicial.

La Doctrina española,[280]en el proceso penal, distingue, entre esa fase instructora y la fase decisoria o de enjuiciamiento una llamada fase intermedia que puede individualizarse dentro de las normas de La ley y que comprendería ,aquejosa, actos que ponen fin, teóricamente, a la primera fase y permiten, una entrada a la segunda. Queda, de esta forma reseñado, el esquema que hemos utilizado, para enfocar el presente estudio, y dentro de cada una de ellas, diferenciaremos, las distintas posiciones del perjudicado por el hecho delictivo, y, sus consecuencias procesales.

A-EL RESURGIMIENTO DE LA VICTIMA EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Con carácter general, la fase de instrucción está dirigida a determinar hasta que punto la *notitia criminis* puede dar lugar a un juicio, es decir, a la fase de Juicio oral.

---

el Juez, de instrucción y existe una cierta preponderancia del pincipio inquisitivo.En el modelo italiano, la fase de instrucción corresponde al Ministerio Público.

Si observamos lo que dispone el art. 299 de la LECrim., veremos como el legislador, ha querido instituir esa primera fase con unos perfiles extraordinariamente claros: constituyen el Sumario (nombre que da el legislador a la instrucción del proceso común) dice el artículo citado, las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando a los perjudicados por los hechos delictivos y las responsabilidades pecuniarias que se derivan de los mismos.

Estas actuaciones, *mutatis mutandi,* tienen la misma naturaleza, que, aquellas otras, que igualmente adopta el órgano encargado de la instrucción y que van destinadas a asegurar el resultado económico del proceso con una reparación global de la víctima.

Hay que mencionar, como características de la misma, que dichas actuaciones, no son predominantemente orales y no están regidas por el principio de concentración, con lo que, en muchas ocasiones, se hace de la instrucción, un farragoso camino, como analizaremos, para aquel, que se ha visto perjudicado por un hecho punible, y quiere celeridad en la actuación de los órganos jurisdiccionales.

En nuestra opinión, el carácter, marcadamente escrito de dicha fase procesal, no seria posible, de acuerdo con nuestra Norma Fundamental, si estuviéramos en presencia, de una verdadera fase decisoria y enjuiciadora de tipo procesal.

Al ser la instrucción una fase preparatoria del Juicio oral, se admite, que en ella, rija el principio de la escritura o de documentación y que cada una de las diligencias practicadas sea, la única manera de decidir, si en base a actuaciones pasadas y quizá lejanas en el tiempo, se abre o no la fase procesal destinada al enjuiciamiento del acusado.[281]

Asimismo, existe, como veremos, competencia judicial diferenciada para la instrucción y el juicio oral. (art. 14 LECrim.) lo que conocemos, desde el punto de vista constitucional, como una manifestación del derecho a un Juez imparcial[282] y del que hemos expuesto

---

[280]MUERZA ESPARZA,J Manual de Derecho Procesal penal, Ed. Aranzadi, Pamplona 1998, GIMENO SENDRA,V, MORENO CÁTENA ,V., y CORTES DOMINGUEZ,V. Lecciones de Derecho Procesal, 1ª Edición 2001, Ed. Colex, Madrid 2001.

[281] Sin embargo ,la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, ha introducido una cierta oralidad enla instrucción que se completa lógicamente con la concentración en una o varias comparecencias; en esta concentración lo que se compadece poco con lo que es esencia de la instrucción es decir, con la investigación que en pocas ocasiones permitirá que todos os actos se desarrollen al mismo tiempo (art, 25 LOTJ, art. 504 bis 2 de la LECrim. redacción LO 8/1995 de 16 de Noviembre.

[282] STC 11/1999 de 24 de Enero, 138/1991 de 20 de Junio entre otras. Asimismo, este derecho, está reconocido en Textos Internacionales,art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948,art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de Noviembre de 1950. No hay que olvidar que en la imparcialidad del Juez,ha de concurrir una idoneidad objetiva o neutralidad en la relación del

nuestra visión en este trabajo y su incidencia, con la víctima del delito, de hecho, ya el legislador de 1882, había establecido, como pilar básico de la reforma del proceso penal, la competencia funcional diferenciada, entre el órgano judicial que se había de ocupar de la instrucción y el órgano judicial que sería competente para el enjuiciamiento, porque es imposible, que un órgano judicial que de acuerdo con lo que se establece en el art 299 de la LECrim, está destinado a averiguar ,y hacer constar, la perpetración de los delitos con todas sus circunstancias y la culpabilidad de los delincuentes, pueda, posteriormente ,con sosiego e imparcialidad, dictar una Sentencia, dejando de lado, los prejuicios adquiridos con anterioridad.

Las actuaciones instructorias no cumplen, a nuestro entender, función alguna en el juicio y ,desde luego, no son la base de la Sentencia.[283]

Sentadas la líneas generales anteriores, y como consecuencia de que algunos de los procesos penales, se inician de oficio, el legislador español, ha hecho descansar en el Art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, toda la sustantividad ,del derecho fundamental a la tutela efectiva, reconocido en el Art. 24.1 de la Constitución Española, mediante la exigencia legal del ofrecimiento de acciones al ofendido, en el momento de recibírsele la primera declaración, constituyendo, una premisa indispensable de la actuación de todo Órgano Judicial.

Así ,en concreto, ha señalado el Tribunal Constitucional que: "nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. De ahí que , incoada una instrucción penal, el Juez haya de otorgar al ofendido por el delito, la posibilidad de ejercicio del derecho a la tutela, mediante el denominado "ofrecimiento de acciones" a fin de que pueda comparecer y mostrarse parte en la causa ya incoada, todo ello en orden a que pueda deducir y sostener la pretensión penal[284].

En el mismo sentido se manifestó, también, la Fiscalía General del Estado[285] cuando en relación con el Art. 789.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal referido al procedimiento

---

órgano judicial con el objeto del proceso y un idoneidad subjetiva o neutralidad del Juez con las partes (SSTS de 2 de Marzo de 1998)

[283] Vid por todas SSTC 31/1981 10/1992, 97/1999, 278/2000.

[284] La citada sentencia del Tribunal Constitucional 140/97 añade que "No cabe negar, pues, la posibilidad de que, en determinados supuestos, la falta de ofrecimientos de acciones al ofendido o al interesado que no conozca la existencia del proceso (SSTC 121/94 y 278/94) o la información judicial defectuosa (STC 66/92), conviertan el incumplimiento del deber de información al que se refiere el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en auténtica denegación de tutela, con frustración del derecho del ofendido a erigirse en acusador particular en el proceso". En el mismo sentido la STC. 37/93.

[285] Circular 1/89 de 8 de Mayo de la Fiscalía General del Estado sobre el Procedimiento Abreviado.

abreviado (actualmente artículo 775 del referido Cuerpo Legal tras las reformas por Ley 38/2002 de 24 de Octubre y por Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre), llamaba la atención de todos los Fiscales, para que, antes de proceder al ejercicio de la acción penal, "constataran que el perjudicado o víctima había sido instruido convenientemente de todos sus derechos y a tal efecto que se observará la previsión del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la comunicación al perjudicado de la iniciación del procedimiento".

Por consiguiente, el derecho a ser informado de la existencia del procedimiento, y la posibilidad de ejercicio de la acción penal, constituyen manifestaciones, del superior derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que permite a todo ofendido por un delito de esta naturaleza ,su habilitación para el libre acceso a los órganos de la jurisdicción penal, a fin, de obtener de ellos, una resolución motivada y fundada en derecho.

La víctima tiene derecho a ejercer la acción penal; este afirmación se materializa, cuando una persona ,ejerce ante los órganos de la jurisdicción, sus derechos a intereses legítimos, respecto a los que el Estado, mediante sus Órganos de Justicia, debe dispensar una tutela efectiva.

En nuestro ordenamiento procesal penal, la acción es pública y pueden actuarla el Ministerio fiscal, los perjudicados por el delito y todo ciudadano a través de la acción popular es decir, puede actuar ante la jurisdicción, no sólo el perjudicado directo, por sí o a través del Ministerio Fiscal (que ejercita una especie de "*ius agende*" expresión recogida de la STC 86/85 de 10 de julio) y si no es perjudicado directo de la agresión, a través de la acción popular.

Para determinar el tipo de acción que corresponde actuar, nuestros autores, han elaborado la"Doctrina del interés" que se configura, como el núcleo central de la Doctrina de la acción procesal[286].

[286] La construcción dogmática de la teoría del interés es extensa y particularmente desarrollada a la jurisdicción contenciosa administrativa. Desde IHERING, se conviene en afirmar que los derechos no existen para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades, realizar sus fines, de tal forma que la legitimación que permite la actuación de la acción penal exige un interés previo o una atribución legal que lo permita. Ese interés es fácilmente identificable en la persona que resulta perjudicada u ofendida directamente por el delito, que ha sufrido sus consecuencias. La ley procesal lo recoge y lo declara en el art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En otros casos, es necesario determinar previamente ese interés para atribuirle, o no, la condición de perjudicado. Por último, la ley otorga una legitimación "*uti autoritas"* al Ministerio Fiscal y confiere, como legitimación "*uti cives*" a los ciudadanos, mediante la acción popular.

El Art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, cuando declara que la acción penal es pública, ha de entenderse, de acuerdo a la legislación procesal y a los principios que emanan de la Constitución, en un doble sentido. En primer término, es pública, en cuanto afecta a un interés público, pues el delito es una agresión a un orden de convivencia. Por otra parte, es pública, en cuanto puede ser ejercida por todos los ciudadanos, los afectados por el delito y los que resultan "indirectamente" lesionados por él, en cuanto integrantes de la sociedad que el derecho penal procura controlar.

En concordancia con este criterio clásico de nuestro ordenamiento procesal, el Art. 24.1 de la Constitución Española. previene el derecho a la tutela judicial efectiva para la defensa de los derechos e intereses legítimos, -criterio legitimador para el ofendido directamente por el delito-, y en el Art. 125, la facultad de ejercitar la acción popular -criterio legitimador universal para los ciudadanos.

Sin perjuicio de esos criterios legitimadores, y como expusimos, el Art. 124 de la Constitución, atribuye al Ministerio Fiscal, la misión de promover la acción de la justicia, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés tutelado por la Ley, y el Art. 54 C.E., al Defensor del Pueblo "para la defensa de los derechos comprendidos" en el Título II de la Constitución Española.

Por lo tanto, en nuestro ordenamiento, el derecho a la jurisdicción, puede ser actuado por diversas personas e instituciones, que iremos analizando, de forma pormenorizada:

1. Ejercicio individual de la acción penal, que corresponde a la persona directamente afectada por el delito. En su identificación, será necesario determinar, el interés por el que actúa, lo que se realizará previamente al ofrecimiento de acciones del Art. 109 de la ley procesal. En esta categoría, se integran cuantas personas, una o varias, resulten afectadas directamente por el delito que representando su particular y propio interés, actúa la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

2. Supraindividuales. En esta categoría, es preciso distinguir, una legitimación institucional (Ministerio Fiscal y Defensor del pueblo), de aquélla, que corresponde, a grupos de personas afectados por el delito que, superando su individualidad, transfieren el ejercicio de la acción penal a una organización o grupo más o menos estables[287].

[287] A esta clase se refiere el art 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al declarar, en su párrafo tercero, que:"Los juzgados y tribunales protegerán los derechos e intereses tanto individuales como colectivos sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión Para la defensa de estos últimos se reconocerá la que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción".

La legitimación del Ministerio Fiscal y del Defensor del pueblo, deviene, de su configuración como Instituto Público de acusación del derecho penal, el primero, y de Comisionado, para la defensa en los derechos contenidos en el Título II de la Constitución, el segundo.

3. Popular, resultante de Art. 125 de la Constitución, que recoge el tradicional del Art. 101 del citado Texto Legal.

Presupuesto de la existencia de una legitimación personal, es determinar, quien sea víctima de una acción delictiva.

El Código Penal (LO 10/1995 de 23 de Noviembre), contiene, en sus preceptos de la parte especial, un catálogo de bienes jurídicos, la mayoría de los cuales, refieren la acción contra un titular que resulta afectado por la comisión del delito. Pero existen otros tipos penales, los conocidos como delitos sin víctimas, en los que se sancionan conductas que son consideradas por el legislador contrarias a la "moral pública" y en los que el denominador común, es la transacción o intercambio voluntario, entre adultos, de bienes y servicios legalmente proscritos (prostitución, salud pública, auxilio o inducción al suicidio). Estos delitos carecen de un titular individualizado y son nominados como "delitos sin víctimas".

Por otra parte, algunos tipos penales, refieren conductas antisociales, que agreden a la sociedad en su conjunto y a su organización. En ellos tampoco hay víctimas individualizadas.

Los restantes, los delitos productores de víctimas, la acción delictiva lesiona, o pone en peligro, un bien jurídico, del que es titular el perjudicado, que actúa en el proceso penal buscando obtener un interés legítimo. Al tratarse de un interés tutelado por la Ley, se le reconoce (Art. 109 Ley de Enjuiciamiento Criminal) el derecho a ejercitar la acción penal, "a mostrarse parte en el procedimiento"

A.1- Consideraciones generales.

La pretensión punitiva ,como forma de reacción frente a infracciones graves de normas de conducta, no siempre estuvo depositada en poder del Estado, como actualmente todos conocemos. La historia nos recuerda que en sus orígenes aquella reposaba íntegramente en la propia víctima y en sus familiares los cuales se constituían en verdaderos protagonistas de

la administración de justicia de entonces en virtud de un derecho a la venganza privada contra el infractor o delincuente.[288]

El desarrollo de esta forma de "hacer justicia", como puede deducirse con facilidad, trajo consigo, la aplicación frecuente, de sanciones arbitrarias, salvajes y ,en determinados casos, injustos contra los supuestos agresores. Es más, aquellos frecuentes excesos, conllevaron con seguridad, no pocas replicas, del agresor sancionado, determinando, así ,un espiral de violencia riesgoso para la convivencia social en general.[289]

Fueron estas las circunstancias, las que plantearon, la necesidad de un tercero en la dirimencia del conflicto y no dejar a las partes mismas la forma de resolverlo. De esta forma, y siguiendo a ALMAGRO NOSETE, la generalización de la idea de un proceso, que lleva consigo, el carácter público de la pena y, la sustracción de la víctima, de la composición y ejecución de la misma, resulta ser una etapa posterior al derecho penal de la venganza privada.

El Derecho Penal de carácter público, nace, precisamente, en ese momento, cuando se pasa de una relación bilateral (agresor –víctima) a una relación trilateral, en la fórmula de solución de conflicto (agresor autoridad judicial-víctima). En efecto, tanto el "*ordo iudicium publicorum*" de los romanos, como la experiencia de los Tribunales de la Inquisición de la Edad Media, representan, formas de separación de la venganza privada ,por un derecho extraño a las partes, impuesto desde instancias político-religiosas centrales, de vocación general.

El "*ius puniendi*" o derecho a castigar del Estado, se asienta, entonces, dentro de las concentradas facultades del soberano, príncipe o autoridad pontificia a quienes se encontraban facultados, no sólo para imponer una pena, sino para perseguir la infracción penal de oficio.

Posteriormente, entre los siglos XVIII y XIX se registran los primeros pasos encaminados al nacimiento del denominado Ministerio Público, órgano separado del poder jurisdiccional, que al constituirse como titular casi exclusivo de la acción punitiva ,pretende ser garante de la libertad ciudadana y obstáculo de la represión autoritaria.

Si bien la incorporación de este órgano, no transformó el sistema procesal inquisitivo en uno de carácter acusatorio de estilo anglosajón, al que antes hemos hecho referencia, sí

[288] Señala NOSETE JA Derecho Procesal Penal, Valencia 1990 pp. 28 y ss (obra del autor).

produjo alteraciones, dando lugar al conocido sistema procesal mixto, que, actualmente existe en muchos países sobre todo de Latinoamérica.

Toda esta breve reseña histórica, que hemos expuesto, nos evidencia del abandono progresivo de la víctima, en todos los ámbitos del sistema punitivo actual: Derecho penal, Derecho procesal penal y la Política criminal.

En el Derecho Penal, el desarrollo de la teoría del bien jurídico, es la historia de la invisibilización de la víctima individual. Precisamente, desde las concepciones de BIRTHAM y BINDING, que entienden este derecho, no tanto como la lesión de un derecho subjetivo, sino como un atentado a un bien jurídico, pasando por la distinción planteada por VON LISTZ entre el bien jurídico y objeto de la protección espiritualizado en concepto del primero, como un interés jurídicamente protegible, hasta sus actuales concepciones sociológico-funcionales, se evidencia, la desatención de la víctima del delito.

Igualmente, ocurre en el Derecho procesal penal. Siendo el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, el mecanismo más drástico, para la tutela de la convivencia social, se construye, progresivamente, un sistema de garantías, que limitan dicha pretensión punitiva, al juez ordinario predeterminado por la ley, y asistencia letrada, derecho a ser informado de la acusación a la publicidad del proceso a no confesarse culpable y no ser torturado para obtener su declaración, son derechos fundamentales, que recogen el carácter tuitivo del Derecho Procesal penal, respecto al acusado.

Este esquema, como resulta obvio, olvida las garantías procesales de la víctima, quien es sustituida por el Ministerio Público, como titular de la acción penal, y ,relegada, a una marginal condición de objeto de proceso o como mero testigo.

En consecuencia, puede afirmarse, que son característicos de este periodo de la historia de los sistemas procesales, el protagonismo de un órgano como el Ministerio público, y, la ausencia de la víctima, en la pretensión punitiva.

B- LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.

[289] FERRAJOLI l."Derecho y razón. Teoría del garantismo penal" Ed. Trotta, Madrid 1995 pp.332 (obra del autor).

Las bondades del mencionado esquema mixto, así como del órgano persecutorio que lo integra, han sido, últimamente, cuestionados, dando lugar a una corriente de reforma procesal y, en especial, del Ministerio público.[290]

La gran mayoría de las críticas, alcanza, actualmente, al modelo coyuntural de intervención política, a la que está sometida la Institución, mientras que otras, han sido saldadas por el modelo constitucional.[291] Somos contrarios a creer, como más tarde se

---

[290] Destacar la importante reforma operada por Ley 14/2003 de 26 de Mayo de modificación de la ley 50/1981 por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, adasptándose a las nuevas responsabilidades,incorporando planamente principios constitucionales y democráticos como los de temporalidad en el desempeño de cargos, criterios de mérito y formación para el desempeño de determinadas responsabilidades.

[291] En este punto, no es ocioso recordar, los planteamiento efectuados, sobre la instrucción en el porceso penal, y la función que desempeña el Ministerio Fiscal, opinión expuesta por DEL POZO LUENGOS, Fiscal de Pontevedra, en las Jornadas organizadas por la Asociación de Fiscales celebradas en Málaga los días 13 y 14 de Marzo de 2003, publicado en "Fiscales, Revista de la Asociación de Fiscales", nº 15. Analizaba el art. 777 de la Lecrim, y su análisis sobre que órgano debe llevar a cabo la instrucción, si el Ministerio Fiscal o el Juez instructor.Es una cuestión ampliamente debatida y su solución dependerá del concepto de instrucción que se tenga, manteniendo la misma en el Juez pero con ciertas variaciones.Se ha dicho que la instrucción no es función jurisdicional porque según el art. 117 de la Constitución tan sólo consiste ,en juzgar, y hacer ejecutar lo juzgado. En dichas reuniones, se entiende lo contrario, porque por una parte, el término "juzgar" no puede ser tan restrictivo que no comprenda una serie de operaciones imprescindibles,para llegar al resultado y además parecfe ignorarse el nº 4 del citado precepto que se refiere (a los jueces) a las "que expresamente les sean atribuídas por la Ley en garantía de cualquier derecho",y en la instrucción, hay uana serie de actos, que implican, limitaciones de derechos individuales que nadie duda que puedan se adpotados, por quien tenga la jurisdicción, y lo mismo cabe decir de las medidas cautelares.Los partidarios de la instrucción por órgano no judicial, solucionan el problema, creando el "juez de garantias",o que en teoría, es posible y ajustado a la legalidad constitucional, pero no lo ven deseable, porque significaría, que el fiscal llevaría a cabo, un trabajo material que poco podrái diferir del que pueda hacer la Policía, y en una situación de evidente subordinación al Juez, tendrá que pedirle permiso, para cualquier acto, que afectara a derechos individuales lo que ,en la práctica, produciría roces y lo que espeor retrasos en el procedimiento, en detrimento de la investigación y de los verdaderos perjudicados por el hecho delictivo.Argumentos a favor a que el Fiscal sea el encargado delamnvestigación, es el de si es el a quien le corresponde ejercer la acción punitiva, el es quien debe hacer acopio, de la pruebas que se practicarán en el juicio (art. 5 EOMF),incluso sin la limitación injusta del art. 773-2 de la LECrim .Sin embargo, conviene recalcar, que el Minstrio Fiscal, no es el único a quien la Norma Fundamental concede la facultad de ejercitar la pretensión punitiva (art 125), y pretender que el acusador popular o particular, fuera coadyuvante del Fiscal, supondría, una burla a tal precepto.No hay que olvidar queb la instrucción no puede ser unicamente el acopio de pruebas incriminatorias sinoncomo dicen los art. 311 y 326 d ela LECrim. deberán de precticarse pruebas que beneficien al la acusación y defensa,y aunque si bien es cierto que el Fiscal está regido por el principio de imparcialidad (art. 124-2 de la CE), estamos hablando de imparcialidad material, por cuanto ,antes de la incoación del proceso, no se guía por u interés privado,pero según se va adentrando en el mismo,ha de tomar postura como parte en sentido formal,más o menos próxima a alguna de ellas.Además la instrucción no sólo presta utilidad directa a todas las partes,sin que también puede servir ,para evitar, juicios innecesarios.Para ello, ha de existir, un control jurisdicional de las acusaciones para evitar el éxito de las infundadas y para ue le mismo sea eficaz, el que lo ejerce debe de conocer los hechos y la mejor forma sea examinándolos por si mismo.Los anteriores argumentos parecen,según esta Asociación de Fiscales, los más importantes,pero no les parecen desdeñables otros que se refieren a las dificultades prácticas de puesta en marcha, de la intrucción por el Fiscal,porque aunque las mismas sean subsanables,su coste sería tan alto, que podría hacer inviable, el proyecto y ,asumirlo sin solucionar tales dificultades, sería arrojarlo directamente al fracaso.El actual procedimiento penal,está basado en una tradición larga y la misma ha creado un sistema y unas estructuras.Un cambio tan trascendental supondría necesariamente,la modificación de los mismos.No basta la rigurosa inmediación que la instrucción comporta,con la adscripción de fiscales, a determinados

expondrá, que los art. 774 y 780.1 de la LECrim. contiene especialidades de la instrucción.[292] Son casos, los regulados en ambos preceptos legales, que se refieren a supuestos en los que la instrucción no es por esencia muy complicada, y en los que es posible tener, en muy poco tiempo, los datos necesarios, para poder abrir el juicio contra persona concreta, formulando la acusación.

Se sostiene que el Ministerio Fiscal, lleva ,en su seno, contradicciones internas, aún por resolver. Nos referimos a aquel híbrido en el que se ubica, y en el que no se define bien, sus sentido: por un lado pretende un sistema acusatorio definido, pero por otro pervive, dentro de un sistema procesal con elementos inquisitivos perniciosos, como la instrucción judicial en los procesos ordinarios y el principio de la verdad histórica ,como objeto del proceso.

En segundo lugar se cuestiona su falta de independencia, frente al Poder Ejecutivo, cuestión que como hemos mencionado queda resuelta por el actual modelo constitucional pero vigente en la coyuntura actual.

En tercer lugar se le critica, la ausencia de dirección efectiva, durante la investigación del delito, no observándose una saludable conducción funcional sobre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, encargados de tales investigaciones.

Ello es importante, a efectos de identificar, claramente, la responsabilidad frente formas deficientes, en el recojo del material probatorio necesario.

Por último, ante la desconfianza en el Ministerio Fiscal, como garante de la legalidad y la persecución del delito, se postulan nuevas formas de relación de aquella, con las víctimas del delito, a efectos de romper, el monopolio estatal, de la acción penal.

Paralelamente a la crisis del Ministerio Fiscal, que predica algún sector de la doctrina, se evidencia, aproximadamente desde los años setenta, la necesidad de una mayor atención hacia la víctima tanto en el Derecho Penal como en el Derecho procesal penal.

Se había mencionado, anteriormente, el estado de marginación de la víctima, en el Proceso penal actual, a diferencia, de la amplia gama de garantías y derechos de los que está investido el procesado. En efecto, una serie de garantías, se establecieron a favor del

---

juzgados sino que sería imprescindible que hubiera un Fiscal por cada Juzgado,o al menos, en cada población con Juzgado, con ampliación notable de plantilla y medios adecuados. Finalmente tampoco se garantizaría con ello, la eficacia por regirse por los principios de unidad y dependencia ni por la estructura del Ministerio Fiscal, por lo que las ventajas, amén de las importantes reformas legislativas que serían necesaria para ello, no serían tales.

referido, frente a las pretensiones punitivas del Estado: desde la garantía jurisdiccional pasando por la presunción de inocencia, el principio acusatorio el derecho de defensa hasta las garantías orgánicas que involucran la institucionalidad del Poder Judicial. Todas estas garantías, construídas a favor del inculpado, frente a la marginalidad de la víctima, muestran una situación como veremos, de inequidad inaceptables.

Sin embargo, la alternativa a estas suficiencias, no pasa, por la eliminación de las garantías procesales del imputado o del acusado. No es posible retroceder siglos de evolución en la cultura político-jurídica de nuestras sociedades. Flexibilizar y relativizar los criterios políticos criminales que limitan la pretensión punitiva del Estado, sería un riesgo sumamente grave.

La necesidad de un mayor protagonismo de la víctima y ,en especial, de la víctima- mujer como expondremos al analizar los diferentes tipos delictivos, no debe implicar una disminución de derechos del imputado, Coincidiendo con SOLE RIERA[293],es posible reconstruir el equilibrio en la posición procesal de la víctima, a través de una concepción del Estado protectora de los derechos de los ciudadanos.

B.1- Intervención del Ministerio fiscal en el proceso penal. Su relación con el perjudicado por el delito.

A nivel general, si la intervención del Ministerio Fiscal, en los procesos civiles, tiene importancia, mucha mayor será necesario reconocerle en el ámbito de la jurisdicción penal, en la que CARNELUTTI llegó a calificar al proceso penal como "el Reino del Ministerio Público" y el dictamen del *Max Planck Institut*, sobre la reforma procesal alemana de 1975 consideró que el Ministerio Fiscal, en el Proceso penal, era merecedor, de ser denominado, "Señor del Sumario"[294].

Dicho examen, se realizará exponiendo, en primer lugar, la intervención del Fiscal en el régimen general de persecución de las infracciones penales; posteriormente se tratará de la intervención del fiscal en los procesos contra niños o niñas y, finalmente, hablaremos, aunque sea brevemente, de su intervención en cualquier tipo de procesos.

1. Régimen de persecución de las infracciones penales

---

[292] Antes de la reforma procesal, no se aludía como acontece, con la novedad procesal ,a lo prevenido en los artículos 301 y 302 del citado Texto legal, y se refunden los artículos 789.2 y 789.4 in fine.

[293] SOLE RIERA J." La tutela de la víctima en el proceso penal."Ed. Bosch, Barcelona 1997 pp 14 y 15 (obra del autor).

[294] Citados por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M. ob. cit., nota 592, pp. 181 y 182.

A) Consideraciones generales

El mandato constitucional, impuesto al Ministerio Fiscal ,de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, encuentra su desarrollo, fundamentalmente, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal, cuyas regulaciones son susceptibles de armonización sin grandes esfuerzos, como se verá a continuación.

En el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,[295] la intervención en el proceso penal del Ministerio Fiscal, se encuentra regulada en su art. 3 ,4 y 5, en cuyos preceptos, sin embargo, no se concreta, en qué procesos penales, ni en qué forma, se debe de producir esa intervención, ya que se limitan, a prescribir, que es su obligación ejercitar las acciones penales, u oponerse a ellas, cuando proceda, y pedir a los jueces, u ordenar a la Policía Judicial, la práctica de las diligencias de prueba, conducentes al esclarecimiento de los hechos que constituyen el objeto del proceso. La *notitia criminis*, debe diligenciarse por el Ministerio fiscal, en el Decrero de apertura y ,generalmente, vendrá referida a hechos de preocupación social, difundidos por cualquier medio, incluso, por los medios de comunicación (Circular de la FGE 1/1989 suplemento al Boletín nº 1522 de Ministerio de Justicia, pp 27) Por tal razón, habrá que recurrir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al Código Penal, para conocer cual es la intervención de este órgano estatal en los procesos penales.

Cuando se trate de procesos que se tramitan, por delitos perseguibles de oficio, la cuestión no plantea dificultad, ya que la intervención es plena y se encuentra sujeta, en cuanto al fondo, a los principios de legalidad e imparcialidad y en cuanto a la forma, a los preceptos que, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal[296] y en su Reglamento y en la LOPJ, se destinan a regular el ejercicio de la acción y la forma en que se tiene producir la actuación del Ministerio Fiscal.

En los procesos por delitos que no sean perseguibles de oficio, la Ley de Enjuiciamiento Criminal,[297] prohíbe la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los estrictamente privados, prescribiéndola, en cambio, "...en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse

[295] El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal Ley 50/1981 modificado por Ley 14/2003 de 26 de Mayo en su artículo 3,alude de forma taxativa a la víctima, y menciona de forma textual que :"Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el art. 1 correponde al Ministerio Fiscal: 10 Velar por la protección procesal de las víctimas promoviendo los mecanismos previstos para que recibam ayuda y asistencia efectivas."

[296] Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal Ley 50/1981 modificado por Ley 14/2003 de 26 de Mayo.

previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos, sobre personas desvalidas o faltas de personalidad". En los delitos públicos, la denuncia ante el Ministerio Fiscal es ,especialmente adecuada, en los casos en los que el denunciante no es perjudicado por el delito, sobre todo cuando se trata de investigaciones especializadas, tales como en materia de medio ambiente o delitos económicos. Generalmente, es la vía más utillizada, cuando se formula la denuncia por asociaciones o grupos que defienden los interese plurales, especialmente, cuando los indicios, deben ser corroborados, por una más amplia investigación.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal debe de sostener el ejercicio de la acción, cuando proceda, a título de ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual, una vez que los mismos hayan sido denunciados, por los particulares legitimados para hacerlo, confiriéndole tal legitimación para actuar de oficio, cuando el sujeto pasivo, sea, una persona desvalida o falta de personalidad.

La restricción a los delitos, entonces contra la honestidad y hoy contra la libertad sexual, que, para el sostenimiento del ejercicio de la acción y, una vez cumplido el presupuesto procesal de perseguibilidad, establecía el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no impidió que su régimen, se extendiese, a otras infracciones sometidas, en su persecución, a la instancia de la parte, mediante la presentación de denuncia.

De esa manera, puede afirmarse, que se generalizó la intervención del Ministerio Fiscal en todos los procesos por delito, que no fuesen estrictamente privados, una vez que, por las personas legitimadas, o por el propio Ministerio Fiscal, en los casos en los que goza de legitimación para hacerlo, se cumplía el presupuesto procesal, al que se condicionaba el comienzo del proceso.

Semejante situación de hecho, ha sido juridificada por el Código Penal vigente, que, en todos los preceptos en los que establece el régimen de persecución propio de los delitos semipúblicos, en cualquiera de sus clases, salvo en los de calumnia e injuria, reconoce legitimación al Ministerio Fiscal, para cumplir el presupuesto procesal de perseguibilidad ,en que la denuncia consiste, utilizando al efecto siempre la misma fórmula: Cuando la persona agraviada (o la víctima) sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

---

[297] Cfr. art. 105 del citado Cuerpo Legal

Como se ve, el legislador de 1995, ha introducido, *expressa vertis*, y ha generalizado, la legitimación del Ministerio Fiscal, cuando la víctima sea menor de edad, que queda equiparada a la incapacidad o al desvalimiento, pero como en todos esos casos, la Ley no obliga al ejercicio de la acción, sino que ,simplemente lo faculta, ello implica que el menor de edad y el incapaz, como por lo demás viene haciendo la Legislación civil desde el año 1981, no son absolutamente incapaces, reconociendo, así, que la capacidad, se adquiere progresivamente, y que, la incapacidad, es graduable.

Lo que, sin embargo, no ha resuelto la Reforma, es el problema ,antes enunciado, de la extensión de la legitimación del Ministerio Fiscal, para la persecución de infracciones en las que no está prevista su intervención por la Ley, lo que ahora acontece en los delitos de calumnia e injuria cometidos contra funcionarios públicos, la autoridad o sus agentes, o con las mismas infracciones entre particulares, cuando las mismas, se cometen a través de los medios de comunicación.

Pese a que, en la práctica, se venga produciendo, la intervención del Ministerio Fiscal en tales procesos, una vez que los legitimados para hacerlo han ejercido la acción, y pese a que se pueden invocar razones sistemáticas o analógicas, para sostener que, también en tales casos, está legitimado el Ministerio Fiscal para promover, la persecución de tales infracciones, entendemos, que ello, lo veda ,el principio de legalidad ,al que el Ministerio Fiscal, como cualquier órgano del Estado, está sujeto en un Estado de Derecho. Mantener lo contrario, como hasta ahora se viene haciendo, entraña el riesgo de extender la legitimación del Ministerio Fiscal, a todos los procesos, en que se ventile, un interés necesitado de protección, que pueden ser todos ,ya que en ellos se ventila, como mínimo, el derecho a la tutela judicial.

En cambio, lo que nunca ocurrió, al menos, que nosotros tengamos conocimiento, es que el Ministerio Fiscal, gozase, también de legitimación para poner fin al proceso a través de un instrumento semejante al del perdón, ya que, estando sujeta su actuación, al principio de legalidad, el único instrumento que podía utilizar, para que, una vez iniciado el proceso, el mismo concluyese sin posibilidad, de que se produjese una declaración de responsabilidad penal, radicaba en la petición de sobreseimiento, en cualquiera de sus clases, la que, naturalmente, estaba condicionada, a la concurrencia de los fundamentos de hecho, que justifican tal petición y, además, al control judicial reconocido en nuestro ordenamiento sobre la misma, tendente, como es conocido, a evitar su ejercicio arbitrario.

Tampoco, es cierto, se reconocía a los Tribunales semejante posibilidad, porque, igualmente, estaban sujetos al principio de legalidad. De manera que, ejercitada la acción, no cabía un perdón judicial, salvo por la vía prevista en el art. 2 del Código Penal de 1973 y en el art. 4 del vigente Texto normativo (LO 10/1995 de 23 de Noviembre).

Tal situación, no obstante, ha resultado profundamente afectada, por las modificaciones introducidas por el Código Penal de 1995, de las que nos ocupamos a continuación.

B) Especial consideración sobre el régimen de persecución de las infracciones contra el honor y contra la libertad sexual

Con la esperanza, de que no se entienda como un desafío, nos hemos atrevido modestamente, a afirmar, que el Código Penal de 1995, no introduce variaciones en el régimen de persecución de las infracciones contra el honor contenido en el Código Penal anterior y en la Ley 62/1978 (derogada por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del Procedimiento Abreviado) , aunque el legislador de 1995, sí que alude a un sistema de persecución de las infracciones contra la libertad sexual.

a) Infracciones contra el honor

El art. 215.1 del Código Penal dispone que "nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la persona ofendida o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo".

MUERZA ESPARZA ,J con referencia a este tipo de infracciones y valorando la forma de acusación privada[298],reseña que el Título IX del Libro II del Código Penal, se divide en tres capítulos,al igual que sucedía en el Código Penal derogado, y se especifica ,que el primer capítulo se refiere al delito de calumnia y en el, después de definir, en que consiste,se señalan las penas que se deben imponer por su comisión, teniendo en cuenta, para ello si la calumnia se propagó o no con publicidad (art. 206 del CP) terminando ,el primer capítulo con la *exceptio veritatis*.

[298] MUERZA ESPARZA, J. "Algunas consideraciones procesasles sobre los delitos de calumnia e injuria en el nuevo Código penal" Tribunales de Justicia, Revista mensual de Jurisprudencia,doctrina y prçactica procesal, nº 1 Enero 1998, Ed. La Ley,pp 21 y ss.

El segundo Capítulo, regula el delito de unjuria y tras su definición ,precisa que sólo las infraciones graves, constituyen delito,distinguiendo a su vez, a efectos punitivos, según se hayan cometido o no con publicidad (art. 209), concluyendo el Capítulo, igual que el anterior, con la *exceptio veritatis*.

El tercer Capítulo, dedicado a las "Disposiciones generales",además de otras cuestiones,[299]da una definición de publicidad, y ,establece, unos requisitos procesales para el ejercicio de las acciones penales ,derivadas de la comisión de estos delitos.

Siguiendo al autor, dentro de estos requisitos, debe destacarse, el primero de ellos, es decir, la exigencia de que, para perseguir los delitos de calumnia e injuria, sea necesaria,con carácter general, la interposición de querella por parte de la persona ofendida o su representante legal (art. 215.1 LECrim)

Aunque el preecepto sufrió algunas modificaciones parlamentarias, en absoluto, afectaron a la esencia del precepto. Por ello, en nuestra opinión, la acusación privada ha dejado de ser una figura residual, recuperando sus notas tradicionales.

Ahora bien ,habrá que preguntarse, como ha afectado la nueva regulación, a la Ley de protección de Derechos Fundamentales, preguntándonos, si este tipo de delitos, a los que alude la Ley 62/1978 de 26 de Diciembre, se correspnden con los vigentes en el Código penal, la respuesta a la cuestión la deben de dar, los autores penalistas, teniendo e cuents que si la misma es negativa, ya no existiría la posibilidad de respnder, a la pregunta antes planteada, dado el carácter instrumental que tiene el proceso penal, respecto al derecho penal.

Siguiendo a MUERZA ESPARZA, en torno a esta cuestión, se puede concluir, que los conceptos de injuria y calumnia, han sido modificados respecto al Codigo Penal derogado[300]; que el art. 463 del anterior Cuerpo legal, que definía el concepto de injuria o calumnia hecha "por escrito y con publicidad" ha sido sustituído por el de "publicidad" que no coincide, exactamente ,con el anterior.

---

[299] Estas cuestiones son la responsabilidad civil, solidarria (art. 212),la comisión del delito realizada mediante precio,recompensa o promesa (art. 213), la retractación del acusado (art. 214) y la publicación de la sentencia condenatoria (art. 216).

[300] VIVES ANTON,"Comentarios al Código penal de 1995" Valencia 1996,pp 1023 y ss,QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, en" Comentarios al nuevo Código penal",coord. VALLE MUÑIZ,Pamplona 1996 pp 997 y ss,QUERALT JIMENEZ,"Derecho penal Parte especial,"Barcelona 1996 pp 219 y ss, HERRERO HERRERO "Introducción al nuevo Código Penal. (Parte general y Parte especial) ,Madrid 1996 pp 238 y ss. Asimismo véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior año 1995 V Legisklatura ,nº 510, sesión nº 64 celebreda el día 2 de Junio de 1995 pp 15507 y ss.

En consecuencia, bastaría mencionar, que si dichos tipos penales, no coinciden con el Código Penal derogado, el art. 4.1 de la Ley antes mencionada de proteción de derechos findamentales de la persona, ha quedado, desde el punto de vista sustantivo, vacío de contenido.

La doctrina procesal, que se ha preocupado por el tema, mantiene en torno a este punto posturas encontradas.

Para MUERZA ESPARZA,[301] ester artículo ,debe entenderse derogado, por el artículo 215 del Código penal.A la misma conclusión llegan otros autores, al precisar, que las especialidades procesales, contenidas en el mencionado precepto, han sido reguladas expresamente, el en nuevo CP (LO 10/1995 de 23 de Noviembre), del modo que el legislador ha considerado oportuno,[302] lo que conduce, en nuestra opinión, a considerar derogado, el aludido precepto de la Ley de 1978.

Otro sector doctrinal[303] entiende que dicho artículo, no ha sido dereogado por lo que "el caráctr público o no de las injurias sigue siendo decisivo, a la hra de calificarlos como delitos semipublicos o privados".

La Fiscalía General del Estado,considera que el art. 215.1 del Código Penal, al hablar de la necesidad de la querella, si matización alguna,en cuanto a la concurrencia de publicidad " en primcipio, parece determinar, la derogación tácita,. de la especialidad que sobre este punto, contenía el art. 4.1 de la ley 62/1978 de 26 de Diciembre".[304]

En opinión. MUERZA ESPARZA, para responder de forma adecuada a esta cuestión,es necesario traer a colación, que duranre el trámite parlamentario,ningún grupo se opuso a la exigencia de este requisito de perseguibilidad, la querella para proceder con carácter general, por los delitos de injuria y calumnia; que durante el debate parlamentario sis se suscitó la discusión acerca de la presencia o no en el nuevo Código penal del delito de desacato,quedando finalmente proscrito, e incluyendo aquellas conductas dentro de los delitos contra el honor con la especialidad, de que para su persecución es suficiente la

[301] También DIEZ- PICAZZO GIMENEZ,"Tribunal Constitucional, Jurisdicion ordinaria y derechos fundamentales" con DE LA OLIVA SANTOS, Madrid 1996 pp 98 y 148.

[302] Cfr. MORENO CATENA ,en GIMENO SENDRA y otros "Derecho Procesal penal" Madrid 1996,pp 844.

[303] GOMEZ COLOMER,"Constitución del proceso penal…"ob cit, pp 126.

[304] Circular 2/1996 de 22 de Mayo Sobre régimen transitorio del nuevo Código penal: su incidencia en el enjuiciamiento de hechs anteriores, apartado VI inciso final"

interposición de la denuncia; que durante el debate parlamentario,hubo algún momento, en que el concepto delito privado, se relacionó con la denuncia y no con la querella.[305]

De esta forma, salvados los obstáculos del derecho sustantivo,se puede sostener que el procedimiento establecido, en la Ley de Protección de Derechos Fundamentales de la persna puede tener vigencia, en relación con los delitos del C.P. derogado, denominaba, desacatos.

La disposición final segunda del nuevo C.P. concretó, de forma definitiva,cuales iban a ser los delitos cuyo enjuiciamiento, correspondía, al Tribunal del Jurado.

En el mencionado Texto normativo, se excluía, expresamente, del conocimiento del Tribunal del Jurado los delitos" de injuria y calumnia contra particulares" considerándose a estos efectos, como particulares " los funcionarios públicos que hubiesen sido injuriados o calumniados por sus actos privados".[306]

Así, basta una lectura del art. 1 de la Ley, para poder concluir, que únicamente los delitos cometidos en su apartado segundo, se enjuician, siguiendo las normas del proceso, ante el Tribunal del Jurado, es decir, que los delitos de calumnia e injuria se encuentran excluídos.Ahora bien ,eso no significa que en un momento ulterior, esta lista de delitos no pueda verse aumentada, por otra parte, desde el punto de vista procedimiental, el Ministerio Fiscal no puede intervenir (art. 105 LECrim), lo que choca ,abiertamente, con la tramitación del proceso, ante el Tribunal del Jurado,cuya regulación tiene en cuenta, constantemente la presencia del citado órgano.

La LECrim. dedica, dento del Libro IV, en el que se regulan los procedimientos especiales, su Título IV al denominado "procedimiento por injurias y calumnias contrta particulares".Se trata ,realmente, más que de un procedimiento, de un conjunto de particularidades referidas a la fase de instrucción, teniendo en cuenta, para ello que si la injuria o calumnia fuere inferida por escrito, o verbalmente, pasan a ser competencia del Tribunal del Jurado.

Desde este punto de vista, se configura como especial, respecto al proceso establecido en los Libros II y III .En consecuencia, no parece correcto que esas especialidades, puedan trasladarse a otro procedimiento, regulado fuera de la LECrim.

---

[305] Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interiro año 1995 V Legislatura,nº 510 sesión 64 celebrada el día 10 de Octubre de 1995, pp 24,29 y 31.

[306] PACHECO,"Ley del Jurado comentada" Madrid 1988 pp 178 y ss.

La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, no se ha limitado a regular la fase del procedimiento en la que interviene el Jurado (el Juicio oral), sino que diseña un procedimiento completo, desde la fase de instrucción ,hasta que la sentencia sea firme, tras la interposición,en su caso, del recurso de casación, configurándose,además,como el modelo d elo que debe ser el proceso penal español, por lo que no resulta idóneo sustituir la tramitación de la fase de instrucción regulada en la L.O. del Tribunal del Jurado por la del Título IV del Libro IV de la LECrim.

En la propia regulación del procedmiento ante le Tribunal del Jurado, el art. 24, después de ordenar al Juez de instrucción que cuando se impute a una persona un hecho constitutivo de delito, cuyo enjuiciamiento, correspnda a dicho Tribunal, dicte una rsolución judicial incoando el procedimiento previsto en dicha Ley, con absoluta claridad, precisa "cuya tramitación se acomodará a las disposiciones de esta ley".

Finalmente en torno a este tema, si observamos la primera fase del proceso ante el tribunal del Jurado y los actos que la conforman, dificilmente, se puede complementar por resultar superfluos, con los actos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para otros autores, entre ellos, MUÑOZ CONDE, opina[307] que “aunque no se han derogado expresamente los arts. 3 y 4 de la Ley de 26 de diciembre de 1978... que... sólo exigían denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal, sin necesidad de acto de conciliación, deben estimarse tácitamente derogados a la luz de la nueva regulación y de lo que dispone la Disposición Derogatoria única, 2 del Código penal de 1995”.

No conviene olvidar, una vez efectuadas las precisiones anteriores, que dicha instrucción preliminar, sólo puede llevarse a cabo, cuando no exista sobre los mismos hechos una instrucción judicial en curso. En efecto el art. 773 de la LECrim.(que reproduce el apartado segundo el anterior art. 785 bis) establece, de forma taxativa, que "cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará el mismo u ordenará a la policía judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuacioneds cuando el hecho no revista caracteres de delito,comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido,a fin de que pueda

[307] MUÑOZ CONDE, F Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 1996, pp.250.

reiterar su denuncia ante el Juez de instrucción.En otro caso, instará del Juez de instrucción, la incoación del procedimiento que corresponda, con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido,si lo hubiere los efectos del delito.El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante si a cualquier persona en los términos que establece la Ley para citación judicial a fin de rcbirle declaración,en la cual se obsrvarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o tribunal.Cesará el Fiscal en sus diligencias, tan pronto tenga conocimiento, de la existencia de un procedimiento judicial, sobre los mismos hechos".

Asimismo, la instrucción, no es ningún caso necesaria, porque puede ser sólo eventual, es claro que la *notitia crimini* puede llegar directamente a la Policía judicial o al ministerio fiscal, poniéndose en marcha los mecanismos del art. 282 y ss y del art. 773 del aludido texto Legal, pero, no es menos cierto, que dicha *notitia criminis,* puede llegar directamente al Juez, mediante, la interposición de una denuncia o de la querella, en estos caso no es posible, que exista, instrucción preliminar, al existir, la judicial por lo que queda claro en nuestra opinión su carácter preliminar.

Finalmente, no es ocioso recordar, que dicha instrucción, en ningún caso, tiene carácter jurisdiccional, pues, ni la Policía judicial como veremos, ni el Ministerio Fiscal en la realización de su actividad ,tienen la obligación de llevarla a cabo, con absoluto respeto, de los derechos constitucionales de personas sometidas a la investigación y con cumplimiento de las normas legales.

C- SITUACION DE LA VICTIMA EN ESTA FASE PROCESAL.

C.1 LA FASE DE DECLARACION.

C.1.a La diferencia entre ofendido y perjudicado por el delito. Art. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su relación con los art. 774 y siguientes del referido Texto Legal.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, utiliza de forma indistinta los términos ofendido (Art. 109 Ley de Enjuiciamiento Criminal) y perjudicado (Art. 110 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Los artículos 774 y siguientes del citado Texto normativo, por su parte, refunden los anteriores artículos 789-2 y 789-4, *in fine,* e introducen ,como novedad, el derecho a entrevistarse el detenido con el letrado antes de la declaración judicial,salvo los supuestos de incomunicación. Entendemos, que dicha facultad, alcanza, exclusivamente, a la declaración

en sede judicial, no a la declaración que pudiera practicarse al detenido en dependencias policiales, donde sería de aplicación el art. 520 del citado Cuerpo Legal. Asimismo, hay que resaltar, a diferencia de la regulación anterior a la reforma procesal, que, respecto a la información de derechos al ofendido y perjudicado,el deber de vigilancia de su cumplimiento incumbe al Ministerio Fiscal. En cuanto a las normas relativas a asistencia a las víctimas de delitos,estas como sabemos, las previstas en la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre de Ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual desarrollado por el R.D. 738/1997 de 23 de Mayo, por el que se arueba el Reglamento de ayudas a las víctimas d edelitos violentos y contra la libertad sexual y la Ley 27/2003 de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica y de la que en el presente trabajo, analizaremos ,de forma pormenorizada.

Sentado lo anterior, el punto de arranque de ese ejercicio, lo constituye el Art. 109 de la Ley procesal, cuya comprensión y la de sus concordantes, no presentan mayores problemas que los que la práctica judicial ha resuelto.

La naturaleza de este artículo nos recuerda la que fundamenta el art. 2 de la misma Ley[308]. Si en este último se establece la obligación de autoridades y funcionarios, que intervengan en el procedimiento penal, de instruir al presunto reo "de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar", el art. 109, por su parte, consigna esa misma obligación de información al ofendido por el delito del derecho que le asiste a mostrarse parte en el procedimiento (ejercitar la acción penal derivado del delito) y la civil que se establece conjuntamente con la acción penal (art. 108 Ley de Enjuiciamiento Criminal) o, en caso contrario, a renunciar a la restitución, a la reparación o a la indemnización del perjuicio causado por el hecho punible.

a) Momento de la información de derechos.

La práctica judicial, ha realizado, la información de derechos, en la primera comparecencia del ofendido o perjudicado en el delito. Con esa "premura" en la diligencia, se ha pretendido, una doble finalidad: la de dar cumplimiento a la ley, posibilitando el ejercicio de las posibles acciones que le competen, y, por otra parte, agilizar la instrucción del sumario, por cuanto, la personación pronta del perjudicado, facilita la realización de las diligencias pertinentes que pueda solicitar, al tiempo que su presencia, colabora a una

[308] Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites, de su respectiva competencia, de consignar y apreciar, las circunstancias así adversas como

correcta instrucción, no sólo por la contribución que realice, sino también, por suministrar datos que la posibilitan.

Toda ella ha adquirido rango legal para el Procedimiento Penal abreviado de la Ley orgánica 7/88 de 28 de diciembre y su posterior modificación en la Ley Orgánica 10/1992 de 30 de abril. y por la novísima Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la LECrim. sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinmados delitos y faltas y de modificación del procedimieto abreviado y por Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y modificación del procedimiento abreviado.

El Art. 776.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. dispone que la información de derechos al ofendido y perjudicado, el deber de vigilancia de su cumplimiento,incumbe al Ministerio Fiscal.En cuanto a las normas relativas a asistencia a las víctimas de delitos, estas son las reseñadas anteriormente (Ley 35/1995 de 11 de Diciembre y RD 738/1997 de 23 de Mayo y la Ley 27/2003 de 31 de Julio) .

Convendrá exponer, que el ofrecimiento de acciones, prevenido en el Art. 109 de la Ley se debe realizar, en la primera comparecencia del perjudicado por la acción delictiva. Incluso anticipa, esa información, al momento anterior al de la incoación del proceso penal, propiamente dicha, ante el Juez de instrucción, al posibilitar que la información le sea realizada por funcionarios de la policía judicial, es decir, en la fase previa a la incoación del proceso penal, si bien advirtiéndole de que el Ministerio Fiscal ejercitará las acciones civiles si procediera.

La importancia de esta información, queda patente cuando, la Ley procesal, previene que, aún en el caso de que no se recibiera declaración al perjudicado en el delito, por no ser necesaria su testimonio para formular acusación, conforme al Art. 776.1 de la Ley procesal, requiere, de forma ineludible, la información al perjudicado de los derechos a mostrarse parte "por el medio más rápido posible ".

Trazando unas pinceladas históricas, a nivel procesal, la reforma de dicho Cuerpo normativo, mediante la que se promulgó el Procedimiento Penal abreviado, derogó uno de los preceptos de la Ley 8/1980 que, en aras a una pretendida rapidez, relegaba la posición procesal de la víctima fuera del proceso e hizo posible la continuación del proceso aun cuando no constara el ofrecimiento de acciones. La ley de 1.988, por el contrario, establecía

---

favorables al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y

esa obligatoriedad, que se podía efectuar, incluso, telegráficamente y su omisión daría lugar, por lo tanto, a la declaración de nulidad de actuaciones, al amparo del Art. 238 de la ley Orgánica del Poder Judicial, con lo que se daba cumplimiento al Art. 24.1 de la Constitución y posibilitaba, a través de la información de derechos, al ejercicio de la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ofendidos por el delito.

Actualmente y con las importantes novedades legislativas antes especificadas, los que se personaren podrán desde entonces, tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a sus derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas dligencias.

La Sentencias del Tribunal Constitucional 98/1993, de 22 de marzo[309]que por su fundamentación jurídica, me he permitido reproducir íntegramente, con la de 111/1995 de 4

---

de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor.

[309] Los fundamentos de derecho dicen: PRIMERO.- Una doble y aun triple vulneración del derecho fundamental configurado en el art. 24 CE es el soporte dialéctico del presente amparo, donde el demandante alega haber sido menoscabada e incluso desconocida la efectividad de la tutela judicial como consecuencia del estado de indefensión a que fue reducido por la actuación negligente no sólo del Juez de Instrucción sino del Fiscal y por haber sido privado de los medios de impugnación previstos al efecto en el sistema de recursos operante en nuestra justicia penal. En realidad uno y otro reproche están interconectados y tienen como denominador común la incógnita consistente en saber si el hoy demandante en amparo tenía la cualidad de parte en el proceso penal y, en consecuencia, debió dársele la oportunidad de comparecer en juicio, lo que no hizo. Averiguar si esa incomparecencia fue obra de la oficina judicial o es imputable al propio interesado, nos dirá si hubo o no indefensión y, por tanto, si la apelación tardía y aparentemente extemporánea, fue bien o mal rechazada de plano por el Juez primero y luego por la Audiencia, en la queja formulada contra aquella inadmisión. Esas respuestas han de servir simultáneamente para dilucidar las causas de inadmisibilidad alegadas, una la falta de legitimación del actor en este proceso y otra la extemporaneidad de su interposición por haberse utilizado con intención dilatoria e inadecuadamente los recursos de apelación y queja contra la sentencia impugnada. SEGUNDO.- Pues bien, como premisa mayor del razonamiento jurídico que ha de seguir, no parece dudoso que D. José ostenta la cualidad de perjudicado, con un interés legítimo, personal y directo, en el procedimiento penal correspondiente. Estaba, pues, legitimado activamente para intervenir en las diligencias preparatorias incoadas por el Juez de Instrucción núm. 2 de Sabadell como consecuencia del accidente de tráfico ocurrido el 29 mayo 1986, en el cual resultó lesionado. Así consta no sólo en el atestado levantado por el Equipo de la Agrupación "ad hoc" de la Guardia Civil, donde el conductor del camión, luego condenado, manifestó que el otro viajero en el vehículo había resultado herido y trasladado a la Clínica Santa Fe de Sabadell, en la cual fue atendido médicamente y de cuyo Centro sanitario obra en autos un parte facultativo del mismo día dando cuenta del ingreso y de las graves lesiones sufridas a causa de la colisión de vehículos (fracturas de los arcos centrales tercero, cuarto y quinto). En un primer amago, y a través de los Jueces de Distrito y de Paz competentes por razón del domicilio, se pretendió recibir declaración, con el llamado ofrecimiento de acciones, a D. José, así como el reconocimiento médico de sus lesiones, intento fallido porque se había trasladado entretanto a Sentmenat (Barcelona), "Pedra Santa", calle ..., parcela ... La nueva residencia habitual fue comunicada por el Juez de Paz de Ripollet al núm. 2 de los de Instrucción de Sabadell, que a partir de este momento no hizo ninguna otra tentativa ni ordenó que se librara el despacho adecuado para que, por vía de auxilio judicial, se practicaran las tres diligencias ordenadas en un principio y que tenían como destinatario a uno de los lesionados en la colisión, quien quedó así marginado definitivamente. TERCERO.- Una de las características del proceso penal español, característica de signo progresivo conectada al sentido social del Estado de Derecho proclamado en el art. 1 CE, 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 tuitiva la igualdad efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 CE y, con ella, la justicia (STC 123/1992). La pasividad de la

oficina judicial, que tenía a su disposición el nuevo domicilio de este presunto ofendido y no intentó localizarle en aquél, impidió no sólo contar con datos valiosos para la averiguación de lo sucedido y en especial la versión de uno de los testigos, a través de su declaración, así como la importancia y la duración de las lesiones mediante el examen médico, sino que le privó de una orientación preceptiva para el pleno ejercicio de su derecho a mostrarse parte en el proceso y pedir, si así le pluguiera, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, como previene el art. 109 LECrim. El interesado cumplió con la diligencia exigible su deber de informar al Juez instructor el cambio de domicilio, en el ámbito del derecho a elegir libremente su residencia que reconoce a todos la Constitución (art. 19). Por lo tanto, la omisión de la advertencia preceptiva en que consiste el llamado "ofrecimiento de acciones" es imputable, en su totalidad y en sin la menor sombra de duda, al órgano judicial instructor. CUARTO.- Es evidente por sí mismo que se colocaba así al eventual perjudicado en una situación propicia a la indefensión, escamoteándole la información que la Ley considera imprescindible al respecto. Ahora bien, tal riesgo podía haber quedado paliado si el Ministerio Fiscal hubiera cumplido con su función de entablar la acción civil, en beneficio de todos, y no sólo de algunos, juntamente con la penal, según indica el art. 108 LECrim., para lo cual no era óbice la omisión padecida en el curso de la instrucción ni la incomparecencia del interesado, aun en l parte en el proceso. En efecto, la circunst ncia a la restitución, reparación o indemniza resa y terminante (art. 110 LECrim.), única r especto. Tampoco fue correcta, pues, su inac en ninguno de cuyos actos se refirió a este explicó, al menos, la razón de no haberlo he bsoluto desvalimiento de una de las person tiva, aquel que había resultado lesionado y e stentaba la cualidad de interesado y estaba do a a hacer, por haberse omitido la advertenci ectividad de la tutela judicial que conlleva STC 31/1989) que ni siquiera pudo haber s Ministerio Fiscal. Y, finalmente, como parte en el proceso, aunque no estuviera personado por la inactividad imputable a la oficina judicial, no era extemporánea su pretensión de formular recurso de apelación contra la sentencia que había puesto fin a las correspondientes diligencias previas, impugnación viable cuyo rechazo significa otra vulneración del derecho fundamental tantas veces invocado. Es evidente que así trabado el razonamiento, en función de lo acaecido en la jurisdicción penal, caen por su base las dos objeciones procesales. El actor civil ostenta legitimación activa en este proceso, legitimación que como titular del derecho fundamental que se dice vulnerado es autónoma e independiente de la que pudiera corresponderle en la vía judicial por su condición de parte. Desde otra perspectiva, resulta claro que el interesado usó en su momento los medios de impugnación adecuados frente a la sentencia impugnada, sin propósito dilatorio alguno y, en consecuencia el plazo para acudir en petición de amparo a este Tribunal Constitucional ha de computarse a partir de haber sido notificado el auto desestimatorio de la queja intentada contra el que negó la admisibilidad de la apelación. En efecto, la sentencia que el Juez de Instrucción dictó el 22 febrero 1988 había adquirido firmeza para quienes por sí o a través del Fiscal tuvieron ocasión de ejercitar las acciones que les correspondían en defensa de sus derechos y no la apelaron, pero nunca para quienes no tuvieron la oportunidad de comparecer en juicio, por haber quedado indefensos, sin la instrucción preceptiva, a causa del comportamiento negligente del órgano judicial. En consecuencia, una vez notificada la sentencia al presunto perjudicado, como primera diligencia practicada con él y formulada apelación contra la misma dentro de los 5 días siguientes, no puede entenderse consentida aquélla ni extemporáneo el recurso, que debió ser admitido "ipso facto". No puede calificarse, pues, como sentencia firme, con arreglo a la definición que de ellas ofrece el art. 369 LECrim.. respecto de quien no pudo intervenir en la fase de instrucción y en el juicio oral, ni es objeto de sus pronunciamientos. En tal sentido la regla general de que sólo pueden ser tenidas por partes en 2ª instancia quienes lo hayan sido en la primera, no puede aplicarse a aquellos supuestos en que la incomparecencia en 1ª instancia no ha sido obra de la decisión voluntaria de los interesados sino por un defecto procesal no imputable a ellos, que sólo puede remediarse permitiendo tal comparecencia en la 2ª instancia. Así lo hemos dicho en más de una ocasión y, por todas, en la STC 105/1984. Y tal es la situación que está ahora en tela de juicio. SEXTO.- Desde este punto, que es el final del camino, hay que emprender el regreso para conseguir la "*restitutio in integrum*" o restablecimiento del derecho a la tutela judicial en su integridad como escribe nuestra Ley Orgánica. La omisión del ofrecimiento de acciones, que desorientó al presunto perjudicado, es vicio cuya gravedad socava la solidez de la S 22 febrero 1988, pero lo hace en un aspecto parcial y en cierto modo marginal de su contenido necesario. La naturaleza exclusivamente civil de la pretensión de resarcimiento, con un sustrato económico o patrimonial y un destinatario individualizado, aparece vinculada a la responsabilidad penal pero está nítidamente diferenciada de ella si se observa que puede ser renunciada o puede reservarse su ejercicio independiente en la jurisdicción

de Julio[310] entre otras muchas establecen de forma clara la obligatoriedad del ofrecimiento de acciones a las víctimas.

La personación del perjudicado u ofendido por el delito, puede realizarse hasta la calificación del delito (Art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), enlazando con lo que hemos expuesto anteriormente, de lo que se deduce, que la misma, puede tener lugar tras la calificación del Ministerio fiscal, y antes de que pasen las actuaciones a la defensa para la calificación, es decir, hasta que corresponda la aplicación del Art. 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Proceso ordinario, y 783.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el Procedimiento abreviado. Se posibilita, de esta forma, el cumplimiento de una de las exigencias del principio acusatorio: la de la delimitación del objeto del proceso al tiempo de la calificación de la acusación que deberá ser puesto en conocimiento del acusado para que actúe su defensa.

Con carácter excepcional, cabe un supuesto en el que el Juez pide al ofendido que reconsidere su decisión de no personarse en la causa. A ella se refieren los Art. 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el Sumario ordinario, como veremos en el siguiente Capítulo del presente estudio, y de forma menos explícita, en el art. 782.2 de la Ley procesal, para el Procedimiento abreviado. Así en el primero, solicitado el sobreseimiento por el Ministerio Fiscal, el tribunal podrá hacer saber al perjudicado esa pretensión de la

---

homónima. En consecuencia, resulta posible mantener, la validez de la sentencia impugnada respecto de los pronunciamientos sobre la calificación penal de los hechos con la correlativa pena, en su caso y sobre la responsabilidad civil derivada de aquélla en cuanto afectaban a los demás perjudicados, cuyas indemnizaciones hace tiempo que habrán sido satisfechas. La demanda de amparo no se opone a estos aspectos de la sentencia, que viene a aceptar implícitamente y en aquélla se hace valer únicamente el propio derecho al resarcimiento, olvidado por unos y otros en ese proceso. No tendría sentido por tanto la anulación de la sentencia en su integridad y la convocatoria de un segundo juicio oral completo. Para conseguir el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado, basta con que, una vez reconocida a su titular la cualidad de parte en el proceso, cuya comparecencia, no se produjo por causas ajenas a su voluntad e imputables al órgano judicial, pueda ejercitar la acción civil de resarcimiento en una nueva vista pública, limitada al enjuiciamiento de esa única pretensión, con posibilidad de alegar y, en su caso, utilizar los medios de prueba pertinentes, en debate contradictorio, hasta obtener la respuesta judicial que corresponda, pero en cualquier caso con respeto escrupuloso a la intangibilidad de los demás pronunciamientos ya firmes. En definitiva, resulta necesario declarar la nulidad parcial de la sentencia, en cuanto no se ocupó de uno de los lesionados en la colisión de vehículos -el hoy demandante-, así como de la otras dos resoluciones objeto de impugnación, con retroacción de las actuaciones al momento procesal idóneo que haga posible lo que se dijo al principio de este párrafo.

[310] En dicha sentencia, se solicita amparo contra autos -archivando el último las actuaciones- recaídos en diligencias previas, planteándose si en su tramitación se respetaron los derechos constitucionales del recurrente. Entiende el TC que en ningún momento el órgano judicial dio la oportunidad al recurrente de narrar y concretar las circunstancias que pudiera considerar relevantes a efectos de que su pretensión pudiera prosperar, no se le recibió declaración, ni se le hizo el ofrecimiento de acciones que ha de seguir a la apertura de Diligencias. Asimismo, señala que el Juzgado de instrucción que conoció de la denuncia llevó a cabo una, aunque breve, actividad instructora, por lo que concurrió el requisito de apertura del proceso al que el TC ha venido condicionando, la adquisición de la cualidad procesal de parte. por el ofendido. Por ello, concluye el Tribunal, se obstaculizó indebidamente el derecho de recurrente de acceso al proceso y de ejercicio de la acción penal, lo que se supuso una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. .

acusación pública "para que compareciera a defender su acción si lo considera oportuno". En el Procedimiento abreviado , si el Ministerio Fiscal, solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personadoen la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación,anrtes de acordar el sobreseimiento el Juez instructor.Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal, a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos,no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días, comparzcan a defender su acción, si lo consideran oportuno.Sino lo hicieran en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal sin perjuicio, de que se podrá remitir la causa, al superior jerárquico del Fiscal, para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión, al Juez de Instrucción, en el plazo de diez días. Dicho precepto, reproduce sustancialmente, la regulación de los artículos 642 y 644. La falta de referencia a una comunicación al perjudicado no es obstáculo, entiendo, a la aplicación del art. 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dada la remisión del procedimiento abreviado a las "normas comunes de esta ley" (art. 758 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)[311].

b) El ofrecimiento de acciones en infracciones sometidas a denuncia previa del perjudicado

En estos delitos la denuncia del ofendido, opera como condición objetiva de procedibilidad. El procedimiento penal, no se inicia, salvo, que el perjudicado por el delito, no manifieste su voluntad de perseguir la infracción, de la que ha sido víctima.

La mayor problemática se plantea respecto a las infracciones derivadas del uso y circulación de vehículos a motor, de las que conviene realizar una somera mención, en los que, tras la reforma del Código penal (LO 10 /1995 de 23 de Noviembre), por ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, las imprudencias causantes de daños, ya sean delito o falta, (art. 563 y 600 CP) y las imprudencias simples, productoras, de una falta contra las personas (Art. 586 bis CP), exigen para la incoación de procedimiento la denuncia previa del ofendido.

[311] La mención al superior jerárquico parece claro, que se refiere al Fiscal Jefe de cada provincia respecto de las solicitudes de sobreseimiento de los fiscales que del mismo dependan. Cuando la solicitud d sobreseimiento la formule el Fiscal Jefe cabe plantearse u na doble posibilidad: Si quien la solicita es el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia,no hay duda de que su superior jerárquico es el FiscalGeneral del Estado .Cuando la solicitud la formule el Fiscal Jefe de una Audiencia Priovincial , puede plantearse si el superior jerárquico es el Fiscal Jefe del correspondiente Tribunal Superior de Justicia o es el Fiscal General del Estado. A favor de que sea el Fiscal Jefe del TSJ cabría invocar el art.19 del EOMF; a favor de que sea le Fiscal Genral del Estado juega, que el citado EOMF, no contiene una previsión expresa de que los Fiscales Jefes de las Audiencias Provinciales dependan jerárquicamente de los que lo sean del respectivo TSJ, Guía Práctica de los Juicios Rápidos.Conselleria de Justicia y Administraciones públiques, Direccion Genral de Justicia,Genralitat Valenciana.Ed. Dirección General de Justicia 2003.

Por otra parte, el ofrecimiento de acciones, sólo puede ser acordado en un procedimiento judicial ya incoado y en el que el Juez debe decidir, valorando los indicios existentes, quien pueda ser el ofendido por el hecho. La inexistencia de un procedimiento judicial, pues no ha sido incoado, impide al Juez acordar esa actuación jurisdiccional.

Puede ocurrir, por lo tanto, que el perjudicado por desconocimiento de la norma que establece el requisito de procedibilidad, no lo realice en el plazo previsto antes de la prescripción. Para asegurar, la posición de la víctima del delito y el ejercicio responsable de su derecho, en orden al ejercicio o renuncia de su acción, entendemos, que es preciso que sea informado de los derechos que le asisten por los funcionarios de policía judicial, según autoriza el Art. 776.1 de la Ley procesal.

La indicaciones, que en este sentido, pueden ser cursadas por los Jueces, a los mencionados funcionarios de policía adquieren especial importancia cuando las acciones potencialmente entendidas como imprudentes, sean constitutivas de falta, cuyo plazo de prescripción hace especialmente urgente la información de derechos que posibilite que el ofendido actúe libre y responsablemente su derecho a denunciar y, por ello, a iniciar el proceso penal.

Sin embargo, el protagonismo de la víctima ,en esta inicial fase del proceso penal, no agota su contenido con el derecho de acceso al proceso. La reforma del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por Ley Orgánica 14/99, de 9 de junio ha introdujo, importantes novedades, en su régimen de protección, tendiendo, esencialmente, a realzar su importancia y protagonismo dentro del proceso, al tiempo que permiten atisbar el cada vez más creciente interés del Legislador por su protección.

El último párrafo de este precepto, acentuaba, en este sentido, la preocupación del Legislador por la seguridad de la víctima que toma la iniciativa de denunciar los hechos y, por ello, tratándose de estos delitos, en cuanto incluidos en la relación del reformado artículo 57 Código Penal, insta al juez instructor a asegurar la comunicación a la víctima de aquellos actos procesales que puedan afectar a la misma y que en la última reforma procesal también se ha hecho eco de esta preocupación..

No cabe duda, de que a lo largo de la instrucción del proceso, determinados actos procesales que puedan irse sucediendo, como aquéllos, que tienen que ver con su participación en el mismo, diligencias de reconstrucción de hechos o de inspección ocular, declaraciones o careos, resoluciones que puedan ser dictadas, en relación a la situación

personal del imputado, en especial a los autos de libertad provisional, o la suavización o cancelación de las medidas cautelares de no aproximación que se citan en el nuevo artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal así como, incluso, la propia sentencia que se dicte, en especial la que resulte finalmente absolutoria, afectan evidentemente a su posición, no sólo procesal, sino también personal que exigen de una especial atención y cuidado por el Juez.

No se trata, exclusivamente, de actualizar el conocimiento de la víctima sobre el estado de la causa y de quienes figuran como imputados en la misma sino, sobre todo, de apercibirle de las novedades que se vayan produciendo en la tramitación del proceso con objeto de que, en su caso, pueda instar, bien directamente, bien a través del Ministerio Fiscal, cualesquiera medidas ,encaminadas a su protección.

C.1.b- Contenido específico de la declaración de la víctima: Peculiaridades del contenido de la declaración victimal. La motivación de la víctima relacionada con el contenido de su declaración.

Dentro de la fase de instrucción, adquiere especial relieve la declaración de la víctima como pieza fundamental, para la sostenibilidad de una ulterior acusación.

Ciertamente, la doble configuración de la víctima como sujeto pasivo del hecho criminoso y, al mismo tiempo, como testigo cualificado de lo acontecido, permite aventurar no pocas dificultades, a la hora de compatibilizar, los intereses generales que subyacen en todo proceso penal y se materializan en el esclarecimiento de los hechos y, en la persecución y castigo de los culpables, con los derechos fundamentales del imputado, en especial con los relativos a la presunción de inocencia y, con los que se podrían englobarse dentro del más genérico del derecho a un proceso justo.

Si como ha venido a señalar la Jurisprudencia[312], testigo, es toda persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciados, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia, la primera duda que asalta al que se acerca al estudio de este medio de prueba es, la de la imperiosa necesidad ,de determinar, si la víctima de estos delitos, en cuanto no tercero extraño al proceso sino, en buena medida, objeto del mismo, puede ser reputado como tal.

[312] Sentencias del Tribunal Supremo de 32 de octubre de 1.995 y 18 de julio de 1.996, entre otras.

El propio Tribunal Supremo ha venido a señalar[313] que "el tratamiento procesal del ofendido o perjudicado, ante una regulación específica inexistente, se rige por las normas de la prueba testifical respecto a sus declaraciones. Son, a veces, testigos cualificados cuando fueren víctimas... y en otras ocasiones sólo perjudicados. La diferencia esencial entre el testigo, sin más adjetivos, y la víctima testigo ,es que aquél es ajeno al proceso y ésta no. Pero existe un claro denominador común: se trata de juicios históricos sobre la vivencia o vivencias que tuvo el declarante". En definitiva, "la víctima del delito es un testigo con un status especial"[314] y, "aunque su declaración no puede encuadrarse en el concepto genuino de la prueba testifical, pues puede constituirse en parte acusadora, presenta un valor de legítima actividad probatoria y ello aunque sea su único testimonio..."[315].

La oportunidad de que la víctima ,aporte su testimonio ,al esclarecimiento de los hechos se revela ,en muchos casos ,como esencial, para la formulación de una acusación contra el imputado, generando por ello notables dificultades técnicas que guardan una íntima relación con las paralelas garantías que han de observarse en esta fase de instrucción del procedimiento. Por otra parte, su tratamiento procesal, no ha de diferir en esta fase del proceso, del que haya de depararse a cualquier otro testigo del mismo, resultándole, en consecuencia, aplicables, las normas genéricas de procedimiento de esta prueba.

C.1.c. Declaración de la víctima como testigo. Perspectivas generales.

De forma general, las declaraciones testificales, pueden venir al proceso penal como actos o diligencias de investigación, en sede de diligencias previas o durante el Sumario, con el fin de preparar el juicio, proporcionando a las partes, elementos básicos en los que fundamentar la acusación y la defensa. Pero también, vienen al proceso, cono veremos en el presente estudio, durante el juicio oral como medios de prueba realizados, a presencia del órgano jurisdiccional que deba dictar la sentencia, con objeto de formar su convicción, y propuestos por algunas de las partes.

Si que conviene antes de entrar a valorar la posición de la víctima como testigo, señalar que este, es una persona física ajena al proceso, citada por el órgano jurisdiccional a fin de que preste declaración de ciencia sobre hechos pasados relevantes para el proceso penal, en orden a la prueba y constancia de la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias

[313] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1.991.
[314] Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1.992.
[315] Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1.991, 10 de diciembre de 1.992, 25 de febrero de 1.994, 11 de marzo de 1.994, 3 de abril de 1.996 y 8 de mayo de 1.997, entre otras muchas.

que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo un *status* procesal propio.[316]

Con independencia del interés subjetivo, que es preciso reconocerle, a quien ha formulado acusación en el juicio oral, parece que los deberes a que se somete la parte acusadora (tanto de comparecencia, como de juramento y de veracidad) lo asimila al testigo; eso no quita para que su declaración falsa no sea perseguida como falseo testimonio sino que integre un tipo especial, el de acusación falsa. Por tal razón la condición procesal con que comparece en el proceso el querellante- ofendido, lo sitúa, naturalmente, en la órbita de los testigos.[317]

BIBLIOTECA VIRTUAL

Sentado lo anterior, para alcanzar los objetivos que se pretenden con la citación judicial, se le impone el deber de comparecer y el de declarar (art. 410 LECrim, art 419 y 718 del referido Texto Legal)

La víctima cuando testifique tiene derecho, al igual que cualquier otra persona, a guardar silencio si temiere su incriminación. Singular amparo, se dispensa, a la víctima-testigo atendiendo a la naturaleza del delito contra la libertad sexual, cometido en el seno de la familia, contra grupos organizados y terroristas, etc., a las circunstancias subjetivas concurrentes (minoría de edad, de la cual expondremos, más ampliamente, por su importante encaje social y por la alarma social que produce) disminuidos síquicos …en estos casos puede procederse a puerta cerrada y/o adoptarse las precauciones ineludibles para la no percepción visual directa del testigo por el acusado, o llegarse incluso a la ocultación de su identidad.

Así acontece, en las hipótesis de protección de testigos previstas en Instrumentos Internacionales art. 14.1 PIDCP, 6.1 CEDH, Resolución 827/1993 de 25 de Mayo del Consejo de Seguridad de la ONU ,que estableció, el Estatuto de creación del Tribunal Penal Internacional, para el enjuiciamiento de las graves violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en el terrorismo de la ex Yugoslavia, en el capítulo 224 título 18 art. 3521 a 3528 del Código de los Estados Unidos de Norteamérica, en el CPPIt y disposiciones como la L.15-3-1991 sobre " *Nuove misure in materia de sequestri di persona a scopoidi*

[316] En este sentido conviene recalcar los artículos 410,420 y 430 de la LECrim. en relación con el art. 219.5º de la LOPJ.

[317] Tal y como señala al SSTC 173/1990 el testimonio de la víctima o sujeto pasivo del delito tiene hoy en día actividad probatoria de cargo, legítima, al no existir en nuestro proceso penal el sistema legal o tasado en la valoración de la prueba y por consiguiente no se produce la exclusión del testimonio único aún procediendo de aquella; ello en tanto no aparezcan razones objetivas que lleven a invalidar las afirmaciones de la víctima o susciten en el tribunal una duda que impida formar su convicción al respecto.

estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia e le relative modalitá di attiazione," en la alemana StPO art.68.1 y en la OrgkG de 15.7.1992,en la española LO 19/1994 de 23 de diciembre de Protección de testigos y peritos en causas criminales completada por la LO 5/1999 de 13 de Enero de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. sobre perfeccionamiento de la investigación relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves y con la LO14/1999 de 9 de Junio de modificación del Código Penal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualmente, conviene indicar, la importante modificación efectuada por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, que ha diseñado, un procedimiento especialmente sencillo accesible a todas las víctimas de violencia doméstica, para que éstas, como veremos en el presente trabajo, sus representantes legales,o las personas de su entorno familiar más inmediato, puedan solicitarla, sin formalismos técnicos o cortes añadidos.

Finalmente y en torno al tema que estamos valorando, convendrá hacer una mención a la prueba testifical anticipada, es decir, la declaración de conocimiento, realizada por un testigo durante la instrucción y con la finalidad, de que surta efecto en el juicio y sirva para formar la convicción del juzgador (art. 448 de la LECrim.).

En tales casos el testimonio ha de recibirse con todas la garantías especialmente la contradicción y la presencia judicial.

Si que convendrá especificar, que dicha prueba reúne, en su práctica, los elementos para lograr plena eficacia en el juicio por tanto se deberá diferenciar de otras declaraciones testificales que pueden prestarse ,sin las debidas garantías, aunque luego, al amparo ,en nuestra opinión de la dudosa norma del art. 730 de la LECrim. cuando se permite la lectura de las diligencias en el acto del juicio oral, llegan al juicio y pueden ser tenidas en cuenta por el órgano del enjuiciamiento si han devenido irreproducibles.

C.1.d. Generalidades de los careos de la víctima con el acusado del delito (art. 451 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.)

Como un acto conexo con las declaraciones de los testigos y de los imputados la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regula la diligencia de careo (art. 451 a 455 y 713).

El careo, que, etimológicamente, significa colocar "frente a frente" a dos o más personas para la finalidad que sea, constituye un medio de prueba ,consistente ,en la confrontación de las declaraciones de testigos o de los imputados entre si o de aquellos con estos, dirigido al

esclarecimiento de la verdad de algún hecho o de alguna circunstancia, que tenga interés para el proceso y sobre cuyo extremo, las declaraciones prestadas con anterioridad por dichas personas, fueron discordantes.

La LECrim concibe esta prueba, con carácter subsidiario y excepcional[318]correspondiendo, al órgano jurisdiccional, valorar cuando este resulta útil a la investigación, de ahí, su naturaleza potestativa.

Una vez expuestas la líneas generales, la víctima es protegida, asimismo, en los careos[319]con el acusado (451 Ley de Enjuiciamiento Criminal),de los que convenientemente nos detendremos a lo largo del presente estudio, impidiéndose, su utilización injustificada o victimizante, así como propiciando su con el acotamiento a los límites de la pertinencia y utilidad, es decir, a lo que en el sistema anglosajón, es conocido, como "*relevance*" (en Gran Bretaña "*… evidence which makes the matter wihich requiere proof more or less probable*" Sentencia de la Court of Appeal británica, DPP v. Kilbourne 1973 AC 729 y con las matizaciones en los EEUU de Norteamérica.) convendrá, una vez sentadas las ideas generales anteriormente expuestas, ver cual ha sido la evolución en este punto, hasta el momento actual.

No es ocioso recordar, con carácter previo, que la doctrina de nuestro Alto Tribunal[320] no la considera como un verdadero medio de prueba, sino como un instrumento de verificación y contraste de otras pruebas, que veremos con amplitud, cuando expongamos, la fase de instrucción en el proceso penal y su relación victimal.

Únicamente, mencionar, que puede completar la credibilidad de otras pruebas como las manifestaciones de testigos y de imputados al objeto de contrastar su valor y aclarar las contradicciones o discordancias que entre ellas se produzcan.

Por los mismo y ante el riesgo de enfrentamiento dialéctico entre los careados y la experiencia demostrativa de que raras veces, conduce a resultados eficaces, la propia Ley procesal y su modificación por Ley 38/2002 y LO 8/2002 de 24 de Octubre,señala su

[318] En este sentido SSTC 55/1984, SSTS 13 de Diciembre de 1993, SSTS 17 de junio de 1990.

[319] El careo, es el acto consistente, en la confrontación de las declaraciones de los testigos, de los acusados., o entre aquellos y estos, atendida la disparidad de su contenido, llevada a cabo ante la judicial presencia, en su caso, mediante lectura de las mismas y/o la puesta de manifiesto de sus contradicciones, a fin de lograr una mayor aproximación a la realidad de lo dicho, desde la mutuas reconvenciones, que, entre si pudieren hacerse o hacérseles.

[320] SSTS 14 de Marzo 1998, RJA 1765, 10 de Febrero de 1998 RJA 1045,13 de Diciembre 1994 RJA 10147, entre otras.

excepcionalidad (art. 455 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)[321] y deja la decisión de su práctica al libre criterio del juzgador, no admitiéndose la vía casacional frente a decisiones judiciales, de recurrir o no el careo, habiendo declarado nuestro Tribunal Constitucional, que la denegación de dicha diligencia, no vulnera de forma expresa el art. 24.2 de nuestra Norma Fundamental[322]

De todo lo anterior, se deduce, que consiste en la confrontación de testigos, de los acusados o entre aquellos y estos, atendida la disparidad de sus contenido y llevada a cabo ante la presencia judicial, mediante la lectura de las mismas y/o la puesta de manifiesto de sus contradicciones a fin de lograr un mayor aproximación a la realidad de los dicho desde la mutuas reconvenciones que entre si pudieran hacerse o hacérseles.

Es pues menester, que de esta forma, no solo se protege a la víctima, sino también al acusado, impidiéndose su utilización imperfecta o victimizante, como algunas posiciones doctrinales han tratado de deducir, del antes nombrado precepto legal, así como propiciando su acotamiento a los límites de la pertinencia y utilidad ,es decir, a lo que en el sistema anglosajón en conocido como "*relevance*"[323] Se trata en definitiva de descubrir la verdad de unas hechos que han causado daños a las víctimas y dar un marco adecuado a su protección penal dentro del proceso.

Así pues se exige, para dicha protección victimal, tres requisitos:

-Que las personas que vayan a realizar el careo hubieran declarado con anterioridad.

-Que ha de existir una discordancia entre las declaraciones o puntos concretos de las mismas.

-Que la discordancia ha de ser sobre un hecho o circunstancia que interese en el procedimiento.

Sobre ese carácter de excepcionalidad, se opone la Ley 14/1999 de 9 de Junio de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal., en materia de protección a las víctimas de malos tratos[324], que tal como expondremos, en Capítulo adicional del presente trabajo, se restringe de forma notoria la diligencia de careo cuando

---

[321] Art 455 Ley de Enjuiciamiento Criminal: "No se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados."

[322] SSTC 55/1984 de 7 de Mayo.

[323] En Gran Bretaña "*evidence which makes probable" Sentece of the Court of appeal , DPPV,Kilbourne 1973 y* con matizaciones en Estados Unidos de Norteamérica.

intervienen menores de edad; en efecto dicho Cuerpo legal añade en su art. 713 un segundo párrafo que concreta lo mencionado.[325]

C.1.e Elementos específicos de la ofensa.

Una vez valorada la declaración de la víctima testigo en el proceso penal, y, aludiendo, a estos elementos específicos, partiendo de la premisa ,que, desaparecida en el proceso penal, la prueba tasada, es precisamente la de la valoración de estos testimonios el problema central: su credibilidad en razón de sus relaciones con el acusado, cuidando que no se haya viciado la declaración con móviles de resentimiento o enemistad; su verosimilitud, procurando corroborar la existencia del delito con otros medios de prueba y la persistencia de la incriminación.(SSTS de 20 de Noviembre de 1996).

C.2- LAS ESPECIALIDADES PROCESALES: ESPECIAL INCIDENCIA EN EL TESTIGO MENOR DE EDAD.

C.2.a- La declaración de la víctima- testigo menor de edad

Hemos querido efectuar, un apartado específico, dada la complejidad de su evolución y su posible afectación a su desarrollo integral, como se aludirá, de forma más pormenorizada, al exponer los diferentes delitos, de los que puede ser objeto las víctimas.

A lo largo de la historia ,en los sistemas judiciales, como reflejo del pensamiento social general, se ha producido una fuerte desconfianza respecto al testimonio de los niños. A comienzos del siglo XX psicólogos, jueces y abogados continuaban pensando que las declaraciones de los niños eran poco fiables, debido a dos problemas supuestamente relacionados con su edad: una memoria limitada y una gran sugestionabilidad a preguntas sesgadas o sugerentes[326].

Esta desconfianza se ha basado en un desconocimiento de las capacidades de los niños y no ha sido hasta los años 80, cuando no se ha establecido la memoria infantil como un ámbito de investigación propio.

---

[324] Actualmente, conviene traer a colación, la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica que modifica el artículos 13 y adiciona un nuevo art. 544 ter a la LECrim.

[325] Art. 713.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal.” No se practicarán careos con testigos menores de edad salvo que el Juez o Tribunal lo considere imprescindible y no le4sivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.”.

[326] VARGAS CABRERA,B., "Las relaciones entre las medidas de protección y reforma y la actuación del Ministerios Fiscal" Estudios jurídicos.Ministerio Fiscal VI 2000 pp 578 y ss.

La capacidad del niño como testigo ,depende del momento evolutivo del mismo y de sus capacidades cognitivas[327], incluso, en nuestro contexto, se va considerando valido el testimonio de los niños, cada vez mas pequeños, pero la limitaciones de sus capacidades verbales dificultan enormemente la devolución, se producen un aumento de la pérdida de detalles por los errores de omisión, hay una gran dificultad para situar en dimensiones espacio-temporales y un incremento de la interferencia de la memoria semántica.

La denominada, amnesia infantil, que consiste en el hecho, que no recordemos en absoluto acontecimientos de nuestra infancia, ha llevado a hacer dudar, de la competencia de memoria de los niños pequeños; los estudios mas recientes sobre competencia de la memoria en la primera infancia, han demostrado, que los niños pueden recordar episodios vividos y acontecimientos generales, con un sistema de recuerdo similar a los de niños mas grandes aunque en la recuperación ,dependen mas ,de que se les proporcione, claves específicas.

La edad límite para el testimonio infantil, se sitúa en torno a los tres años de edad por la reducida capacidad cognitiva-léxica en este período evolutivo, siendo en estas edades donde la pericial psicológica es más determinante en el proceso. En otro contexto hemos distinguido tres estadios evolutivos en relación al testimonio del menor[328]:

Primero, niños entre los 2/3 y 6/7 años: Como testigos en el juicio tienen evidentes limitaciones; el abuso es vivido, sin comprensión y el niño, se ve impactado, por las actuaciones posteriores siendo aconsejable limitar la extensión de éstas. El nivel de desarrollo del lenguaje, junto a las limitaciones cognitivas que dificultan utilizar las palabras con el sentido "adulto", y precisar, las características del abuso hacen aconsejable la utilización de técnicas no verbales. La comprensión de los hechos y los conocimientos sexuales son muy pobres; aunque ya distinguen entre sexo, tienen comúnmente experiencias de desnudez y, suelen discriminar, las partes corporales, desconocen las funciones sexuales. El lenguaje que utilizan es analógico, cuando se refieren a la penetración o a la eyaculación aparecen frases como "hacia pis encima mío", "sacaba moquitos", "me puso una piedra", etc. Se confunden las formas de contacto (cualquier presión sobre la apertura vaginal puede ser interpretada como una penetración), la asignación verbal a elementos del cuerpo puede ser errónea o se expresan ideas bizarras basadas en temores personales (embarazo bocal). Su

[327] LLOYD-BOSTOCK, S. 1988, informe sobre la problem´ñatica comentada incluido en los estudios efectuados por BAURMANN, Estudios Jurídicos del Mnisterio Fiscal,V 1999 pp 231 y ss,.

[328] SORIA Y HERNÁNDEZ, 1994, idéntica reseña a la nota anteriormente citada.

recuerdo se puede ver interferido por conocimientos, emociones o influencias posteriores a los sucesos.

Segundo, niños entre 6/7 y 10/11 años: Los aspectos cognitivos están más desarrollados, ello permite hablar de las emociones y utilizar a partes iguales la comunicación verbal y no verbal. El análisis del proceso psicosocial de ajuste ,es muy relevante, y se configura como uno de los elementos claves en la comprensión personal de la victimización y sus efectos posteriores; que inciden de forma determinante en el testimonio, evitan el recuerdo y pueden negar de forma reiterada la existencia del mismo ya por la alteración de su imagen personal-social o por su relación con el agresor.

Tercero, adolescencia hasta los 16 años. La capacidad verbal y el desarrollo cognitivo prácticamente, no diferencian su testimonio ,del de un adulto, pero se puede ver influido tanto como los efectos de la victimización como de las características del momento evolutivo (rebeldía, desconfianza en las figuras de autoridad, confusión de la autoimagen, desarrollo sexual, etc.). Aquí, las formas de exploración, no deben diferenciarse de las del adulto y no es aconsejable el uso de técnicas de exploración infantil, como el dibujo o los muñecos con características sexuales explícitas.

-La participación del niño como testigo

En un reciente estudio analizando la población de delitos sexuales sentenciados en 1995 en la ciudad de Barcelona, Y habiendo detectado 103 menores como testigos víctimas de abuso sexual[329]. Describimos a continuación algunos de los resultados más significativos:

1.- Tipo de delito

Mayoritariamente, son delitos de agresión sexual y exhibicionismo, una cuarta parte de ellos son de tipo crónico y de los crónicos un 36% se prolongan durante mas de un año.

Respecto a la relación de los acusados con los niños encontramos:

2.- Relación entre el acusado y el menor

Más de la mitad de los acusados, conocían a la víctima y de ellos un tercio convivían con el niño. Entre los que tenían una relación previa con la víctima hemos encontrado todo tipo de vínculos. Destaca que una cuarta parte de los casos se trataba de familiares. De los abusadores intrafamiliares tres cuartas partes corresponden a figuras parentales (padre o

nueva pareja de la madre). Es importante destacar que hay un 10% de acusados que son profesionales que conocían al menor a causa de su trabajo y en la gran mayoría de los casos se trataba de educadores.

Respecto a las víctimas el 75% son niñas y un 25% niñas, de todas las edades aunque el segmento de edad más frecuente lo encontramos entre los 12/15 años.

Del conjunto de los datos obtenidos en la investigación son mas significativos aquéllos que refieren a los procedimientos de investigación y enjuiciamiento.

Sobre el descubrimiento hemos encontrado que los niños explican los hechos mayoritariamente a sus padre o a los profesionales (un tercio de los casos, cada uno) pero los hechos se denuncian en la policía (85%, mientras que en fiscalía 6% y en el juzgado de guardia 8%) directamente por la propia víctima o por los padres.

¿Pero cuántas veces tienen que testificar los menores?

3.- Número de testimonios del menor

Como podemos observar la mayoría de los niños testifican tres veces (policía, juzgado y juicio), aunque un 9% de los niños declaran mas de tres veces, hay niños que declaran 4, 5 y 6 veces. A estas testificaciones, hemos de añadir que un 25% de los niños también habrán de ser reconocidos pericialmente.

Al juicio oral son llamados el 96% de los niños y solamente en un 10% de los casos se solicitan medidas de protección como:

- Se renuncia a la declaración del niño.
- Audiencia a puerta cerrada.
- Separación visual testigo-acusado.

Al número de declaraciones de los niños hemos de añadir la dimensión temporal. Entre el último delito y la denuncia acostumbra a pasar poco tiempo (un mes en un 82% de los casos).

Entre el testimonio en policía-fiscalía y el testimonio en el juzgado de instrucción la media es de 1,3 meses.

---

[329] HERNÁNDEZ, J. A.; BLANCH, N. y DE LA FUENTE, J."La mediació víctima-delinquent" editado dentro de Justiforum, Papers de estudis i formació editado por el CGPJ en colaboración con la Conselleria de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Julio 1996.

La media de tiempo que transcurre entre que la víctima testifica por primera vez al juzgado de instrucción y la celebración del juicio oral es de 23,1 mes. De tal forma que el tiempo que transcurre entre el delito y la celebración del juicio oral es de promedio 2 años y cuatro meses.

Estos datos confirman la importancia del testimonio infantil en los caso de delitos sexuales, las pocas medidas de protección que se realizan, el número de veces que tienen que declara y los prolongados periodos de tiempo entre los diversos momentos de la investigación. Por todo ello se han planteado algunas alternativas que mas adelante describiremos.

BIBLIOTECA VIRTUAL

C.2.b- Evaluación del testimonio infantil en el proceso penal

El análisis de la exactitud y credibilidad del testimonio, tiene una especial relevancia para el psicólogo jurídico desde los orígenes de la disciplina[330] es importante diferenciar, entre los conceptos de credibilidad y validez:

Credibilidad del testigo o de sus declaraciones es un juicio de valor que establece cada observador, es la exactitud percibida[331]. Un testimonio, resulta creíble, cuando los afectos, cogniciones y comportamiento del testigo son comprensibles y derivables de la narración del suceso. Dicha credibilidad, no implica el testimonio sea válido o exacto, sino depende de variables psicosociales como la atribución de intencionalidad y en menores de las concepciones que sobre las capacidades de los mismo como testigos tiene el profesional.

Validez-Exactitud. Refiere a la idea de como el recuerdo es una representación válida del suceso y/o la identificación es correcta; la memoria humana tiene errores y olvidos, los testigos pueden tener motivaciones personales para mentir y las personas se diferencian en sus habilidades cognitivas.[332]

Si la validez del testimonio infantil, se ve alterada, por las limitaciones de sus capacidades amnésicas y de su etapa evolutiva, como hemos descrito. La credibilidad sufre graves riesgos por dos causas; la naturaleza del delito (sexual, generalmente entre personas conocidas y sin pruebas "objetivas) y los estereotipos en torno a la infancia en general y a sus capacidades en particular.

---

[330] HERNÁNDEZ y VÁZQUEZ, "Maltrato infantil..Guía de actuación de los profesionales sanitarios"; Distrito sanitario de Málaga,Junio 2002.

[331] DE LAMO RUBIO.J." Violencia doméstica. Aspectos jurídicos.Estudios sobre la familia."Tomo I 2000.Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

[332] SANCHEZ GARCIA DE PAZ,I."La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor"Actualidad Penal,nº 33 11-17 de Septiembre de 2000.

Al plantear la evaluación de las agresiones sexuales a menores hemos de distinguir de las evaluaciones dirigidas a la investigación del delito sobre el menor, y las dirigidas, a la intervención sobre el niño y su contexto[333].

Aquí ,nos centraremos ,en la perspectiva de la evaluación forense donde el niño acude en función de su doble condición de víctima del delito y de único testigo, pero no puede olvidarse que todas las actuaciones sobre un niño abusado deben tener también una finalidad asistencial, en cualquier institución que se produzca[334] y que la detección-diagnostico del abuso el cuello de botella del proceso de la intervención.

1. Modelos de evaluación

La psicología jurídica clásica ,se aplicó ,a la obtención de la evidencia delictiva mediante pruebas psicológicas, que podían servir para verificar la sinceridad: prueba de AGRAHAM-ROSANOLF-JUNG, "detector de mentiras", método de la "expresión motriz" de LURIA, método de Mira, hipnosis y anestesia[335].

Los modelos de evaluación forense, del niño, por ejemplo, abusado sexualmente, se pueden clasificar en cuatro modelos u orientaciones fundamentales:

A) Modelo psicofisiológico

El modelo psicofisiológico, se basa en la asociación ansiedad-mentira, asociación que es conocida desde la antigüedad. Se producen cambios fisiológicos (tasa de respiración, resistencia electrogalvánica de la pie, etc) que pueden ser registrados por el polígrafo. Aquí no podemos hacer una descripción de las nuevos test para el uso de una vieja técnicas, el registro poligráfico[336]. En todo, caso su uso puede utilizase en las fases de investigación policial e instrucción judicial ,pero es muy dudoso utilizarlo como prueba ya que el porcentaje medio de sujetos identificados correctamente varia según los estudios desde aproximadamente un 50% a un 100% por lo que en numerosas jurisdicciones no se permiten estas pruebas[337]. Otro planteamiento es de tipo ético en cuanto se aplique a testigos-victimas del delito.

---

[333] HESTER Y RADFORD "La situación del menor ante la violencia" trad. Medima,J.,Ed. Tirant lo Blanc,Valencia 2002.

[334] ARIMANY, COMPTE, HERNÁNDEZ y POU, referncia a la misma obra citada anteriormente.

[335] GONZALVEZ VICENTE,P. "Regulación y repercusión de los actos de violencia en los menores"Boletín de Ilustre Colegio de Abogados de Madrid ,Volumen dedicado a la "Violencia Doméstica",nº 21 3º época, Mayo 2002.

[336] IACONO y PATRICK, "La naturé et la pensé", París, De Seuil.1984.

[337] CILLERO BRUÑOL, M."Infancia y Derechos. Una cuestión de principios"En Derecho a tener derechos, T.IV, pp34

Una segunda aplicación de este modelo, son las técnicas observacionales más o menos sistemáticas, que intentan registrar los cambios en el comportamiento (postura, movimiento, etc.) o en la prosodia del lenguaje, asociados a la ansiedad.

B) Modelo psicosocial

Basado en el estudio de los indicadores psicosociales asociados al abuso sexual que pueden referirse tanto a la conducta del niño, las secuelas físicas como a las características del contexto. Respecto a la conducta del niño SGROI (1982) sugiere los siguientes:

1.-Demasiada sumisión al abusador; restricción de las relaciones sociales y control por parte de este.

2.- Conductas de acting out o agresivas.

3.- Retraimiento y no participación en actividades sociales y/o escolares.

4.- Dificultades en el colegio (en concentración y rendimiento).

5.- Humor depresivo y sentimientos de indefensión.

6.- Problemas de sueño.

7.- Conducta pseudomadurez, el menor asume rol de adulto.

8.- Actividad sexual que sugiere abuso, con muñecos o compañeros.

9.- Conducta inapropiada para su edad.

10.- Intenta estar mucho tiempo fuera de casa y/o realiza fugas.

11.- Evita adultos o le molesta la presencia de estos.

Estos indicadores, se solapan, con las secuelas a corto plazo, descritas anteriormente, y tienen la dificultad añadida, que solo algunos de ellos, pueden establecerse una relación específica con los hechos y constituyen, síntomas propios, de otros trastornos psicopatológicos en la infancia, que pueden no tener relación, con el abuso sufrido.

C) Modelo clínico-psicopatológico

Evaluación clínica, utiliza los procedimientos de la psicología clínica infantil que difieren según la orientación teórica que guíe la exploración; psicodinámica, cognitivo conductual, sistémica o ecléctica. Sus técnicas se basan en la entrevista junto a las clásicas de las exploraciones infantiles; juego, dibujo libre, HTP, cuestionarios de personalidad, escalas, inventarios, etc.

Se ha criticado este modelo por su inespecificidad, ante las características de abuso infantil y su tendencia a considerar al mismo desde una perspectiva de trastorno individual y/o familiar.

El modelo ha tenido dos formulaciones:

a) Formulación clásica. Se realizaba una evaluación psicopatológica del testigo y aquellos que presentaban un diagnostico psicopatológico, sistemáticamente, encontraban cuestionada su credibilidad. "Fabulación", es un termino que aún se repite en las solicitudes de las evaluaciones forenses.

b) Actualmente, el modelo considera básico, realizar una evaluación psicopatológica del testigo por dos motivos:

a'. El diagnostico psicopatológico concreto puede modular la forma de producción del testimonio y la credibilidad atribuida por otros profesionales.

b'. Hay una interacción entre el trastorno actual, la secuela del delito y los fenómenos de memoria.

En el diagnostico diferencial, deben descartarse:

a. La presencia de síndromes específicos.

b. La presencia de una clínica que afecte directamente al testimonio y que puede estar en la base de un testimonio falso: pseudología, etc.

Algunos trastornos psicopatológicos que pueden afectar al testimonio son:

1.- Trastornos cognitivos:

a - Amnesias.

b - Demencias.

c - Retraso mental.

d - Esquizofrenia y Trastornos delirantes

2.- Trastornos de la Personalidad:

a - Histriónico.

b - Narcisista.

c - Esquizoide.

d - Paranoide.

e - Antisocial de la Personalidad.

f - Otros.

3.- Trastornos disociativos.

a - Simulación.

Una aportación interesante, han sido los estudios clínicos de casos de falsa denuncia, por ejemplo, en el caso de las acusaciones de abuso sexual, en procesos de separación disputados, un tema de creciente incidencia en los juzgados de familia.

En la practica clínica, se encuentran características sintomáticas diferentes, entre los casos verdaderos y falsos en Abuso sexual infantil intrafamiliar.

Otra aportación del modelo son los síndromes específicos como:

a. Síndrome de adaptación al abuso sexual[338]:

1. Mantenimiento del secreto.

2. Indefensión.

3. Atrapamiento y acomodación.

4. Desvelamiento aplazado, conflictivo e inconveniente.

5. Retracción.

b. Síndrome de la Falsa Memoria[339]. El síndrome de la falsa memoria se ha afirmado que tiene características epidémicas y encuentra dos fuentes:

1. Fenómenos antrogénicos, muchos terapeutas sugieren una historia de Agresión Sexual incluso en pacientes que no la han padecido.

2. La influencia de los medios de comunicación.

El síndrome se caracteriza, además de por su origen por:

a.-Las relaciones interpersonales se centra en la memoria de la experiencia traumática.

b.-La experiencia es objetivamente falsa, pero la persona cree firmemente en ella.

c.-El recuerdo presenta:

[338] IACOMO Y PATRICK, obra citada anteriormente.
[339] CILLARO BRUMOL,obra citada anteriormenrte.

Incoherencias.

No hay recuerdo antes de la psicoterapia.

El recuerdo produce reacciones emocionales desproporcionadas.

d.-Interrumpe las conductas adaptativas y evita enfrentarse a sus verdaderos problemas.

D) Modelo cognitivo

La psicología cognitiva ,dentro del campo del testimonio, ha estudiado los procesos de memoria y en las características de testimonio asociadas a la realidad de la declaración.

La distinción de dos niveles de memoria a largo plazo (MLP) como Memoria episódica y Memoria semántica ya establecida por TULVIN en 1972 es el presupuesto central del modelo. La memoria episódica recibe y almacena información sobre episodios y eventos fijados temporalmente y las relaciones temporo-espaciales entre tales eventos; almacena atributos perceptuales en términos de referencia autobiográfica. Mientras tanto la memoria semántica agrupa el conocimiento organizado que la persona posee sobre las palabras, los símbolos, conceptos, su organización y manipulación.

Diferencias M. Episódica y M. Semántica

Memoria Episódica	Memoria Semántica
Organización espacial y temporal	Organización conceptual
Referencia autobiográfica	Referencia cognitiva
Gran interferencia y olvido	Escasa interferencia
Retiene información aprendida	Recupera información no aprendida
Sin capacidad inferencial	Con capacidad inferencial
Retiene eventos	Retiene conocimientos

Los recuerdos imaginados, son generados, fundamentalmente, por procesos de la memoria semántica (información ideosincrática) mientras que los percibidos se atribuyen a la memoria episódica e incorporan mas información sensorial y contextual.

UNDEUCHS ha desarrollado una técnica de Análisis de la realidad de la Declaración (*Statement Reality Analysisis)* basado en la entrevista y en el análisis de la declaración obtenida, se propone, diferenciar, entre los testimonios exactos (verdaderos) y diferentes de

los testimonios fabricados o autogenerados (falsos)[340], pero existe numerosas versiones con cambios en la metodología e incluso en los criterios[341]. Sigue las siguientes fases:

1.- Análisis de la información contenida en el sumario: declaración del menor, los testigos y el acusado.

2.- Entrevista con el menor, que pretende obtener una declaración completa, debe realizarse en un ambiente adecuado y es aconsejable grabarla en video, tiene las siguientes fases:

a.- Obtener la confianza del menor.

b.- Narración libre de los hechos.

c.- Preguntas de control.

3.- Proceso de Análisis de las dos fuentes de información que, partiendo de la capacidad de la persona y las características del suceso, comprende dos categorías de criterios a valorar según su intensidad aquellos que añaden credibilidad de los que restan credibilidad.

Revisemos algunos de las *características de contenido* relevantes para el Análisis de la Realidad de la Declaración[342].

I. Características generales.

1.- Consistencia lógica.

Diferentes e independientes detalles del testimonio describen los mismos acontecimientos. Los detalles se pueden combinar sin discrepancias ni inconsistencias. Pero pueden aparecer circunstancias inusuales aunque la coherencia lógica se mantenga.

2.- Producción no estructurada.

Los elementos del suceso, suele describirlos el testigo, en secuencias no continuas ni en orden cronológico. Hay que considerar, especialmente, las limitaciones de la capacidad cognitiva del testigo (niños, deficientes mentales y el efecto del estrés, de la situación de evaluación o del suceso).

3.- Cantidad de detalles.

---

[340] HERMANN,L."Violencia doméstica a dor que a lei esqueceu" CEL-LEX Ed. Campinas-SP 2000.

[341] GARCIA MENDEZ y BELOFF, M. "Infancia, Ley y Democracia en America"Ed. TEMIS-de PALMA-Santa Fe de Bogotá, Buenos Aires 1999

[342] BECKERIAN y DENNETT, 1992, UNDEUTSCH, 1989; STELLER, 1989.

Es un criterio puramente cuantitativo, aunque difícil de operativizar. Una cantidad de detalles sobre el lugar, las personas, los sucesos, las circunstancias es un buen indicador de credibilidad. Especialmente sin son sensoriales y algunos comprobables.

C.2.c- Técnicas y procedimientos en la entrevista psicológica con menores de edad.

1. Características del contexto.

Los sucesos y acciones, suelen producirse, dentro de una gran cantidad de situaciones sociales y físicas y están relacionadas con circunstancias temporales especiales. Los testimonios falsos, tienen dificultad para relatar contextos complejos, suelen simplificarse.

2. Descripción de las interacciones.

Suelen producirse un conjunto de acciones y reacciones, dentro de las cuales destacan las conversaciones y las respuestas suelen relacionarse con la acción. Construir asociaciones estimulo-respuesta es especialmente complejo.

3. Reproducción de las conversaciones.

Es importante, la reproducción de la conversación, entre diferentes personas con su particular vocabulario, conducta, etc.

4. Inesperadas complicaciones durante el suceso.

Las complicaciones y obstáculos se producen en las situaciones reales, que tienden a desviarse de los "normal" lo "típico".

C.2.c.1. Motivación. Relación con el contenido de la declaración de dicha víctima del delito.

Estos últimos criterios, están basados en las hipótesis motivacionales-competencias. No todos los testigos, suelen ser competentes, para aportar todos los detalles y esta incompetencia puede ponerse en relación con la motivación. Una persona que construye o inventa su testimonio, normalmente, no emite conductas que hagan dudar sobre su competencia.

Por ello un testimonio cierto hará:

1 Correcciones espontáneas.

2. Admisión de lagunas amnésicas.

3. Admisión de dudas acerca de su propio testimonio.

4. Autoconcepto disminuido.

5. Perdón al agresor.

C.2.c.2 Elementos específicos de la ofensa con dicha víctima del delito.

1 Detalles característicos de la Ofensa.

Un perito competente ,debe conocer, las características de los delitos sexuales estos acontecimientos, de las personas implicadas y de sus conductas, tanto los indicadores criminológicos como de victimización han de ser considerados.

El análisis de contenido de la declaración, se completa, con el análisis de validez de la misma que consta de 11 criterios agrupados en cuatro categorías:

- Características psicológicas:

1. Adecuación del lenguaje y el conocimiento.

2. Adecuación de la emoción.

3. Susceptibilidad a la sugestión.

- Características de la entrevista:

1. Preguntas sugestivas, directivas o coactivas.

2. Adecuación global de la entrevista.

- Motivación para informal falsamente:

1. Motivos para informar.

2. Contexto del a revelación o informe original.

3. Presiones para informar falsamente.

- Cuestiones de la investigación:

1. Consistencia con las leyes naturales.

2. Consistencia con otras declaraciones.

3. Consistencia con otra evidencias.

Cada criterio, requiere, un análisis individualizado considerándose su presencia y la dirección de la misma (criterios positivos o negativos). El informe psicológico permitirá clasificar la declaración del testigo en una de las siguientes categorías de credibilidad:

Muy probablemente.

Probable.

Credibilidad Indeterminada.

Improbable.

Muy improbable.

2. Modelo integrador

El modelo integrador, pretende realizar evaluaciones clínicas, desde una perspectiva psicosociales y utilizando el modelo cognitivo para analizar la declaración. Es el que nosotros consideramos mas válido (HERNÁNDEZ, 1995) en cuanto, todo análisis del testimonio, es una tarea de caso único clínico, imposible de abordar, si no se tienen en cuenta partir de diversos presupuestos o conocimientos previos:

- Modelo teórico comprensivo que integre los conocimientos del proceso de victimización psicosocial, la base psicosocial del abuso de menores y las aportaciones de la psicología cognitiva al análisis del testimonio.

- Entrenamiento en habilidades en entrevistas de testimonios y en la interpretación conductual de los indicadores de abuso.

C.2.c.3 Técnicas y procedimientos en la entrevista sicológica con las víctimas menores de edad abusados sexualmente

En la evaluación de los menores abusados sexualmente, la entrevista ,es la técnica clave que utilizan todos los profesionales implicados en la atención al menor victimizado, pero se van a diferenciar no solo por las metodologías y sino también por los objetivos. Es a través de la entrevista, por la que todos los modelos, aplican, sus técnicas y procedimientos específicos.

La entrevista psicológica, es el medio básico de peritación, en abusos sexuales a menores[343] y posee, dos vertientes, claramente definidas: pudiendo distinguir entre las entrevistas dirigidas a la investigación del delito sobre el menor y las otras dirigidas a la

[343] GARCIA MENDEZ Y BELOFF, obra citada anteriormente.

intervención asistencial sobre el menor victimizado. Estas últimas, dirigidas a la intervención sobre el menor y su familia, pretende detectar la influencia del abuso sobre el desarrollo psicosocial del menor y posteriormente generar un plan de intervención.

Aquí, nos centraremos ,en las entrevistas de investigación, pudiendo distinguir en función de su objetivo entre las entrevistas Detección del Abuso Sexual -realizadas en los servicios sociales especializados, ante la policía o en el juzgado de instrucción- y las Entrevista de evaluación de la credibilidad del testimonio y/o secuelas del menor en el ámbito forense.

En los sistemas jurídicos occidentales, los niños tienen que repetir su narración en diversos contextos (familia, profesionales, policía, juzgado y juicio), y se somete a numerosas entrevistas. Una de las ideas claves, es limitar su participación a la mínima imprescindible, nosotros abogamos ,por métodos alternativos a las múltiples entrevistas y a continuación describiremos un modelo de entrevista con menores abusados sexualmente que pretende:

- Recoger el testimonio del menor de la forma mas extensa y precisa posible.
- Analizar la credibilidad y validez del testimonio del menor.
- Valorar las secuelas y orientar la intervención asistencial sobre el menor victimizado.

Esta entrevista posee una serie de principios generales y un contexto básico de ejecución, desarrollándose a lo largo de cinco fases.

1. Principios generales

Es una entrevista semiestructurada, que debe aplicarse flexiblemente, en función del caso concreto y sus objetivos mixtos suponen que ya es asistencial para el niño aunque se realice con fines también de investigación: facilita la expresión de las emociones y al final da un marco comprensivo al niño sobre lo acontecido.

En función de la institución donde se realice la entrevista ,se inicia con la autorización legal pertinente (padres, juez, etc.). La presencia del familiar, debe desaconsejarse por su presión directa sobre el menor ("cuéntale la verdad"). En caso contrario debe situarse fuera de la visión de niño para impedir que "ayude" al niño ni exprese sus sentimientos personales delante del mismo. En caso de considerarse necesaria la presencia de otros observadores (policías investigadores, otro familiares...) ,conviene, la utilización de sala con espejos unidireccionales.

Estas entrevistas se aplican por personal entrenado y en un contexto ambiental facilitador no amenazante, evitando los formalismos profesionales y buscando ambientes cercanos al niños.

La profundidad de la entrevista, duración, número de sesiones..., dependerá de los hallazgos realizados y las necesidades jurídico/asistenciales frente al estrés que supone para le niño la entrevista en sí misma.

Desde un punto de vista técnico, se compone ,de una fase, pero el orden temático no es fijo y evoluciona en función de la situación emocional del entrevistado.

2. Fases de la entrevista

A) Fase I: Presentación y obtención de confianza

El objetivo básico es establecer las bases de la relación con el menor para mantener un nivel de comunicación apropiado. En segundo lugar, conocer la vida diaria del niño, la estructura familiar y el nivel de desarrollo social y cognitivo. Por último se pretende evaluar los niveles de conocimientos psicosexuales del menor (términos corporales utilizados, estilo familiar de funcionamiento -desnudez, baño, revistas, disciplina, etc.-).

La fase se inicia sin una preparación específica del menor ("vamos a hablar sobre cosas de: la familia, el colegio") aunque ,si debe presentarse el entrevistador y su finalidad, el abuso se menciona de forma indirecta.

Las preguntas se centran ,en aspectos neutros a nivel afectivo del menor especialmente la escuela y sus amigos, evitando aspectos que provoquen estrés en el niño. Se evalúa el nivel de desarrollo del niño y el ambiente social, donde vive ,buscando establecer, un nivel adaptativo previo al abuso.

Si el niño realiza alguna referencia al hecho, el entrevistador la escuchara atentamente para utilizarla posteriormente pero no profundizará en esta dirección, la actitud es de crear un clima de confianza aunque habrá que explicarle de forma comprensiva al niño que dada la funcionalidad jurídica de la entrevista no se puede garantizar la confidencialidad.

B) Fase II: Profundización inicial

El objetivo básico es promover la narración espontánea de los hechos en el menor. Sin duda ello implica un cambio en la relación sostenida en la primera fase, repercutiendo en una elevación del nivel de ansiedad del niño en la exigencia de un rol más activo para el entrevistador.

Existen tres líneas de profundización[344]:

A. Directa. Centrándose en los motivos que le han hecho venir ("¿Por qué crees que has venido a la entrevista?", "Cuéntame lo que ha pasado"...).

B. Indirecta siguiendo la línea de descubrimiento de la agresión: algo que dijo el niño ("He hablado con X y me dijo que había oído que pasaban cosas en tu familia. ¿Puedes decirme un poco de qué se trata?").

C. Indirecta a través de indicadores de abuso: sospecha sobre un lugar o persona ("X me dijo que no querías que Y estuviera en tu casa. ¿Puedes decirme por qué?"), enfermedad física ("¿Por qué fuiste al médico?", "¿Dónde te hizo daño?") y cambios emocionales (¿Puedes contarme qué cosas te preocupan?", "¿Por qué estás triste?"), cambios comportamentales ("¿Por qué te peleaste con...?", "Creo que últimamente has faltado al colegio") y cambios en la relación familiares (para ello puede recurrirse al dibujo de la familia como elemento base).

Al finalizar la presente fase deben analizarse las consecuencias de la búsqueda de indicadores practicada, así pueden tomarse tres decisiones: no continuar, progresar en la entrevista manteniendo las opciones o hipótesis de trabajo abiertas y terceras profundizar en una investigación abierta sobre la agresión.

C) Fase III: La facilitación de información

El objetivo, es la profundización en el conocimiento del hecho. Es este momento debe controlarse al máximo, los fenómenos persuasivos del entrevistador, como persona con autoridad, en la expresión de sus propios sentimientos, en el sesgo de las preguntas formuladas, etc.

Es posible que a medida que se avanza en la entrevista aparezcan momentos de temor o miedo, a la descripción de los hechos o inducido por el agresor. Dada la profundización emocional exigida al niño, es muy importante el control constante de la relación.

La fase debe iniciarse partiendo de preguntas poco cargadas afectivamente y que faciliten la narración de lo sucedido. Para ello pueden utilizarse tres tipos[345]:

· Directa: "¿Alguien ha tocado tu cuerpo haciéndote sentir incómodo?".

[344] GARCIA MENDEZ Y BELOFF, obra citada anteriormente.
[345] GARCIA MENDEZ Y BELOFF, obra citada anteriormente.

· Presentación y directa: "Algunos niños son tocados en partes privadas de su cuerpo por personas próximas a ellos como familiares que ellos conocían bien. ¿Te ha pasado eso?".

· Hipotética: "Si X te tocara, ¿como te sentirías?".

En caso que la respuesta sea afirmativa, es necesario preguntarle abiertamente, por el "como". Por contra las preguntas basadas en el porqué deben evitarse por la confusión que inducen al niño y la autoculpabilidad que suelen generar ("¿Por qué no lo contaste a tu madre?").

Para ayudar al niño en su recuerdo, pueden utilizarse el juego libro y los materiales. La finalidad del Juego libre es ofrecer un espacio de relajación, lo cual es de especial validez en casos de niños de corta edad. Durante el mismo, el entrevistador puede observar los comportamientos del menor y las situaciones planteadas en su imaginación.

El objetivo de los materiales, es facilitar la expresión de hechos o sentimientos de forma indirecta. Tradicionalmente se utilizan en primer lugar, pequeñas figuras a modo de juguetes (coches, casa, etc.), en este caso es importante la historia representada, no obstante, el entrevistador debe evitar presionar al menor para obtener información, especialmente respecto a los nombres, pues una presión inadecuada puede provocar el abandono del juego y el inicio de otro.

En segundo lugar las máscaras, sin duda, son las grandes facilitadoras a la hora de expresar situaciones o hechos cargados de significación emotiva para el niño, de esta forma se le concede la oportunidad de "esconderse" tras ella.

A continuación encontramos las muñecas, tanto de gran tamaño como muñecos con características sexuales explicitas (*muñecos anatómicamente correctos*). En ambos casos ayudan a conocer los términos sexuales que utiliza el niño y a conocer tanto la conducta como la zona corporal (propia y del agresor) implicada. Pueden utilizarse para:

- El juego espontáneo.

- Para identificar el conocimiento anatómico y el lenguaje del menor.

- Como medio de expresión de los hechos en niños no verbales o prepúberes (no es recomendable en niños a partir de los 10/12 años).

Siempre se han de utilizar con precaución, y en todo caso, los hallazgos han de valorarse en función del conjunto de los datos y ,evitando, las interpretaciones inferenciales.

También se utilizan, un elemento tradicional de la psicología, el dibujo en sus diversas acepciones, libre, de persona, familia, etc. que, además, posibilita posteriormente la posibilidad de formular preguntas sobre el material elaborado y la aparición de indicadores directos (por ejemplo en la figura humana). También, utilizarse para concretar el área relacionada con la agresión, por ejemplo solicitándole que dibuje al presunto autor y él mismo y posteriormente una la mano del primero a su zona corporal contactada.

Durante toda la evaluación, la observación conductual, es ,sin duda, otro elemento clave que aporta información clínica tanto en la entrevista, en su conducta y ambiente habitual como de observación directa de juego libre o, en la utilización de materiales (muñecos, dibujos, etc.) y algunos cuestionarios o escalas pueden servir para precisar el diagnostico clínico.

D) Fase IV: Especificación del suceso

El objetivo esencial es la clarificación de forma específica de detalles parciales de la narración. Sin duda en esta etapa la ansiedad del niño se multiplica por la vivencia que implica la exigencia de precisión. No obstante, es fundamental por tres motivos:

Validación jurídica del testimonio.

Utilidad para la testificación del psicólogo.

Facilita la intervención posterior con el niño y la familia, aunque este no sea su objetivo directo.

De forma agrupada podemos hallar las cuatro siguientes áreas:

Contexto del delito: donde y como tenía lugar, presencia de uno o más agresores, observadores, etc.

Características de la interacción: violencia, amenazas, forma coercitiva y de temor, pornografía, bestialismo, etc.

Características y conducta del agresor: nombrar, describir de forma precisa sus características físicas, etc.

Características y conducta del menor victimizado: proceso de adaptación/ indefensión a la agresión, miedo inducido, vivencia del secreto, etc.

Aquí pueden utilizarse, la Entrevista Cognitiva adaptada a su aplicación con menores cuando el asaltante ,es desconocido para el menor. El problema inicial es la identificación

del agresor a partir del testimonio del niño con las dificultades que puede tener para recordar/expresar datos claves para la investigación policial/judicial, por lo que estas técnicas favorecen el recuerdo[346].

E) Fase V: Cierre

En esta fase, debe recapitularse brevemente lo descrito a lo largo de toda la entrevista en forma de resumen. Tras este traspaso de información, resulta importante, recocer al niño su participación por las dificultades emocionales que ello representa, reforzando la autoestima y finalmente prepararle para el siguiente paso (entrevista de otro profesional, visita al juzgado, etc.), facilitando las futuras intervenciones de otros profesionales.

A lo largo de esta fase, el entrevistador, no debe enfatizar, en el proceso de ruptura de la relación, ni evaluar la viabilidad en la resolución del problema sino tan solo establecer un antes y después de la relación; ofreciendo al menor, un marco comprensivo de sus situación, de lo acontecido y del proceso personal y judicial ,en el que se encuentra.

Una vez realizada la entrevista, se procede al análisis de la información obtenida en función del modelo teórico integrador e los conocimientos del proceso de victimización psicosocial, la base psicosocial del abuso de menores y las aportaciones de la psicología cognitiva al análisis del testimonio, a fin de informar a la autoridad judicial tanto de las secuelas como de la validez de la declaración del menor.

C.2.d- Técnicas de ayudas al recuerdo a las víctimas del delito: la entrevista cognoscitiva y alternativas al menor como testigo en la fase de instrucción.

Se pretende, un análisis, cualitativo del contenido y no cuantitativo, como en el caso anterior. Se basa en el supuesto que si un testigo inventa una declaración se basa en su esquemas y conocimientos generales y no en una experiencia. (M. Semántica, versus M. Episódica).

1. Detalles inusuales.

Detalles de la declaración que son inesperados o sorprendentes para el entrevistador.

2. Detalles superfluos.

Que no son necesarios para incriminar al acusado.

3. Informe exacto sobre detalles no comprendidos.

[346] CUADROS FERSÉ,.I. " Diagnóstico y tratamiento del maltrato infantil" Bogotá ,Marzo 2002.

Detalles descritos de forma correcta pero que el niño no comprende su función, pero son comprendidos por el adulto.

4. Descripción de asociaciones externas.

Cuando se describen elementos relacionados con sucesos con acontecimientos previos o posteriores no relacionados con la acusación.

5. Informe sobre el estado mental subjetivo.

Emociones y Cogniciones, antes, durante y después del suceso.

6. Atribuciones sobre el estado mental del agresor.

Atribuciones a las emociones, pensamientos y motivaciones del agresor.

La dificultad de recuerdo ante la que se encuentra el testigo/víctima, ha motivado el desarrollo de técnicas utilizadas, fundamentalmente, en contexto policial-judicial para recoger y ayudar al recordar al testigo. En función de la tarea cognitiva demandada a la persona ,se distingue, entre los sistemas de ayuda al recuerdo o al reconocimiento del agresor y/o del delito[347]; por sistemas de recuerdo, se entienden ,aquellos en los que se solicita al testigo que describa todo aquello que recuerda, mientras, que los sistemas de reconocimiento suponen que el testigo ha de identificar al autor en una rueda de presos o mediante el archivo fotográfico.

Para facilitar la tarea del testigo se han utilizado instrumentos clásicos como el dibujo a carboncillo, los retratos robot, cuestionarios etc. Los sistemas de facilitación tecnológica del recuerdo tienen en común:

a) Todos dividen la cara en sus distintas partes (ojos, pelo,…).

b) El operador-policía es un experto entrenado.

c) El procedimiento habitual consiste en combinar características faciales que el testigo recuerda, empezando por el peinado, forma de ojos y terminando al retocar la imagen final.

Se diferencian:

a) Número de características faciales disponibles.

b) Número de accesorios disponibles.

[347] CUADROS FERSÉ ,I.obra citada anteriormente.

c) Diferentes soportes o modos de presentación (papel, cartón, ordenador, fotografías, etc.).

d) Dificultad para el dominio de la técnica.

e) Tiempo de aplicación.

f) Calidad imagen final.

Presenta riesgos:

- La aplicación con preguntas sesgadas o en contexto de presión.

- Una vez formada la imagen el testigo puede autoconvencerse de la autenticidad de su recuerdo y se malogre el trabajo policial. LOFTUS, (1976), ha descrito el proceso de transferencia inconsciente (contenidos posteriores solapan o sustituyen la huella de memoria), proceso que distorsiona la información y también afecten a las ruedas de presos produciendo falsos positivos.

- Los niños se pueden ver mas influidos que los adultos por el método de aplicación, además existen una caras que son más fáciles que recordar que otras y hay sistemas mas adecuados para unas caras que otras[348].

Tipos:

1. Identi-Kit

Francia, 1950. Originariamente solo individuos blancos. Consiste en láminas transparentes con diferentes características (130 peinados, 102 ojos, 37 narices, 40 labios y 52 barbillas), cuenta con accesorios como cejas, cicatrices, gafas, arrugas barbas, sombreros, etc. Se ha abandonado casi en favor del Photofit.

2. Photofit

Fotografías de características impresas en cartulinas. 105 peinados y orejas, 99 ojos y cejas, 89 narices, 105 bocas, 74 barbillas y mejillas. Complementos como barbas, gafas, cicatrices, también permite usarse con no-blancos. No resulta útil en un 50% caso y fue responsable de la resolución del caso en solo el 5% casos.

3. Sistemas por ordenador

[348] CUADROS FERSÉ ,I, obra citada anteriormente.

Son iguales que los anteriores, pero cada vez de un uso más creciente, gracias a la calidad y rapidez de los gráficos. Permiten mejorar, la estrategia de selección característica , porque en todo momento, van constituyendo la cara creada.

La práctica diaria, demuestra, que estas técnicas, deben realizarse con un control rigurosos de la metodología empleada, para evitar sugestiones, a los que serían motivos de pérdida de la validez de la prueba.

La identificación del agresor en medio abierto cuando se produce una persecución "en caliente", se sigue utilizando, por algunos cuerpos policiales pero tiene problemas de garantías legales y científicas, si se produce una identificación errónea ,por el testigo posteriormente no hay forma de comprobarla, mediante una rueda de reconocimiento ya que ésta, queda invalidada ,por el recuerdo de la primera identificación.

Desde la psicología, se han utilizado, diversas técnicas, como entrevistas más o menos estructuradas y la hipnosis, pero la técnica más prometedora con niños es la *entrevista cognitiva*[349]. Se basa, en técnicas que facilitan al testigo diversos canales de recuperación al igual que existen en la Memoria Episódica varios sistemas de almacenamiento: reconstrucción de contextos físicos y mentales, cambios de perspectiva espacial y secuencia, técnicas de asociación, etc. Esta técnica adaptada a niños, ha demostrado su eficacia, para lograr recuerdos válidos.

Se han utilizado técnicas de *hipnosis* para recuperar detalles de difícil recuerdo por el impacto emocional producido, pero tienen un uso mas como investigación que efectividad legal en cuanto un testigo ha de ser consciente de lo que afirma para que se le atribuya validez a su declaración.

C.2.d.1- Alternativas al tratamiento de las víctimas menores de edad como testigos.

En otros países[350], se han planteado, diversas medidas para reducir la victimización secundaria de los niños, pero que se han de ir evaluando en nuestro contexto para analizar los efectos de las mismas, en los niños y en el proceso, especialmente, su repercusión sobre los derechos del encausado.

Se han clasificado la medidas entre aquellas que están dirigidas al

---

[349] CUADROS FERSÉ,I obra citada anteriormente.

[350] GRAY, 1993, HERNÁNDEZ, 1995, HERNÁNDEZ, BLANC I DE LA FUENTE, 1998, ARIMANY Y COO, 1995. reseñados por sus estudios, en la obra de CUADROS FERSÉ anteriormente mencionada.

1. Niño y sus familiares

- Atención plurisdiciplinar y acompañamiento profesional del menor.

- Información al niño sobre los procedimientos y lo que se espera de él.

- Asesoramiento y apoyo a los padres sobre los efectos del delito y de la participación en el proceso judicial.

- Preservación de la *intimidad* evitando la difusión de la identidad del menor y garantizando la absoluta confidencialidad de sus datos personales, familiares como de su declaración.

2. Procedimientos

- Los procedimientos han de considerar las necesidades asistenciales del niño.

- Se han de reducir los plazos de los procesos judiciales.

- No repetición de las declaraciones del niño.

- La declaración del niño es recomendable que se haga en presencia del juez, con la ayuda de un profesional especializado. En una sala adecuada, se registro en vídeo y haya espejo unidireccional o monitores de TV en sala separada para que las partes puedan presenciar la declaración y aportar sus preguntas a través del juez o el experto.

- Evitar diligencias de investigación como careos o reconstrucción de hechos.

- Admisión, por parte de los tribunales de:

- Testimonio referencial.

- Periciales por expertos en testimonio infantil.

- Evitar, siempre que sea posible, la declaración del menor en el juicio oral, si se ha de producir:

- Admitir el testimonio del niño por circuito cerrado de TV.

- Modificación del lenguaje judicial utilizando una terminología adecuada al nivel de desarrollo del niño.

- Juicios a puerta cerrada.

- Modificar el entorno físico de la sala para que sea mas adecuado para la declaración de los menores (utilización de salas especiales).

- Utilización de muñecos y dibujos para que el niño pueda expresarse.

3. Profesionales y Servicios

Los profesionales han de ir teniendo formación específica en entrevista con niños, desarrollo, memoria y victimización infantiles.

También se ha comenzado a elaborar guías de actuación (Col·legi de Psicolegs de Catalunya, documento interno, 1998) y protocolos de coordinación institucional en Girona, Barcelona, Valencia, Sevilla, etc.

C.2.e. Líneas de intervención y su enfoque jurídico

A modo de conclusión, destaquemos ,que en el ámbito forense actualmente nos encontramos ante dos retos profesionales:

a) Reducir al máximo la victimización secundaria que sufre el menor y evitar que nuestras actuaciones dificulten la recuperación psicológica del niño.

b) El desarrollo de nuevas y mas eficaces técnicas de evaluación de la victimización y el testimonio infantil.

Existe el fundamento teórico para aplicar programas de prevención en las direcciones marcadas y que contribuirán a una mejor atención al menor en el sistema jurídico penal, también aquí el beneficio del menor debe pasar a ser el valor fundamental a defender.

Recientes sentencias, sobre la admisión del testimonio con separación visual (mampara), el testimonio de referencia, las periciales de credibilidad del testimonio y las diferencias de actuación que se están produciendo en nuestros juzgados, están llevando, a numerosos profesionales a una conclusión; como en otros países, hemos de adecuar nuestras leyes procesales, de tal manera, que se garanticen, los derechos del encausado, pero que no se siga atentando al interés del menor y su derecho al pleno desarrollo de su personalidad.

Aspectos jurídicos.

La Jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional[351] como la del Tribunal Supremo[352] ha destacado que las declaraciones de un menor pueden constituir prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia.

[351] Sentencia del Tribunal Constitucional 44/89. Esta sentencia entendió que las declaraciones de las menores agredidas en un delito de violación era prueba valorable para enervar la presunción de inocencia.

[352] Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1.995 y 23 de marzo de 1.997, entre otras.

La declaración del menor ,constituye una verdadera fuente de información y su testimonio representa, en muchos casos, la verdadera prueba inculpatoria de cargo. Por ello, no es de extrañar que la Jurisprudencia[353], insista en la necesidad de que esa declaración se leve a efecto a presencia de su representante legal o del Ministerio Fiscal.

La valoración de dicho testimonio presenta, no obstante, ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia, arrojan unos criterios de valoración, que llegan a determinadas conclusiones, que no pueden ser despreciados, por lo que no es lógico que los operadores jurídicos trabajen sin contar con estos datos de enorme interés.

Debe propiciarse la entrada ,de esos elementos periciales de valoración ,de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicológicos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma. Es este, un aspecto, muy necesitado de potenciar que, además, conduce a una doble finalidad. De una parte, permite robustecer la convicción judicial, sobre la verosimilitud de lo declarado por la víctima menor edad, tan susceptible en muchos casos de ser moldeada por el adulto, y de otro lado, para tomar conciencia del estado psicológico del menor, en el momento de prestar su declaración y adoptar, en su caso, las medidas de protección, que estime necesarias, incluso, evitando la confrontación visual.

Estas dos ideas, sin duda, marcan el diferente planteamiento que se ha apreciado, tanto en la jurisprudencia más reciente como en el Legislador. En efecto, el Tribunal Supremo[354]

[353] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1.999.ente otras.

[354] Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1.999. En el Fundamento Jurídico 1º de esta resolución se puede leer textualmente lo siguiente: "En el caso que da origen a este recurso, el Tribunal "a quo" ha expresado una convicción moral declarando probado el hecho por el que condena al acusado y razonando a continuación el porqué de su convicción. E importa resaltar que lo ha hecho con una ejemplar honestidad intelectual y jurídica, reconociendo la dificultad que entrañaba la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral y ponderando cuidadosamente cuanto podía favorecer tanto las tesis de las acusaciones como las de la defensa. Nos encontramos, pues, ante un juicio de certeza –moral, por supuesto, pues no puede aspirar a otra clase de certeza el juicio de los hombres- a que se ha llegado por medio de una reflexión crítica y laboriosa, inspirada por el decidido e imparcial afán de descubrir la verdad. Una certeza que no tiene su base en una opción voluntarista sino racional o, dicho de otro modo, en el análisis racional de la prueba que ante el Tribunal de instancia se practicó. Esta prueba no era, ciertamente, muy amplia ni de fácil valoración. El Tribunal tenía ante sí, junto al hecho incuestionable de la desfloración de una niña que aún no contaba quince años cuando denunció los hechos –desfloración que podía situarse, en el tiempo, no lejos de la fecha expresada por la que se decía ofendida- un testimonio claramente inculpatorio de ésta, mantenido durante la instrucción del sumario y ratificado en el acto del juicio oral. La declaración que la ofendida realizó en el plenario no dejó de suscitar reservas en el Tribunal, como cabe deducirlo de las palabras con que el mismo calificó el citado testimonio –"terriblemente mecánico y rígido"- antes de otorgarle mayor credibilidad que a la declaración del acusado. Pero finalmente se desvanecieron aquellas reservas y se concedió plena fiabilidad a las manifestaciones de la ofendida, ante la contundencia de un informe pericial –el de la psicóloga- que "aseveró de forma tajante la fiabilidad del relato efectuado" por la niña, y "eliminó cualquier posibilidad de simulación" por parte de la misma.

analizando la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, desestima finalmente, el recurso, porque el Órgano Judicial de instancia fundó su convicción condenatoria, no sólo en el testimonio de la niña, sino también en los informes periciales de un psicólogo que avalaron la credibilidad de dicho testimonio. El Alto Tribunal subraya en este sentido, la razonabilidad del fallo, destacando, implícitamente, la conveniencia de este tipo de pruebas periciales complementarias para fortalecer dicho convencimiento condenatorio.

Pero tampoco ha de ser descuidado, como se ha anticipado, el análisis del estado psicológico del menor para procurar que su testimonio se expresado de la manera más libre y espontánea posible. Por ello, se había tornado en imprescindible la idea de que el Legislador arbitrará los cauces necesarios para obtener esa efectividad, sobre todo después de lo acontecido en el enjuiciamiento de unos hechos, que motivaron una polémica sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo[355].

C.2.f- La declaración del menor como prueba anticipada.

[355] La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1.998. La citada sentencia contemplaba unos supuestos abusos sexuales a una menor de ocho años por parte de su padre, quien condenado en la instancia, acudió a la casación denunciando que la menor no había declarado en presencia del acusado y que se le había denegado una pericial psicológica solicitada. EL Tribunal Supremo le da la razón en esta sentencia con las siguientes consideraciones: "El acusado tenía derecho a que se practicara la prueba pericial que propuso y que constituía una forma de obtener una visión conjunta e integrada por la observación de todos los miembros de la familia por un mismo perito lo que no se había hecho en esa forma en la causa y, desde luego, la declaración de la hija debió celebrarse en condiciones de verdadera contradicción, de la que fue privado al evitar que la niña fuera confrontada con su padre, situación a la que no obstaba lo que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, vigente ya al celebrarse la vista, respecto a que en los procedimientos judiciales las comparecencias del mismo se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad (artículo 9.1) ni a la vigencia del principio rector de la actuación sobre menores por parte de los poderes públicos consistente en la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal (artículo 11.2, d). La necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo directa existente, se realizara con real contradicción de forma que la testigo se confrontara conociendo que así lo hacía, con la persona a quien podía acusar, prima sobre cualquier otro hipotético perjuicio para el desarrollo de la menor, que no tendría que ser afectado por la confrontación con su padre, sino sólo, y siempre que efectivamente se probaran, por unas relaciones de carácter sexual inapropiadas que con él hubiera podido previamente mantener, pero no por su recuerdo y manifestación en caso de haber existido.Por todo ello se observa que el recurrente sufrió una indefensión tanto al no admitirse una prueba cuya evaluación por el juzgador pudo ser determinante de una distinta resolución, así como por no permitirse lo que el recurrente ha llamado careo, y que consistía en una real contradicción en la práctica de la prueba testifical que también podría haber determinado una distinta resolución, así como por no permitirse lo que el recurrente ha llamado careo, y que consistía en una real contradicción en la práctica de la prueba testifical que también podría haber determinado una distinta resolución, y consecuentemente, el motivo ha de ser admitido…".Desde luego si lo que condujo al Tribunal Supremo a constatar la existencia de una ausencia contradicción efectiva entre la menor, víctima del hecho, y su padre, acusado del mismo, el argumento así esgrimido carece, de consistencia, puesto que lo único que el Tribunal de instancia impidió fue que la menor estuviera presente en la misma Sala en que lo estaba el acusado, para así evitarle coacción psicológica que el mismo podía ejercer, en cuanto padre que era de la pequeña, sobre aquélla, pero en ningún momento se impidió a la defensa formular cuantas preguntas y repreguntas tuvo por conveniente a la menor, no generándose por ello indefensión alguna. Esta sentencia determinó la reforma legislativa operada por la Ley Orgánica 14/99.

En este sentido, la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de Junio, agrega un último párrafo al artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento criminal[356] que establece la regulación de la prueba anticipada. Pues bien, el nuevo precepto va a permitir al Juez de Instrucción, "atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias..." del testigo, "acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba".

Varias son las notas ,que han de ser destacadas ,en el comentario de este precepto:

En primer lugar, que esta diligencia sumarial de declaración testifical únicamente es predicable y aplicable a los menores de edad, es decir a aquellos sujetos que no hayan alcanzado los dieciocho años. Por consiguiente, el Legislador ha establecido una clara barrera para la aplicabilidad de esta forma de declaración, la de la mayoría de edad.

En segundo término, no en todos los casos será posible acordar la práctica de una diligencia de esta naturaleza, con la eventual limitación de derechos que para el imputado supone no poder confrontar de modo directo y visual la declaración del menor que le inculpa. Es necesario que, para ello el Juez tenga presente, de una parte, la naturaleza del delito y de otra las circunstancias del caso. Es evidente que en estos delitos de violencia familiar, la concurrencia de ambos requisitos es fácilmente apreciable, teniendo en cuenta la constatación de unas relaciones personales entre el menor y el imputado, aspecto esencial en estos delitos.

En tercer lugar, parece acertado que el Juez, antes de adoptar esta medida protectora, se vea asesorado por un informe pericial que aconseje su aplicación. El Legislador, en este sentido, no establece límite alguno al tipo de informe, pudiendo ser, por consiguiente, psicológico, médico, social, o de cualquier otra naturaleza, en función de las circunstancias del caso.

Finalmente, la Ley, va a permitir que el menor no haya de afrontar la dura carga psicológica que supone saberse contemplado visualmente por aquella persona que presuntamente fue el causante del daño sufrido. Para ello, la Ley arbitra la posibilidad de utilizar cualesquiera medios técnicos de grabación de la imagen y del sonido, de tal manera

[356] Dicho precepto dispone:"Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba".

que la declaración prestada por el menor, a presencia del Juez, del letrado defensor y del Fiscal podrá ser grabada íntegramente y servir ulteriormente como medio de prueba en el acto del juicio reproduciéndose la cinta en el mismo. El derecho de defensa ha de quedar, en todo caso, garantizado ,de tal manera que la defensa técnica del imputado pueda en tiempo real intervenir efectivamente en su declaración, debiéndose asegurar, por tanto, la plena efectividad del principio de contradicción.

También resultaría conveniente la grabación audiovisual de la entrevista que el menor pudiera haber sostenido con el psicólogo o perito encargado por el Juez de realizar el informe pericial previo a la autorización que contempla este artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser incorporada, al propio informe, por cuanto puede contribuir a fortalecer aún más, no sólo las conclusiones del propio informe en sí, pues el Juez Instructor, con su visionado, puede disponer de una mejor información para autorizar esta medida, sino también, para que, adicionada al proceso, la citada cinta, el Organo de enjuiciamiento, disponga de un instrumento fundamental para valorar y razonar sobre la credibilidad del testimonio del menor

Finalmente, la protección deparada por la Ley Orgánica 14/1999 al menor como testigo, se completa, con la prohibición de acordar, la práctica de careos con testigos menores de edad, en virtud del nuevo segundo párrafo añadido al artículo 455[357] de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Únicamente, de modo excepcional, es posible la práctica de esta diligencia cuando reúna dos condiciones que tiene que valorar el Juez instructor de modo motivado: La “imprescindibilidad” de esta diligencia y la “no lesividad” para el interés del menor, que, en todo caso, habrá de ir precedida del informe pericial.

La medida, resulta absolutamente acertada, porque en la experiencia de la práctica demuestra, de una parte, que los careos, difícilmente, permiten llegar a una conclusión clara sobre la verosimilitud de los contenidos de una u otra declaración confrontada, y de otra, tratándose de menores, su falta de madurez y el impacto psicológico que para el mismo puede suponer la confrontación dialéctica, con un adulto, presunto autor, del delito cometido sobre el mismo, convierte en razonable esta prohibición.

El término “imprescindible” que utiliza el Legislador, obliga al Juez a acordar la práctica de esta diligencia únicamente en aquellos supuestos en que no exista otro medio alternativo de comprobar la existencia del delito o descubrir a sus partícipes, interpretación que es

[357] El cual dispones que:"no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial".

fácilmente deducible de la confrontación de este párrafo con el anterior, que prohíbe, también con carácter general los careos, salvo cuando se reputen absolutamente necesarios para la obtención de los citados fines. La "no lesividad del interés" del testigo menor de edad vendrá condicionada, evidentemente, por las conclusiones del informe pericial realizado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la propia personalidad del menor.

C.2.g- La declaración del testigo con deficiencia mental.

El testimonio prestado por una persona deficiente mental, puede ser suficiente, también, para enervar la presunción de inocencia. En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo[358] ya ha venido a destacar que la deficiencia mental de que las víctimas adolecen "no descarta sin más la verosimilitud de sus imputaciones... Las versiones prestadas por deficientes mentales... sirven para formar la convicción del juzgador...".

No se establece, pues limitación alguna a la credibilidad del testimonio de las personas con deficiencias psíquicas, pues aún, cuando aquéllas carecen de la capacidad de expresión de otras personas, pueden transmitir perfectamente vivencias y percepciones sensoriales revestidas de contenido probatorio que pueden se valoradas en función de las características personales del propio testigo[359].

C.2.h El Ministerio Fiscal y el menor en dicha fase procesal

Es usual comenzar , al exponer el tema, realizando acotaciones al mismo y que van a ser objeto de desarrollo, siendo de carácter terminológico, la primera que se ha de hacer, consistente en sustituir en el título de este apartado por la expresión "los menores" por la de "la infancia".

La razón de dicha modificación, puede parecer baladí, pero, si se permite la sugerencia, invitaría a descartar desde ahora, en la medida en la que sea posible, la utilización de expresiones que implican alguna valoración peyorativa para referirse a personas que no han alcanzado la edad a la que hemos convenido se tiene capacidad para actuar con relevancia jurídica, pero que son tan personas como las demás: se es niño o niña, adolescente, joven, adulto/a o viejo/a y todos los que se encuentran en cada una de esas etapas deben de ser, jurídicamente hablando, iguales entre sí y con relación a los demás; en cambio, si a alguna de tales personas se la designa como *menor o mayor*, es inevitable reclamar la presencia de

[358] Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Enero de 1.996.

[359] Así lo ha reconocido de modo reiterado el Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de febrero de 1.991, 6 de abril de 1.992, 4 de Febrero de 1.993 y 4 de Julio de 1.995, así como autos del Tribunal Supremo de 17 de Julio de 1.992 y de 5 de febrero de 1.997, entre otras muchas resoluciones.

otra con la que hacer la comparación y, por ende, una de las dos será inferior o superior a la otra.

Ello ha determinado que, como hasta ahora ,los niños han sido los considerados inferiores, se haya generalizado una visión estereotipada que permite caracterizarlos como los "aún-no: aún-no adultos, aún-no responsables, aún-no capaces, aún-no con los mismos derechos, aún-no con suficientes conocimientos, aun-no etc.[360]".

Posiblemente no haya acertado ,en la sustitución porque, etimológicamente, infante es el que no habla, y, por extensión, infancia sería el conjunto de personas que no hablan. Creo, sin embargo, que, con independencia de la significación social de las expresiones, viene en mi defensa la autoridad de la Real Academia Española, ya que, con independencia de las numerosas acepciones de las expresiones infante e infanta, define la infancia como el "período de la vida del niño desde que nace hasta los comienzos de la pubertad[361]".

En segundo lugar, como sostiene CASAS I AZNAR[362], "...es denominador común a casi todos los países del planeta el hecho de que son muy escasos los datos estadísticos que se publican desde la perspectiva de las niñas y niños...", hasta el punto de que se ha acuñado la expresión invisibilidad estadística de la infancia para definir ese fenómeno que, por una parte, dificulta la elaboración de cualquier estudio riguroso sobre un tema como el propuesto, pero al mismo tiempo reclama nuestra atención para impedir que se prolongue por más tiempo esa situación de invisibilidad que dificulta el conocimiento de la dimensión real del problema, que, por lo que a nosotros atañe ahora y en este momento, se centra en reflexionar sobre la naturaleza y, especialmente, sobre la eficacia de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos cuyo objeto está relacionado con los derechos de los niños.

El citado fenómeno de la invisibilidad estadística de la infancia ,adquiere, perfiles propios cuando de la actividad de la Administración de Justicia se trata, ya que es conocido el secular olvido, por utilizar una calificación benigna, que todos los responsables de esta parcela de la Administración del Estado vienen, con tesón digno de mejor causa, manteniendo respecto de la aplicación de esta ciencia social a la administración de la justicia[363], salvo para refutar la veracidad de aquellas encuestas que, con desesperante

---

[360] F. CASAS I AZNAR, "Los niños y las niñas en procesos judiciales: ¿qué nos pueden decir o cómo nos comunicamos con ellos?", Bienestar y Protección Infantil, Revista de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, Año IV, núm. 1, pp 49 (obra del autor).

[361] Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigésima edición, Madrid, 1984.

[362] Cfr. ob. cit., pp. 45.

[363] Cfr. sobre esta cuestión de la impermeabilidad de la Administración de Justicia a la estadística, en lo que se refiere a los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, la ponencia desarrollada por el autor en un

reiteración, insisten, con el mismo tesón, en poner de manifiesto la escasa aceptación social que somos capaces de provocar con nuestra actuación.

En consecuencia, se omiten las referencias estadísticas, relativas a la intervención del Ministerio Fiscal, en los procesos cuyo objeto afecta a los intereses de la infancia, ya que, a la escasa fiabilidad de las mismas, se une, tal vez el poco interés que tal cuestión pueda tener para desarrollar el tema desde la perspectiva desde la que se va a abordar.

Concebido el proceso, como instrumento propio de un sistema de heterocomposición de controversias caracterizado ,por atribuir la solución a un órgano del Estado colocado en posición de superioridad ,sobre las partes en conflicto, que tiene que cumplir su cometido con estricta sumisión al Derecho y con autoridad suficiente para exigir, incluso por la fuerza, el cumplimiento de las soluciones que proporcione a los conflictos de los que conozca[364], es obvio, que será inevitable, tratar aquí ,sobre la naturaleza de la posición del Ministerio Fiscal en el proceso.

No nos resistimoso a transcribir el pensamiento que, CALAMANDREI[365] dedica al Ministerio Fiscal ("Es abogado sin pasión, juez sin imparcialidad; éste es el absurdo psicológico que sitúa al Ministerio Fiscal en el permanente riesgo -si no impone su fino sentido de equilibrio- de perder, por amor de serenidad, la generosa combatividad del defensor, o por amor de polémica, la desapasionada objetividad del magistrado") y a suscribir la crítica que a dicho pensamiento y las conclusiones que al respecto formuló HERNÁNDEZ GIL[366], cuando, después de destacar la excesiva carga paradójica del pensamiento de CALAMANDREI y de apuntar que el riesgo se refiere más a la función que al órgano, señala que "la pasión -que está constitutivamente en el abogado y no está constitucionalmente en el Ministerio Fiscal- no es lo que aleja ni lo que acerca al abogado y al Ministerio Fiscal. El abogado y el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la diversidad de cometidos, tienen un patrimonio (espiritual) común: la falta de poder decisorio... En el fiscal se aprecian afinidades estructurales con el abogado y afinidades funcionales con el juez. Desde una posición que estructuralmente se asemeja a la del abogado, realiza, y sobre todo

---

curso de formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial con el título "La imprudencia", publicada en Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, I, pp. 73-120, y, en concreto, las pp. 76-80 (obra citada).

[364] MORENO CATENA, V. y otros," Introducción al Derecho Procesal", Madrid, 1996, pp. 277 y ss(obra del autor)

[365] Citado por A. HERNÁNDEZ GIL en "La posición del fiscal en el orden civil", conferencia dictada el 15 de junio de 1976 en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia dentro del ciclo organizado por el Ministerio Fiscal en conmemoración del cincuentenario de su Estatuto.

[366] Cfr. la conferencia antes citada, que, junto con las integrantes del ciclo, se publicó en Madrid, 1976, pp 106- 108(obra citada).

desde el punto de vista del fin, cometidos que funcionalmente se acercan a los del juez o los completan. Como el abogado ocupa la posición de parte; defiende, acusa, informa. Como el juez sólo persigue, en último término, el interés objetivo de la justicia dispensada sin acepción de personas".

Tal conclusión, formulada en 1976, es perfectamente compatible con la regulación que, tanto la Constitución Española como el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificado por Ley 14/2003 de 26 de Mayo, hacen de este órgano del Estado, al que le asignan, entre otras, la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley y la de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social, lo que debe de realizar conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad, a los que nos hemos referido en el presente trabajo y que son importantes para la defensa de los derechos de la víctima a nivel global. [367]

Para ello trataremos, aun conociendo la materia que está siendo objeto de estudio en le presente trabajo, de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles, distinguiendo, entre los que tienen naturaleza contenciosa y los propios de la jurisdicción voluntaria; a continuación se expondrá la intervención del Fiscal en los procesos penales, distinguiendo a su vez entre aquellos procesos en los que los niños son parte pasiva de aquellos otros en los que son titulares de los bienes jurídicos atacados por las conductas que constituyen el objeto del proceso o, sin ser víctimas o perjudicados, pueden tener intervención en los mismos como testigos.

Una última precisión: ¿convendría, tal vez, plantearse, puesto que nos encontramos en trance de reformas procesales, la posibilidad de introducir modificaciones tan importantes como para permitir que se reconociese sin rodeos a los niños la capacidad de obrar adecuada a su estado de desarrollo, incluida la postulación y defensa? Acepto de antemano que se califique de, como mínimo, jurídicamente incorrecto proponer semejante reflexión. Pero conviene tener presente que, además del alcance que puedan tener algunas modificaciones legislativas introducidas en nuestro Ordenamiento[368], cuando el Reino Unido firmó la

[367] Concretamente, a ella, se hace una referencia expresa, en el citado Texto normativo, en su artículo 3 ,cuyo tenor literal es el siguiente:" para el cumplimiento de las misionres establecidas en el artículo 1 correponde al Ministerio Fiscal:10. Velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos, para que reciban la ayuda y la asistencia efectivas."

[368] Cfr. arts. 2 y 9 de la Ley 1/1996, de 15 de enero.

Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, formuló una reserva en cuya virtud en Escocia "...no está permitida la presencia de representantes legales en los procedimientos seguidos ante audiencias infantiles. Las audiencias infantiles han demostrado durante años ser una forma efectiva de afrontar los problemas de los niños de manera menos formal y de menor confrontación. Por lo cual el Reino Unido, respecto al art. 37.d (de la Convención) se reserva el derecho de continuar con el actual sistema de audiencias infantiles[369]".

2- Protección de testigos menores

No cabe duda que el menor víctima de delitos puede ser un testigo fundamental en el procedimiento penal y que tal posición prevalente le puede ocasionar un peligro que ha de ser considerado o tutelado por las autoridades judiciales.

La Ley Orgánica 19/1994 vino precisar a ofrecer medidas de protección a aquellas personas que pueden sufrir perjuicios por el cumplimiento del "deber constitucional de colaboración con la Justicia", y entre éstas, reiteramos, pueden estar los menores, a los cuales esta Ley les proporciona mecanismos de protección en la fase de instrucción.

Normalmente se tiende a pensar que la aplicación de estas normas viene motivada por la delincuencia organizada (piénsese a modo de ejemplo en el menor que ha sido prostituido por una organización criminal dedicada a tal fin), pero, frente a esta concepción, se ha de tener en cuenta que la Ley sólo exige que: "la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella o sus descendientes o hermanos" (art. 1.2 de la Ley).

Este peligro grave a que alude la Ley, entendemos que, en el caso de los menores objeto de un delito, ha de ser valorado a la vista de las especiales circunstancias que concurren en el menor, de modo que ese riesgo serio mencionado pueda ser considerado incluso en supuestos en que el menor lo sienta así.

Es decir, el riesgo se ha de observar, estimamos, desde la perspectiva subjetiva del menor, y no tanto desde una visión objetiva de un adulto. El precepto en cuestión se refiere a un peligro grave para la persona, que puede ser de tipo psicológico o moral, y no estrictamente físico.

En este sentido, sí hubiese querido tal disposición proteger tan sólo la vida del testigo, creemos que lo habría señalado así, y sin embargo solamente indica que ha de existir un

[369] Citado por F. CASAS I AZNAR, ob. cit., pp. 57.

riesgo para la persona. El hecho de que esté tipificado como delito la lesión que menoscaba la salud mental (art. 147 CP) abonaría esta postura.

Si como advierte la Exposición de motivos, la Ley pretende evitar los retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos, con los niños, especialmente vulnerables, se ha de considerar que dichos retraimientos e inhibiciones son mayores, por su mayor sugestibilidad y visión de los acontecimientos de otra manera que el adulto:

"El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos", señala la Exposición de Motivos de aquel Texto normativo. Uno de esos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos es, sin duda, la infancia (art. 39.4 CE)[370].

En razón de ello, creemos que una sensibilidad especial del Juez hacia el menor hará que se adopten todas o algunas de las medidas contempladas en el art. 2 de la LO 19/1994, complementadas con las del art. 3 de dicho Cuerpo legal[371], porque, sin duda, redundan en beneficio del menor, evitando su victimización secundaria, que no es, en definitiva, sino un perjuicio o daño moral que le puede causar el sistema administrativo judicial.

3- Sobre la coordinación entre las distintas Instituciones públicas

Hace no mucho he defendido la idea de que se debería realizar en relación a los malos tratos que sufren las mujeres un protocolo de actuación, que permita coordinar la actividad de distintos entes que pueden actuar en estos casos[372] . La Memoria anual de la Fiscalía General del Estado se hace eco de la necesidad de coordinación entre instituciones en estos

[370] "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Especialmente se ha de considerar la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York de 20 de noviembre, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 y publicado en el BOE el 31 de diciembre de 1990. De entre los distintos preceptos de esta Convención que protegen al niño podemos destacar el art. 19 en donde se establece que:"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas...apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental...".

[371] Pensemos lo positivo que puede ser para un niño que no consten en las diligencias ciertos datos (por ej. su nueva residencia o centro de acogida); que comparezca utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual; que se fije como domicilio la sede del órgano judicial, el cual puede hacer que lleguen reservadamente al niño o a sus representantes las citaciones o notificaciones. En fin, la evitación de fotografías o que se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, se compadece con el derecho a la intimidad y a la propia imagen que le garantiza el art. 4 de la Ley Orgánica 1/996.

[372] TAPIA PARREÑO, J.J.,"Sobre los malos tratos que sufren las mujeres y la Administración de Justicia", Boletín Informativo Jueces para la Democracia, número 21 de mayo de 1998, pp 12-13 (obra citada).

casos[373]. También en el ámbito de las agresiones sexuales se ha señalado la conveniencia de tal actuación coordinada[374].

Creemos, que es posible y necesaria, también esa actuación, en los supuestos de delitos de lesiones o contra la libertad sexual de los menores, al menos en los casos más graves, de modo que cada organismo involucrado en esta lacra social ha de saber, en estos supuestos, lo que hacer, todo ello con el fin de que los niños sufran lo mínimo posible y que el procedimiento judicial sea, desde todos los puntos de vista, lo más liviano que se pueda. En esta labor coordinada han de participar distintas instituciones públicas.

Esbozando lo que podría ser este protocolo, podríamos pensar, que desde el primer momento que se tiene conocimiento de la existencia de un hecho criminal contra un niño (normalmente la Policía, pero también un centro médico o los Servicios sociales), tal ilícito se debería poner en conocimiento del Juzgado de Instrucción, en funciones de Guardia, que debería asumir la decisión sobre las distintas cuestiones relativas al menor, algunas de las cuales hemos citado (medidas cautelares en relación al menor y al sujeto activo), evitando al mismo tiempo distintas declaraciones del menor.

Sería preciso relacionar, a los distintos centros médicos, especialmente a los servicios de pediatría de éstos, con la clínica médico forense, de forma que el forense se pueda personar en el Hospital y examine el cuerpo del niño conjuntamente con los doctores que le asisten,

---

[373] Así ,en la misma, se recogen posturas como la de la Fiscalía de Lugo (pp. 329) que aboga por "una actuación coordinada de diversas autoridades policiales, asistenciales y judiciales, coordinación en la que el Ministerio Fiscal está llamado a cumplir una función de especial importancia...". Igualmente se hace referencia a la Fiscalía de Gerona que incluye en su Memoria el borrador de Propuesta de colaboración entre los organismos implicados, elaborado por el Servicio de Atención a las Víctimas de Delitos. En él se recalca la necesidad de coordinar la actuación de los órganos de la Administración de Justicia, Sanidad, Bienestar Social y Policía Judicial y se detallan las medidas judiciales que puede instar el Ministerio Fiscal en los casos de malos tratos a mujeres". En relación a esta Provincia se puede mencionar que finalmente esta Propuesta fructificó en un Protocolo de Actuación en los casos de violencia doméstica en mayo de este año.

[374] MOLTABAN HUERTAS, MI, ob.cit. ant. pp .67 (obra del autor) que indica que "Si la urgencia o premura de la actuación recolectora de las pruebas no necesita más comentario; sí lo exige y de forma relevante la necesidad de coordinar los distintos sujetos o instituciones que confluyen en ese momento inicial: piénsese en el Centro Sanitario; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; Asistencia Social y Juzgado. Es muy delicada la imbricación de todos ellos- a la manera de eslabones en la cadena- y la defectuosa actuación de cualquiera de ellos se va transmitiendo y puede incidir en el fracaso de la investigación o en el agravamiento de la condición de la víctima. Por ello se echa en falta una articulación efectiva de las instituciones reseñadas y una específica preparación de las personas que actúan por aquéllas. Lo primero sería viable a través de protocolos de actuación coordinados entre las instituciones intervinientes tras la comisión del hecho delictivo; de suerte que cada una (centro hospitalario, centro analítico, policía; juzgado) sepa el momento en que ha de iniciar y finalizar su actuación, evitando demoras e innecesarios peregrinajes a la víctima".La autora hace referencia a intentos de coordinación en este sentido, como el Plan de Coordinación Institucional en materia de agresiones sexuales de 1991, en Barcelona. En el País Vasco existe tal Coordinación en estos delitos, en un plan que fue impulsado por el Instituto Vasco de la Mujer (Emakunde).

impidiendo los dobles exámenes y elaborando el correspondiente informe que podrá ser utilizado a lo largo del procedimiento[375].

Contar con los Servicios Sociales del Ayuntamiento, Diputación o Comunidad Autónoma sería adecuado, pues han de colaborar, en muchos casos, con el Juez y el Fiscal, detectando los hechos delictivos y proporcionándoles información valiosa sobre las circunstancias del niño, para actuar en su beneficio. Además, pueden disponer de centros asistenciales de distinto tipo para cuidar eventualmente del menor. Lo ideal sería promover desde las propias instancias judiciales, servicios que pudieran estar disponibles, las 24 horas del día.

Si los órganos judiciales cuentan, como ya ocurre en muchos lugares de España, con unos profesionales de las ciencias humanas en los Servicios de orientación al Detenido o de Asistencia a la Víctima, éstos pueden servir de enlace precisamente entre los Órganos judiciales y/o la Fiscalía y aquéllas Instituciones que han de velar por el menor y protegerle.

El Servicio de Asistencia a la Víctima puede, además, en esos primeros momentos atender al menor y tal vez derivarlo más tarde hacia recursos que en ciertos lugares ya existen en la Comunidad y que se financian con dinero público (tratamientos psicológicos para niños por ej.).

Ese Servicio o él del Detenido o aquellos Servicios Sociales pueden, a su vez, proporcionar una gran información sobre las circunstancias sociales, educativas o familiares del niño o/y del agresor que permitan tomar decisiones en un sentido o en otro.

La Policía, también debe conocer estos servicios, pues puede ser preciso en ocasiones que ellos mismos lleven al niño al centro adecuado, y como hemos señalado debe realizar sólo aquella actividad imprescindible en relación con el hecho punible, comunicando inmediatamente al órgano de guardia el luctuoso suceso, sin perjuicio de que ad cautelam pueda tomar las decisiones oportunas en orden a la recogida de elementos de prueba y para la protección del menor.

En definitiva, sin perjuicio de otras medidas que podemos consensuar, y otras decisiones que se pueden tomar por el propio Juzgado de Instrucción, en estrecha relación con el Fiscal,

[375] En la Memoria de la Fiscalía General (pp 326 de la misma), se relata cómo esta dinámica ya se ha puesto en funcionamiento en Tarragona, de alguna manera, en cuanto la Fiscalía ha recomendado que "a la más mínima sospecha deben conectar con el médico forense de guardia con objeto de que pueda acudir a los Servicios Hospitalarios para percibir estos vestigios y poder contar posteriormente con su informe en el juicio oral". Siempre será conveniente poner de acuerdo a ambos profesionales para ver cuál es la mejor manera de llevar a cabo su labor de forma más concorde, conjugando los distintos intereses u objetivos que cada uno tiene.

cuyo papel se ha de reivindicar[376], es muy importante, que una serie de instituciones que, en ese primer momento, y posteriormente en el proceso van a intervenir "pacten", salvando obviamente las competencias de cada uno, un modo de actuar en estos casos, tratando de ocasionar los menores perjuicios a un menor que bastante ha sufrido con el hecho criminal.

D. LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y SU RELACION CON LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

D.1 Introducción a los delitos de violencia doméstica.

La Declaración de Naciones Unidas, sobre la eliminación de la violencia hacia las mujeres de 1993 y que constituye el primer instrumento internacional de derechos humanos, en el que se trata en exclusiva y ,explícitamente, este problema, señala que: "el término violencia hacia las mujeres, significa, cualquier acto de violencia por razón de género, que tenga como resultado, un daño o sufrimiento físico, sexual o psíquico, incluídas las amenazas, de cometer dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce, en la vida pública como en la privada. E incluye, la violencia física, sexual o psicológica, en la familia, incluídos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales, que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por persona distinta del marido y la violencia relacionada con la explotación; la violencia física sexual y psicológica a nivel de comunidad en general, incluídas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexual e el trabajpo, e instituciones educacionales y en otros ámbitos,el tráfico de mujeres, y la prostitución forzada; y la violencia física, sexual y pdsíquica perpetrada por el Estado, dondequiera que ocurra" Dicha definición, se ha convertido, en un marco de referencia, para abordar el problema de violencia de género.

Sin riesgo de exageración, puede afirmarse, que, hoy en día, la llamada violencia domestica ,es uno de los tres temas, de naturaleza penal junto con la siniestralidad laboral y la delincuencia juvenil, que comparte protagonismo de los medios de comunicación, la inquietud de los sectores más amplios de la sociedad y los esfuerzos de Instituciones y Administraciones públicas.

[376] Puede ayudar, tal vez en tal sentido, la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, en la que ordena que se encomiende a un Fiscal en cada provincia el seguimiento de los casos de malos tratos familiares, algunos de los cuales pueden ser a menores e insta a los Fiscales a que tomen ciertas posturas en estos casos.

Son muchos los esfuerzos del legislador español, con la intención de hacer frente al alarmante incremento, de los malos tratos, en el seno de la familia en estas últimas décadas.[377]

A modo de introducción, no se trata de un problema exclusivamente nacional, sino que la preocupación internacional por erradicar la violencia doméstica ,se detecta desde mediados del siglo XX, momento en el que fundamentalmente Naciones Unidas observa que se trata de un mal que-en la gran mayoría de los casos- afecta a la dignidad de la mujer como persona y al derecho de los niños al desarrollo de su personalidad. De hecho la primera Resolución específica a este respecto aparece en 1985[378]y el ella, se solicita, que los Estados miembros que lleven a cabo políticas concretas de prevención, detección y erradicación del problema.

Siguiendo las recomendaciones de las Naciones Unidas, en nuestro país ,se ha ampliado el panorama legislativo de protección frente al maltrato y, sin embargo, resulta evidente a tenor de las estadísticas el fracaso del mismo a la vista de los resultados.

Una vez admitido que el problema de los malos tratos es un problema de carácter multidisciplinar, se constata, la inutilidad de realizar esfuerzos unidireccionales en la búsqueda de soluciones jurídicas sicológicas...

Así conscientes de ello y conscientes, también ,que jurídicamente el mayor problema de los malos tratos ,se plantea en relación con la prueba de los mismos, como más adelante se expondrá las autoridades provinciales y autonómicas en España han decidido aunar esfuerzos de los diferentes profesionales que intervienen ante casos de violencia doméstica y elaborar unos protocolos o guías de actuación conjunta, que facilite, la obtención del material probatorio sólido y fiable a la vez que por la centralización de la información de los distintos pasos a seguir, aspiran a una merma considerable de la victimización secundaria que henos expuesto ,en la presente tesis, que supone la persona maltratada.

Como ayuda para centrar la situación jurídica en la que se centra nuestra legislación conviene destacar los siguientes puntos relevantes:

Cualquier situación de maltrato familiar, sea constitutiva de delito o de falta, es perseguible de oficio, a excepción de la injuria.

---

[377] Informe del Consejo General del Poder Judicial de 21 de Marzo de 2001.

[378] Resolución 40/36 que surgió en el seno del Sexto Congreso de la Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

Ni el perdón del ofendido, ni la renuncia a la acción penal, terminarán ni suspenderán el proceso penal en curso. Se admite tan sólo que el perdón del ofendido podrá tener como efecto interesar la pena mínima por parte del Ministerio Fiscal, con la posible solicitud de suspensión de la pena si dieran el resto de los requisitos legalmente previstos.

La citación de los testigos, deberá contener como recordatorio, el régimen del art. 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En relación con el art. 175.5ª del mismo Texto Legal.[379] (teniendo en cuenta las especialidades del testigo menor de edad del cual se ha hecho referencia anteriormente.)

En el acto del juicio, habrá de comprobarse, si la citación fue recibida directamente por la víctima o fue recibida, por la persona de su agresor; en este último caso, deberían los fiscales interesar su nulidad

En los juicios de faltas, en los que la víctima no comparece, debe optarse por la suspensión y nueva citación antes que acudir a la celebración del juicio en ausencia de la víctima y la absolución del acusado. Si la víctima persiste en la inasistencia ,se optará por el archivo provisional de la causa, antes que la celebración del juicio en su ausencia, con la consiguiente absolución de acusado

Debe prestarse especial atención a la búsqueda de nuevas pruebas diferentes de la declaración de la víctima Se destacan: a) el reconocimiento parcial de los hechos por parte del agresor, b) testigos directos o de referencia, c) pericial d) parte de lesiones...como veremos a continuación.

Dado que desplazar a la víctima, a casas de acogida, restringe sus derechos se adoptará esta medida tan sólo ante la inexistencia de otras posibles soluciones.

Reducir las posibilidades de coincidencia entre la víctima y el agresor durante la tramitación de las diligencias procesales

Cuando la víctimas fueran menores de edad, a las que dedicaremos un Capítulo del trabajo por la importancia social que tiene, debe acudirse a las medidas de protección consagradas en la LO 14/1999 de 9 de Junio, y de las que hemos efectuado una referencia el

[379] Explicita textualmente el art. 420 Ley de Enjuiciamiento Criminal: "el que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el art. 412 o se resistiere a declarar lo que supiere acerca de los hechos sobre los que fue preguntado, a no ser estar comprendido entre la exenciones de los artículos anteriores incurrirá en la multa del 5000 a 25000 pesetas (actualmente su equivalente en euros), y si persistiere su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los dependientes de la autoridad y procesado por el delito de denegación de auxilio que respecto

con anterioridad, tendentes a evitar careos y posible visualización entre la víctima y el agresor, en el acto de juicio oral. para el caso de que fueren mayores de edad cabe la posibilidad de acudir a la LO19/1994 de 23 de Diciembre de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales.[380]

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, sobre la intervención del Ministerio Público en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, el Informe del defensor del Pueblo del año 1998, el Plan de acción contra la violencia doméstica aprobado en el ames de Abril de 1998 y el Informe del Consejo General del Poder judicial de 7 de Febrero de 2001 son otros tantos hitos que patentizan la sensibilidad que hoy existe en torno a este tema.[381]

---

de los peritos y testigos define el código penal y en el segundo caso será también el procesado por el de desobediencia grave a la autoridad...."

[380] Sobre medidas previstas en esta Ley la posibilidad de aplicarlas a los procesos que se sigan por delitos sexuales y la necesidad de respetar en todo caso el derecho de defensa del acusado puede verse FUENTES SORIANO, O,"La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales", En Revista de Derecho Procesal número 1 Madrid 1996.

[381] Convendrá en torno a esrte tema mencionar la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica presentada el pasado 28 de Mayo de 2003 en el Congreso de los Diputados. Una Ley que tiende a articular un mecanismo eficaz de protección que permita que desde la presentación de la denuncia la víctima sea realmente protegida..La reforma está enmarcada en la línea abierta de todos los Estados para buscar mecanismos de cohesión para que la lucha sea eficaz a nivel mundial y por ello se eatá tramitando en el parlamento español una Proposición de ley denominada "Proposición de Ley sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno" que tiene como finalidad ,establecer un cauce de análisis del impacto que pueden tener en hombres y mujeres las distintas disposiciones normativas que apruebe el Gobierno.Lo que se pretende conesta reforma legislativa es nque se ponga especial cuidado en analizar la repercusiçón que puedan tener los Textos legislativos en materia de género y para ello se modofica el art. 22.2 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno para incluir en toda iniciativa legislativa un informe sobre le impacto por razón de género de las medidas que se establezcan. La Ley consta de dos artículos dedicados el primero a modificar el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el segundo a añadir el nuevo art. 544 ter LECrim (se ofrece en once apartados una muy detallada regulación de los pasos que deben seguirse hasta que pueda dictarse la Orden de Protección, un estatuto integral. A nivel general desaparecen las dudas que el algún caso, han existido a la hora de acordar como medida cautelar en el procedimiento penal la expulsión del domicilio familiar ya que en algún supuesto seremitía la resolución de esta cuestión al Juez civil, permaneciendo la víctima conviviendo con el agresor.La Disposición Adicional Primera del Texto establece la implantación del Registro de medidas de priotección de las víctimas de violencia doméstica.Asimismo las modificaciones también van a operar en el Código Penal concretamente en el art. 153 para conceptuar como delito cualquier actuación en la que el sujeto pasivo se refiera el círculo de personas reflejadas en dicho precepto. doméstica con un marco asistencial y social adecuado.Se disciplina una compareencia ante ele Juez de guardia que podrá reasñizarse al tiempo que se desarrolle la comparecencia ahora prevista en el art. 504 bis 2 LECrium. (505 en la reforma en trámite parlamentario) para acordar la prisión provisional.Conviene destacar, la reforma del Código Penal que se verifica en reforma en materia de seguridad ciudadana,violencia doméstica e integración social de ls extranjeros habida cuenta que desaparece la falta de malos tratos del último pçárrafo del ap. 2 del art. 617 del CP lo que al incluirko como delito en el nuevo art. 153 que se tramitaen esta reforma permitirá aplicar a estas conductas la orden de Proteción ya que conviene recordar que en las faltas no podian adoptarse medidas cautelares,lo que dejaba desprotegidas a aquellas víctimas cuya denuncia dicurríría por el trámite de los art. 962 y ss de la LECrim.Esta título judicial se inscribirá también en eun Registro central para la ptotección de las v´ctimas lo que nos permitirá un seguimiento muy exacto delas medidas cautelares que se adopten en le más amplio sentido de "estatuto integral de protección".No es ocioso recordar la última resolución judicial que en torno al artículo 153 del Código

Hoy en día puede afirmarse con el propio texto del plan del gobierno que la gravedad de la violencia contra la mujer ha superado su dimensión privada.

D.1 a -El enjuiciamiento por los Tribunales de Justicia

La violencia, abarca una diversidad de hechos y situaciones. Podemos distinguir tres círculos concéntricos. El primer círculo, estaría referido, a la violencia entre la pareja, incluidas las violencias sexuales, pues un referente constante en esta materia estaría constituido por la concurrencia de violencias síquicas y sexuales.

Un segundo círculo, es el de los menores en general, en los que también está presente, la dualidad de las agresiones físicas y sexuales.

El tercer círculo, tal vez, el que menos aparece a la luz pública por el extremo abandono de la víctima y coparticipación de los mayores que conforman el grupo familiar, estaría constituido por el maltrato a las personas débiles, que existan en el grupo, entendiendo por tales la tercera edad y los incapaces.

Se trata en todo caso de tres círculos convergentes, y como tal ,con posibles interdependencias, que, en todo caso, conforman la violencia intrafamiliar, bien que hoy la noción de familia responde a una gran variedad de situaciones, pues por tales podemos referirnos a las familias fruto del matrimonio, uniones estables, hetero u homosexuales pudiéndose citar en relación a estas últimas la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables aprobada por el Parlamento de Navarra-BOE 6 de Septiembre de 2000-así como la existencia de diversos proyectos análogos, familias rotas por el divorcio o la separación incluso familias recompuestas y aún más, se está abriendo paso el matrimonio homosexual como lo ponen de manifiesto reformas legislativas de algunos países europeos.

Prueba de la importancia del tema y de la necesidad de desarrollar e incentivar políticas interdisciplinarias e interinstitucionales que pongan fin a estas situaciones de terror y dominación, fue le primer Plan contra la Violencia doméstica aprobado por el Gobierno en

---

Penal ha sido dictada por la Audienca Provincial de Barcelona sección septima de 4 de Junio de 2003.Asimismo con fecha 6 de Agosto de 2003 por medio del Real Decreto 945/2003 de 18 de Julio por el que se regula para el año 2003 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo en su articulo 2.2 letra c , se refiere específicamente a la víctima de la violencia doméstica y la engloba dentro del régimen financiero y de gestión establecido en el capítulo BV dekl Título III de la Ley General de la Seguridad Social, y supone una de las novedades importantes en aras a la protección integral de las víctimas de estos delitos. Concediéndoles una ayuda del estado inicial que cubra sus necesidades siempte que reúna los requisitos exigidos en el apartado 1 del artículo 2 excepto los recogidos en los párrafos a) y b).

Consejo de Ministros de 30 de Abril de 1998 ,y que en el aspecto penal y procesal ,cristalizó en la LO 14/1999 de 9 de junio de modificaciones del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En todo caso, no es ocioso recordar, que el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre la Violencia Doméstica aprobado el 7 de Febrero de 2001, reconoce que nos encontramos ante un problema nuevo:"Durante siglos la violencia se ha ejercido en el seno de la familia sin que ello provocara ningún tipo de reacción estatal por entenderse generalmente que cualquier problema que acaeciera dentro del ámbito doméstico debía gozar de la privacidad del entorno familiar".

En efecto, la agresión a la mujer, no es algo nuevo, siempre ha estado allí y quizá ese sea el problema1, pero sin duda, lo que caracteriza y colorea este tipo de violencia en relación a la mujer, y por tanto en referencia al primero de los tres círculos expresados es que esta es víctima de una forma especial a consecuencia del rol que desempeña y por su condición de mujer. Por ello la consideración de la "mujer como víctima" no es equivalente a "victima-mujer".

La mujer, como individuo, puede sufrir cualquier tipo de acción violenta o no y ser víctima de un delito contra las personas al igual que el hombre, pero ella a diferencia de éste es también víctima ,de una serie de delitos, por su condición de mujer como consecuencia de una serie de factores socio-culturales que permiten, que se produzca esa agresión, en los tres ámbitos en los que se desarrolla su persona: maltrato en el ámbito familiar, la violación en el medio social y el acoso sexual en el medio laboral. Se trata, en los tres supuestos, de situaciones que tienden a consolidar o a evidenciar una situación de dominio con fundamento en una diferencia biológica. Ya lo advirtió SIMONE DE BEAVOIR: "no se nace mujer, se llega a serlo"

D.1.b- Abordaje de la violencia de género.

El abordaje de lo que se denomina "violencia de género", debe de ser enfocado como un problema social de primera magnitud ,que trasciende a la mera intimidad de la pareja, y que en cuanto a su respuesta, desde la legitimidad de la acción del sistema de la justicia penal, exige unas eficaces políticas de prevención de ayuda a las víctimas y de resocialización de

estas y de sus victimarios[382] por ello y, por encima de todo, es preciso superar los valores androcéntricos imperantes en nuestra sociedad[383].

Insistimos, en la idea de universalidad de esta violencia de género, que atraviesa, hoy como ayer todas las culturas y todas las sociedades de Oriente a Occidente.

Hoy en día, en esta materia, estamos asistiendo al paso de la cultura de la resignación a la de la igualdad y de la emancipación, y, es que una sociedad, no puede calificarse de democrática ,si consiente, que sus valores fundamentales sean pisoteados o desconocidos para la mitad de la población, y que ese núcleo esencial de toda la sociedad ,que es la familia se mantenga, como un foco de conservación y transmisión de estas relaciones de dominación-posesión, lo que le convierte, en una auténtica escuela de violencia perpetuándose así el sistema

- Causas de la Violencia doméstica.

Las causas del comportamiento violento en el ámbito domestico, pueden tener un comportamiento endógeno (una forma de ser violento innato o aprendido en la infancia o la juventud, probablemente, por imitación de comportamientos similares observados en su entorno) y pueden tener un carácter exógeno: abuso del alcohol, de las drogas, inadaptación al medio familiar, fracaso laboral, etc… o finalmente ,y en la mayor parte de los casos, lo normal es que se de una mezcla de los dos componentes: carácter violento innato o aprendido y situación proclive a la demostración de fuerza física o maldad psíquica para obtener o mantener el poder en el ámbito doméstico.

En nuestra cultura, abundan los dos componentes antes mencionados, que favorecen, el desarrollo de la violencia doméstica: un machismo pasado de moda, pero no tanto como quisiéramos, una mala interpretación del derecho de corrección y una tendencia generalizada hacia el abuso del alcohol o de otras sustancias estupefacientes ,que ,socialmente, están bien vistas, o cuando menos, es tolerado sin reproches serios. A estos factores tradicionales, han venido a sumarse otros factores diversos y relacionados con el entorno social donde el individuo se desarrolla.

Sociológicamente, también se explican otras formas de violencia, que son lamentablemente, poco tratadas: la ejercida sobre las personas de la tercera edad, cuya convivencia con sus descendientes viene impuesta por la necesidad o conveniencia de que

[382] En este sentido , SSTS 927/24-6-2000, SAP Córdoba, sec. 1ª 14-3-2001 nº 26

contribuyan ,con su pensión, al sostenimiento de la familia. En estos casos la pensión es bienvenida pero el anciano que la aporta, es malquerido y objeto, por tanto, de vejaciones, provenientes generalmente de los parientes afines. Y, finalmente, la difícil convivencia, muchas veces impuestas entre padrastros, hijastros, hermanastros consecuencia de uniones entre personas separadas o divorciadas.

- Clases de violencia

_ Física y síquica

_ Ocasional y reiterada (habitualidad.).

De entrada ,conviene precisar los términos "violencia" y "doméstica" para posteriormente distinguir entre sus distintas variedades.

Por violencia, ha de entenderse, tanto la física ("*vis corpore illata*" o violencia en sentido estricto, esto es, con uso de la fuerza) como la síquica (vis compulsiva), generalmente equiparable a la intimidación, aunque, este término, tiene menor alcance porque no comprende los supuestos de injurias, calumnias o vejaciones).

En ninguno de los dos casos, las acciones típicas, requieren unos resultados materiales; si los hay, entraremos en el terreno concursal como expondremos con posterioridad.

La violencia, por si misma, no tiene un tratamiento específico en el Código Penal más que cuando se produce en ámbitos concretos: el doméstico o entre determinadas personas (circunstancia en este caso agravante de parentesco del artículo 23 del aludido Texto legal).

Hablamos, pues, de violencia doméstica, cuando la misma se desarrolla dentro de una morada o fuera de ella, pero entre personas que la comparten. El término doméstica, es por tanto, evidentemente, más amplio que el familiar e incluye a todos los que habitan una vivienda aunque no pertenezcan a una misma familia.

Es más dudosa, que la protección penal específica, pueda extenderse a personas distintas de las expresadas en los artículos 23, 153 y 617 .2 del código penal de incluirlas sobrepasaríamos los límites de la interpretación extensiva, para entrar en el terreno prohibido de la analogía.

Pero aún hay que concretar: La protección penal es diferente y superior para la violencia doméstica cuando es física y habitual. En otro caso, los tipos aplicables son los comunes al

[383] Conclusiones Jornadas Violencia Doméstica celebradas los días 24 a 27 de Junio del 2000 organizadas por el Consejo General del Poder Judicial en el marco de las actividades de formación continuada.

homicidio, aborto, lesiones, amenazas, coacciones…con la agravante genérica de parentesco si procede o los concretamente agravados por razón de parentesco o asimilada.

D.1.c La violencia como problema interdisciplinar.

Ya se ha dicho, que la violencia doméstica, es la manifestación más acabada de la vertebración de la sociedad alrededor de unos desvalores androcéntricos que tiene manifestación la asunción, como "normal", de que el marido maltrate a la mujer, se abuse de ella por terceros o sea objeto de acoso en el trabajo. son tres manifestaciones de la vieja dialéctica de dominación cosificada de la víctima.

Es un problema cultural de primer orden, que excede de la mera relación de pareja y de aspectos psicopatológicos, un fenómeno social y jurídico de relevantes proporciones que requiere un tratamiento pormenorizado para darle solución:

Es una cuestión con matices propios, entre los que podemos citar:

-El previo conocimiento víctima-agresor.

-La complicidad de la víctima en su propia victimización ,en la medida que es privada de su autoestima con frecuencia dependiente económicamente del marido-maltratador, acepta sumisamente la situación.

-La propia conducta procesal de la víctima, siendo muy revelador que acuda o no con asistencia letrada, ya que contar con asistencia jurídica en el juicio, la mujer encuentra una efectiva tutela de sus derechos.

-La dificultad de la prueba.

2) Características de la agresión iniciada por el hombre y, en su caso, por la mujer.

A ello podríamos añadir las denominaciones concretas de la agresión del maltratador a la mujer:

-Es una agresión de iniciativa, de ataque.

-Como causa desencadenante, unas veces se encuentra en razones extramuros al ámbito familiar, como pueden ser las propias frustaciones personales o profesionales del varón que buscan salida arremetiendo contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, otras veces carece de motivo diferente a hacer valer la superioridad.

-Es desproporcionada y excesiva por los medios empleados los que normalmente no los necesita al ser físicamente el más fuerte, si embargo las acciones son violentas y graves.

-El maltratador mantiene una actitud desafiante que no la oculta en público.

-La permanente frialdad perseguida es la perpetuación de la situación de dominación y control que ejerce. Maltrata para dominar y seguir dominando y por tanto para mantener dicha situación.

Inversamente, la agresión de la mujer que también, aunque en menor medida, puede darse, presenta unas características opuestas:

-Se trata de una agresión de respuesta porque previamente ella ha sido maltratada.

-Suele ser llevada a cabo con la ayuda de armas o instrumentos para compensar su déficit de fortaleza.

-Tiene una naturaleza de defensa aunque se manifieste en forma de agresión.

-Tiene una finalidad de escape, de huida agrede para terminar con la relación, no para perpetuarla.

También hasta ahora, la percepción social de una y otra agresión era muy diferente. Al hombre maltratador se le justifica y minimiza su acción, a la mujer-víctima-agresora se le reprueba severamente.

- Ámbitos de actuación.

Urge una intervención pública desde la pluralidad e interdisciplinariedad, que exige el abordaje de la Violencia Doméstica:

Antes de comenzar a analizar los diferentes recursos y servicios asistenciales que existen para las mujeres, queremos hablar, del papel fundamental que desempeña, el Instituto de la Mujer, en la protección de estas víctimas.

Destaca la especial protección y el trato preferente, que hay que dar a las mujeres víctimas de delitos, así como el seguimiento permanente y personalizado de la denuncias formuladas, a través de una relación constante con la víctima y el funcionario que la hubiera atendido a la hora de recibir la denuncia, se subraya la necesidad de contar con personal especializado e los Servicio Policiales de Atención a la Mujer la exhaustividad de los actos de investigación para la comprobación de las denuncias y su esclarecimiento la adopción de medidas cautelares respecto a los agresores y la potenciación de las relaciones de lo Cuerpos de Seguridad del restado con la Instituciones y Organismos con competencia concurrente en los campos de asistencia a las mujeres.

En el área de investigación, lo más destacado, ha sido la elaboración desde la Secretaría de Estado de Seguridad de un, módulo estadístico que contiene los datos referidos a la violencia. Con el mismo objeto se ha constituido un grupo de trabajo formado por personal de la Dirección General de la Guardia Civil y la Policía para elaborar un manual con normas de actuación coordinadas y uniformes de ambos cuerpos. El no utilizar protocolos estadísticos universales, ha dado lugar, a que no se puedan dar, datos de la situación a nivel europeo y que cada país tenga un sistema diferente y que incluso hasta hace poco tiempo no estaban unificados los de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por otra parte, el Instituto de la Mujer, ha elaborado un estudio sobre "La violencia contra las mujeres, sus causas, sus formas sus consecuencias" que se puede sintetizar el lo siguiente:

a) Existen rasgos que muy frecuentemente caracterizan al maltrato conyugal: Se produce el al ámbito doméstico privado, media una relación afectiva, es más frecuente en parejas donde no se comparten trabajos domésticos ni las responsabilidades familiares, los agresores impiden o dificultan el desarrollo de las víctimas, las agresiones se ven facilitadas cuando existen modelos asimétricos para la conducta y la relación

b) La incidencia de las agresiones habituales que padecen las mujeres en sus hogares de origen, cuando las víctimas de malos tratos son niños adolescentes y jóvenes hijas , hermanas o familiares, de sus agresores, es más elevada y mucho más prolongada que la incidencia de las agresiones en los hogares de propia creación, cuando las víctimas son esposas o compañeras de los agresores.

Esta situación sólo se invierte en perjuicio de las agresiones producidas por la pareja, en los casos que llegan a los juzgados y en los que acaban con la muerte de la victima.

Dicha Institución creada por Ley 16/1983 de 24 de Octubre y cuya regulación actual se contempla en el RD 7774/97 de 30 de Mayo, tiene como finalidad principal promover las políticas de igualdad del Gobierno desempeñado diferentes funciones.

Se intenta favorecer, el pleno y libre desarrollo de la persona ,dentro de la sociedad previniendo o eliminado las causas que conducen a su marginación, por lo que es responsabilidad de los poderes públicos.

La consideración de la víctima de estos delitos como sujeto de la acción social es reciente, al menos dentro de una concepción amplia de la misma que adopta como objetivos los antes identificados. Actualmente y con la transferencia a las Comunidades Autónomas de

esta materia se ha dado lugar a la promulgación de diferentes Leyes de Servicios sociales donde se definen los objetivos, prestaciones, modos de organización y financiación de la atención así como las ares de actuación preferentes las cuales son la familia, infancia ,juventud, toxicómanos, minorías étnicas y transeúntes.

Es muy importante que la víctima del delito tenga atención y asesoramiento médico, psicológico y jurídico, existiendo convenios de colaboración, con el Ministerio de Justicia para crear centros que enmarquen dichas premisas.

c) En el ámbito legal, se debe de informar a la víctima de los derechos que le concede la ley sobre las indemnizaciones que pudieran corresponderle, así como sobre el modo de formalizar la solicitud de la ayuda ante el Ministerio de Economía y Hacienda, quien tiene asignada la competencia.

Se le debe asesorar, sobre los trámites precisos, para la presentación de la denuncia, la asistencia letrada y las posibles medidas de protección si fueran necesarias.

Con ello se pretende llevar a cabo el seguimiento del procedimiento judicial si lo hubiera, e informar a la víctima si lo requiriera.

Asimismo, y esto constituye una novedad de la Institución, a las mujeres se les toman los datos y desde el mismo se da traslado a la Secretaría de Estado e Interior para que se adopten las medidas oportunas.

En una segunda línea de actuación, se han creado las Casas de Acogida, pisos tutelados y Centros de emergencia así como subvenciones a ONG para la realización de diferentes programas con las víctimas del delito.

El conocimiento de estos servicios y la efectividad de la ayuda inmediata, son los mejores antídotos para vencer el miedo a la denuncia que es siempre un paso difícil y el primer paso en la reconquista de la autoestima y de su repersonalización[384].

También, pueden citarse, el Protocolo Interinstitucional para la mejora en las asistencias a las mujeres víctima de maltrato y agresiones sexuales, en la Comunidad de Euskadi, aunque responde a un diseño mas global al concernir a todas las administraciones e instituciones del País Vasco pasando por la Fiscalía del Tribunal Supremo, Diputaciones Forales, La

[384] Al respecto se pueden citar diversos convenios de Colaboración firmados entre el Ministerio de Trabajo y el de Asuntos sociales y diversas Comunidades Autónomas entre las que señalamos: Madrid, Asturias Andalucía .Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Comunidad Valenciana_ BOE 27 de Febrero de 1999.

asociación de municipios Vascos y Consejos vascos de la Abogacía y Medicina, firmado el 25 de Noviembre de 2000.

d) En el ámbito sería el sanitario, respecto del que es preciso una cumplida protocolización de la actividad médica como paso imprescindible a una homogenización de la respuesta en este preciso ámbito con especial incidencia en la prescripción del síndrome de la mujer maltratada y al conexión entre el maltrato y la agresión sexual[385]

e) En la Comisaría de Policía lugar donde la estancia de la mujer debe ser especialmente amable y garantizadora de la intimidad. Adquiere en este escenario gran importancia la denuncia inicial que debe ser lo más completa posible, y por ello debe responder también a u modelo protocolizado. La rapidez de las comprobaciones a efectuar, el servicio 24 horas y la presencia de personal femenino en dichas Comisarías, singularmente en los grandes núcleos de población son otros tantos aspectos de relevancia e interés.

En el aspecto judicial, del que solo nos referiremos, a unos puntos concretos, porque van a ser objeto de análisis pormenorizado en siguientes Capítulos, la necesidad de coordinar las respuestas de los órdenes civil y penal evitando su atomización en diversos juzgados y la conveniencia de una especialización en el orden penal, profundizando en la experiencia de los tres primeros juzgados especializados en Violencia doméstica situados en Alicante, Elche y Orihuela[386] (en la actualidad han cesado en estas funciones especializadas).

Si la inmediación judicial ,es importante en todo enjuiciamiento, en esta materia adquiere un valor axiomático e insustituible. Es aquí donde puntualiza el valor de dogma ,el principio de que el juez que no tiene tiempo de escuchar, tampoco lo debe tener para juzgar.

En todo caso, es necesario, que desde las diferentes perspectivas referenciadas el tratamiento sea unitario y coordinado, y en este sentido el rol judicial adquiere una relevancia especial de ser eje y encrucijada a donde deben confluir todos como única garantía de una mejor respuesta que debe materializarse en un doble sentido:

a.- Frente al maltratador, evitar la sensación, que se tiene a menudo, de impunidad con una paliación tan garantista de la ley como firme en su sanción.

A medio plazo desarrollar una enérgica política que cambie los roles de género imperantes en nuestra sociedad, porque es ahí donde están anclados los malos tratos.

---

[385] LORENTE ACOSTA M. y J.A."La agresión a la mujer" Ed Comares segunda ed. capítulo 8, pp 191 y ss (obra del autor).

[386] Ver en esta materia el Informe sobre Violencia Doméstica del Consejo General del Poder Judicial de fecha 7 de febrero del 2001.

b.- Frente a la víctima, neutralizar la sensación de abandono, en que estas se encuentran, que debe de empezar por el convencimiento interno de que la denuncia, lejos de suponer una nueva posibilidad de victimización, "sirve" para poner fin a la situación de maltrato.

Solo la puesta en común de las medidas que a cada una de las instituciones concernidas en la erradicación de la violencia doméstica y la intervención coordinada con el establecimiento de procedimientos homogéneos, puede garantizar la anhelada protección integral de las víctimas y la puesta a disposición judicial del agresor.

D.1.d- El Juez ante la violencia de género.

El artículo 117.1 de la Constitución Española define a los Jueces y Magistrados como "…independientes…sometidos únicamente al imperio de la ley…".

La independencia, aparece, como atributo indispensable, a la esencia judicial pero encuentra su justo límite en el sometimiento de este a la Ley, entendida como expresión de la voluntad colectiva. Por ello, la independencia, lejos de ser considerada como patrimonio judicial, debe ser estimada ,como una garantía social.

Es la sociedad, la que exige independencia, porque esta es la base de la imparcialidad, y sobre esta, a su vez se asienta la aceptación social de la actuación judicial, que consolida, el estado de derecho con los valores democráticos.

La independencia judicial, debe ser puesta al servicio de los valores que la norma encarna, de suerte ,que el juez debe ser independiente de sus propias convicciones, y más que "comprender" determinadas situaciones, debe "comprometerse" con la efectividad de los valores amenazados, con una exhaustiva protección, al perjudicado por el delito.

Esta reflexión, es muy relevante ,en materia de violencia de género, porque en la medida que se constata un importante cambio legislativo, paralelo a la evolución social, quede una situación de permisividad en la violencia doméstica, se ha pasado a un enérgico rechazo, debe ser apreciable la misma evolución en los operadores jurídicos encargados de su aplicación sin que deba darse la hipótesis del divorcio, consistente, en que el juez que no asume el cambio, y esto no desde una situación interna de rebelión consciente, sino desde la más sutil e imperceptible, pero claramente demoledora, de interpretar, la Ley ,desde sus propias convicciones, lo que puede llegar al vaciamiento de los valores que la norma encarna.[387]

[387] Conviene destacar, en torno al tema que estamos analizando, la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de víctimas de la violencia doméstica, al objeto de poder obtener

La Ley se aplica mediante su interpretación, pero en la medida que esta, superado el viejo sistema del silogismo jurídico, supone, una cierta recreación de la norma a la luz del caso concreto, y que es la interpretación y aplicación judicial del derecho la que determina en última instancia el contenido de la norma, (correspondiéndole al Tribunal Supremo la labor de último interprete como garante del principio de legalidad y de seguridad jurídica) es posible el riesgo que se apunta por perjuicios en el operador judicial que pudieran sintetizarse en la famosa frase de BERTILLÓN: "solo se ve lo que se mira, solo se mira lo que se tiene en la mente" se desembocara en el efecto perverso de dejar que la aplicación de la ley quedara a merced de las propias convicciones del juez, que de este modo haría pasar por voluntad de la norma, lo que solo es el tribunal de su propia conciencia.

Como afirma DE LA VEGA BANAYAS [388] "el juez, no puede situar la justicia personal por encima de la justicia vinculada". Es decir ,al margen del deber de obediencia del ordenamiento jurídico, y la aplicación ,de los principios imperantes del mismo.

D.1.e- Las víctimas de estos delitos y el Organo jurisdiccional.

No conviene olvidar, a la hora de analizar el tema a estudio, que la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las víctimas ,de un lícito penal (art. 24 .1 de la C.E.), no puede suponer, por el excesivo rigorismo antes enfocado, un olvido, a la hora de lograr una reparación de los daños sufridos ,que, analizaremos por su importancia, en Capítulo aparte. Como esbozo, goza de especial importancia, la regulación atinente, al derecho a la justicia gratuita, dado el carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción, uno de los contenidos propios del derecho a la tutela judicial efectiva, pues su finalidad inmediata, radica en permitir, el acceso a la Justicia, de las personas, que no tengan, medios económicos para ello.[389]

---

por parte de los órganos jurisdiccionales, una protección rápida y eficaza de aquellas parsnas que han sido víctimas d ela violencia de género.La decisión judicial se deberá sustanciar de manera menos perturbadora en el seno del proceso penal en curso sea cual fuere sus naturaleza y características.A estos efectos, se posibilita, que la audiencia judicial del presunto agresor,coincida con la comparcencia del art. 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.,cuando ésta fuere procedente por la gravedad de los hechos o la scircunstancias concurrentes,con la audiencia prevista en ela art. 798 si se tratare de causas tramitadas con arreglo al procedimiento de enjuiciamiento rápido,como tendremos ocasión de analizar en el presente trabajo, o con el acto del juicio de faltas Asimismo la nueva Ley ,da carta de naturaleza, al Registro Central para la protecciónnde v´citmas de violencia doméstica,al que tendrán acceso inmediato las órdenes de protección dictadas por cualquier Juzgado o tribunal y en el que se anotarán, además, hechos relevantes a efectos de protección a las víctimas de esos delitos y faltas.

[388] DE LA VEGA BANAYAS, C."Derecho Judicial Español" Editorial Edijus, Madrid 1997 pp 215 (obra del autor)

[389] SSTC 16/1994 y 138/1998, SSTS 1060/20-12-96, SSTS 927/24-6-2000,SSTS 1161/26-6-2000,SSTS 164/5-3-2001,SSTS 20/22-1-2002,SSTS 1366/7-9-2000,SAP Granada secc 2ª 18-5-2001, nº284 entre otras muchas.

La lectura del art. 119 de la CE, denota , tras atribuir a la Justicia gratuita, el carácter de derecho prestacional de configuración legal, un reconocimiento, de un contenido constitucional, indisponible por el legislador ordinario (en todo caso se reconocerá el derecho a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar). Ello, supone, que el legislador, además de reconocer, necesariamente, el derecho a la Justicia gratuita, a las personas que no pueden afrontar los gastos del proceso, sin dejar de atender sus necesidades vitales y las de su familia, pueden acudir, a criterios distintos, a los estrictamente económicos, para delimitar, el contenido y condiciones de su ejercicio, del mentado derecho. Así, y son palabras del máximo interprete de la Constitución[390]: "El legislador podrá atribuir el beneficio de la Justicia gratuita, a quienes reúnan, las condiciones y requisitos, que se consideren relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado o, incluso, del tipo concreto de proceso, y ,por supuesto, en función de los recursos económicos, de los que pueda disponer en cada momento."

En consecuencia, una política legislativa sensible a los postulados victimológicos, podía, con perfecto encaje constitucional ,conferir a las víctimas de determinados delitos el derecho a la Justicia gratuita, en aras a instar a la defensa, de sus pretensiones, en sede jurisdiccional. No ha sido esta, la opción del legislador, al someter, el reconocimiento del nombrado derecho a la Justicia gratuita de las víctimas, a los requisitos de concesión, recogidos con carácter general en la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE 12 de Enero de 1996).

Por tanto ,sólo las víctimas que formen parte de los núcleos familiares, que no generen el cómputo anual, ingresos o recursos superiores al doble del salario mínimo interprofesional o en casos excepcionales, hasta el cuádruple; litiguen en defensa de derechos propios y ejerzan pretensiones sostenibles, podrán ver reconocido, su derecho a litigar con gratuidad. El reconocimiento del mentado derecho, conlleva las siguientes prestaciones: gratuidad del asesoramiento previo el proceso, de la defensa por parte de abogado y representación por procurados y de la asistencia pericial en el proceso; exoneración o sustancial minoración en el coste de los anuncios o edictos que de forma preceptiva deben publicarse en los periódicos oficiales así como los derecho arancelarios devengados por Notarios, Registradores de la Propiedad y registradores Mercantiles.

[390] STC 117/98 ponente GIMENO SENDRA,V., al que hemos citado deforma amplia en el presente trabajo, por su importante contribución ,al estudio, de nuestras normas procesales.

D.1.e.1- La investigación judicial y las garantías de los derechos de las víctimas en este tipo delictivo.

El contenido normativo, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedica a la instrucción judicial supone un reflejo de la concepción del proceso, como lugar de encuentro, entre el Estado, como titular del "*ius puniendi*" y el victimario, como protagonista del hecho criminal. Así ,el art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. define ,el sumario, como las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas, para averiguar y hacer constar, la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias, que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

La exégesis del precepto, ciñe el papel judicial, a la labor de obtención de fuentes de prueba del delito y de la persona de su autor , así como, a la adopción de medidas cautelares que garanticen la sujeción al proceso del inculpado y responsabilidades pecuniarias del victimario.

Ninguna mención se realiza al Juez, como garante de los derechos de las víctimas, síntoma inequívoco, del carácter secundario, que, en principio, se asigna a su función y actuación, en el proceso Sin embargo, tras esa filosofía general ,anidan ,en diversos lugares de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, preceptos, que colocan a las víctimas, como protagonistas primarios, de la labor jurisdiccional.

De esta forma, el artículo 13 del aludido Texto Legal, que ha sido actualmente modificado por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, define ,como una de las primeras diligencias a realizar por el Juez instructor, la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a sus comprobación y a la identificación de delincuentes, la de detener,en sus caso, a los presuntos responsables del delito, y ñla de proteger a los ofendidos o perjudicados, por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto, las medidas cautrelares a las que se refirer el art. 544 bis o a la oreden de protección prevista en el art. 544 ter de esta ley,; los artículos 109 y 775 obligan, al operador judicial, a explicitar a las víctimas, sus derechos en el proceso; en el artículo 366 se confiere preferencia al auxilio a los agraviados por el delito sobre la práctica de diligencias de comprobación del delito , el artículo 642, faculta al tribunal para poner el procedimiento en conocimiento de los interesados (que mayores interesados que las

víctimas) para que, en su caso, ejerciten, la acción penal, ante la petición de sobreseimiento instada por el Ministerio Fiscal.

Finalmente, extramuros, ya, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. el artículo 15.4 de la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre obliga, al Juez instructor, a notificar a las víctimas, la resolución que cierre la instrucción, aunque no sea parte, en el proceso. Precisamente, este último precepto, sirve de base ,al Consejo General del Poder Judicial, recogida en el Libro Blanco de la Justicia, de modificación del actual artículo 270 del la LOPJ[391]

En aras a instaurar la obligación judicial, de notificar, todas las resoluciones, que pongan fin al proceso, no sólo a las partes, sino, también, a quienes puedan parar perjuicios.[392]

De la constelación de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. aludidos, los recogidos en los artículos 13, actualmente reformado, por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, y los arts. 109, y 755 del indicado Texto normativo, alcanzan un papel vertebral en la función de tutela de las víctimas.

El artículo 13 referenciado, hasta la modificación reseñada, era de escasa aplicación judicial, no obstante, permitía, al Juez instructor, la adopción, mediante resolución motivada, de medidas cautelares personales, reales, y restitutorias, directamente encaminadas, a cumplir, con las finalidades tutelares, de las victimas.[393]Sin embargo, problemas vinculados al principio de legalidad[394] y la convulsión de la opinión pública, ligada, a la aparición en los medios de comunicación social ,de los supuestos gravísimos de malos tratos, crearon, un ambiente favorable, a la promulgación de una norma reguladora de la justicia tutelar de las victimas.[395] ,actualmente, la recientísima Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

---

[391] Que dice que las diligencias de ordenación, providencia, autos y sentencias se notificarán a todos los que sean parte en el pleito o las causa y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones de conformidad con la Ley

[392] CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,Libro Blanco de la Justicia, Madrid 1997, pp. 238.

[393] SOLE RIERA, J"La tutela de la víctima en el proceso penal " ob ,cit.ant, pp. 85 a 90 (obra del autor).

[394] Vincula TIRADO ESTRADA, la inaplicación del articulo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. con la ausencia específica en el precepto de las medidas cautelares, así, el mencionado autor, especifica, en " Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal", Boletín de información del Ministerio de justicia Año LII nº 1820, Madrid, Mayo 1998, pp 7 (obra del autor).Convendrá estabñlecer la importante modificación efectuada poe la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la viooencia doméstica,que ha modificado dicho precepto permitiendo que se adopten las medidas cautelares necesarias a las que hace referncia el art. 544 bis o la orden de protección prevista en el art. 544 ter de esta Ley.,

[395] Ha sido aprobada por unanimidad por todos los grupos parlamentarios, la Ley 27/2003 reguladora de la orden de protección de las víctimas d e violencia doméstica que permitirá que se pueda demandar del Ordenamiento jurídico, un nuevo estatuto de protección con posibilidad de adoptar medidas

En fechas no lejanas en el tiempo, (3 de Octubre de 2002) el Gobierno aprobó, la Ley de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.38/2002 y LO 8/2002 de 24 de Octubre), para lograr un mejor tratamiento normativo ,de los malos tratos en el ámbito familiar, que serán objeto de una exposición más amplia en el presente trabajo. Como apuntes someros, conviene destacar, que el objetivo legal ,ha sido, el de la implantación en nuesrtro ordenamiento procesal, de los "juicios rápidos": Los aspectos de la reforma, como se deducía, de las discusiones parlamentarias, son puramente secundarios,ya que de lo que se trataba era de responder, de algún modo, en este caso con Derecho Procesal, al fenómeno progresivo, de aumento, de la pequeña delincuencia, en nuestro país. Tal reforma, introductoria de los nuevos trámites de enjuiciamiento acelerado, de los ilícitos penales, se justifica ,según se reseña en la Exposición de Motivos de la Ley , en los términos del tan aireado "Pacto de Estado para la Justicia", firmado por los partidos políticos mayoritarios en las Cortes generales.

Como apuntamos, conviene recordar, que, sólo, seis diputados de IU se abstuvieron y no votaron a favor de esta importante modificación, sosteniendo, que estos procedimientos, estaban ya contemplados en el Ordenamiento español, y si no se habían aplicado hasta el momento, sólo había sido, por falta de medios y de coordinación, entre las diversas instituciones.

Si que es cierto, que los "juicios rápidos", fueron introducidos, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. de 1992, aunque, efectivamente, sólo se intentó aplicar en algunas ciudades, como Madrid, Sevilla o Alicante y, únicamente, había tenido, un cierto éxito, en Barcelona.

Haciendo un breve análisis, la necesidad de asentar las pautas, para generalizar esta respuesta rápida a los pequeños delitos y faltas, hizo que los grupos políticos firmantes del Pacto de Estado, considerasen ,el asunto lo suficientemente importante, como para abordarlo sin demora, como reforma parcial independiente ,del debate ,sobre una reforma global de la Ley Procesal penal.

---

cautelares de carácter civil y penal,así como la activación inmediata de instrumentos de protección social que tengan aprobadas todas las administraciones.Todas las Ordenes tendrán acceso al nuevo Registro nacional para la protección de las víctimas de la vilencia doméstica que se implantó como, herramienta básica, para la coodinación de actuaciones, encaminadas a la seguridad de aquellas víctimas. Se introduce un último párrafo al art. 544 bis de la ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando las medidas de protección a la víctima se incumolen y n se adpotan medidas de mayor gravedad y en los procedimientos tramitados como infracciones leves hay, una adopción mínima, de medidas de alejamiento y protección a dichas víctimas.

Se establecen criterios de “obligatoriedad y organizativos”, explicó el portavoz del CGPJ, ENRIQUE LOPEZ.

Lo que si que es cierto, es que, algunas voces, como la Unión Progresista de Fiscales, han alertado del excesivo valor que la reforma da a la celeridad, en detrimento de algunas garantías, particularmente, para las víctimas del delito, volviéndose a un modelo “inquisitivo” en el que las principales funciones, se atribuyen a la Policía y al Juez de Instrucción y, sin embargo, se deja, sin apenas contenido, la interve,nción del Ministerio Fiscal durante la instrucción.

Entre las novedades que introduce se recogen las siguientes:

Introducción en delitos de lesiones a victimas del entorno familiar

b) La violencia síquica como modalidad típica

c) Adopción como medida cautelar del alejamiento del victimario.

d) Investigación, de oficio o por la denuncia de tercera persona, de las faltas de malos tratos.

e) Se aplicarán ,subsidiariamente, las normas del enjuiciamiento abreviado en el que también se introducen modificaciones en aras de una mayor eficacia por ejemplo, la regulación de los recursos o el régimen de conformidad.

f) Las penas que se impondrán por el procedimiento abreviado no deberán superar los nueve años de privación de libertad y para otro tipo de sanciones no se establecen límites a su cuantía o duración.

g) Se prevé el enjuiciamiento inmediato de las faltas (previstas y penadas en los artículos 617 o 620 supuestos de violencia doméstica menos grave) así como las faltas flagrantes previstas en el artículo 623.1 del Código penal para que el propio juzgado de guardia celebre el juicio en pocas horas, incluso menos de veinticuatro, desde que tiene conocimiento del hecho. De no poderse celebrar inmediatamente prevé que el propio Juzgado de guardia cite a las partes para que se celebre en breve plazo. Concretamente los plazos establecidos son de 15 días para los delitos y 72 horas para las faltas.

h) La concentración de la instrucción requiere una serie de previsiones, por ejemplo el reforzamiento de las funciones de la Policía Judicial, el aseguramiento de todos los afectados o participación activa del Ministerio Fiscal, que deberá preguntar a la víctima que

satisfacción espera del imputado para podérsele trasladar al inculpado y poder alcanzar un acuerdo de conformidad

Por ello[396]en el plano de la violencia doméstica[397] sólo las primeras denuncias deben tramitarse por la policía ,como falta, pues sino es así, o habrá numerosas anulaciones de citaciones por calificaciones definitivas como delito de habitualidad o el deseo de enjuiciamiento inmediato dejará sin práctica aplicación el artículo 153 del Código Penal que tantos esfuerzos ha costado", precepto que por su importancia en el proceso penal, máxime por la relación entre la víctima y el victimario he expondré de forma particularizada en el estudio[398]

Asimismo, en nuestra opinión, el legislador ha encontrado un punto de equilibrio. Se abandona la desafortunada expresión "alarma social" que había de ponderarse por el Ministerio Fiscal, a fin, de impulsar, el procedimiento rápido, que como subtipo procedimental regulado en el art. 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conocía el procedimiento abreviado. Esa expresión amén de producir perturbadoras resonancias con el concepto de "irritación social" utilizado por el legislador del "Tercer Reich" en la Ley de 1935, había sido objeto de invocación a la ponderación, y al cuidado, por la Instrucción 692 de la Fiscalía General del Estado.

Un notable y sorpresivo avance, en la articulación instrumental, al derecho de defensa supone la regla contenida en los artículos 775 y 797.3 de la LECrim., teniendo en centa las mofdificaciones introducidas por Ley 27/2002 de 24 de Octubre y por LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria del citado Cuerpo nornativo, en cuya virtud, el detenido tras conocer el objeto de la imputación, podrá entrevistarse reservadamente con su letrado, tanto antes como después de prestar declaración ante el Juez, lo que viene a engrandecer también

[396] BAYO DELGADO J. " Una reforma no necesaria pero conveniente", Diario de noticias de " La Ley" Noviembre 2002.

[397] Se debe traer a colación, la importante reforma procesal efectuada recientemente por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica cuya modificación de los artículos 13 y 544 de la LECrim a los que dedicaremos Capítulo especial suponen un nuevo punto de arranque ,a la hora de proporcionar, medidas de protección a las víctimas de estos delitos y una adopción de medidas cautelares tanto de carácter penal como civil ,comprendiendose asimismo un estatuto integral de protección a la misma.

[398] En torno a la exposición de estos delitos habrá que tenerse en consideración la aprobación por el Gobierno con fecha 25 de Abril 2003, de una nueva reforma del Código Penal por el que se modifica el citado texto legal en concreto 166 artículos se introducen 12 nuevos tipos penales y se suprimen los arrestos de fines de semana, suprimiéndose la pena de arrestos de fines de semana que es sustituida según la naturaleza y gravedad del delito por condenas de prisión, multa y trabajos en beneficio de la comunidad o la localización permanente, por la que se obligará al condenado a estar controlado mediante pulsera electrónicas durante el tiempo y en las condiciones que fije el Juez sentenciador. Diario de Noticias " La Ley" 5-11 de Mayo 2003.

la figura del letrado.[399]Todo ello, va a reforzar, no sólo los derechos del victimario sino a la par también los de la víctima al suponer una aplicación efectiva de la inmediación judicial y un proceso sin dilaciones indebidas.

Ha habido precisiones ,de tipo jurídico, por el Pleno del consejo General del Poder judicial en sesión celebrada el día 21 de Octubre de 1998, asimismo, la Fiscalía General del Estado ha elaborado la Circular 1/1998, intitulada Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, tendente a uniformar los criterios de los fiscales, tanto en la petición de medidas para los victimarios, directamente encaminadas a la protección de la víctimas mientras se investigan los hechos, como en la obtención de la información precisa para la aplicación del tipo de malos tratos habituales en el seno familiar, recogidos en el artículo 153 del Código penal y a cuya referencia, por su importancia social, está dedicado el siguiente Capítulo.

Los artículos 109, 110, y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,. que deben ser completados con la disposición contenida en el artículo 15.4 de la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre contienen el núcleo normativo ,de la denominada ,diligencia de ofrecimiento de acciones.

El mentado trámite, es vertebral, en la medida que permite conocer a las víctimas los derechos que les asisten en el proceso penal. A estos efectos, el adecuado cumplimiento de

[399] Mayores dudas suscitó, la discusión parlamentaria, en torno al régimen de recurso frente a las resoluciones que otorgan viabilidad procesal a la causa y a la intervención de las partes. Esa ordenación material y subjetiva del proceso se conforma por trámites predominantemente orales. Así, el juez practicadas las imprescindibles diligencias, dictará resolución oral motivada ordenando la continuación del procedimiento que no será susceptible de recurso. ahora bien, se otorgará previamente trámite de alegaciones orales a las partes (art.798) para que se pronuncien acerca de la resolución que deba seguirse. Ordenada la continuación del procedimiento se otorga trámite de alegaciones a las partes para que se pronuncien sobre la procedencia de apertura juicio oral o acordar sobreseimiento (posibilidad última que escapa al trámite anterior) sin que contra la resolución que acuerde apertura de juicio oral quepa recurso alguno (cual sucede en el actual procedimiento abreviado).Es de destacar en este punto que el auto que acuerda la continuación del procedimiento dando por conclusa la fase de instrucción y otorgando traslado a las acusaciones a fin de permitirles interesar apertura de juicio oral queda, en el proyecto de ley, expresamente excluído de la posibilidad de recurso tanto en el procedimiento abreviado como en el proceso acelerado .No ocurre así en la actual regulación que permite a la defensa interposición de recurso de reforma y de queja.El escollo que presenta lo que en apariencia supone una merma del derecho de defensa, se salva si tenemos en cuenta que el derecho al recurso, conforme los Convenios Internacionales suscritos por España (art. 14.5º del Pacto internacional de derecho civiles y Políticos), viene mas bien vinculado al derecho a la doble instancia y al derecho de revisión por un Tribunal Superior de las sentencias dictadas, más no viene referido al derecho a recurrir resoluciones de vialización y ordenación material del proceso. No existe, pues, inconveniente constitucional para excluir del derecho al recurso la decisión de continuación del procedimiento y traslado a las acusaciones para solicitud de apertura de juicio oral, pudiendo la defensas contra la sentencia que se dicte formular recurso de apelación (art. 803.1) en el que puede cuestionar la procedencia o no de la misma, del tipo procedimental elegido, amén de contar la defensa y todas las partes personadas con un específico trámite de alegaciones con anterioridad a la apertura del juicio oral, siendo incluso, acaso, preferible ese régimen que produce resoluciones judiciales con audiencia contradictoria

la finalidad perseguida con tal acto procesal, exige una información completa y comprensible sobre las facultades ejercitables en el proceso por las víctimas, lo que a mi juicio, conlleva, además de la precisa explicación verbal, la entrega de una referencia escrita, caracterizada por la sencillez, concisión y ,escasa presencia, de un vocabulario técnico jurídico y la concesión de un plazo, para que las víctimas expliciten el contenido de su voluntad.

Es difícil ,cohonestable, con el sentido profundo del valor Justicia, como por desgracia ha ocurrido, que la viuda de una persona asesinada ,por una banda terrorista se le cite, a los cuatro meses del asesinato a las dependencias de un juzgado en nombre propio y en representación de sus hija de corta edad, se le comunique escuetamente que se le hace el ofrecimiento de acciones, conforme a los previsto en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. y se le conmine a manifestar, en unidad de acto, si renuncia o reclama los daños al victimario.

En esta situación, no es extraño que una víctima que vive bajo el impacto emocional provocado por la desaparición violenta de su marido, pronuncie la palabra "renuncia", al estimar que tal vocablo, le exonera de un trauma adicional ,que, de forma angustiosa, cobra fuerza en su realidad vital: percibir visualmente al victimario en el acto del Juicio oral.

Asumir, jurisdiccionalmente, tal manifestación, como acto explícito de renuncia, a los derechos propios y a los de su hija menor de edad, supone, infringir la normativa civil respecto a la inhabilidad de los padres para renunciar a los derechos de los hijos menores de edad y, obviar, el contenido exacto de la voluntad de la víctima, mayor de edad al no escudriñar las circunstancias, previas y coetáneas que anidan en la génesis y emisión de su declaración.

Sobre la eficacia real de la presente reforma procesal (y de ninguna otra que pueda proyectarse en el futuro), no se debe ser pesimista. Pero la experiencia enseña que, por regla general ,las bienintencionadas modificaciones legislativas que se introducen, con esos objetivos antes apuntados, suelen quedarse a medio camino. Factores tales, como la iniercia judicial en el seghuimiento mimético de trámites procesales ya conocidos, y experimentados en multitud de ocasiones, o la reacción a toda reforma que suponga un cambio significativo en las funciones profesionales de cada cual, adquiere peso específico en la frustación del resultado final. Pero, el factor más importante, con diferencia, es el que la enorme

---

previa de las partes, que el tradicional que conoce de resoluciones judiciales dictadas en la soledad del despacho que luego habrán de ser recurridas.

sobrecarga que desde hace, algunas décadas, padecen los Juzgados del orden penal, impiden que puedan ponerse en práctica ,como es debido, las innovaciones propuestas por el legislador, que, generalmente, suelen exigir del personal judicial, un mayor esfuerzo y dedicación.Por ello llegados a este punto, estamos como siempre. Con independencia del mayor o menos acierto de la reforma, desde el punto de vista estrictamente técnico, la misma se verá abocada al fracaso como desde, el Poder ejecutivo, no se provea multiplicar, el número de Juzgados y en la misma medida, a incrementar las plantillas de Jueces, Secretarios Judiciales y demás personal al servicio de la Administración de Justicia siempre teniendo en cuenta el fin real del proceso que es la satisfacción plena de la v´ctima y que su pronta reparación no se dilate, sobremanera, en entresijos judiciales, que nada tienen que ver, con la verdadera intencionalidad legislativa.

D.1.f- Las iniciativas extrajudiciales en relación con esta materia.

El fenómeno de Violencia Doméstica, ha sido objeto de una ingente actividad desplegada en los últimos años por las Administraciones Públicas.[400] En este sentido, fuera del ámbito estrictamente judicial aunque, incardinado, en el de la Administración de justicia, merece destacarse, en primer término, el Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares, en el año 1999 y 2000 editado conjuntamente con el Instituto de la Mujer y la Fiscalía General del Estado., por tratarse de un estudio profundo y riguroso ,de lo que representa, desde la perspectiva penal el fenómeno de la violencia domestica, que incorpora,. un detallado análisis, de plena actualidad hoy en día, de los problemas técnico-jurídicos ,derivados de la legislación vigente y ,sugiere, un elenco de reformas legales. que serían precisas, para lograr una mayor eficacia en la lucha contra este tipo de infracciones y que en cierta medida, han sido recogidas. en la reforma de nuestra Ley Procesal penal de la que más adelante haremos mención y del Código Penal.

Asimismo, ha de destacarse, la labor desarrollada por las Administraciones en las áreas de formación y educación recursos sociales, sanidad legislación e investigación plasmada en la Memoria de Actuaciones contra la violencia doméstica realizadas por la Administración

[400] Ley Orgánica 14/1999 de 9 de Junio de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de malos tratos e implementadas con la , Ley 38/2002 de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LO 8 /2002 de 24 de Octubre complementaria de la anterior, y la Ley 27/2003 de 31 de Julio, reguladora dela Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica., Acuerdo Reglamentario 2/2003 de 26 de Febrero del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se modifica el Reglamento 5/1995 de 7 de Junio de los

general del Estado y la Comunidades Autónomas en el año 1999 editada por el Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer) y el Plan de Acción contra la violencia doméstica 1998-2000, 2001-2003, puesto en marcha por el citado Ministerio, que ha sido objeto de un importante desarrollo, mediante la aprobación, del Protocolo de actuación sanitaria ante los malos tratos domésticos pieza clave para concretar las putas reactuación que deben seguir los profesionales sanitarios en los casos de maltrato de esta naturaleza.[401]

En el mismo sentido, las Cortes Generales, han formado diversas Comisiones para el análisis del fenómeno que estamos analizando, siendo de destacar la ponencia sobre erradicación de la violencia doméstica que elaboró el Senado.

Igualmente importantes han sido los resultados obtenidos, de la colaboración interinstitucional en la que tomaron parte activa, las diferentes Comunidades Autónomas que han elaborado, planes específicos, al respecto

Ahora bien, la proliferación de iniciativas, con ser enormemente positiva, no deja de plantear problemas en orden fundamentalmente, a la necesaria coordinación, que se precisa para abordar con la máxima eficacia, el tratamiento de un fenómeno, como el que analizamos, que transciende los ámbitos territoriales y, se extiende, a todo el territorio nacional.

Es por ello, que puede resultar de gran interés, la aproximación al problema ,desde una perspectiva amplia, omnicomprensiva, de las peculiaridades que concurren en este fenómeno y de todas las materias en las que incide.

D.2- Precedentes legislativos del artículo 153 del Código penal

Antes de analizar, de forma exhaustiva, la importancia de este precepto legal, conviene precisar de forma clara cual es el concepto de "violencia" y de "punibilidad" para una mejor comprensión de los diferentes cambios legislativos producidos en torno al mismo.

El artículo 153 del Código Penal ,se refiere, expresamente ,tanto a la violencia física como ala violencia psíquica.

A estos efectos conviene precisar que el Consejo de Europa distingue los diferentes tipos de violencia:

---

aspectos accesorios de las actuaciones judiciales en lo relativo a los servicios de Guardia (BOE nº 59 de 10 de Marzo).

[401] Convendrá traer a colación, la Ley 27/2003 reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, que analizaremos ,de forma más detallada, a lo largo de la exposición del prsente trabajo.

a) Violencia física: se incluya aquí todo tipo de agresiones corporales (empujones, golpes, ataques con armas, mordeduras, quemaduras, mutilaciones…)

Violencia sexual: comprende cualquier actividad sexual no consentida (visionado o participación forzada en pornografía, relaciones sexuales obligadas, tráfico y explotación en la industria del sexo…)

Violencia sicológica concepto amplio que admite múltiples modalidades de agresión intelectual o mora. (amenazas, desprecio, intimidación…).

Violencia económica: entendida como desigualdad en el acceso a los recursos compartido (negar el acceso al dinero, a la educación…).

Violencia estructural: término íntimamente relacionado, con el de violencia económica pero, que incluye, barreras invisibles e intangibles, contra la realización de las opciones potenciales y de derecho básicos de las personas. Se sustenta en la existencia de obstáculos firmemente arraigados y que se reproducen diariamente en el tejido social (por ejemplo las relaciones de poder que se generan y que legitiman la desigualdad.

Violencia espiritual: concepto comprensivo de aquellas conductas que consisten en obligar a otras persona a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado o dirigidas a erosionar o destruir las creencias de otro a través del ridículo o castigo

Sentado lo anterior pasaremos a expones la importante y dificultosa evolución de este concepto legal y sus numerosas reformas legales, necesario para comprender la actual regulación y su incardinación en el marco social.

1_CP texto revisado de 1963.

Como precedente más remoto, y que realmente aparece desconectado de la actual problemática de la violencia doméstica, podemos citar la regulación de los malos tratos considerados exclusivamente como faltas y tipificados en el art. 583 apartados primero y segundo y tercero que en una clave totalmente discriminatoria castigaba a "…los maridos que maltratasen a sus mujeres cuando no les causaren lesiones..." así como a "...las mujeres que maltrataren de obra a sus maridos...".Dicho claramente, el marido podía insultar y vejar a la mujer con total impunidad en tanto que la mujer respondía del maltrato de palabra y de obra.

2_ CP Reforma urgente y parcial dad por la LO 8/1983 de 25 de Junio.

Desaparecen las dos faltas antes citadas del art. 583 que quedan refundidas en una sola con el mismo texto:"...el que maltratare a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra aunque no les cause lesión..."La exposición de Motivos de la Ley justificaba la modificación porque"...la igualdad entre los cónyuges obliga a refundir en un solo y nueva precepto el 583-2 las faltas hasta ahora descritas en los números 2 y 3 de dicho articulo..."

3 _LO 3/1989 de 21 de junio de actualización del CP

Es aquí, donde encontramos, el verdadero precedente, del actual 153. En la reforma legal expresada se introdujo ex novo el art. 425 en virtud de una enmienda del Grupo socialista en su tramitación en el Senado, ya que, ni el proyecto de Ley ni en el Texto aprobado por el Congreso, se incluía precisión alguna.

La Exposición de motivos de la Ley, justifica esta novedad ante la necesidad de responder"...a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar, frente a las conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo,..." Ya sean ejercidas sobre los menores e incapaces o, ya sobre el otro cónyuge, convirtiéndolo en delito, aunque ,aisladamente, no constituyen más que una serie de faltas, conversión delictiva que en la Exposición citada se justifica por la nota de la habitualidad.

Consecuencia de esta novedad, queda sin contenido la falta del art. 583 refundiéndose en el párrafo segundo del art. 582 los malos tratos que quedan agravados cuando los ofendidos sean los ascendientes, cónyuges o uniones de análoga afectividad de forma permanente e hijos menores pero con un carácter claramente residual respecto del art. 425.aunque hay que hacer constar que en relación a los sujetos pasivos del delito o la falta respectivamente, existen divergencias relevantes entre el art. 425 y la falta del 582, ya que el primero se incluyen, además al pupilo, menor o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho y por otra parte no se exige en la relación de afectividad que sea permanente, lo que si que se exige en la falta.

En definitiva, y no obstante las diferencias expuestas, en nuestra opinión, puede afirmarse que fue la reforma del CP dada por Ley 3/89 de 21 de Junio cuando se crea un tipo penal de violencia en el ámbito familiar, vertebrándolo alrededor de la idea de la habitualidad.

El tenor literal del nuevo delito era el siguiente:...el que habitualmente y con cualquier fin ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo menor o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho..." La pena prevista era de arresto mayor.

Los elementos integrantes de estos delitos, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.(STS de 17 de Abril de 1997) eran los siguientes:

a) Acción que suponga el ejercicio de violencia física, quedando, en consecuencia excluída, en virtud del principio de legalidad de violencia síquica.

b) Que dicha acción se ejerza habitualmente, con lo que a pesar de no integrar individualmente más que una sucesión de faltas, si se produce de modo habitual se estaría ante el delito, quedando establecida en esa nota la diferencia con la falta del art. 582 inciso final.

c) La acción violenta puede obedecer a cualquier fin.

d) Tanto el sujeto activo como pasivo deben ser cónyuges o persona unida por análoga relación de afectividad, pudiendo extenderse el sujeto pasivo a otras personas relacionadas en el tipo.

A pesar de su inclusión en el capitulo IV- De las lesiones- Del título VIII- Delitos contra las personas, realmente la Doctrina científica no lo ha considerado como un delito de lesiones y ello por dos consideraciones:

Porque no exige un resultado lesivo para la víctima, que de concurrir, obligaría a acudir al concurso de delitos.

Porque el bien jurídico protegido no es la indemnidad personal, sino la dignidad de la persona en el seno de la familia.

Es de destacar, la sorprendente ausencia de los ascendientes, como sujetos pasivos, por lo que las violencias ejercida sobre ellos, al ser ignoradas por el tipo solo podrán ser sancionadas como constitutivas de lesiones, en su caso, o derivarse a falta del art. 582, donde si que estarían incluidas. En todo caso, ha de hacerse constar, la importancia de ese olvido del legislador ante los frecuentes maltratos que pueden sufrir lo ascendientes mayores de edad avanzada por un convivencia impuesta con sus hijos.

Puede que justamente allí donde más necesitada de tutela está la dignidad humana es donde se produjo un olvido de la Ley.[402]

[402] COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON,".Derecho penal, parte especial" Tirant lo blanc 1990 pp 611(obra del autor).

Tema importante que suscitaba el tipo del art. 425 era el régimen de concursos entre dicho artículo y los diferentes resultados lesivos acaecidos como consecuencia de los diferentes hechos que sirven para acreditar la habitualidad.

Se sostuvo en la Circular 2/1990 de la FGE, que en el caso de que la violencia física habitual hubiese causado alguna lesión constitutiva de delito, se estaría ante un concurso de normas- no de delitos como sostenía la doctrina científica- a resolver por el principio de consunción, de forma que el delito de resultado más grave absorbería las previas violencias físicas habituales. Paralelamente, si las lesiones causadas por las violencias habituales tenían la consideración de falta el art. 425 la subsumiría en el tipo con lo que en definitiva la naturaleza del bien jurídico del citado precitado precepto, quedaba ambiguo y la autonomía que se postulaba las propias lesiones resultaba más teórica que practica.

Por otra parte, el mismo concepto de habitualidad, término impreciso, creaba problemas en la práctica de interpretación y buena prueba de ello la tenemos en la circular de la FGE 2/1990 que recogió al respecto los dos criterios existentes:

La de quienes estimaban, el concepto de habitualidad, en sentido jurídico de multirreincidencia, con la consecuencia de hacer descansar el mismo en la existencia de antecedentes por reincidencia en lesiones o faltas de malos tratos, lo que provocaba problemas de doble incriminación y riesgo de violación del *"non bis in idem"*.

Y la de aquellos que separando ambos conceptos: reincidencia de naturaleza claramente normativa y la habitualidad de naturaleza criminológica atendía exclusivamente a la repetición de otros en idéntico sentido, con independencia de que se hubiese apreciado la reincidencia o la reiteración, al no ser conceptos coincidentes y atendiendo a otros supuestos en los que el CP se refería a la habitualidad.[403] Y considerar que la acreditación de varios actos, próximos en el tiempo, sometidos contra los sujetos pasivos contemplados en el tipo daba lugar a la habitualidad.

Este fue el criterio asumido jurisprudencialmente, siendo exponente de ello la STS de 20 de Diciembre de 1996 para la que debe entenderse por habitualidad "...la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica tal y como acontece en el supuesto de autos, siendo doctrinalmente considerados como tal, siempre que existan al menos agresiones cercanas...".

[403] Art. 415.2ª, 546 bis a ultimo párrafo, 546 bis c) 542 y 402 último. Vid STS 17-1-1992 en recurso 1302/91.

En todo caso, la limitación de la violencia ejercida a la física con la exclusión de la síquica, los problemas que planteaba la habitualidad y la ambigüedad sobre la autonomía del bien jurídico protegido, independiente de los concretos malos tratos, junto con las dificultades de prueba y la escasa sanción penal llevan a estimar que el tipo no cubrió con las expectativas que despertó no ofreció una eficaz protección a los miembros de la familia maltratados que no podía n escapar del dominio del maltratados.[404]

D.2.a- Análisis de las reformas legales con relación al artículo 153 del Código penal

La LO 10/1995 de 23 de Noviembre, vino a regular en el art. 153, el delito de violencia familiar, cuyo precedente era el art. 425 antes citado.

Los antecedentes del precepto, no difieren ,en demasía, del antiguo art. 425 introducido por la LO 3/1989 de 21 de Junio. Respondía a la "deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito de malos tratos ejercidos sobre menores e incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual"

Se trata, por tanto, de proteger al grupo familiar de las actitudes violentas habituales practicadas por sus miembros, físicamente superiores, tratando de imponer sus reglas de convivencia y por tanto patrimonializando la relación de convivencia a sus únicos intereses.

Decía en su inicial redacción:"...el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación a de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes, o incapaces que convivan o se hallen sujetos a patria potestad tutela curatela o guarda de hecho de uno u otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponderle por el resultado que en cada caso se causare..."

La redacción mejoraba y corregía determinados defectos; amplía el círculo de personas que se podrían proteger como posibles sujetos pasivos, siendo ,especialmente relevante, el haber salvado la omisión de los ascendientes. Obviamente, el sujeto activo puede ser el hombre o la mujer.

[404] QUINTERO OLIVARES, "Código Penal ,Doctrina y Jurisprudencia"Ed.,Bosch,1996 pp 85 y ss (obra del autor).

Se resuelven los datos relativos al concurso, con los resultados producidos por la propia situación de violencia optando por la autonomía del tipo como tal independiente de las penas que pudiera imponerse por los resultados producidos, con la aplicación del concurso de delitos y no de normas, ello permite calificar este delito, de peligro y no de resultado, lo que robustece su autonomía propia, pues no se trata de un tipo agravado de la falta de malos tratos

Se eleva, notablemente, la pena a imponer, que de arresto mayor pasa a prisión de seis meses a tres años en respuesta a las críticas que había suscitado en este punto la legislación anterior.

Se mantiene la nota de que el sujeto activo debe mantener con el pasivo cuando se trata de su pareja, bien vínculo matrimonial o "... se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad..." Introduciendo, la nota de estabilidad ,que no existía en el art. 425 del actual CP aunque si-curiosamente-en la falta del 582, que se refería a "forma permanente..."

Se potencia la idea de habitualidad, como concepto propio del tipo de violencia familiar y por tanto, independiente, tanto del concepto jurídico de reincidencia, como independiente del propio concepto de habitualidad definido en el art. 94 del CP, que se desenvuelve su eficacia exclusiva, respecto de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad como se desprende de la situación sistemática del art. 94-delito del Capitulo III del Titulo III "de las penas", como por la expresa remisión con que se inicia el artículo"...a los efectos previstos en las secciones 1ª y 2ª de este capitulo..."

Se refuerza la idea, de que el bien jurídico protegido, es diferente al de la integridad física, no obstante su ubicación sistemática.

-El delito de violencia familiar tras la LO 14/99 de 9 de Junio.

La legislación aludida ,es el logro más concreto, en el plano legislativo, del Plan contra la Violencia Domestica, aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de Abril de 1998.[405]

Tenemos que situar la fecha en el centro de la creciente inquietud social que produce la violencia doméstica. No es tanto que actualmente sean más numerosos los casos sino que es hoy cuando se constata el cambio en las víctimas de la cultura de la resignación a la

[405] De la evolución legislativa, se hacen eco, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Junio y 7 de Septiembre de 2000, entre otras muchas.

reivindicación y la denuncia, todo ello sin olvidar la mayor sensibilidad demostrada por los medios de comunicación lo que sin duda ha estimulado a los Poderes Públicos.

1_ Seis son las novedades que presenta el actual tipo penal del art. 153:

a) Se amplía la acción típica, para extenderse a la violencia psíquica, dando satisfacción a la unánimes críticas que mereció la reducción a la violencia física del tipo anterior La violencia síquica hasta la reforma actual sólo tenía respuesta en atención a su gravedad dentro del delito de lesiones del art. 147 que expresamente incluye la salud física y mental pero sin consideración a su producción en el ámbito familiar..

b) Se amplía, asimismo, la relación de convivencia derivada del matrimonio o relación análoga para abarcar también a aquellas supuestos en los que las violencias se ejercen por quien ya no está unido ni contractual ni "*more uxuorio*" con la víctima- supuestos de separación o divorcio o ruptura de la convivencia- pero las violencias se cometen en contemplación aquella convivencia.

c) Siguen excluidas las lesiones cometidas en el marco de unas relaciones de noviazgo o a consecuencia de una ruptura, siempre que, evidencie, el incremento del talante represivo del legislador en el nuevo Texto ya que contempla, a los solos efectos de este precepto, el mantenimiento de un vínculo conyugal o relación de hecho cuando ya está terminada por entender que, aunque disuelta el agente sigue guiado en su conducta criminal por el mantenimiento de esa situación de dominación y posesión. Por ello se perfecciona y completa la protección de las víctimas.[406]

[406] Conviene traer a colación, una breve referencia a los menores , como autores de malos tratos a parientes, debido a la evolución de la familia en nuestro país. Cuando hablamos de menores de los menores como autores de delitos de malos tratos, nos referimos generalmente, a menores que pertenecen a una familia en la que tanto ellos como sus madres, han sufrido maltrato.Este hecho es importante, porque puede determinar la necesidad de adoptar ,junto a las medidas de reforma, medidas de protección respecto del menor,dependiendo de la edad y de los factores que concurran. Es necesario recalcar la importancia que tiene la edad,puesto que el menor suele ser sujeto pasivo de la infracción mientras su desarrollo físico, no le permite defenderse con éxito;sin embargo,desaparecida la figura del padre o compañero de la mader,como figura opresora de la madre y del propio menor,cabe que éste adpte la situación que tenía el anterior en la familia,convirtiéndose el en el maltratador de la mader y de los hermanos pequeños.Esta evolución no suele darse antes de que se haya producid o el desarrollo físico del menor o pubertad,pues hasta dicha edad,los menores no han adquirido suficiente fortaleza física para imponerse sobre los mayores componentes del núcleo familiar.En relación con la edad, teniendo en cuenta que la violencia es una acción permanente,mpara cuya constatación,se viene exigiendo la acrediatación de varios episodios violentos,debe advertirse que cabe la posibilidad, que alguno de esos actos se realice durante la minoría de edad del sujeto activo del delito,mientras que otros episodios violentos pueden producirse una vez alcanzada la mayoría de edad.En tales casos,debe tenerse en cuents el número de episodios violentos producidos en cada período (antes u después de la mayoría de edad),para determinar si estamos ante le delito del art. 153 o, por el contrario, estamos ante simples faltas de maltrato en uno u otro periodo.No pueden tenerse en cuenta, los actos realizados durante la minoría de edad, para probar la habitualidad,ante la jurisdicción ordinaria ni a la inversa, (Circular de la Fiscalía

d) De mayor calado, tanto doctrinal como jurisprudencial, es la reforma y perfeccionamiento de la nota de habitualidad. Tras la actual reforma, puede afirmarse que el legislador ha efectuado, una interpretación autentica de ese concepto, la más amplia de todas las posibles y que como elementos que la integran exige:

_ Una pluralidad de actos violentos físicos o psíquicos, lo que es una cuestión de hecho.

_ Una ampliación del sujeto pasivo, pues no exige unidad de sujeto pasivo sino que puede ser diverso a condición de que sea miembro del grupo familiar mencionado en el tipo.

_ Una proximidad temporal.

_ Independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento.

Se mantiene la pena y ,se refuerza, el complejo concursal de suerte que se potencia definitivamente, la autonomía del tipo, frente a las lesiones propiamente dichas.

e) El delito de violencia domestica se condena en todo caso además con la pena de privación del derecho de tenencia y porte de armas durante el tiempo de la condena.

f) La pena de alejamiento conlleva la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos hasta que se agote la duración de la pena de alejamiento.

_ Elementos del tipo de este delito.

a) La necesidad de convivencia.

Elemento esencial de este delito será la efectiva convivencia entre los sujetos objeto del precepto. Consiguientemente las situaciones de separaciones legales, divorcios e incluso la

---

general del Estado 17/2000 de 18 de Diciembre comomaplicable a los delitos permanentes, respecto de los cuales,además,señala, la imposibilidad de que sean enjuiciados por la jurisdicción de menores,cuando el sujeto activo hubiera rebasado la edad máxinmia antes de eliminarse la situación ilícita).No obstante no puede negarse la competencia,de la jurisdición de menores para enjuiciar actos concretos realizados por el menor respecto de los miembros de la unidad familiar durante la minoría de edad, pues tanto en la jurisdicción ordinaria como en la de Menores, en enjuiciamienmto separado de los concretos actos de violencia está admitido por el art. 153 del referido Cuerpo legal. Un factor independiente , es el referido a la posibilidad de manifestación inicial de una enfermedad siquiátrica, que desemboca en violencia hacia los padres,y hacia el resto de la familia.La psicosis que suele desarrollarse, se prolonga más allá de la mayoría de edad.Destaca la falta de respuesta institucional que ,en forma de apoyo, reciben las familias de los afectados.Convendrá tener en consideración no sólo la normativa del Cçódigo penal sino también los artículos 317, 319, 320 y 321 del Código Civil, la LORRPM (art. 17 y ss) a la hora d eadoptar medidas cautelareres,entre las que resultan idóneas, el internamiento y la convivencia con otra persona,familia o grupo educativo,alternativa o sucesivamente, y siempre complementadas conterapias desarrolladas por los servicios de mediación familiar tendentes a la recomposición de las relaciones familiares.Puedennresultar, igualmente idóneas, las medidas de libertad vigilada con reglas de conducta determinadas, en aquellos supuestos, en que ya existe, separación del menor, de la víctima, en cuyo caso, también puede resultar adecuada ,la medida de realización de tareas socioeducativas.

separación de hecho excluyen la aplicación de este precepto, cuyas consecuencias jurídicas para la víctima, pasaremos a exponer a continuación.

b) La violencia física.

Únicamente, se sanciona en este tipo el ejercicio de la violencia física, entendiendo por ésta las agresiones o maltratos de obra, siendo precisos en todo caso el contacto corporal entre el autor y la víctima. Deviniendo criticable, que la sanción no alcanza a las situaciones de violencia psíquica o moral, como veremos, pueden llegar a tener incluso una mayor gravedad que los maltratos físicos, máxime, cuando en el delito de lesiones se preveen expresamente las causadas en menoscaba de la salud mental

Ello, ha dado lugar, a que en la modificación legal se introduzca también este tipo de violencia. El concepto de lesión física ha sido desarrollada jurisprudencialmente entre otras muchas, en la Sentencias de 15-12-1997 que indica:" Según la más reciente posición de la Organización Mundial de la Salud, las lesiones o padecimientos que constituyen una enfermedad no sólo son las que derivan de un agresión material con resultados de daños físicos sino también cualquier otra forma de agresión que produzca padecimientos o secuelas físicas. De conformidad con estas modernas orientaciones ya que el art 420 del CP derogado castigaba al que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o salud mental o física estableciendo como elemento objetivo del injusto la necesidad de una asistencia facultativa o tratamiento médico o quirúrgico.

La acción agresiva o acometimiento físico realizado por el autor del hecho que enjuiciamos estaba dirigida a satisfacer sus instintos sexuales ante lo que no dudó en utilizar la fuerza física para vencer la resistencia de la víctima, valiéndose de un cuchillo y la sujetó fuertemente los brazos con sus manos originándole a consecuencia de esta acción no sólo una esquinosis en el brazo derecho sino también una lesión psíquica que adoptó en forma de depresión reactiva.

Existe y es evidente una lesión de carácter físico y otra mental que traen origen de la actuación violenta del acusado sobre la ofendida por lo que su calificación jurídica debe realizarse en función del resultado más gravemente penado, ya que se trata de una sola acción y en realidad de un resultado lesivo de carácter doble, físico y mental, sino que esta última consecuencia pueda considerarse como secuela sino como una lesión típica que debe ser sancionada. La calificación jurídica que corresponde a ambos resultados es la del delito

del artículo 420 de la anterior Código penal, ya que la víctima ha necesitado un tratamiento médico que va mas allá de la `primera asistencia facultativa, quedando embebida en esta resultado la esquimosis que no son sino un aspecto parcial de la misma agresión material con resultados localizados en el cuerpo y mente de la agredida.

En atención a la naturaleza de la lesión y ,a las demás circunstancias concurrentes en el hecho es de aplicación a efectos punitivos el párrafo segundo del art. 420 del aludido Texto Legal".[407]

La nueva redacción, establece, expresamente, que la causa primera de la lesión que menoscabe la salud mental requiera una incidencia corporal de la acción pues es evidente que el propósito del legislador no ha sido convertir en delito cualquier comportamiento de malos tratos sicológicos.

Esta conclusión se deriva, ante todo, del texto del art. 147, lo mismo que el art 157 (lesiones al feto) establece, que el menoscabo de la salud psíquica, debe provenir de la lesión causada, ello pone de manifiesto que en todo caso es necesaria una lesión corporal de la que se derive luego como resultado mediato, el perjuicio de la salud física o psíquica. es decir, que el resultado de la acción, debe ser una lesión, que no se debe identificar con el menoscabo de la integridad corporal, ni de la salud psíquica o mental.

En consecuencia, en un correcto entendimiento el tipo penal de las lesiones exige como presupuesto una lesión corporal que debe tener además consecuencias en la integridad corporal, en la salud física o en la salud síquica. Dicho de otra manera, sólo se subsumen bajo el tipo penal del art. 147 CP los supuestos en los que la lesión corporal causada tenga una determinada gravedad resultante de las consecuencias sobre la integridad corporal y la salud física o mental.

Estas concrecioness mediatas de la lesión corporal, son las que diferencian el delito de lesiones de la falta del art. 617.1 del CP, pues, operan, como factores determinantes de la gravedad del resultado de lesión. Establecido lo anterior es preciso comprobar si en el presente caso precisamente se ha producido una lesión corporal y luego ésta ha afectado la salud física de la víctima.

En la doctrina ,se ha considerado, que una lesión corporal se debe apreciar siempre que exista un daño en la sustancia corporal, una pérdida de sustancia corporal una perturbación de las funciones del cuerpo o una modificación de la forma de alguna parte del cuerpo. Pero

fuera de estos casos también se ha entendido por lesión ala producción de malestares físicos de cierta entidad como la producción de terror o de asco.

Con respecto a estos últimos fenómenos, se ha entendido que sólo cabe apreciar la exigencia de incidencia corporal cuando "junto a la conmoción del equilibrio espiritual se de también una excitación de los nervios sensitivos del sistema central nervioso que transmiten las impresiones sensibles" A partir de este concepto, se concluye, que constituye una lesión corporal escupir a otro, someterlo, continuamente, a fuertes ruidos, el aterrorizar a otro mediante amenaza con un arma ,etc...

D.2.b- La aplicación jurisprudencial del art. 153 del Código Penal.

De entre las recientes Sentencias de la Sala Segunda de Tribunal Supremo, que han abordado el aludido precepto legal tanto en su primitiva versión como en la actualizada tras la LO14/1999 de 9 de Junio- SSTS 927/2000 de 24 de Junio, 1208/2000 de 7 de Julio, 1366/2000 de 7 de Septiembre, 1161/2000 de 26 de Junio, SSTS 1366/7-9-2000,SSTS 164/5-3-2001, SAP Cuenca 31-1-2001, SAP Alicante secc 1ª 3-2-2002, nº 46- nos referiremos, solo a la primera, recogiendo, una amplia cita, suficientemente expresiva, de la opinión de la Sala y del enfoque constitucional con que debe ser abordado dada la importancia de los bienes jurídicos que resultan atacados[408]

"...Puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del art. 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión y lo es precisamente a partir de la vigencia del C.P-.

En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional, a pesar de su ubicación sistemática dentro del título III del CP relativo a las Lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad- art. 10- que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15- y en el derecho a la seguridad- art.17- quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos .Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como

[407] SSTS de 9-6-1999 deviene en sentido similar a la reseñada.

[408] Existen otras, pero sólo abordan el tema de forma tangencial, como las nº 645/99 de 29 de Abril y 834/2000 de 19 de Mayo.

un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar completada por políticas de prevención ,de ayuda a las victimas y también de socialización de esta y de los propios victimarios.

Puede afirmarse ,también, que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad , dicho más simple el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir en un microcosmos regido por el miedo y la dominación porque en efecto, nada mejor define el maltrato familiar como la situación de dominio y poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello la violencia física o síquica a que el tipo se refiere es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad quedando a solo afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

En el mismo sentido, se pronuncia ,la sentencia del TS 1366/2000 de 7 de Septiembre"… se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección de la familia…"

La Sentencia del TS 1161/2000 de 26 de junio aborda el tema de la condena a la madre como autora por comisión por omisión de este delito en relación al maltrato al hijo menor, por consentir las lesiones causadas por el marido, padre en atención a su posición de garante, remitiéndose a otras sentencias de la Sala de 22 de junio de 1991 y 31 de octubre de 1991, así como las número 998/95 y 481/97.

La Sentencia 12/1987 de 7 de Julio, aborda el tema de la habitualidad del criterio cuantitativo, a partir de la tercera acción violenta, para estimar ,que la misma debe apreciarse siempre que exista una permanencia en el trato violento (que por su importancia, a ella se aludirá, expresamente, en el estudio).

D.3- Especial referencia a la Violencia psíquica: lesión y daño moral

Me gustaría comenzar la exposición de este apartado, comentando un caso real que sucedió en el año 1995 y que, ya en nuestra preocupación por el tema de la cual es objeto la presente Tesis, me impactó de forma especial, y que tuve la ocasión de conocer de forma directa por mi trabajo como Juez.:

La Sra. P mantuvo durante unos meses una relación de noviazgo con el Sr. E, que terminaría a iniciativa suya, aproximadamente en Octubre. Como resultare que el aludido, persona que sería calificada posteriormente por perito siquiatra como tremendamente narcisista, desajustado a las normas, que busca sus satisfacción inmediata sin preocuparse de los demás, y bajo nivel de tolerancia a la frustración, no admitiera la ruptura, comenzó a acosar a la Sra. P que fue incrementándose paulatinamente hasta hacer la vida insostenible, obligándola permanecer prácticamente recluida como ahora se expondrá.

En un primer momento, el acoso tiene la finalidad de reanudar la relación y para ello la esperaba sistemáticamente a la puerta de su domicilio, imponiéndole su compañía en los trayectos al trabajo e inquietándola durante los mismos con amenazas e insultos.

Al ver que la Sra. P ,continuaba rehuyendo su compañía, el acoso se volvió más intenso comenzándola a seguirla en todas sus actividades. También en esa época comenzó a realizar acoso telefónico que fue extendiéndose no sólo a sus familiares sino también a sus amigos. lo que les obligó a cambiar los números de teléfono para conseguir que les dejara de molestar y llevar dentro de lo posible una vida normal.

Llegado el acoso a un punto insoportable, la Sr. P manifiesta los primeros síntomas de daños sicológicos (angustia, desasosiego, falta de concentración miedo…) viéndose obligada, a llevar un tipo de vida inapropiado para su edad (25años), y por temor diariamente va acompañada al trabajo por algún familiar.

Soporta que el Sr. E se sitúe diariamente y a diferentes horas frente a su vivienda, llamando insistentemente al portero automático para insultarla y amenazarla o simplemente molestarla.

Cuando puede este causa pequeños desperfectos en sus bienes (buzón vehículo…) o en el de sus familiares y amigos.

La Sr. P, presenta reiteradas denuncias, y solicita ayuda policial y dada la escasa entidad que analizados, por separado, presentaban los hechos, estos se van declarando de forma sucesiva como faltas. En un determinado momento y tras personarse la Sra P en los diferentes procedimientos consigue que se acumulen varios de ellos en un solo procedimiento por delito en el que dada la gravedad de la situación vivida cuya libertad se encuentra absolutamente condicionada, se convoca a petición de la parte una comparecencia para decidir sobre la situación personal del Sr. E que en nada a ha cambiado su actitud pese a haber sido imputado en el mismo, acordándose por el Juez de instrucción la prisión

eludible con fianza, por lo que el Sr. E permanece privado de libertad cuatro días ,el tiempo que tardó en conseguir el dinero para pagarla.

Tras salir de la cárcel, lejos de abandonar su actitud vuelve, si cabe, más violento y molesto incrementando su acoso.

La Sra. P se encuentra prácticamente presa en su propio domicilio. El Sr. E ha aprendido además de la experiencia judicial, que el acoso debe realizarlo, en la medida de los posible sin testigos para no verse acusado en otro procedimiento; por eso si la insulta a gritos procura que sea en un sitio en el que no le vean, o si la amenaza intente que ella esté cerca para sorprenderla sin ser visto u oído por terceros, también gesticula a distancia cuando sabe que ella la mira realizando gestos claramente intimidatorios. En esa época también e amenaza con quemarle el vehículo.

Un mes más tarde y sin que la actitud del acosador decaiga, una noche el vehículo de la Sr. P es incendiado intencionadamente por personas que no han sido identificadas. Realizadas las averiguaciones pertinentes por la policía se comprueba que el Sr. E en ese momento estaba acompañado por otras personas y en otro lugar según manifiestan terceros; asimismo el aludido se dedica ha llamar a un domicilio diciendo que la Sr. P ha tenido un accidente en compañía del marido de la persona que le atiende al teléfono añadiendo que este señor y la Sr. P mantenían una relación sentimental desde hace tiempo.

Se sigue incrementando el acoso y el Sr. E es sorprendido rayando el vehículo de un conocido de la Sra. P que era compañero de trabajo llegando incluso ha decirle a este que si la seguía acompañando le iba a pasar lo mismo que a ella dejándole obscenos anónimos en el parabrisas del vehículo.

La Sra. P desde que finaliza la relación sentimental con el Sr. E ha caído en una profunda depresión perdiendo en cinco meses la friolera de veinticinco quilos.

Lejos de cejar en su empeño el Sr. E que manifiesta asiduamente que quiere verla muerta, es detenido cuando huía en un taxi de las inmediaciones del domicilio de la Sra. P a altas horas de la noche y tras haber estado insultándola a gritos desde un sitio que no era visible, e incluso arrojándole piedras a la ventana de su casa.

A estas alturas la Sra. P había pedido ayuda a todos los organismos competentes (policía, fiscalía, juzgados, etc.) pero con una gran insensibilidad social, los hechos que denunciaba iban produciendo la incoación de meros juicios de faltas que llegaros a provocar que la Sra.

P dejara de denunciar, por cuanto la respuesta que la Ley le daba, no era efectiva, para el cese de tan grave situación.

Finalmente, el Fiscal, solicitó que se acumularan todas las diligencias previas vivas existentes y ,que se incoara, un nuevo procedimiento abreviado acusando por coacciones, amenazas y daños y solicitando además la pena accesoria prevista en el artículo 57 del Código Penal (prohibición de acercarse a la residencia de la víctima y a la de sus familiares). Para esta época la Sra. P padecía una severa depresión exógena y un grave deterioro físico que aún a pesar de la sentencia condenatoria que fue recurrida y confirmada en todos sus extremos (se confirma el delito de coacciones, la falta de daños y la falta de injurias), la Sala no le concedió ningún tipo de indemnización por no considerar acreditada que la depresión de la Sra. P tuviesen su origen en los hechos referidos.

Realmente, causa estupor, hasta la fecha actual en que nuestro Código Penal con su actual reforma, lo recoge como delito, que estos padecimientos no sean resarcidos y en "*quantum doloris*" no sea debidamente indemnizado.

Una vez expuesto el anteriormente referido caso, y analizando esta problemática, es muy significativo que en el índice de la revista *Journal of Marriage and the Family* no apareciera desde su publicación en el año 1939 ,ningún artículo con un título que incluyera la palabra violencia (O`BRIEN 1971). Esto no quiere decir, que no se haya investigado en este campo antes del año 1969, SNELL, ROSENWALD y ROBERY (1964) se limitaron a utilizar el concepto de masoquismo, para explicar, porque algunas mujeres no abandonaban a sus parejas o, retornaban a la relación de maltrato, tras haberse separado. A pesar de existir en la literatura científica gran cantidad e estudios que no validan estos mitos o estos conceptos, aún podemos escuchar afirmaciones que culpan y victimizan, doblemente, a las mujeres (eje. "ellas se lo han buscado" que son masoquistas)[409]

Las investigaciones en el campo de los malos tratos ,se han centrado en analizar que factores personales actuaban como variables de vulnerabilidad en las víctimas, haciendo que iniciaran relaciones de maltrato o previniéndolas a terminar con la relación.

Algunos investigadores opinan que, esta focalización ,puede llegar a tener graves consecuencias en las mujeres, pues se tiende a atribuir un resultado causal, a las variables personales que se analizan.

[409] CAPLAN 1984, 1991, VILLAVICENCIO Y BATISTA. obras antes citadas.

A partir de los años ochenta, se utilizaron muchas teorías y formulado otras tantas para explicar como ,los malos tratos podían afectar al proceso de toma de decisiones de las mujeres y las razones porque las víctimas permanecían o abandonaban una relación de malos tratos.

La teoría más utilizada ha sido la de la indefensión aprendida (SELIGMAN 1975) junto con la teoría del Ciclo de la violencia (WALKER 1979 1984): Debemos añadir, a nuestro entender, que cualquier teoría explicativa, debe tener en consideración, tanto las barrera sociales culturales y económicas, como la continua amenaza de malos tratos o de muerte incluso tras la separación, con la que vive muchas mujeres .En efecto, existe un alto índice de letalidad para las mujeres maltratadas sus familiares y amigos, tras la ruptura de la relación..

Hasta hace relatuvamente poco tiempo, los perfiles de lo que eran lesiones psíquicas y daño moral eran difusos, de manera, que en muchas ocasiones, las lesiones psíquicas quedaban comprendidas, en el abstracto concepto de daño moral.

Como trataremos de exponer, la situación, aunque despacio, va evolucionando hacía la plena separación de ambos conceptos en el que existe diferentes pronunciamientos de el Alto Tribunal, pero aún cuesta un poco, quizás por falta de práctica y en ocasiones por la dificultad en la prueba.

El principal problema que se plantea, en cuanto al daño moral, es que escapa a cualquier baremo de cuantificación, ya que no es un concepto científico ni transpolable de una persona a otra. La Jurisprudencia define el daño moral[410] como "cualquier daño o sufrimiento en la integridad moral de una persona que sea personalmente sentido y socialmente valorado", como podemos deducir de esta definición, el Tribunal tendrá que acudir a conceptos subjetivos y variables para su cuantificación; además, el daño moral tiene que ver con una actitud consciente del sujeto e implica una percepción personal mas de perjuicio que de sufrimiento, que no es, cuantificable.

Por su parte, el daño psíquico, no es algo subjetivo y consciente, sino que se da perfectamente a nivel inconsciente y la desestructuración de la personalidad dice el doctor ESBES, conduce a trastornos mentales, evaluables científicamente. Esta es, quizás, la primera diferencia que tendríamos que tener en cuenta para diferencia el daño moral con la lesión síquica.

[410] RJD Aranzadi número 6984 de 1997.

Podemos definir el daño psíquico como: "la consecuencia traumática de un acontecimiento que es vivenciado como un ataque que desborda la tolerancia del sujeto, que se instaura a nivel consciente, por su grado de intensidad y la incapacidad del sujeto de responder a él, por la desorganización de sus mecanismos defensivos, derivando en trastornos de características patológicas que se mantienen por tiempo indeterminado que pueden ser o no remisibles…Si no remitimos al concepto dinámico, podemos señalar que se caracteriza por un aflujo de excitaciones excesivo, en relación a la tolerancia del sujeto y su capacidad de controlar y elaborar psíquicamente dichas excitaciones" (LAPLANCHE y PONTALIS).[411]

Pues bien, como veremos a lo largo de este Capítulo, partiendo de este concepto, debemos concluir, con la regulación de las lesiones que se recoge en nuestro Código y que tienen su inmediato antecedente en la reforma que sufrió dicho Texto Legal de 1973 en el año 1989 ,que se han de apreciar, tanto los daños físicos sufridos, como los psíquicos, sin que excluya uno al otro ni tenga preponderancia, ya que cuando se lesiona su salud este concepto engloba uno como el otro, al entender al hombre como una unidad.

Señala el doctor ESBEC, antes citado, (Director del servicio del Psiquiatría durante muchos años en el Servicio de Salud de Cataluña): "por ejemplo, en los delitos contra la integridad corporal el bien jurídico protegido es la salud, entendida esta en su doble acepción física y psíquica. Sin embargo, ni en estos ni en la Victimización sexual, ni menos aún en otros delitos, se está teniendo en cuenta el sufrimiento emocional, las secuelas psíquicas ni las repercusiones sociales en el estilo de vida generadas por el hecho. El forense no percibe al señalar el plazo de curación (entendiendo por curación la "*restitutio in integrum*") ni actualmente cuando dictamina, sobre el número de asistencias o la necesidad de tratamiento medico ni cuando manifiesta que la curación se verifica sin quedar secuelas ni deformidad"Y esto ocurre, habitualmente, salvo los casos extraordinarios[412], por lo que el juez el Tribunal y el Fiscal, no o tienen en cuenta mas aún cuando el daño psíquico se haya prolongado durante largo tiempo o haya dejado estigmas indelebles. Nos atrevemos a afirmar, que muchas ,son las víctimas que son dadas por curadas, presentando una depresión reactiva o, un trastorno fóbico postraumático o un franco SEPT.

[411] LAPLANCHE Y PONTALIS,definición recogida por BENITO MANZANARES en su ponencia "El Servicio de violencia familiar:experiencias prácticas"dentro del seminario sobre el maltrato familiar en Derecho Comparado que tuvo lugar en Madrid ,los días 8 a 10 de Octubre de 2001 organizados por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

[412] En este sentido conviene destacar, la SAP Ciudad Real secc 2ª 6-5-1999, SAP Sevilla secc 1ª 23-10-2000, SAP Cadiz secc 8ª 6-2-2002, entre otras muchas.

Es cierto que el legislador como analizaremos a continuación ha ido introduciendo reformas a fin de que la salud integral del individuo quede protegida por el Derecho, pero de poco servirá la modernización en este punto si los profesionales no se interesan por la indemnización y reparación del daño mental.

D.4- El delito contra la integridad moral del artículo 173 del Código Penal

Aparece introducido en la reforma dada al tipo en la LO 14/99 de 9 de Junio., realmente no se alcanzan las razones de su exclusión, en el originario art.153 pero la expresa referencia a la "violencia física" que allí se citaba y el acatamiento al principio de legalidad penal con su corolario de interdicción de toda analogía extensiva contra el reo exigía la modificación del tipo so pena de quedar extramuros del mismo la violencia psíquica.

La dicotomía violencia física y síquica y su correlato lesiones físicas, lesiones psíquicas constituyen un falso dilema, como hemos visto, al exponer el concepto.

La salud de las personas es un concepto único y uniforme. Según la más reciente posición de la Organización de la Salud, las lesiones y padecimientos que constituyen una enfermedad, son tanto aquellos que deriven de una agresión material con resultados de daños físicos ,como las que de cualquier forma de agresión produzcan padecimientos o secuelas síquicas. el ser humano está constituido por una unión indisoluble y las lesiones corporales o psicológicas constituyen un evidente menoscabo al concepto unitario de salud.

Destacar, el art. 147 y la falta del 617 del CP califican como lesiones cualquier menoscabo a la "integridad corporal salud física o mental" y en el propio CP existen otra manifestaciones de relevancia penal que tienen las lesiones síquicas. Así al art. 173 relativo al trato degradante lo define como menoscabo grave de "… su integridad moral…" precepto que debe ponerse en relación con el art. 177 que establece la remisión a las reglas del concurso, también aplicable al delito de tortura cuando además del atentado a la " integridad moral" se produjeren lesiones o daños a la integridad física…"

El art. 620 tipifica la falta de vejación injusta[413].

[413] Dicho artículo dispone: " Serán castigado con la pena de multa de 10 a 20 días:1.- Los que de modo leva, amenazan a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito2.- Los que causen a otro una amenaza, o acción, injuria o vejación injusta de carácter leve. Los hechos descritos en los dos números anteriores solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal Cuando el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de 10 a 20 días, teniendo en cuenta la posible repercusión que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo excepto para la persecución de las injurias.

Podemos concluir este apartado, afirmando, que el presente Código Penal reconoce como mal típico los daños y perjuicios psíquicos causados a la víctima. Dentro de este concepto, y con gran relevancia en el tema que exponemos debe incluirse el síndrome de mujer agredida, objetivable médicamente y con la consiguiente valoración médica.[414]

En definitiva, violencia síquica ,es aquella que produce, o puede producir, lesiones síquicas del mismo modo que la violencia física es aquella que ocasiona lesiones físicas.

Por ello los "modus operandi" de los agresores del tipo penal deben estar situados en un plano de igualdad.

En el informe del Defensor del Pueblo de 1998 sobre la Violencia Doméstica, se definía la Violencia Psíquica como "cualquier acto o conducta intencionada que produce desvalores sufrimientos o agresión psicológica de la mujer.

Medios comisivos de la agresión psíquica, pueden ser, vejaciones, insultos, crueldad mental, gritos, amenazas etc… que lejos de su tipificación como falta de amenazas o vejaciones del art. 620, debe reconducirse al art. 153. Es decir, los casos de violencia síquica susceptibles de causar daños síquicos deben ser reconducidos al art. 153 y al igual que la existencia del delito de maltrato es independiente de la responsabilidad por los concretos delitos o faltas derivados de tales violencia síquicas, si se objetivaron lesiones síquicas se estaría en un supuesto de concurso en relación a las lesiones síquicas causadas, lo que podría suponer la aplicación de las leyes del concurso de delitos con el art. 173 en casos graves de lesiones psíquicas constitutivas de trato degradatorio y la falta del art. 670 si tiene el carácter de vejación leve.

Existe un total paralelismo, entre las violencias síquicas y las físicas, con las lesiones psíquicas y físicas. Este deriva de la idéntica protección constitucional de derecho a la vida y la integridad de todas las personas que el art. 15 defina como integridad física y moral.

Como ya se ha dicho el informe del Defensor del Pueblo de marzo de 1998 describe como rasgo de las mujeres maltratadas los siguientes:

"…Baja autoestima. Se sienten culpables por haber sido agredidas, se sienten fracasadas como mujeres como esposas y como madres. Sienten terror, pánico…"

[414] BENITO MANZANARES ya citado, en el presente trabajo.

Este cuadro refleja la total pérdida de dignidad y su cosificación. Es la consecuencia de la situación sostenida de dominación y terror que exige una terapia y apoyo profesional para la recuperación de la autoestima para su repersonalización de la víctima.

Es cierto que las violencias síquicas pueden tener un plus de dificultad en su acreditación, pero ello solo nos va exigir una mas rigurosa instrucción y la puesta a disposición del sistema judicial de especialistas médicos en la materia que conozcan y se comprometan en sus informes.[415]

D.4.a- Referencia a la habitualidad en este delito

Como ya se ha dicho, la reforma dada al tipo penal del maltrato familiar se centra alrededor de la nota de la habitualidad, de la que se da un concepto legal y propio diferente de otras referencias que se encuentran en el Código Penal y singularmente independiente en su art. 94.

La habitualidad a la que se refiere el art. 153 ya no califica al autor como ocurría en referencias del anterior Código Penal al delincuente habitual y actualmente en el citado art. 94.Ahora la nota de la habitualidad aparece integrada en el propio tipo penal ello lleva a dos conclusiones:

La habitualidad como todos los elementos del tipo penal debe ser probada y ello puede ser desde una triple posibilidad.[416]

Acreditación judicial: la existencia en un mismo proceso, por el delito de maltrato familiar, de los oportunos testimonios de denuncias interpuestas por la víctima, cualquier haya sido el destino de esas diligencias, puede ser un elemento de prueba acreditativo de la habitualidad. Para ello, es muy aconsejable, la información centralizada en los Juzgados y Fiscalías de todas las denuncias interpuestas por la misma denunciante aunque hayan sido repartidas a distintos juzgados, la posible acumulación de todas las denuncias al proceso de maltrato familiar pudiera ser la solución idónea-si el estado de los procesos lo permitiera-,

[415] En este sentido, conviene mencionar, a modo de informe, un artículo publicado en el periódico "El País" de fecha 6 de Mayo de 2002 que analizaba las víctimas del sistema médico y procesal americano concretamente en la ciudad de Nueva Cork: los enfermos mentales, que son consecuencia de una importante "desinstitucionalización" de los mismos con un alarmante incremento de personas que cada vez se iban hundiendo en su propia miseria y que no supieron navegar por los meandros dela burocracia americana y muchos de ellos acabaron en la calle sin protección ni cuidado. El problema según expone ROJAS MARCOS, hasta fechas recientes, Director de los Hospitales Públicos de esa ciudad, no ha mejorado con los años, la crítica hacia una de las primeras potencias mundiales, es brutal.

[416] BUEREN RONCERO, JL "Estudios sobre Violencia familiar y Agresiones sexuales". Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, edición 1999.Tomo I pp 12 y ss (obra del autor)

con independencia de que las concretas lesiones se sancionaran anteriormente y con independencia del delito de maltrato.

Acreditación médica: la existencia de diversas agresiones, puede ser efectuada por los correspondientes partes médicos en el caso de que no se hayan denunciado, aisladamente las agresiones. En estas ocasiones el estado que presentan la víctima y la diferente data de las agresiones puede ser prueba suficiente de diferentes agresiones en épocas cercanas en el tiempo

Acreditación mediante testigos: la declaración de la propia victimas y los testigos-vecinos de la casa- puede ofrecer al juez, datos suficientes, para fundar la convicción de que con independencia de la agresión que motiva las diligencias, ha habido otras semejantes en tiempos cercanos.

Como segunda conclusión, puede considerase cerrado, definitivamente, el debate relativo al principio "*non bis in idem*" y a la existencia de condenas anteriores, por hechos que puedan ser estimados como determinantes de la habitualidad.

Con la actual definición legal de la habitualidad, es claro que esta se integra como elemento del tipo. Ello unido al bien jurídico protegido que es diferente del ataque a la integridad física o síquica de la víctima al estar referido a otros valores constitucionales, permite sin ningún problema, la incriminación distinta.

En relación al número de agresiones a partir del cual puede predicarse la habitualidad, la Jurisprudencia de la Sala II del TS -SSTS 1208/2000 de 7 de Julio, SSTS 1366/7-9-2000.SSTS 164/5-3-2001[417]-abandona, definitivamente, el criterio de la tercera infracción

[417] Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2000: "…sostiene el recurrente que la habitualidad en el ejercicio de la violencia doméstica es un elemento del tipo que debe apreciarse cuando existen tres o más agresiones por lo que no concurre en el presente caso en los que los apartados A y B del relato fáctico describen únicamente dos acciones del maltrato físico: 1-El motivo debe desestimarse. La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito autónomo del art. 153 del CP y antes el 425 del CP de 1963- es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La habitualidad entiende que tales exigencias satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo qua la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art, 94 del CP establece a los efectos de suspensión y sustitución del as penas. Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo o importante que el tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia, radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual.2- En este caso, la sola lectura del relativo histórico de la sentencia pone de relieve que no estamos ante dos individuales acciones de agresión o violencia física surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente ejercida por el acusado sobre su pareja que permite su consideración como habitual…"En idéntico sentido SSTS de 24 de Junio de 2000.

para estimar que la habitualidad como cuestión de hecho sólo exige la concurrencia de los cuatro elementos ya recogidos en la STS 927/2000 de 24 de Junio:

-Pluralidad de actos, sin sujeción a número, siendo cuestión a valorar por el Tribunal sentenciador.

-Proximidad temporal.

-Pluralidad de sujeto pasivo integrado dentro del grupo familiar.

-Independencia de que tales acto hayan sido o no ejecutados.

Ninguna Ley es perfecta, pero hay que reconocer, la radical mejora que el actual tipo del art. 153 del CP, ofrece a su precedente.

Debemos mejorar, los actuales instrumentos, es un exigencia social y nuestro compromiso profesional. Por ello tal vez la mejor medida cautelar que tienen las víctimas es la voluntad de los agentes jurídicos singularmente los judiciales, de utilizar los instrumentos legales existentes

No hay que olvidar que una de las formas sin duda bien intencionadas de negar el maltrato familiar es derivar el problema a otras instancias sociales, médicas, sicológicas, porque "el procedimiento penal poco puede hacer ante un problema doméstico como esta"[418].

D.4.b- Los tipos penales

Habrá que hacer una primera diferenciación entre tipos penales genéricos y específicos y cual es la incidencia en el ámbito victimal:

A) Genéricos.

1) Violencia física:

_ Homicidio (138)

_ Asesinato (139)

_ Inducción al suicidio (143)

_ Aborto (144 y ss)

_ Lesiones (147 y ss)

[418] VAZQUEZ MEZQUITA B" Problemática victimal", Madrid 1978 Tomo I pp.91 y ss(obra del autor)

_ Lesiones al feto (157).

2) Violencia psíquica:

_ Detenciones ilegales (163 y ss)

_ Amenazas (169)

_Coacciones (172)

_ Trato degradante (173)

_ Calumnia (205) requieren denuncia.

_ Injuria (208) requieren denuncia

_ Falta de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones (620) requieren denuncia.

Los tipos genéricos, no merecen consideraciones especiales, pues su tratamiento legal, es el común, si acaso con la concurrencia de las agravantes de parentesco (art. 23) o de abuso de superioridad (art. 22.2).

Si es preciso, sin embargo, hacer referencia a dos cuestiones concretas: las formas imprudentes y el consentimiento.

Respecto a las primeras, -p ej- de homicidio, lesiones, o lesiones al feto, que ahora son tipos concretos- sólo merecen integrarse en la violencia doméstica cuando aparecen en concurso con determinadas formas dolosas, con resultado de lesiones o de muerte no querida.

En cuanto al consentimiento, su regulación legal, se limita al auxilio al suicidio (art. 153) que por excluir la violencia, queda fuera del presente trabajo, y a las lesiones (art. 155) en las que sirve para rebajar la pena en uno o dos grados. Esta cuestión si merece una atención especial pues mantiene, aunque rebajada, la punición para las denominadas prácticas sadomasoquistas cuya realidad es el ámbito doméstico. Es de suponer que siendo consentidas, lo normal es que no exista denuncia, por lo que, aunque punibles raro será que lleguen a denunciarse, pero penalmente pueden constituir falta (de malos tratos o vejaciones) o delito (violencia física habitual o trato degradante) infracciones todas ellas perseguibles de oficio, excepto, la falta de vejaciones.

De llegar al ámbito judicial, cabe suponer, que, en la práctica, sólo lA ausencia (de declaración o la declaración inveraz de la víctima) puede evitar el castigo. El problema no

deja de ser importante desde el punto de vista de política criminal y tal vez merece una revisión como el del consentimiento en general.

B) Específicos.

- Malos tratos habituales (art. 153)

- Falta de malos tratos (art.617.2.2ª)

Heredero directo del articulo 425 del Código penal, texto refundido de 1973 (en la redacción que le dió la LO de 21 de Junio de 1989) el art. 153 del CP de 1995 expresaba en su redacción originaria:

" ...el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge p persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con el convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela curatela acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponderle a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia síquica o física.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá, al número de actos de violencia acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia, se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores."

También el art. 617 del CP fue reformado por la antedicha Ley Orgánica, cuyo Texto Legal hemos reseñado anteriormente.

Dicha redacción viene a culminar la evolución legislativa cuyo origen cabe situar en la reforma introducida en el Código de 1973 por la LO 3/1989 de 21 de junio.[419] Precisamente

[419] "El artículo 153 del CP penaliza la violencia doméstica la importancia que esta tiene en la sociedad (al respecto basta y sobra con la aterradora estadística de muertes y agresiones) exige una reflexión más detenida máxime si se tiene en cuenta que sólo en dos ocasiones esta Sala ha analizado el artículo que se comenta en el marco de la casación -SSTS nº 645/99 de 29 de Abril y 834/00 de 19 de mayo.Precedente del actual artículo 153 fue el 425 del CP de 1973 introducido por LO 3/1989 de 21 de Junio que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviere unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo ,.menor o incapaz descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad, respecto de este tipo penal la SSTS de 17 e abril de 1997 estimó los elementos vertebradotes de aquel tipo y eran los siguientes: Que la acción suponga el ejercicio de la violencia física. Que se ejerza habitualmente, con lo que a pesar de no integrar tales acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas si se producen de modo habitual se estaría ante un delito con lo que queda establecida la diferencia con la falta del art. 582 inciso final (del anterior Código Penal).Que la sanción violenta pueda obedecer a cualquier fin .Tanto el sujeto

a esa evolución se refieren las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de Junio y 7 de Septiembre del 2000 efectuándose en aquella un detallado análisis de los cambios operados en nuestro derecho positivo en esta materia

D.4.c- Sujetos y resultados.

A diferencia del art. 153 del Código Penal, el 617 del indicado Texto, se sigue circunscribiendo a la violencia física. Ambos preceptos delimitan ,unos concretos sujetos activos y pasivos que tras la reforman no se diferencian y en ambos se ha añadido, por ende, la relación de acogimiento por la LO 14/1999 inexistente en la redacción originaria.

De la regulación legal de la violencia física ,se deduce ,que la falta de malos tratos, pasa a ser delito por razón de la habitualidad pues las conductas son asimilables y el círculo de sujetos activos y pasivos es superior en el delito.

---

activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad. La LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal en su articulo 153 vino a recoger el delito de lesiones habituales del art. 425 del anterior Código Penal al que nos acabamos de referir. la redacción mejoraba y corregía determinados defectos y en tal sentido: Pasan a ser comprendidas en e tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes. Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se halle sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja. Se mantiene la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el, tipo constituido por ser cónyuge o "ligado de forma estable por análoga relación de afectividad" dato que constituye la razón del tipo y finalmente. La otra nota que define el tipo lo constituye la habitualidad que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el articulo 94 del CP que desenvuelve su eficacia exclusiva respecto de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad como se desprende tanto de la situación sistemática del art. 94-dentro del capitulo III del título III de las penas-como por la expresa remisión con que se inicia el artículo "….a los efectos previstos en las secciones 1ª y 2ª de este capitulo…" que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas aunque la doctrina científica se inclinaba por su aplicación analógica como exigencia del principio de seguridad jurídica.Faltando la habitualidad los hechos constituirían la falta del art. 617-2 del CP aunque la relación personal servirá para agravar la pena en relación al supuesto en que entre agresor y víctima no se de relación de convivencia. La LO 14/1999 de 9 de Junio de modificación del CP en materia de protección a la víctimas de malos tratos con le confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas-Exposición de motivos- ha introducido reformas tanto en el CP como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo que se refiere al artículo 153 éstas son: En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga amplía el tipo a aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxuorio* al tiempo de producirse la agresión ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe pero la agresión se produce en contemplación de aquella-Se amplía la acción típica que inicialmente quedaba reducida a la física y ahora se extiende también a la violencia psíquica. Se da una definición legal de habitualidad que se vértebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior, la habitualidad término de clara raíz criminológica viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el juez para alcanzar el juicio de certeza en cada sobre su concurrencia o no ,por ello el concepto necesitado como casi todos los jurídicos de la interpretación judicial individualizada. Como conclusión de breve resumen legislativo puede afirmarse que el maltrato familiar del art. 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos reagresión y lo es precisamente a partir de la vigencia del nuevo Código Penal"

A la habitualidad, también se refiere, el CP ,en el art. 299.1 (receptación de faltas) pero no especifica el número de actos necesarios para apreciarla.

La Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ,exigía como hemos aludido, anteriormente tres actos de idéntico contenido con cierta proximidad cronológica criterio apuntado por la Fiscalía General del Estado (Memoria Anual de Septiembre de 1998) y contradictorio con la definición legal de reo habitual del art. 94.del CP (vid. sentencia de la sala 2ª del TS de 24 de Junio del 2000)

Obviamente, la habitualidad ,excluye el delito continuado, como se deduce además de lo dispuesto en el art. 74.3 del aludido Texto Legal:

3- Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual, en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

La Jurisprudencia posterior-aunque anterior a la reforma- entiende que"... la falta de malos tratos antes someramente descrita, se agrava en el repetido art. 627.2 cuando se produzca en ese ámbito familiar. De la misma manera que se convierte aquella en delito en el supuesto en que ,en tal ámbito específico se produzca malos tratos físicos habituales entendiéndose que así acontece cuando se trata de más de dos hechos (art.153 CP)(vid Sentencia del TS de 6 de Mayo de 1999 con criterio reiterado de la misma Sala de 26 de Julio del 2000:" habiendo de entenderse por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido con cierta proximidad cronológica tal y como acontece en el supuesto de autos, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan agresiones cercanas.

Sin embargo, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de Julio del 2000 (a la que antes hemos referencia), se aparta del criterio numérico, para afirmar que la "habitualidad" que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro de las relaciones familiares para integrar el delito autónomo del art. 153 CP y antes el 425 CP de 19073 es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado diversas corrientes interpretativas.

Lo más habitual, entiende, que tales exigencias, se satisfacen, a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo ,que la analógica aplicación ,del concepto de habitualidad que el art. 94 de CP establecía, a los efectos de suspensión y sustitución de

las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en si misma, es la repetición de frecuencia, que suponga una permanencia, en el trato violento siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agresión de las desvaloraciones propias de cada acción individual.

En cuanto a la falta de malos tratos a familiares, se diferencia del delito del art. 153, en que no exige habitualidad como se dijo, y coincide, con el en que excluye la circunstancia de parentesco y, en que no requiere, la causación de la lesión.

Precisamente, la innecesariedad de resultados lesivos en los dos tipos específicos vistos nos lleva a examinar a continuación esa cuestión y el consiguiente problema concursal.

D.4.d- El bien jurídico protegido y los problemas concursales (Art. 177 del Código Penal).

En las agresiones físicas con resultados lesivos o letales, el bien jurídico protegido es la vida o la integridad física.

En las agresiones físicas sin resultados lesivos o letales, el bien jurídico protegido es la indemnidad.

En la violencia psíquica los bienes jurídicos protegidos serán la salud la libertad el honor o dignidad personal.

La ya citada sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 2001 especifica que el bien jurídico protegido, es la preservación del ámbito familiar, como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el, miedo y la dominación, porque en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes”

Nada que objetar salvo que la “paz familiar” es un *desideratum,* pero no un bien jurídico protegido ni constitucional ni penalmente.

Los problemas concursales aparecen en los casos que además de malos tratos físicos habituales, o de tratos degradantes, atentatorios a la integridad moral, se produce un resultado.

El art. 153 in fine expresa en su actual redacción:

"…sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica."

Se establece por tanto un concurso real equivalente al del art. 73 del CP que excluye la aplicación del art.77 del aludido Texto Legal.

Por su parte y para los casos de trato degradante también recoge el CP una norma concursal explicita: el art. 177:

"Si en los delitos descritos en los artículos precedente además del atentado a la integridad moral se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que corresponda por los delitos o faltas cometidos excepto cuando aquel se halle especialmente castigado por la Ley"

También opta el legislador por el concurso real, obviando las normas generales del art.77 del CP:

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable, en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones o cuando una de ellas sea medo necesario para cometer la otra.

2_ En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3_ Cuando la pena así computada exceda de los límites, se sancionarán las infracciones por separado.

D.5- Situación actual del problema planteado y posibles soluciones prácticas: Incidencia y afectación a la víctima del delito.

Por más que las cuestiones sean de rabiosa actualidad, desgraciadamente, ello no significa que sean problemas nuevos. La situación victimal poco ha variado en los últimos años.

Sin duda existían con anterioridad y la diferencia es que por haber saltado a los medios de comunicación los casos más sangrantes, se ha creado -o se está creando- un conciencia colectiva nueva sobre un problema tan viejo como en mundo.

Cuando la Fiscalía General del Estado u otras, como la de Asturias o la de Salamanca, afirman con datos estadísticos en la mano que el problema no es alarmante, sin duda dicen la verdad porque advierten como el Defensor del Pueblo, que lo que si es preocupante es la cifra negra (en torno al 80 o al 90 % de los casos no se denuncian)

La solución, tiene que venir, en consecuencia, procurando no una mayor represión penal, sino unos mecanismos de defensa que faciliten las denuncias y que den protección a los denunciantes

No nos parece conveniente, eliminar de la persecución a instancia de parte de las infracciones(calumnias, injurias, y falta de amenazas, coacciones, vejaciones), porque generalizar la perseguibilidad de oficio puede ser contraproducente como se puso de relieve para los problemas pertenecientes a la intimidad doméstica. Sin embargo, parece acertada, la creación de un Registro de infractores, que facilite, la apreciación de la habitualidad.

También, agilizar los trámites civiles pues las situaciones previas y coetáneas a los procesos matrimoniales, proporcionan un elevado número de casos.

El resto de las medidas a tomar tiene que venir de las distintas administraciones creando servicios de información y apoyo a las víctimas, cuya situación de desamparo les impide en muchos casos denunciar, porque el futuro que les espera si se deciden a denunciar es aún más negro que el doloroso presente.

D.6- La función del Ministerio Fiscal en la persecución de la violencia de género

Como es lógico advertir, el proceso penal español y su actual reforma (Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la LECrim. sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado y LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de la ley de reforma parcial de la LECrim. sobre procedimiento para le enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado) , así como la Ley 14/2003 de 26 de mayo de modificación de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, han significado, un enorme avance, en cuanto al desarrollo y al participación de la víctima dentro del mismo.

Absolutamente, todos los Derechos comparados, con el antiguo procedimiento, vieron un mayor reconocimiento en nuestra actual legislación .Sin embargo eso no nos dice mucho, toda vez que este avance es respecto de un sistema que adolece de numerosas lagunas, no sólo desde el punto de vista de la víctima sino también del imputado, de los testigos de todos, en fin creo que este sistema es un modelo absolutamente excluyente y por lo mismo, en muchos aspectos injusto.

Haber modificado, como hemos expuesto, el antiguo proceso penal no nos puede dejar completamente satisfechos a los que tenemos una preocupación racional por estos temas., sino por el contrario, se debe agudizar con mayor profundidad nuestra visión crítica respecto del nueva sistema para poder ir avanzando en este nuevo modelo que en algunos puntos si que ha resultado satisfactorio como tendré ocasión de exponer a lo largo del presente trabajo.

Desde nuestro punto de vista, haber definido, un nuevo concepto de víctima, podría haber generado un profundo cambio en el sistema y, por ende ,en la organización del Ministerio Público. Este cambio debería orientarse, tanto dentro del modelo compositivo, como en el cognoscitivo.

A decir verdad, tenemos, un concepto de víctima y de la relación con el Ministerio público que nos impide renovar dicha discusión sin una crítica previa al Ministerio Fiscal.

Lo cierto es que el concepto de acción pública que es el modo como pensamos hoy en día el Derecho Penal y el Derecho Procesal penal, es expresión del derecho penal de la infracción.

Esta idea que en su tiempo tenía CARRARA, al que hemos citado en el presente trabajo de forma pormenorizada, fue un crítico muy claro, del concepto de acción pública y del monopolio de esta por el Ministerio público, permitiendo según este autor identificar la s razones por las cuales, la acción pública ha sido uno de los mecanismos mediante los cuales el Estado desplazando a los individuos introdujo el Derecho penal de la infracción.

Sin embargo, el que se quiera dejar de lado este enfoque del derecho, no significa, de ninguna manera, que no se le asigne al Estado, una función positiva. Cumple una función positiva de la tutela judicial efectiva no solamente mediante la creación de órganos que van a asegurar esa función judicial, sino que también articula mecanismos para le sostenimiento y la ayuda a al víctima del delito.

En nuestra opinión, y a tenor de lo expuesto hasta ahora en el presente estudio, la función del Estado debiera ser, necesariamente, el ayudar y sostener los intereses del la víctima para que se pueda cumplir, de forma efectiva, la premisa de la tutela judicial efectiva consagrado en nuestra Norma Fundamental (art. 24).

Pero esta relación entre el Estado y el Ministerio Público queda, absolutamente oscurecida, si seguimos utilizando el concepto de acción pública, porque esto significaría la autonomía del interés mismo respecto a la víctima del delito.

Lo importante, es que el legislador, no superponga su interés respecto de los intereses sociales, por cuanto eso le convertiría en un Estado en si mismo y no en aras a la defensa de los intereses de la sociedad, que es su fin último.

Lo que habría que hacer entonces, a nuestro entender, es redefinir, de forma clara, el concepto de víctima y eso significaría comprender, que existen distintos niveles de víctima en toda afectación y que por cierto habría que delimitar. Asimismo, hay que entender, que las víctimas del delito, pueden tener intereses contradictorios y que debe ser función del Ministerio Fiscal, articularlos, de forma correcta, a tenor de los preceptos de nuestras Leyes adjetivas.

Uno de los fallos de nuestro sistema procesal penal, es que no ha logrado construir justamente, por lo que ,no le ha prestado especial dedicación al tema que nos ocupa, las distintas categorías de víctima, que es posible advertir, en un conflicto planteado ante nuestros tribunales.

Si tomamos como referencia la clasificación que hemos analizado en el anterior capítulo de este trabajo, existirían no sólo víctimas individuales sino también ,familiares, grupales, comunitarias colectivas y difusas.

Con esto, inmediatamente, incorporamos a todos como posibles víctimas de un delito y excluimos de forma absoluta algo que no puede existir que es un delito sin las mismas o sea un delito que no afecte ni siquiera a un grupo difuso de personas. La sociedad así como la hemos entendido siempre, es una mera abstracción.

En conclusión, en esta categoría, lo que resulta importante ,es la organización del Ministerio Fiscal, que ampare y ejercite de forma debida, las tareas encomendadas por el Estado y para una adecuada imposición del principio ya nombrado del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, asumiendo esta caracterización como provisoria, lo importante de esta idea es lograr una satisfacción plena de la víctima, mediante una adecuada representación y una vinculación de todos los organismos que deben ejecutar la protección global y reparación" *in integrum"* de la víctima del delito; con una persecución penal eficiente y un modelo adecuado de organización, fortaleciendo esta política de persecución oficial.

Desde esta óptica el Derecho Penal con su monopolio de la acción penal pública ha sido, en muchas ocasiones, sinónimo del debilitamiento de la persecución penal eficaz; la idea es diversificar los instrumentos que tiene el Estado y darle el papel que le corresponde a la víctima del delito., es decir, optimizar dicha persecución delictual..

Sentadas las ideas generales anteriores y centrándonos, en este tipo de delitos, aunque procesalmente no es admisible al tratarse de delitos públicos, es muy frecuente la creencia popular de que la acusación se halla en manos de la agredida. Así, la mujer suele comparecer a los pocos días en el juzgado para indicar que ya se ha reconciliado con su pareja y que no desea intervenir en el procedimiento, modificando sustancialmente su declaración de forma que las contradicciones sean evidentes. Solo tiene el carácter de semipública las faltas de amenazas, coacciones, injurias o vejación injusta leve (art. 620 en relación con los artículos 639 y 130 del aludido Texto Legal, cuya competencia corresponde a los jueces de paz).

La experiencia nos demuestra no sólo al Juez sino también al Fiscal, que un gran número de mujeres desconocen los derecho que las leyes les confieren tanto en relación a las medidas cautelares de carácter penal, como las consecuencias civiles. La existencia de malos tratos permiten a la mujer solicitar ante el juez de guardia el cese inmediato de la convivencia familiar y la adopción de las medidas adecuadas para garantizar su efectividad.

D.6.1- Propuestas de medidas judiciales instadas por el Ministerio fiscal de protección a las víctimas de violencia de género.

Antes de especificarlas, conviene matizar, que en nuestro país, este tema salta a la luz pública como tema de actualidad al interesarse los medios de comunicación por el imparable aumento de mujeres que mueren de forma violenta causadas por los maridos o sus compañeros sentimentales. Factores sociológicos tales como considerar estas agresiones un asunto privado la indudable dificultad probatoria de los hechos sobre todo cuando la mujer quiere retirar la denuncia y una visión todavía comprensiva del problema derivada del tan nombrado en este trabajo, educación machista de la sociedad son los mejores cómplices del

silencio y minimización de estas conductas delictivas, que afectan, de forma directa e indirecta a las víctimas de este delito.

Se constatan, igualmente, dos situaciones de extremo riesgo en el desarrollo de la violencia más grave:

Los desequilibrios psíquicos causados por el estado esporádico o crónico del varón.

Cuando la relación afectiva ya ha finalizado y se encuentra en fase de regulación de hecho o legal separación o divorcio, produciéndose, incluso, cuando aparentemente se está actuando de mutuo acuerdo.

En la actualidad, y según nuestro punto de vista, la mujer ha superado casi totalmente el miedo "al que dirán" a ver mancillado su honor si revelaba que era objeto de palizas y amenazas e incluso el reconocimiento del fracaso de la relación familiar.

Se insta de forma clara a incentivar las denuncias ante los diferentes organismos y a encauzar como veremos en los sucesivos Capítulos del presente trabajo una colaboración activa entre las diferentes Instituciones y Organismos que encuadren de forma clara la pretensión punitiva del Estado.

El desarrollo de esta forma de "hacer justicia", planteó, la necesidad ,de que un tercero dirimiera el conflicto.

Así, la generalización de la idea de un proceso o juicio que lleve consigo el carácter público de la pena y la sustracción de la víctima de la imposición y ejecución de la misma resulta ser una etapa posterior al Derecho penal de la venganza privada. Penal de carácter público, nace cuando se pasa, de una relación bilateral (agresor–víctima) a una relación trilateral en la fórmula de solución de conflictos (agresor-autoridad judicial-víctima).[420]

La interposición de la querella, como analizaremos en el presente trabajo, resulta ser una excepción al ejercicio público de la acción penal, excluyente de su facultad persecutoria, y que se justifica en interés del derecho a la intimidad de la propia víctima. En la práctica, como veremos al entrar a valorar los diferentes tipos delictivos, favorece situaciones de

[420] Si bien hablamos de un órgano independiente de poder jurisdiccional, no siempre el Ministerio Fiscal ha permanecido independiente de otros poderes del Estado. Así, CONDE PUMPIDO, "El Ministerio Fiscal",Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pp 21, muestra las diferentes formas de cómo ese órgano se incardina en el Estado: Sistema continental Napoleónico o de representación de Poder Ejecutivo, Sistema de representación de la sociedad, del Poder Legislativo que encarna la soberanía popular, como órgano de actuación de la justicia integrado al Poder Judicial y como órgano independiente mantenedor de la legalidad. Nuestro modelo constitucional, sitúa, al Ministerio Fiscal en este último sistema (art. 158 de la constitución Política)

impunidad que desvitúan el efecto preventivo del tipo penal, y su necesidad, genera serios inconvenientes en la oportuna recopilación de las pruebas del delito.

Únicamente, recordar que los planteamientos de reforma del Misterio Fiscal, no incluyen en absoluto su sustitución por la víctima en los esquemas procesales que se proponen como alternativos .Todo lo contrario, apuntan a una remozada participación del primero, en el esquema procesal más acusativo.

Se pretende una conducción funcional del Ministerio Fiscal en los delitos de persecución pública de todos os organismos que van a influir en la investigación del hecho delictivo, en aras, a reducir sensiblemente el efecto de victimización secundaria que producen especialmente este tipo de procesos.

Aunque será objeto de comentario, en Capítulo adicional del presente trabajo, con la publicación de la Ley 38/2002 y la Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial del procedimiento abreviado, para el enjuiciamiento rápido e inmediato, de determinados delitos y faltas, en relación con este tipo de delitos supone una de las más importantes novedades de las misma.

Se trata de una materia que -obviamente, despierta una gran inquietud como hemos expuesto anteriormente- a la que el legiaslador, ha querido responder, con medidas eficaces.

Entre los delitos a los que debe aplicarse el procedimiento de "juicios rápidos" ,el art. 795.1.2ª a) se refiere a " delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a las que se refiere el art. 153 del CP".

Todo ello, obliga a realizar, una exégesis previa, sobre el origen del precepto,sus modificaciones, y la evolución doctrinal y jurisprudencial del mismo, para, así, poder pronunciarnos, con conocimiento de causa, sobre las posibilidades reales de enjuiciamiento inmediato, qie presentan las mencionadas conductas.

El delito de maltrato familiar del que antes hemos rrealizado un estudio promenorizado, fue introducido en la legislación penal, por LO 3/1989 en el art. 425 del CP, siendo el antecedente del actual 153 del citado Cuerpo legal, que mejoró de forma notable la redacción y amplió el ámbito de su aplicación.

Fruto de la preocupación del legislador en esta materia y de la necesidad de ir definiendo elementos del tipo necesitados de una mayor concreción, así como, ampliar el ámbito de protección de los sujetos pasivos de la infracción penal, se reformó el CP por LO 11/1999

añadiendo, a las medidas señaladas en el art. 57 del referido Cuerpo Legal, la prohibición de aproximarse a la vícitma o comunicarse con ella, y por LO 14/1999 se incorpora la conducta típica la violencia psíquica, y, se aportan, ciertos criterios para interpretar el término de habitualidad, para el que se tendrá en cuenta el número de actos de violencia que resulten acreditados,así como la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma, o diferentes víctimas de las comprendidas en el precepto y de qu elos actos violentos, hayan sido objeto o o de enjuiciamiento en procesos anteriores.la habitualidad se cinvierte en elemento rector del tipo y para su apreciación será preciso reunir el material probatoorio necesario,para su acreditación.

Un paso más avanzado, nos ofrece la doctrina jurisprudencial, que examinando el bien jurídico protegido y los elementos del tipo, ha sentado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo 927/2000, de 24 de Junio, 20/2001 de 22 de Enero,1974/2001 de 25 de Octubre.

Siendo esencial, la constatación de la habitualidad, la Fiscalía General del Estado, haciéndose eco de esta realidad enla Circular 1/1998, daba instrucciones precisas a los fiscales, para lograr que esas conductas, que de ordianrio venían siendo enjuiciadas de forma deslavazada,y en procedimientos independientes, generalmente por el trámite de juicio de faltas, se enjuiciaran de forma conjunta y en un único procedimiento, creando para ello en el ámbito de las Fiscalías una Sección de violencia familiar y un Registro especial de causas de violencia doméstica.

Con el panorama que se acaba de describir, y que analizaremos adecuadamente, en enjuiciamiento de los delitos y faltas cometidos en el ámbito familiar, resulta de difícil realización, porque dichas causaas son de compleja tramitacion, en las que el Juzgado dede recabar todas las denuncias pendientes siendo incompatible su instrucción con el breve periodo de tiempo fijado para la guardia (en las grandes ciudades 24 horas), asimismo,en estas causas, la habitual producción de lesiones de carácter físico o psíquico de pronóstico incierto,y en ocasiones, necesitadas de contraste mediante la correspondiente pericia,imposibilitan su calificación de inmediato; la asunción del Juzgado de guardia de la competencia para la investigación de estos hechos,vulnera las normas de competencia cuando el Juzgado de instrucción esté conociendo con anterioridad de los mismos hechos; el enjuiciamiento inmediato de faltas cometidas contra las personas mencionadas en el art. 153

que preconiza el art. 962-1[421] de la Ley, vulnera, igualmente, las normas de competencia cuando ya exista causa judicial abierta por los mismo hechos, debiendo, unirse la nueva denuncia a la causa principal, para, formar parte, del acervo probatorio necesario, para acreditar el elemento de la habitualidad exigido en el tipo penal.

Convendrá destacar, en torno a estos temas, las importantes reformas procesales operadas por Ley 14/2003 de 26 de Mayo de modificación de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Minstrio Fiscal,en el que concretamente, en su artículo trece (punto 10), amplía las funciones del Ministerio Fioscal y reseña, especialmente, la protección de la víctima y la posibilidad de adopción de medidas cautelares, y la reforma operada por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, pretendiendo dar a estas personas a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial sustanciado ante le Juzgado de instrucción, un cauce adecuado y un estatuti integral de protección que concentre de forma coodinada una acción cautelar de naturaleza penal y civil, con una activación inmediata de las Administraciones públicas estatal autonómica y local una activación necesaria de los instrumentos de protección social establecidos en sus repectivos sistemas jurídicos.

E- LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD PERSONAL Y CONTRA LA LIBERTAD: LESIONES, COACCIONES Y AMENAZAS. AFECTACION VICTIMAL.

E.1- El delito agravado de lesiones por utilización de medio peligroso o vulnerabilidad de la víctima. Delito cualificado de lesiones. Su estudio en la fase de instrucción procesal.

E.1.a Introducción.

[421] El art. 962-1 establece que : "Cuando la policía Judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de falta tipificada en los art. 617 o 620 del Código Penal,siemore que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del mismo Código.así como en el art. 623.2 del Código penal,cuando se flagrante,cuyo enjuiciamiento corresponda al Juzgado de instrucción,al que se debe entregar el atestado o a otro del mismo partido judicial,procederá de forma inmediata a citar en el Juzgado de gusrdia a las personas indicadas en los ordinales 3.a y 4.a del art. 796.Al hacer dicha citación se apercibirá a las personas citadas de las respectivas consecuencias de no comparecer ante le Juzgado de guardia.Asimismo,se las paercibirá de que podrá celebrarse el juicio de faltas de forma inmediata en el juzgado de guardia,incluso aunque no comparezcan,y de que han de comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse.Al denunciante y al ofendido o perjudicado,se les informará de sus derechos en los tñérminosnprevistos en el ordinal 1.a del artículo 771."

En esta parte del trabajo, estudiaremos los delitos de lesiones y los delitos contra la libertad, de coacciones y amenazas, desde la perspectiva, y en función de los problemas y las características de esa violencia familiar y, en concreto, de la Jurisprudencia al respecto.

Desde una perspectiva criminológica o sociológica, pueden explicarse algunos de los problemas que se suscitan en la persecución de los delitos contra la vida, salud, libertad..., cuando estos se producen en el entorno de una relación familiar.

Esquemáticamente, podrían reducirse a tres cuestiones, que tienen un substrato común, la voluntad de creer, o la creencia, de que en el grupo familiar la existencia de vínculos de sangre determina que, cualesquiera sean los acontecimientos que tengan lugar, haya que respetar esa esfera interna sin inmiscuirse porque detrás de todas las actuaciones agresivas, por encima de todo, subsiste el amor o cariño familiar.

Pensamos, que todas estas presunciones son falsas y que, desde una perspectiva jurídico-penal no deberían tomarse en consideración las relaciones familiares y, en su caso, únicamente, para proteger penalmente, en casos especialmente graves, el incumplimiento de obligaciones civiles familiares -impago de pensiones, abandono de familia.

Analicemos, los tres principales problemas que subyacen, en nuestra oponión, en el especial tratamiento, que reciben estas cuestiones en los Tribunales penales:

Existe la presunción, fuertemente arraigada en nuestra sociedad, de que es mejor no inmiscuirse en cuestiones familiares porque, que, debido a la existencia de lazos de sangre, de una forma u otra esas personas arreglaran sus problemas mejor entre si que con la intervención de terceros, que solo serviría para agravar la situación e impedir una "solución pacifica" del problema. Esto, es absolutamente falso, porque en muchos problemas familiares solamente la intervención de terceros puede impedir que la situación se deteriore y deje de ser "pacifica".

Asimismo, existe el convencimiento, entre quienes deben administrar la justicia penal, creencia en este caso fundada, que después de iniciado un procedimiento, en temas relacionados con la violencia domestica, las personas que han denunciado, se echaran atrás y no solo no acusaran o testificaran en el juicio de forma diferente a como lo hicieron en fase de Instrucción, sino que trataran de desmentir todo lo que previamente habían afirmado.

Para la solución de este problema, ciertamente existente y de difícil arreglo, se deberán arbitrar mecanismos de apoyo psicológico a quienes deben testificar, así como medidas de

protección de esos mismos testigos y, sobre todo en el supuesto de que sean menores, evitarles en la medida de lo posible la confrontación directa con su agresor en el Juicio oral .

Los principios de inmediación y contradicción que presiden el juicio oral no pueden ser absolutos, como ningún principio lo es, y cuando entran en conflicto con otros derechos, como ser la salud psíquica del testigo, e incluso, la obtención de la verdad no coaccionada en el procedimiento, hay que acudir, al principio de proporcionalidad para arbitrar formulas de equilibrio en la protección de los derechos en juego.

La testifical de la víctima, prestada en la Instrucción, ante el Juez y con Abogado, junto a las testificales en el Juicio oral ,de terceros que hayan tratado y atendido a esos menores, o mayores vulnerables por la especial situación que atraviesan, y que conozcan lo que pensaban y sentían en el momento en que se produjeron los hechos, no lesionan el Derecho de defensa del acusado, no lesionan, la integridad psíquica de la víctima, que ha empezado a superar sus traumas, y sirven mejor a la obtención de la verdad en el Juicio.

En razón del convencimiento ,sobre la existencia de un cariño familiar, se defiende, en los juicios sobre violencia domestica, una presunción de ausencia de dolo respecto de cualquier conducta de cierta gravedad, sobre todo de lesiones graves y máxime de homicidio, que seria imposible en el tratamiento de otros casos no relacionados con la familia.

Así como, en general, la prueba del dolo se ha objetivado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma que se atiende a todas las circunstancias objetivas concurrentes ex ante, para determinar si el sujeto quería matar, lesionar gravemente o únicamente maltratar, no sucede lo mismo, en el ámbito de la violencia domestica. Esta cuestión, tiene consecuencias, como veremos, especialmente graves en la calificación de las lesiones como graves o leves o como falta, máxime con la regulación existente y la interpretación que de ella hacen tanto la doctrina como la jurisprudencia.

La Jurisprudencia sobre el dolo, consolidada desde finales de los ochenta, no se aplica para los supuestos de violencia familiar y pese a la gravedad del ataque, en muchos supuestos, se considera que solamente concurre una falta de lesiones en lugar de tentativa de delito de lesiones graves o tentativa de homicidio , por entender que no se ha requerido tratamiento medico-quirúrgico, pese a la gravedad de los medios empleados en la agresión y que, en todo caso, el autor no quería causar esas lesiones mas graves o esa muerte.

Se debería partir ,de la función garantista del derecho fundamental a la salud e integridad personal a las que por diferentes vías ha llegado nuestro Tribunal Constitucional aplicando el art. 15. Según ella, es obligación del Estado pero también del resto de los ciudadanos el respetar la salud e integridad de todos ellos y protegerlas frente a los menoscabos de terceros.[422]

Desde una perspectiva político-criminal, quiremos llamar la atención ,sobre la demagogia que existe en este ámbito desde el momento en que, alegando la existencia de lagunas legislativas, se crean nuevas figuras de delitos que para lo único que sirven, cuando se pueden aplicar, es para calificar unos hechos, de forma mucho mas benevolente, a la que resultara si nos atuviéramos a los delitos realmente cometidos y previstos desde siempre, en el llamado Derecho Penal nuclear, como pueden ser las detenciones ilegales, amenazas, allanamiento de morada, agresiones sexuales (violación, abusos deshonestos, corrupción...), lesiones (cualificadas, graves...), lesiones al feto, aborto, inducción al suicidio, homicidio, asesinato....

En otras palabras, el legislador y los políticos aparentando una voluntad de mayor protección de este ámbito tan sensible, en base a la presunta existencia de lagunas de punibilidad, promueven unas construcciones legales nuevas, de difícil aplicación practica, cuando existen delitos clásicos, como los mencionados, que sirven perfectamente para perseguir estas conductas denominadas "malos tratos" o "violencia familiar" ,aplicado las diversas penas de acuerdo con la regulación del concurso de delitos.

En este sentido, por tanto, es ejemplar la SAP Almería, de 12 de noviembre de 1999, en la que se califica como delito de lesiones psíquicas una situación de continuos malos tratos: "...la "patología", que en orden a la "salud mental", afecta a la que fue esposa del acusado y a sus tres hijos menores, dos con edades inferiores a los doce años, se inscribe netamente, en el marco que el tipo penal prevé, según lo expuesto, toda vez que el acusado con su pertinaz conducta agresiva, de, maltrato hacia los afectados así lo determinan...".

A esta situación de la política legislativa, coadyuva de forma importante la visión que presentan los medios de comunicación sobre la actuación de la justicia, a la que se responsabiliza en gran medida de la existencia de violencia familiar, por su actuación en estos ámbitos que se considera poco efectiva. En todo caso es cierto que ya sea por los efectos de las reformas legislativas, ya sea por la diferente actitud de los tribunales frente a

[422] STC 120/1990, 137/1990 FFJJ 6 y 7 ,4 y 5.

estos problemas, en los últimos anos se empieza a detectar una nueva sensibilidad en el tratamiento de la violencia en el ámbito familiar y no por la aplicación del delito de violencia familiar habitual sino por la calificación de las agresiones contra derechos fundamentales en el ámbito familiar como delitos de lesiones, coacciones..., tal y como veremos.

E.1.b- Problemas procesales.

En relación con una de las cuestiones referidas antes, sobre las dificultades para la persecución de estos hechos, es cierto, que tratar de evitar, la violencia ejercida dentro del entorno familiar, de la que esencialmente son victimas la mujeres y los menores, a través de su represión por la intervención del Derecho penal, plantea un problema de difícil solución: la prueba de los hechos.

Para que los hechos objeto del juicio, se consideren probados en el contexto ,de un juicio oral, atendiendo a las garantías constitucionales que presiden el proceso penal, es necesario que se produzca una previa sensibilización de todas las partes implicadas. En particular, los principios de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva, o de defensa, adquieren un protagonismo indiscutible en este ámbito.

De acuerdo con el principio de presunción de inocencia, la comisión de unos hechos delictivos debe ser probada positivamente por quien acusa y en el caso de que, tras practicar todas las pruebas propuestas, subsistan dudas en el ánimo del juzgador, este debe absolver -principio in dubio pro reo-. Esta prueba fehaciente de la comisión de un delito requiere que las victimas no se retracten de sus denuncias y mantengan su testimonio, sin vacilaciones ni modificaciones durante los diferentes trámites del proceso, puesto que estos cambios pueden determinar la absolución al hacer surgir dudas en el animo del juzgador.

Ratificándonos, en la importancia que tiene el testimonio de las víctimas, para poder condenar por esta clase de hechos, no quiremos, obviar las dificultades, que la testifical suscita debido al temor e indefensión en que estas se encuentran, ya que en la mayoría de supuestos siguen conviviendo con el agresor.

Por consiguiente, es necesario buscar apoyos de distinta índole para facilitar la actuación coherente y contundente de las victimas-testigos. Esta ayuda implica la colaboración de los demás intervinientes en el proceso, desde la policía, a los fiscales, pasando por los jueces de instrucción, que deben actuar con una especial sensibilidad en atención a los condicionantes que se suscitan en los casos de violencia familiar. En el mismo sentido, en el acto del juicio

oral se debe de propiciar una especial protección de aquellos testigos para los que el mismo testimonio puede resultar mas gravoso de lo que representa la condena que puede recaer sobre el acusado.

En un sentido opuesto, también es cierto que es discutible que la mera testifical de la victima pueda servir para condenar, puesto que, aun cuando no sea factible contar con más pruebas directas, de todos es sabido el valor otorgado por nuestro Tribunal Constitucional a la prueba de indicios, con la que en casi todos los casos seria posible contar.

En esta dirección, las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la prueba testifical, por la LO 14/1999, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, supone un cierto cambio, respecto de la anterior situación,(lógicamente, deberemos tener en cuenta, la importante reforma procesal efectuada por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica). Los principios de oralidad, inmediación y contradicción que presiden el juicio oral habían sido entendidos de forma que la testifical requería siempre de una situación de contradicción real entre acusado y testigo, exigiéndose en consecuencia que la testifical se llevase a efecto en el mismo acto del juicio oral con la presencia efectiva del testigo.

La reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 14/1999, posibilitó que no fuera necesaria, una confrontación visual, entre acusado y testigo, pudiendo utilizarse incluso medios audiovisuales, aun cuando pienso que incorrectamente se limita esta posibilidad a los supuestos en los que un testigo es menor. Asimismo y como recoge la exposición de motivos de la ley, que la práctica de careos cuando el testigo es menor de edad pasa a tener un carácter excepcional.

E.1.c- Protección de la salud individual: La integridad corporal como aspecto fundamental de la misma. Su incidencia en la víctima del delito.

La nueva regulación del CP de 1995, en realidad desde la reforma de 1973, si que ha solucionado los problemas referentes ,al bien jurídico protegido, en los delitos de lesiones.

Con la actual regulación no cabe afirmar que se proteja exclusivamente la integridad corporal sino que la protección abarca la salud como un todo global.

La protección a la salud ,en sentido amplio, puede fundamentarse tanto en la definición de la Organización Mundial de la salud según la cual es " el completo estado de bien estar físico, psíquico y social" o en la previsión constitucional del art. 15 de nuestra norma Fundamental relacionando la salud con la dignidad de forma que suponga un deber de seguir

un tratamiento de la persona no instrumental lo que la mismo tiempo permitía poner el acento mas en la conducta agresora que en concreto resultado producido a la víctima.

Esa comprensión del bien jurídico protegidos en los delitos de lesiones, por otra parte, obligado por el tenor literal del art. 147 CP permite que las violencias habituales consistentes en malos tratos físicos y psíquicos continuados puedan ser calificados como lesiones directamente, sin necesidad de acudir al delito de violencia familiar habitual y probar la misma, por cuanto conductas de esa clase producen casi invariablemente graves trastornos psíquicos muy especialmente en menores.[423]

-Algunos problemas derivados de la regulación positiva de las lesiones.

Junto a los problemas aludidos de raíz fundamentalmente criminológica, sociológica y procesal, concurre la dificultad cuyo origen se encuentra en nuestro Derecho positivo, con gran repercusión en muchos ámbitos,, del cual se derivan otras incluido el tratamiento de la violencia familiar que hemos expuesto en el presente trabajo, que es la regulación del delito de lesiones.

Problemas derivados de la regulación legal a los que coadyuvan las diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, de los conceptos de tratamiento médico y asistencia facultativa.

Respecto del respeto al principio de proporcionalidad ,en relación con una regulación legal como problema de fondo, somos de la opinión, que es inaceptable que un hurto (307 euros) constituya delito, mientras que una lesión porque sólo requiera una primera asistencia facultativa a la víctima, aunque sean utilizados, medios peligrosos, sea sólo falta, este supuesto es más grave en el caso de las lesiones por imprudencia art. 147.1 del CP y art. 267 del aludido Texto Legal.

Máxime con la interpretación absolutamente favorable al reo. Esta aplicación extremada de los principios de intervención mínima y de "*in dubio pro reo*" conduce, a que en virtud del limite jurídico que rige el concurso real de delitos. art, 76 del CP conductas continuadas de lesiones sólo puedan castigarse con el triplo de la pena previsto en el art. 617.1 del CP y

[423] Destacar las importantes modificaciones que en trono a estos supuestos ha establecido la Ley 14/2003 de 26 de Mayo de modificación de la ley 50/1981 de 30 de Diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el que en su artículo 3 amplía las funciones de Ministerio Fiscal , velando por la protección de las víctimas promoviendo los mecanismos previstos para que reciban ayuda y asistencia efectiva, así como la novísima Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, mediante la cual se modifica el art.13 de la LECrim. pudiendo acordarse las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la Orden de protección prevista en el art. 544 ter del citado Texto normativo.

por consiguiente con pena de multa o como máximo de arresto. Con estas penas, los problemas que subyacen a estas conductas no sólo se arreglan sino que ese deteriora aun más especialmente con las penas de multa que viene a agravar la situación económica de toda la familia no sólo del agresor.

Sólo en este contexto, tiene sentido, el art. 153 del CP porque si estas conductas cuya gravedad puede advertirse por cualquiera fueran calificada como delito de lesiones, incluso contando la importante modificación de nuestra legislación procesal y penal, la aplicación de las agravantes en su caso del art. 148 del CP tal y como seria lo adecuado atendiendo al bien jurídico lesionado y a la naturaleza de la conducta, el art. 153 resulta innecesario e incluso perturbador.

Si puede ser lógico, diferenciar, entre delito y falta en los delitos contra la propiedad, de hurto, estafa o apropiación indebida. En las lesiones supone un atentado contra la persona y la atención al resultado producido debe ser la cuestión esencial en el momento de la determinación de la responsabilidad civil pero no de la responsabilidad penal.

Por otra parte, tal y como están regulados los delitos de lesiones, en la práctica, es difícil diferenciar, la existencia de la tentativa hacia la víctima.

Además la doctrina cuando admite el castigo de la tentativa, se está contradiciendo con todo lo que ella misma había propuesto al estudiar el art. 147.1º del CP y la distinción entre el tratamiento médico y la asistencia facultativa.

En todo caso, es cierto, que de *lege data*, la cuestión es problemática, porque el art. 148 del CP remite al 147.1 del citado Texto Legal, con lo que parece requerir para aplicar el tipo agravado la concurrencia de resultados de los previstos en el art. 147 .1 ª es decir, de un tratamiento médico-quirúrgico. En consecuencia el primer análisis de esta redacción ,parece excluir la posibilidad de castigar como tentativa el art. 148 del CP supuestos en los que pese a existir ensañamiento o utilización de medios peligrosos con la víctima, finalmente, no se ha requerido tratamiento médico quirúrgico.

La calificación por el resultado de los delitos de lesiones está refrendada por abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que desde la aprobación de la reforma del CP por LO 8/1983 ha mantenido que "…mediante una nueva redacción que se dio a los delitos de lesiones se pasó a un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción que implicaban implícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar de obra) a otro sistema en el que la forma de acción carece de una

caracterización especial pues lo decisivo ya no es la forma de acción sino su causalidad respecto al resultado de menoscabo de la integridad corporal o en la salud física o mental [424].

De *lege ferenda*, en consecuencia, pensamos, que debería desaparecer la falta de lesiones y cualquier agresión que supere los denominados malos tratos, en los que no se produce menoscabo alguno de la integridad física o psíquica y para se delito lo que acorde con el principio de proporcionalidad se correspondería con la importancia del bien jurídico protegido o como mínimo la concurrencia de alguna de las agravantes previstas en el art. 148 determinar la calificación de los hechos como delito independientemente de cual fuera el resultado producido.

Respecto de los tipos cualificados por el resultado, de los art. 149 y 150 del CP aun cuando, continúen siendo delitos resultativos, como lo es el de homicidio, se debería examinar y valorar primero ex ante la relevancia de la conducta para causar ese concreto resultado tanto desde una perspectiva de idoneidad como desde el tipo subjetivo por la concurrencia de ese dolo específico y sólo en un momento ex post, analizar la imputación objetiva del resultado producido a la conducta típicamente relevante sobra la víctima del delito.

Si que conviene, aunque sea someramente, explicar y analizar los supuestos de autolesiones, que muchas personas utilizan por querer considerarse víctima de delito e interesar, la acción de los Tribunales al objeto de coaccionar de forma notable a la otra parte del conflicto.

Nuestro Código Penal, considera impunes tales comportamientos. A diferencia del suicidio, su fundamentación en contadas ocasiones se ha centrado en argumentos político-criminales que permiten en todo caso seguir manteniendo su contrariedad en general con el ordenamiento jurídico[425].

EL argumento fundamental según buena parte de la doctrina reside en una cuestión de principio y no de oportunidad vinculada a la especial situación del autolesionado, se ve forzado por le hecho d que cualquier participación en las autolesiones es asimismo impune a falta de un precepto específico equiparable al art. 143.1 y 2 que diera pie a eludir al menos

[424] SSTS 2 marzo 1989 (RJ 1989/2349), de 12 de Julio, de 11 de Octubre de 1990 (RJ 1990/7955)de7 de Abril, de 3 de Diciembre de 1992 (RJ 1992/98922) de 17 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6697) entre otras muchas.

[425] JIMENEZ DE ASÚA"Tratado de derecho Penal" T.IV Losada 1976 pp 660 (obra del autor) va más lejos, poniendo en duda los argumentos de oportunidad utilizados para la impunidad del suicidio debieran haber llevado a la impunidad de la autolesiones.

respecto a alguna de las modalidades de participación el principio de accesoriedad en ella vigente. Por lo demás, y siguiendo a nuestro Alto Tribunal, supone ampliar la disponibilidad intervenciones de terceros, si bien dentro de un contexto de mera participación en una autolesiones.

Únicamente la redacción del art. 155 del referido Texto legal pone directamente de manifiesto un nuevo sector de reconocimiento de la disponibilidad, ahora afectante y sin las limitaciones expuestas en el tema de lesiones consentidas constitutivas de falta.

La declaración de relevancia limitada del consentimiento, va referida, exclusivamente, a los delitos de lesiones pero no a las faltas. Idéntica disponibilidad rige para las lesiones imprudentes consentidas constitutivas de falta. Su carecer imprudente impide con las consecuencias jurídicas que a efectos de reparación establecen nuestra leyes procesales, que resulte aplicable a toda lesión imprudente que si hubiera concurrido dolo constituiría delito siempre que tal imprudencia sea leve (art. 621.3) o incluso grave (art. 147.2).

Finalmente, por lo que se refiere a las lesiones constitutivas de delito consentidas dolosas o gravemente imprudentes, el CP ha optado, por prever una atenuación obligatoria de la pena a imponer al victimario en uno o dos grados; zanjando la polémica mantenida por las reforma anteriores de 1963, 1983 y 1989. Se tiende en un afán de satisfacer a todas las partes en conflicto estable de una coherencia con el principio general de relevancia (art. 156 del CP).

Se concluye por numerosa doctrina[426], que en la configuración de nuestro Estado de derecho y para una mejor protección de la víctima de estos delitos, y con la libertad entre los valores superiores de nuestra Norma Constitucional, se exige dar primacía a los valores individuales sobre los comunitarios, pudiendo dispones plenamente de este bien-, recordando que es destacable la ausencia en nuestra Ley fundamental de un pronunciamiento sobre la disponibilidad de la salud e integridad personales de modo que de ella sólo cabe deducir la no ilegitimidad constitucional de su ejercicio, quedando deferida, la determinación de su ámbito de eficacia a la legislación ordinaria.

Por ello sus consecuencias en nuestro ordenamiento y a la hora de poder valorar el resultado producido en la víctima del delito derivan hacia lo que se reseña:

[426] BUSTOS RAMIREZ, MUÑOZ CONDE, GARCÍA VITORIA, LOPEZ BARJA CEREZO MIR DIEZ RIPOLLÉS, ROMEO CASABONA, QUINTERO OLIVARES. entre otros autores estudiosos de estas cuestiones.

Reconocimiento de una marcada diferencia valorativa, entre intervenciones propias o de terceros lo que explicaría la directa eficacia del consentimiento en todas las intevenciones sobre uno mismo, la cual se hace extensible a las colaboraciones voluntarias o imprudentes de terceros en esa intervención. De ahí deriva la impunidad de las autolesiones y de la participación en ellas.

El reconocimiento diferenciado de la eficacia del consentimiento en las intervenciones de terceros en función de la gravedad del desvalor de la acción y del resultado. Ello se refleja, en la relevancia plena del consentimiento en todas las lesiones imprudentes consentidas leves y en algunas graves, así como en las faltas dolosas de lesiones consentidas frente a su relevancia, meramente atenuatoria ,en los delitos dolosos o con imprudencia grave de lesiones consentidas.

Aceptación, en determinadas situaciones problemáticas, de una ulterior relevancia eximente del consentimiento en intervenciones de terceros con una significación variable en el marco delas lesiones consentidas, por ejemplo el art. 156 del CP.

Para que concurra la capacidad de consentir es preciso que se de la correspondiente voluntad de disponer del bien jurídico. Y la conveniencia de minimizar riesgos cuya materialización a veces sería irreparable[427].

---

[427] A) En el ámbito civil.1) Internamiento por razón de trastorno psíquico. En aquellos supuestos en los que los informes emitidos por os médicos forenses pudieran desprenderse que el agresor padeciera alguna alteración o anomalía psíquica que precise tratamiento mediante ingreso en un centro adecuado, el Ministerio Fiscal deberá formular la correspondiente petición, independientemente de las personas facultadas para ello conforme a los artículo 202, 203 y 213 del Código civil .Dada la gran influencia que en las situaciones de riesgo familiar tienen los cónyuges afectos al alcoholismo crónico y consumo de sustancias estufacientes, esta posibilidad no debe descartarse, máxime ante la existencia cada vez más frecuente de programas de desintoxicación en régimen de internamiento de corta duración que seguidos de tratamiento ambulatorio posterior son de indudable eficacia.2-Normativa aplicable en defensa de los menores que se encuentren en riesgo de sufrir violencia familiar. La modificación del Código Civil llevada a cabo por la LO de 15 de Enero de 1996 remarca en su exposición de motivos que " en todo el texto aparece reforzada la intervención del Ministerio Fiscal siguiendo la tendencia iniciada por la ley 21/1987 ampliando los cauces de actuación de esta institución a la que por su propio estatuto corresponde la representación de los menores e incapaces que carezcan de representación legal. Una de la novedades más interesantes desde mi punto de vista constituye ala nueva redacción del art. 185 del CC al determinar en su número 31 que " el Juez de oficio o a instancia del propio hijo de cualquier pariente o del ministerio fiscal dictará en general las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menos de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.".El contenido de los artículos 154 a 161 del CC es

Será, no obstante, en el ámbito del proceso penal, donde la medidas judiciales aplicables cobrarán su auténtica efectividad pudiendo diferenciarse:

-Durante la fase de instrucción:

No resulta infrecuente, incluso, en los supuestos de detención del agresor, que al tiempo de ser puesto a presencia judicial, carezca el instructor de datos tan imprescindibles como del informe del equipo técnico, el informe del médico forense referido a lesiones de la denunciante y del estado psicológico del denunciado e incluso de los antecedentes de hecho delictivos de análoga gravedad, dado que normalmente en los antecedentes policiales no se reflejan el número de diligencias previas que dieren lugar a los atestados anteriores con lo que se dificulta enormemente la calificación del hecho como delito o falta.

Con la nueva reforma procesal todavía se van a plantear mayores problemas al ser la policía quien, inicialmente, deberá efectuar dicha calificación, antes de remitir el atestado al juzgado para que se pueda como posteriormente comentaremos instruir el preceptivo juicio rápido.

Prisión provisional con o si fianza cuando concurran los requisitos previstos en los artículos 503 y 504 de la Ley de enjuiciamiento Criminal.

La adopción de esta medida, requerirá la expresa petición por parte del Ministerio Fiscal o por las acusaciones, siendo muchas veces preciso solicitar la práctica de diligencias de prueba tendentes a acreditar las circunstancias personales y antecedentes indicados (art. 504 bis2 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Especial consideración, tendrá el riesgo objetivo de que se repitan de nueva hechos delictivos de igual o mayor gravedad contra la victima del delito o personas allegadas.

b) Libertad provisional

El Juez decide la puesta en libertad del imputado, podrán solicitarse por le Ministerio Fiscal o por las partes acusadoras y acordarse por el instructor las medidas siguientes:

---

perfectamente aplicable al fenómeno estudiado. El menor sujeto directa o indirectamente a delitos o faltas que puedan repercutir en su salud física o psíquica y por tanto aquellas inferidas a su madre, hermanos o incluso personas o familias que convivan en el mismo ámbito doméstico pueden suponer un verdadero perjuicio y peligro para el valorable por el Juez quien de oficio o a instancia de parte y muy especialmente del Ministerio fiscal podrá atribuir a custodia del menor a uno de sus progenitores concediéndoles el uso de la vivienda familiar permitiendo al agresor retirar la ropa y enseres necesarios. Esta medidas a pode extenderse al ámbito penal pueden tener una importantísima aplicación y eficacia práctica.

Comparecencias apud-acta con posibilidad de exigir periodicidad diaria (Instrucción 1/1988 de 11 de Enero de la FGE).

Es necesario, hacer constar, la conveniencia de que la referida comparecencia pueda ser utilizada también para que por parte del Equipo Técnico se efectúen las debidas comprobaciones tendentes a acreditar el adecuado comportamiento del imputado en libertad. De lo contrario estas comparecencias se convierten en un mero ritual sin efecto alguno.

Solicitar que por la autoridad judicial, se requiera a imputado, para que se abstenga de acercarse al domicilio de la víctima dando órdenes a la Policía Judicial o Local ,en el caso de pueblos pequeños, a fin, de llevar a término, una especial vigilancia, de esta medida.

Si bien, esa medida, no se halla específicamente regulada en nuestras leyes procesales y su aplicación, ha sido cuestionada por algún sector doctrinal, entendemos que la obligación impuesta, en primer lugar, al instructor como "primeras diligencias" en el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, actualmente modificado, por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.: Las de "coonsignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a sus comprobación y a la identificación del delincuente, las de detener, en su caso, a los presuntos reponsables 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 que se refireel el art. 544 bis o la oreden de protección prevista en el art. 544 ter de esta Ley".

Instar a la autoridad judicial, para que ordene a la Policía Judicial y cuando proceda a los otros Cuerpos policiales, para que adopten las medidas que en cada caso parezcan más adecuados a fin de asegurar la protección de la persona maltratada control periódico de su estado, posibilidad de dar aviso inmediatamente, seguimiento policial y cuantas medidas se consideren necesarias.

En los supuestos en que el imputado tuviera licencia o permiso de armas, se instará la inmediata entrega en todo caso para evitar un mal mayor a la víctima del delito.

Coordinación y promoción de los servicios de Asistencia y Orientación social para la oportuna información y asesoramiento de la persona maltratada.

Posibilidad de promover la tramitación de los juicios rápidos como veremos en la exposición del presente trabajo y cuya entrada en vigor es inminente.

Interesar cono diligencia de instrucción que el Equipo Técnico emita el correspondiente informe sobre la situación familiar y personal del agresor ,a fin ,de tenerle en cuenta para individualizar correctamente la pena a solicitar o en su caso a apreciación de la circunstancia atenuante prevista en el art. 21 y 51 del CP.

Interesar en los escritos de conclusiones provisionales y definitivas cuando sea procedente la aplicación de la pena accesoria de prohibición de que el reo retorne al lugar donde se ha cometido el delito o vaya al lugar donde vive la víctima o la familia prevista en el art. 57 del CP.

Finalmente en este punto recalcar la aplicación del art. 158 número 3 del Código Civil cuando los malos tratos afecten a los hijos.

F- LA FASE DE INSTRUCCIÓN EN RELACION CON LAS VICTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

F.1 Introducción

Si algunos delitos han sido objeto de numerosas reformas durante los últimos años, estos han sido los delitos contra la libertad sexual.

Reformas que con la Ley 2/1978 de 26 de mayo que suprimió los delitos de adulterio y amancebamiento, la Ley 46/1978 de 7 de Octubre que procedió a modificar los delitos de estupro y rapto, la Ley Orgánica 5/1998 de 9 de junio que reformuló los antiguos delitos de escándalo público y culminaron con la reforma del Código penal mediante la LO 3/1989 de 21 de Junio que supuso un cambio radical en esta materia y finalmente con la entrada en vigor en 1995, del denominado, Código penal de la Democracia.

Reformas, todas ellas, enmarcadas en un creciente proceso de liberalización y modernización de nuestro Derecho penal sexual desde la restauración de la democracia .la última reforma fue por LO 11 de 30 de abril de 1999 de modificación del Título VIII del libro II del CP aprobado por LO 10/1995 de 23 de noviembre.

No deja de sorprender, que cuando todavía los Tribunales no han tenido apenas tiempo de aplicar e interpretar los preceptos del CP de 1995, los delitos contra la libertad sexual ya se hayan modificado, el legislador ve necesaria esta reforma a fin de tipificar de manera más precisa los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas y con las circunstancias concurrentes; reintroducir el delito de corrupción de

menores o incapaces por considerar insuficientes, las normas relativas a la prostitución ampliar las conductas reprochables de naturaleza pornográfica, acomodar la valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad a cada una de las especies delictivas y revisar en profundidad le sistema de penas.

Convendrá recalcar, dentro de las disposiciones comunes a estos delitos ,tener en cuenta el art. 191 del Código Penal [428].

En el Texto derogado de 1973, se configuraban los delitos contra la libertad sexual como delitos privados que sólo podían ser perseguido previa denuncia de la persona agraviada. Sujetar la persecución de este tipo de delitos a la denuncia previa, de la persona legitimada por la ley, tiene una tradicional justificación doctrinal en el carácter personalísimo o individual del bien jurídico vulnerado. Pero no es menos cierto, que en la práctica, provoca eventuales situaciones de mercadeo a través de chantajes o ventas de la denuncia y de forma relevante y reiterada ciertos inconvenientes en la recogida de pruebas del delito[429]

Como ha señalado GIMBERNAT, la existencia excepcional de un delito privado, sólo viene justificada desde una perspectiva de política criminal, si concurren todos o la mayoría de los siguientes requisitos: que se trate de un hecho de poca entidad y de carácter no violento, porque, sólo en estos casos, es plausible atender primariamente a los intereses del ofendido descuidando los que viene exigidos por la prevención general y por la especial: que su prueba implique el riesgo de una intromisión en la vida privada del a víctima que el hecho sea de carácter predominantemente ocasional y que su persecución penal pueda suponer un daño irreparable al ofendido[430].

En los delitos contra la libertad sexual, prescindiendo de la posible intromisión del proceso penal en la intimidad de la víctima, no concurre ninguno de los restantes requisitos, que fundamentarían , su calidad de delito privado.

Por otra parte, la práctica judicial revela que en determinado supuesto y concretamente en los que afecta a la libertad sexual se hace necesaria una activa participación del acusador público, con independencia de la posición procesal adoptada por la víctima en el proceso.

---

[428] El art. 191 del CP establece: "Para proceder por los delitos de agresiones sexuales acoso o abusos sexuales será precisa denuncia de la persona agraviada de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal que actuará ponderando los legítimos interese en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad incapaz o una persona desvalida bastará la denuncia del Ministerio Fiscal. 2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase"

[429] Vid MONTALBAN HUERTAS Delitos contra la libertad sexual en Jueces para la Democracia, número 32 1998 pp. 65 y ss.

[430] GIMBERNAT ORDEID, Estudios de Derecho penal 3ª edid. Madrid 1990 pp. 90 y 91.

Hay supuestos, en los que la víctima de una brutal agresión, no quiere denunciar por desconocimiento de sus derechos o por sentimientos tales como el pudor o la vergüenza; a veces la víctima que inicialmente denuncia no puede soportar la burocracia, lo que antes denominábamos Victimización secundaria, y opta finalmente por retirar la denuncia. para estos casos la previsión de la querella del Ministerio Fiscal ha sido en mi opinión, uno de los mayores aciertos de nuestra Ley procesal.

Sin embargo, a pesar de la cláusula de oportunidad, se puede afirmar que subsiste a pesar de la inclinación hacia el carácter público de estas infracciones la configuración de estos delitos, como de naturaleza semiprivada, pues el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal en supuestos de víctimas mayores de edad no denunciantes, queda doblemente condicionada: de una parte exige querella que el medio de comunicación de la noticia criminal más formalista que el de la denuncia; de otra parte exige una previa ponderación de los intereses , de suerte, que el Ministerio Fiscal, sólo tendrá justificada se actuaciones caso de víctima mayor de edad, si ésta no sufriera, con el proceso, un daño moral igual o más grave al que comparativamente le produjo el hecho delictivo o bien en el caso de que, el interés público, en la persecución de los hechos ,prime sobre el agraviado como sería , una agresión reincidente o habitual.

La nueva formulación dada al requisito de la denuncia previa, tendrá un buen resultado si es utilizada adecuadamente "ponderando los legítimos intereses en presencia" lo cual implica, una necesaria audiencia de la víctima, para conocer sus circunstancias personales y motivaciones subyacentes ,en su decisión de no denunciar

En cualquier caso, cuando la víctima fuera menor de 18 años, incapaz o desvalida bastará con denuncia del Ministerio Fiscal.

El apartado segundo, como expondremos más adelante, advierte que el perdón del ofendido resulta absolutamente ineficaz: en España desde 1989 este no extingue la acción penal.

La razón de esta decisión legislativa radica en la preocupación del legislador por poner coto a los eventuales chantajes y presiones de los que podía ser objeto la víctima del delito previamente cometido.

F.2- Reseña histórica.

Tradicionalmente, la denominación de estos delitos, ha sido contra la “honestidad”, cuya nomenclatura integraba una serie de hechos punibles, cuya característica común era su relación con el ámbito sexual.

Gramaticalmente el término “honestidad”, equivale a decencia, reputación y, en tal sentido, la denominación, ha sido siempre desafortunada pues la honestidad no puede nunca reducirse al ámbito sexual.

Indudablemente, con esa rúbrica se estaban refiriendo a duna determinada “moral sexual” la cual ha estado históricamente condicionada llegando incluso en la Edad Media a confundirse el delito y el pecado en su concepción cristiano-.católica (ejemplo homosexualidad, bestialidad…)

La progresiva secularización de estas materias, ha ido restringiendo la persecución penal de determinadas conductas sexuales.

Lo que se protegía hasta la reforma del Código Penal de 1989 era la honestidad, hoy en día el bien jurídico protegido es la libertad sexual y la indemnidad sexual.

F.3- Perseguibilidad en estos delitos. El perdón de la víctima.

Es habitual distinguir en el ámbito jurídico penal en atención a la forma de proceder contra ellos entre:

-Delitos públicos. perseguibles de oficio.

-Delitos privados. perseguibles a instancia de parte

La tradición jurídica de los delitos contra la libertad sexual, revela un marcado carácter privado en la estructura de los mismos que usualmente se explica atendiendo al cariz personalísimo de los bienes e intereses que resultan afectados.

Sin embargo a esa primera diferenciación, hay que adicionarle, dos categorías intermedias:

Delitos semipúblicos. Corresponden a aquella infracciones en las cuales a pesar de requerirse denuncia para la iniciación del proceso una vez iniciado es la voluntad de la agraviada perdería toda relevancia desde el punto de vista jurídico-penal.

Delitos semiprivados. Sigue siendo preceptivo la denuncia de la agraviada para la iniciación del procedimiento pero el perdón de la víctima tiene plena eficacia.

Habitualmente ,se ha considerado los delitos hoy llamados ,contra la libertad sexual, como delitos privados, exigiéndose en un primer momento incluso la querella [431]

Posteriormente, se han ido suavizando, los requisitos procesales, bastando la mera denuncia.

Por lo que se refiere, al instituto del perdón de la víctima , y que se expondrá asimismo, en la fase de ejecución del presente trabajo, este ha ido evolucionando conservando intacta su vigencia durante largo tiempo, estando en vigor ,en ocasiones "el presunto perdón" .El motivo de contemplar tal posibilidad ,se encuentra, en opinión de algún sector doctrinal, en la especial consideración del honor familiar y el honor de la mujer, pretensión esta hoy en día, totalmente inviable.

Incluso el Código Penal de 1973 (de muy reciente aplicación ya que estuvo vigente hasta el año 1989), contemplaba la figura del perdón del ofendido, eso si, referido a determinados delitos (abusos deshonestos, estupro, rapto, no siendo aplicable al delito de violación. Y estando condicionado a la aprobación del tribunal competente oído el Ministerio fiscal.

La reforma del Código Penal de 1989, mantuvo la postura de que el perdón del ofendido (su representante legal o guardador de hecho) no extingue la acción pena en los delitos de agresiones sexuales, estupro o rapto (art. 443)

El vigente Código Penal (LO 10/1995 de 23 de noviembre), en lo que respecta al perdón del ofendido, se limita a reproducir lo ya establecido en la reforma de 1989 respecto de los delitos de agresiones acoso y abusos sexuales (art. 191).

Por otra parte y en relación al requisito para iniciar la actuación penal, hemos de precisar que el CP actual requiere la interposición de la correspondiente denuncia por la víctima del delito.

F.4- La prueba en los delitos contra la libertad sexual.

Si hay algunos delitos que suelen ser deficitarios en la aportación de prueba con el consiguiente padecimiento añadido de la víctima, estos son sin duda los delitos contra la libertad sexual.

En numerosas ocasiones, nos encontramos con el testimonio de la víctima, como única prueba con que se cuenta, a ni haber mediado violencia física, para la omisión del hecho delictivo, el autor busca la ausencia de testigos para proceder a su comisión en soledad.

[431] En el CP de 1848 la exigía para los delitos de violación, estupro y rapto con miras deshonestas.

En la valoración de las pruebas en esta tipo de delitos, hay que otorgar la máxima importancia a la declaración de la víctima…ahora bien el Tribunal se valolará de las otras pruebas concurrentes en el caso (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª 16 de Octubre del 2002)[432]

F.5- La resistencia de la víctima en la comisión de estos delitos.

Debemos delimitar, necesariamente, que se entiende por resistencia activa y resistencia pasiva. La primera consiste, en la realización de algún acto mediante el empleo de la fuerza física.

La segunda, consiste, en no permitir ser objeto de actos de carácter sexual. Esta diferencia ha sido recogida de forma amplia por nuestros tribunales y va a se r el punto de partida de la clasificación de este tipo delictivo.

F.6- Clasificación de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual.

Se encuentra regulados en el Libro II Título VIII del CP y engloban los delitos de:

-Agresiones sexuales.

-Abusos sexuales.

-Acoso sexual.

-Exhibicionismo y provocación sexual.

-Los relativos a la prostitución y corrupción de menores.

-Disposiciones comunes a los delitos anteriores.

F.7- Breve referencia a la víctima del delito de violación en la fase de instrucción.

Antes de exponer los delitos referidos, y su relación con la víctima , queremos hacer un breve análisis de este tipo delictivo, no sólo, por su problemática social sino por los límites tan justos con los otros tipos penales englobados, dentro de este Capítulo y que, tanto afectan a la víctima, de cara a sus consecuencia físicas o psíquicas.

El tradicional delito de violación ,eje central de los delitos contra la honestidad que hemos referenciado, y posteriormente, contra la libertad sexual, fue suprimido, con tal denominación ,en virtud de la reforma del Código Penal llevada a efecto por la LO 10/1995

[432] SSTS Sala segunda 16 de Octubre del 2002, ponente CONDE-PUMPIDO, La Ley 3 de Diciembre 2000 nº 5668.

de 23 de Noviembre. Con ello se quiso ver, por parte de un sector doctrinal, la intención del legislador de desprenderse de una regulación y un tipo que llevaba implícitos connotaciones específicas de la protección de la honestidad. Sin embargo ,en este momento y en base a la modificación, del Título VIII Libro II del CP verificada por LO 11/1999 vuelve a regir nuevamente[433].

F.8- La reforma por la Ley Orgánica 14/1999 en relación con los artículos 178 y 179 del Código Penal.

Con dicha reforma procesal, el responsable del delito de agresión sexual es castigado como reo de violación ,con la pena de prisión de seis a doce años. Queremos recalcar, que la reforma aludida, lo único que ha introducido es únicamente la vuelta a la utilización del término violación ya que el contenido es el mismo al igual que la penalidad que los anteriores.

La agresión sexual básica art. 178 del Código Penal.

El tenor literal de este precepto legal es el siguiente: "El que atentare contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años". De este artículo y siguiendo a importantes penalistas, como CEREZO MIR, COBO DEL ROSAL, cabe destacar, el recalcamiento de lo que violencia y de lo que es intimidación.

Hasta ahora, el Código Penal ,se había referido, a la fuerza e intimidación al hablar del delito de violación y agresiones sexuales, pero por alguna razón, ha preferido emplear el término violencia en sustitución de fuerza, estos autores, recalcan con un interrogante, el que quizás se destaque el hecho de que la víctima de ese delito sea una persona.

[433] art. 429 Código Penal 1973 establece: La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor (12 años y un día a 20 años) " Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: a) cuando se usare fuerza o intimidación. b) Cuando la mujer se hallare privada de razón o sentido por cualquier causa. c) cuando fuere menor de 12 años cumplidos aunque no se concurriere ninguna del as circunstancias expresadas en los dos números anteriores".Reforma de 1989 artículo 429:"La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra (el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, con independencia de su sexo, rompiéndose con la tradición que entendía que solo la mujer podía ser víctima de una violación) persona, sea por vía vaginal, anal o bucal en cualquiera de los casos siguientes: (la reforma determina que el núcleo de la conducta típica ya no fuese el coito vaginal heterosexual) 1.- Cuando usare fuerza o intimidación.2.- Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación. 3.- Cuando fuere menor de 12 años cumplidos aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores. Respecto a la pena es de destacar la gran dureza de la misma (reclusión menos doce años y un día a veinte años) la misma que la establecida para el delito de homicidio. Reforma de 1995 del citado precepto legal. No aparece con tal denominación, pero como es lógico no por ello que despenalizada la conducta, y se habla de agresión sexual consistente en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal. La pena a imponer, con gran crítica por algún sector

La Doctrina y la Jurisprudencia ,en numerosas ocasiones, han discrepado sobre lo que es violencia y cuales son sus notas características siguiendo una última corriente jurisprudencial, y entre ellos destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 2002, esta ,se define, como equivalente a fuerza física, pudiendo utilizar medios de acción material que se proyectan sobre el cuerpo de la víctima.

No es necesario, y esto es importante recalcarlo, según el Alto Tribunal que la fuerza sea irresistible o de gravedad inusitada, bastando con que sea suficiente.

La violencia ha de ponderarse siempre ,atendido el conjunto de circunstancias que rodean al hecho delictivo, tanto las referidas a los sujetos como las relativas al lugar, la hora… Destaca también que entre la agresión sexual ejecutada y la violencia haya una conexión causal. La resistencia de la víctima, y esto (a supuesto un importante cambio jurisprudencial en los últimos años) no tiene que ser desesperada como reseñaba el Tribunal Supremo en resoluciones anteriores, sino es suficiente con que sea real, verdadera y que se exteriorice de forma inequívoca.

La violencia ha de aplicarse sobre la propia víctima, ya que si recae sobre persona distinta al sujeto pasivo, es mas indicado, hablar de agresión sexual con intimidación. Entre la violencia y la agresión sexual, ha de haber una inmediatez temporal y, finalmente, no es necesario que la violencia, provenga ,como sostenían numerosos autores del sujeto activo, sino que puede proceder de un tercero

F.9- La intimidación a la víctima de estos delitos.

La Jurisprudencia ha venido conceptuando la intimidación como constreñimiento psicológico como amenaza de palabra o de obra de causar un daño. Ese daño tiene que ser injusto, posible que se infunde miedo en el ánimo de la víctima irreparable y presente.

F.10- La agresión sexual cualificada: Art. 179 del CP.

El tenor literal del artículo reseña lo siguiente:"Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, al responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años."

---

doctrinal que veía una desprotección total de la víctima con relación a la normativa anterior, supuso una disminución considerable, pasando de los doce años y un día a veinte años a la prisión de seis a doce años.

Analizando este precepto legal y su incidencia con la víctima, conviene desgranar los diferentes puntos del mismo, al objeto de lograr, una mejor comprensión, de todas las incidencias, que de el se pueden derivar.

-EL acceso carnal por vía vaginal.

Con la reforma del año 1999, ha quedado plasmado de modo literal el acceso carnal por vía vaginal, anteriormente, sólo se hacía mención al acceso carnal, sin embargo tanto la Doctrina como la Jurisprudencia, han identificado ambos conceptos entendiendo que el acceso carnal correspondía al coito vaginal heterosexual, a el acoplamiento de los órganos genitales del hombre a la mujer, pues, en caso contrario, no hubiera tenido lógica la posterior referencia a penetración anal o bucal.

Con esta tendencia, quedarían fuera del acceso carnal por vía vaginal, todas las prácticas homosexuales femeninas, aunque, naturalmente, serían sancionables por este artículo sise dieren otras supuestos contemplados en el mismo

-Acceso por vía anal o bucal.

Se presume, que la Jurisprudencia seguirá exigiendo, la introducción del órgano genital masculino en la boca o ano de otra persona. En cualquier grado que ha de alcanzar la penetración para considerarla consumada, ha de entenderse, que en la vía bucal ha de rebasar los labios de la víctima y en la vía anal el esfinter anal.

-Introducción de objetos por vía vaginal o anal.

Es indudable, que la nueva redacción, constituye todo un acierto, en nuestra opinión, habida cuenta, que la introducción de objetos, ha de ser, necesariamente ,por vía vaginal o anal mientras que anteriormente sólo hacía mención a la introducción de objetos sin especificar, porque vías, lo cual generaba que cuanto menos a tenor del artículo fuese admitida la introducción vía bucal, dando lugar, a que la mayoría de la Doctrina, pusiere en duda el hecho de que la introducción de objetos por vía bucal pudiera equipararse a un acceso carnal con las consecuencias perjudiciales que paras la víctima de este delito se incurrían.

Por objeto ¿ha de entenderse todo aquel que venga a sustituir de alguna manera al órgano sexual masculino o será admisible la introducción de cualquier objeto? Si nos atenemos al rigor textual del artículo, no parece que haya limitación, en tal sentido, lo cual parece lógico dadas las idénticas consecuencias psicológicas y físicas en la víctimas de este tipo delictivo.

F.11- Circunstancias agravatorias comunes a ambos tipos de agresión sexual.

1_ Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente agravatorio o vejatorio.

Ha de comprobarse si la violencia o intimidación empleadas no solamente son graves- como de hecho lo son todas las agresiones sexuales- sino, que, sobretodo, si presentan aquellos rasgos a los que se ha hecho referencia. La violencia o intimidación ha de comprobar para la víctima una humillación complementaria a la que es circunstancial de la propia agresión sexual. El sujeto activo ha de perseguir aumentar el sufrimiento y la humillación de la víctima.

2_ Cuando los hechos se cometen por la actuación conjunta de dos o más personas.

El fundamento de este supuesto es doble:

La menos posibilidad de defensa por parte de la víctima.

El menor daño para el bien jurídicamente protegible.

3_ Cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable, por razón de sus edad enfermedad o situación .

Parece que al introducción de este nuevo supuesto se ha querido dotar de una especial protección a las personas especialmente débiles con mayores dificultades que la media de las personas para oponerse a la agresión sexual. Esta debilidad puede venir originada por la edad de la víctima, por la enfermedad o, por una situación especial, es decir, garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores, teniéndose en cuenta y, de un modo especial, los derechos inherentes a la dignidad de la persona, el derecho al desarrollo libre de su personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces, habida cuenta, de su voluntad al ser carente de la imprescindible formación no puede ser considerado como libre y la víctima de este delito, necesita, además, como hemos expuesto, anteriormente, de forma amplia una asistencia más específica y una atención mas centralizada paras que no se le quedan quedar secuelas graves en el futuro

4_Cuando el delito se cometa prevaliéndose de su relación de superioridad o parentesco por ascendiente, descendiente, o hermano por naturaleza, por adopción o afines de la víctima.

Tiene rasgos comunes con la figura del estupro de prevalimiento (art. 434 antiguo referido a ascendiente, descendiente o hermano no condicionándose en el nuevo CP su existencia a la edad de la víctima estuprada.).

5_Cuando el autor haga uso de armas u otros medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los art. 149 y 150 sin perjuicio, de la pena que pudiera corresponder, por la muerte o las lesiones causadas.

Se requiere en estos casos que los medios de los que se sirva el sujeto activo, sean especialmente peligrosos aptos para ocasionar la muerte y las lesiones apuntadas, un padecimiento extraordinario a la víctima del delito tal y como ha quedado recogido jurisprudencialmente por nuestro Alto Tribunal.

F.12- Últimas reformas en materia de delitos contra la libertad sexual en el ámbito del Derecho Comparado.

Los abusos sexuales de menores, la prostitución de menores y la pornografía que tiene representaciones de menores de edad son tres sectores donde la actualidad se detecta un rearme preventivo y punitivo, que se manifiesta de modo particular en la reformas del Código Penal habidas durante 1998 en los Estados más próximos a España tanto desde el punto de vista geográfico como por tradición y cultura jurídica: Francia, Italia y Alemania.

Prescindiendo de las notables diferencias existentes entre ellos, hay algo común: la ampliación de las conductas punibles y el incremento de las penas

Este proceso reformador tiene como punto de arranque en el ámbito europeo la acción Común acordada por el Consejo de la unión Europea el 24 de febrero de 1997 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

El Parlamento europeo ,aprobó el 19 de septiembre de 1996 una Resolución en la que se consideraba que la lucha contra la explotación sexual de menores debía ser prioridad de todos los estado a los que demandaba propuestas de acciones comunes que establecieran un marco jurídico adecuado que favoreciera una cooperación judicial y policial que permitiese desmantelar las redes organizadas de prostitución infantil.

La presión de la normativa internacional y ,en concreto, de la europea se ha dejado sentir en la evolución de la legislación interna de diversos Estados de nuestro entorno más cercano.

-Código Penal francés.

El Código Penal Francés que entró en vigor el 1 de marzo de 1994 tipifica y sanciona los atentados contra la libertas sexual en la Sección III ”De las agresiones sexuales” del título II “De los atentados a la persona humana” del Libro II ”De los crímenes y delitos contra las personas.”[434]

Las diferentes formas de atentados sexuales, serán castigadas según su grado de gravedad y según la cualidad de las víctimas. Las más graves violaciones y otras agresiones sexuales, constituyen actos de agresión contra la integridad misma ,de la persona, mientras que las menos castigadas son las figuras más tradicionales, delitos contra las buenas costumbres o de inspiración moderna, como el delito de acoso sexual.

El art. 222 de dicho Texto legal, define la agresión como todo atentado sexual cometido con violencia, amenaza o sorpresa.. A partir de esta definición se construye un tipo básico contenido en el art-. 222-234 y unos tipos agravados contenidos en los art. 222-24 a 22-26 del CP francés.-

Por otra parte la Ley nº 98-468 de 17 de Junio de 1998, ha supuesto una reforma en profundidad del Texto legal en una serie de aspectos relativos a la protección de menores que no se limita a abusos de carácter sexual y conductas relacionadas con la prostitución y pornografía infantil ,sino que comprende, otras situaciones como las novatadas en el ámbito escolar.

Se agrava, asimismo, el tipo delictivo de favorecimiento o intento de favorecimiento de la corrupción de menores y prevé ahora una pena de hasta siete años de prisión y multa si el menor tiene menos de 15 años (Art. 227-22) y ha introducido un nuevo tipo delictivo referido a al pornografía de menores (Art. 227-23)

El legislador también modifica, la pena del delito de atentado sexual ,a menores de 15 años, se impone una pena de 5 años de prisión y multa para el tipo básico y de diez años de prisión y multa para los tipos agravados, conductas que se recogen en los arts. 227-25 y 227-26.

-Código Penal italiano

Italia es uno de los países que mejor reflejan la evolución habida en los últimos años, en el ámbito de la política criminal en materia sexual.

[434] Una exposición detallada de esta sección III puede verse en GATTEGNO P, DROIT PÉNAL SPECIAL, PARÍS 1995, pp.74 y ss.

El Código penal italiano, contenía, anacrónicas figuras delictivas, vinculadas a la idea de protección de la moral sexual. En el lapso de algo más de dos años, se han producido dos reformas de amplio calado. La primera contenida en la ley número 66 de 15 de Febrero de 1996 contra la violencia sexual y la segunda en la Ley nº 269 de 3 de agosto de 1998 sobre normas contra le disfrute de la prostitución la pornografía y el turismo sexual en perjuicio de menores como nuevas formas de reducción a la esclavitud.

Tras una larga elaboración de más de treinta proyecto y varias legislaturas, el 14 de febrero de 1996, el Senado, aprobó definitivamente, la Ley nº 66/1996 contra la violencia sexual de 15 de febrero de 1996.

Es consecuencia del vertiginoso aumento de los delitos sexuales entre el inicio de los años setenta y comienzos de los ochenta. Se colocan todos los delitos sexuales, en la sección II del capítulo III del título XII.

Se endurecen las penas respecto ala anterior normativa, más que por razones de política criminal con relación ala prevención general, obedece a la intención del legislador de evitar que quien ha cometido este tipo de delitos pueda hacer uso de los nuevos mecanismos procesales especiales que se le ofrecen al autor del delito tras la reforma de 1989.[435] Se introduce u nuevo tipo de violencia sexual de grupo (art. 609).

También se establece un delito de corrupción de menores (art. 609 quinquies).

Por su parte la Ley de 3 de agosto de 1998, ha introducido nuevas modificaciones, en la parte dedicada a los delitos sexuales en el código penal italiano, y ha añadido nuevos tipos delictivos en relación con la prostitución de menores, pornografía de menores y trata de menores y otras conductas relacionadas con las anteriores.

Los nuevos delitos se ubican sistemáticamente junto los de reducción de una persona a esclavitud y trata y comercio de esclavos (art. 600 y 601) dentro del capítulo dedicado a los delitos contra la libertad individual .Además la reforma adopta una serie de medidas complementarias en la dirección marcada por la Acción Común Europea.(art. 604).

-Código Penal alemán

Alemania ha sido el primer estado europeo que ha optado por revisar su legislación penal y poner en marcha nuevos instrumentos para la mejora de persecución de esta clase delitos sexuales.

La 6ª Ley de reforma del derecho penal en vigor desde abril de 1998 amplía los tipos relativos al abuso sexual de menores y a la difusión pornográfica y, endurece en buena medida, las penas previstas para los delitos sexuales. (Parágrafo 178 a StGB).

Dicha iniciativa, se ha visto completada, por otra iniciativa legislativa publicada y entrada en vigor poco tiempo después de la modificación del CP: La Ley para la persecución de los delitos sexuales y otros delitos peligrosos.[436], publicada el 30 de enero de 1998 y que entró en vigor el 31 del mismo mes y año.

Esta ley contiene diversas modificaciones ,de la Parte General del CP, de la ordenanza procesal penal y de la ley de ejecución entre otras disposiciones. la dirección político-criminal que reflejan estas modificaciones supone en líneas generales un endurecimiento de la regulación de los sustitutivos de las penas privativas de libertad y de la ejecución de las 'penas y las medidas de seguridad.

El aspecto más llamativo de la reforma ,es el que afecta, a la posibilidad de internamiento de los delincuentes sexuales en instituciones socioterapeúticas y de imposición de un tratamiento, sin su consentimiento (parágrafos 174 a 180 o 182 del CP alemán)

Para ello, se ha tenido que salvar el escollo que representa la extendida tesis de que el éxito del tratamiento requiere la colaboración del condenado. Son de esta forma, significativas, las palabras del Ministro de Justicia en las que sin negar la validez de este criterio afirma que "los científicos y los terapeutas han asegurado que con una terapia introducida contra la voluntad del paciente a menudo se consigue la necesaria disposición a la terapia. [437]

G LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y SU RELACION CON EL DELITO DE ACOSO SEXUAL. POSICIÓN VICTIMAL

Se puede definir, el acoso sexual, como aquella conducta que avasalle, violente y exija de otra persona el favor de carácter sexual tanto para si o de un tercero, manifestándolo de

---

[435] Vid MUSACHIO " *Le nuove norme contro la violenza sessuale en "Giustizia penale*" 1996 pp 11 y ss.

[436] Vid. HAMMERSCHLANG/ SCHWARZ : *Das Gesetz zur bekampfung von Sexualdelikten und anderen gefahrlichen straftaten en "Neue Zeitschrift fur Strafrecht"* nº 7 1998 pp. 321 y ss.

[437] Vid. SCHIMDT-JORTZIG *Bekamfung von sexualdelikten in Deutschland und auf internationaler Ebene en "*"*eue Zeitschrift fur Strafrecht"* 1998 pp. 442.

modo inequívoco a través de expresiones verbales o actos. La relación sexual que se pretende con la víctima de este delito puede ser homosexual o heterosexual.

-Sujetos.

Tanto activo como pasivo, puede ser el hombre como la mujer, pero el la práctica en numero de víctimas es mucho más elevado el la mujer.

-Crecimiento del acoso sexual.

El acoso sexual, se produce en estos momentos cada vez con mayor asiduidad, derivado sobretodo del hecho ,de que la mujer cada vez, en mayor número va incorporándose al ámbito laboral También, como aducen los siquiatras y sicólogos, con mayor frecuencia destaca el crecimiento de personas, con problemas de sexo adicción. El sexo adicto sufre un síndrome obsesivo con tendencias desafortunadas hacia el sexo no siendo consciente que en muchas ocasiones de que sufre una enfermedad progresiva.

Su regulación en el artículo 184 del Código Penal, ofrece una penalidad que oscila entre los 12 a 24 fines de semana de arresto .Arresto de 6 a doce fines de semana o multa de 3 a 6 meses. Si la víctima es especialmente vulnerable por su edad o enfermedad la pena oscila entre arresto de 12 a 24 fines de semana o multa de 6 a 12 meses y en el párrafo segundo prisión de seis meses a 1 año. Se amplían las conductas recogidas en este tipo delictivo (apartados 1 y 3 del art. 184).

Para la mayoría de la doctrina[438] ,nos encontramos ante conductas perfectamente subsumibles en el delito de amenazas condicionales, que además presentan graves dificultades de prueba y no pocos problemas de interpretación. Pero si comparamos la pena d ambos delitos no es de extrañar que se afirme que lo que se ha hecho es crear ua figura atenuada, de lo que son amenazas condicionales.

La pena del art. 171.1 que tipifica una amenaza condicional de un mal que no constituya delito, es la de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, penas superior a la del acoso sexual, convirtiendo de este modo a esta figura en una amenaza especial privilegiad sin que para ello encuentre justificación alguna. O bien se suprime esta figura castigando dichas conductas como delito de amenazas (SSTS 14 de Noviembre de 1989) o bien se mantiene esta figura específica por su valor simbólico y en este caso bastaría con equiparar la pena al delito de amenazas.

[438] CEREZO MIR, GRACIA MARIN, GIMBERNAT.

Los favores de contenido sexual que se demandan, pueden ser, de cualquier naturaleza y tienen como destinatarios, al propio solicitante, o a un tercero.

De la redacción dada al apartado 2º por el Código Penal de 1995 se desprendía que no basta con la mera petición de favores sexuales que se requería en el sujeto activo, prevaliéndose de la situación de superioridad en que se encuentra, anuncie a la víctima causación de un mal si se opone a sus deseos.

Sin embargo, esta interpretación, ha dejado de ser válida, desde el momento en que el legislador de 1999 ha introducido la partícula "o" entre "situación de superioridad" y con "el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal" por lo que ahora el precepto recoge una doble modalidad comisiva: el acoso producido por un anuncio expreso o tácito de causar un mal. El anuncio, por tanto, ya no es un elemento integrante del tipo, sino una variante de las conductas englobadas en el mismo.

Esta modificación ya ha sido objeto de crítica, porque que la conducta, no ha de ser delictiva sino por el hecho de añadir que la pretensión sexual vaya acompañada del anuncio, expreso o tácito de causar un mal cifrado en frustación de las expectativas laborales, docentes o de otro tipo que, derivadas de dicha relación jerárquica tuviere solicitado.

La reforma de 1999 ha introducido, además una nueva modalidad de acoso sexual en el apartado 1º de dicho artículo que tipifica el acoso sexual entre compañeros de trabajo. La conducta requiere para ser delictiva que provoque en la victima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

La intermediación de la conducta: solicitud sexual que produzca una situación hostil o humillante para el solicitado, hace que los perfiles del precepto, sean indeterminados, con merma del principio de legalidad del que hemos hablado en este trabajo, y del principio de intervención mínima del Derecho penal, máxime cuando se trata de solicitudes entre personas con una relación de igual a igual y con plena capacidad. Además en el Código penal existen diversos preceptos, como el art. 173 que tipifica el trato degradante a personas que menoscaben su integridad moral, que es suficiente para dar respuesta a aquellos casos en los que por su gravedad, deba de hacer presencia una sanción penal. Por idéntico motivo habría de suprimirse el apartado 3º de dicho precepto.

-Requisito para su perseguibilidad.

Se necesita indefectiblemente denuncia de la acosada, su representante legal o querella del Ministerio Fiscal. Si la víctima fuera menor de edad ,bastará la denuncia del Ministerio

Fiscal. En estos casos el perdón de la víctima del delito no extingue la acción penal ni la responsabilidad penal.

Es de destacar, que se sigue penando en el vigente CP (LO 10/1995 de 23 de Diciembre), de forma específica, lo que denominamos acoso sexual cometido por:

-Autoridad o funcionario público (art. 443)[439]

-Funcionario de instituciones penitenciarias (art. 444)[440]

En este tipo de delitos la prueba siempre es difícil, por cuanto la comisión del hecho se da dentro del marco de la clandestinidad que ha sido buscado de forma expresa por el autor del delito y que favorece la indefensión de la víctima.

H. LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y SU RELACION CON EL DELITO DE ABUSO SEXUAL. SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA DE ESTE TIPO PENAL.

A los delitos de abusos sexuales dedica el legislador el capítulo II del Título VII: art. 181,182 y 183 del Código penal El artículo 181 del CP los define como la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual del otro:

-Sin violencia o intimidación.

-Sin que medie consentimiento.

El rasgo distintivo que permite diferenciar los abusos sexuales de las agresiones sexuales es la violencia o intimidación; así en la agresión sexual es imprescindible el empleo de violencia sobre la víctima del delito, mientras que en el abuso sexual no.

Las acciones sexuales castigadas en unas y otras son las mismas:

a) Clasificación de los abusos sexuales.

[439] El art. 443 del CP preceptúa:“ Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente descendiente, hermano por naturaleza o adopción o afín en los mismo grados tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales debe evacuar informe o elevar consulta a su superior.”

[440] Se reseña expresamente ,en el art. 444 del CP: “ 1- El funcionario de Instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis doce años.2- En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza por adopción o afines en los mismos grados, de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.”

Con prevalimiento de situación de superioridad Art. 181.3 del CP.

En este caso, se coarta la libertad de la víctima, y se puede imponer, la pena de prisión de uno a tres años o multa de 18 a 24 meses.

Sin consentimiento Art. 182.2 del Código Penal se consideran no consentidos los abusos sexuales que se ejecuten sobre menores o persona que se hallen privados de sentido o abusando de sus trastorno mental. La pena a imponer será de prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses.

b) Abusos sexuales con acceso carnal o con introducción de objetos.

Se diferencia si se realiza con prevalimiento de situación de superioridad, con engaño o sin consentimiento de la víctima de este delito .La pena a imponer será de prisión de 4 a 10 años

Destacar, que al hablar de los menores de edad, de los que hemos depuesto de forma amplia en el presente estudio, carece de trascendencia que este hubiera otorgado consentimiento e incluso que se a el mismo quien "provoque" el contacto sexual. A este respecto y, con relación a este tipo de victima del delito, hay que decir que resulta imposible mantener que el bien jurídico protegido sea la libertad sexual del menor, sencillamente porque no se le reconoce libertad sexual, si se le reconocieras no se reputaría "no consentido" en todo caso.

Por todo ello, habría de pensarse, en otro bien, que podría ser desde el bienestar psíquico u desarrollo gradual y espontáneo sin experiencias traumáticas. La reforma de 1999 ha elevado la edad de los menores de 13 años frente a los doce a que hacía referencia el Código Penal de 1995.Se equipara a efectos de pena ambos supuestos: pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Conviene mencionar ,que ya no existe ninguna limitación en la edad del sujeto pasivo. Hasta el Código de 1995 la conducta sólo resultaba típica si la víctima tenía una edad comprendida entre los 12 y 18 años. la supresión de ese límite solicitad por la Doctrina[441] que se refería a los casos que pueden darse en hospitales, prisiones…o entre las personas mayores de edad sometidas a internamiento y los encargados de custodia, es en nuestra opinión acertada, porque trata, de casos de consentimiento viciado, donde el sujeto aunque puede ser mayor de edad, no decide libremente.

[441] DIEZ RIPOLLÉS, CEREZO MIR, GIMBERNAT.

En el tipo de abusos sexuales con prevalimiento que hemos aludido, el legislador de 1999 también ha incrementado la pena, frente a la prevista, en el Código Penal de 1995 -multa de seis a doce meses-ahora se establece la pena alternativa de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

También dicha reforma de 1999 ha introducido un 4ª apartado en este artículo donde prevé la imposición de la pena en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3ª o 4ª de las previstas en el art. 180.de citado Texto legal.

Conviene reseñar que en este art. se aprecia una disfunción puesto que el art. 181.2 prevé en uno de los supuestos, que la víctima del abuso sexual sea menos de 13 años. Para este apartado ha de entenderse ,que no existe la agravación del art. 181.4, en cuanto remite a la circunstancia 3ª que también incluye la cualidad del menor de edad.

Siguiendo el ejemplo de las agresiones, la pena se eleva a prisión de cuatro a diez años (art. 182) cuando el abuso sexual consista en acceso carnal o introducción de objetos .A partir de la reforma de 1999, la pena es idéntica para los casos de falta de consentimiento y abuso de superioridad frente al Código penal de 1995, que distinguía entre la pena por falta de consentimiento (prisión de cuatro a diez años) y abuso de superioridad (prisión de uno a seis años).

Pero lo cierto, es que el tipo penal ,resulta inimaginable, en su forma agravada, pues sin violen o intimidación y sin consentimiento, no parece posible, que un abuso pueda consistir en acceso carnal o en introducción de objetos.

En el apartad segundo del art. 182 se emplea una técnica remisiva por el legislador que acarrea como resultado la oscuridad aplicativa en relación básicamente con la circunstancia 3ª.

Si en el delito de abuso sexual por prevalimiento, se ha excluído el límite de edad, esta exclusión no se ha producido sin embargo en el tipo de abuso por engaño fraudulento que recoge la versión actualizada del estupro fraudulento, a pesar de las críticas que ha venido recibiendo por parte de la Doctrina[442].

La Reforma de 1999 ha igualado la edad mínima: 13 años frente a los 12 que requería la regulación anterior. Asimismo se han elevado las penas. El Código penal de 1995 castigaba la conducta con una pena de multa de doce a veinticuatro meses mientras que la Reforma

[442] GONZALEZ RUS, La violación en el Código Penal, Granada 1982, pp 318.

establece una pena alternativa a prisión de uno a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

Del mismo modo que las agresiones, el apartado 2º del art. 182 ,prevé una pena de prisión de dos a seis años que se puede imponer en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3º o 4º del art. 180.

Finalmente estas penas han experimentado una subida con respecto al Código penal de 1995 que señalaba una pena de prisión de seis meses a tres años.

En cuanto a la víctima privada de sentido, viene entendiéndose ,por la Jurisprudencia más reciente, a una persona que se encuentra desmayada, que ha perdido el conocimiento, que está narcotizada, anestesiada, bajo los efectos de una droga o embriagada, de modo que quede incapacitada para ser autónoma y tenga profundamente alteradas sus facultades para captar la realidad y acomodar su comportamiento al abuso de que se hace efecto. No es suficiente que simplemente tenga limitadas las facultades mentales pero se de cuente de la realidad, como ocurre en el caso de consumo de alcohol en cantidad algo moderada.

Sujeto pasivo que comete el delito abusando del trastorno mental de la víctima.

No comporta ,un castigo indiscriminado ,de todo aquel que mantiene relaciones sexuales con persona que presente una minusvalía psíquica, sino cuando se abuse de tal situación, caso contrario, se estaría prohibiendo, de modo presunto, a los minusválidos psíquicos, el mantenimiento de relaciones sexuales.

I.- LA VICTIMA Y EL DELITO POR IMPAGO DE PENSIONES Y SU RELACION EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.

Fue una novedad introducida en el CP por Ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio conceptuándose como una variante o modalidad del delito de Abandono de Familia regulándose en el Libro II Título XII Capítulo III art. 487 bis, con una gran incidencia y problemática social por los intereses afectados.

La finalidad de este precepto, es proteger a las víctimas derivadas del mismo, es decir, a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos, tal y como establece el propio Preámbulo de la Ley, es un delito de comisión por omisión.

El antecedente del precepto, lo encontramos en el artículo 34 de la Ley de Divorcio del año 1982 que establecía: "El cónyuge divorciado que viene obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes en virtud de convenio judicialmente aprobado, o de resolución judicial, y que culpablemente dejara de pagarle durante tres meses consecutivos, incurriría en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 100.000 pesetas .La reincidencia se castigará en todo caso con pena de prisión.

-Regulación actual.

El delito de impago de pensiones, está actualmente regulado y penado en el art. 227 del Código Penal que establece en su apartado1: " El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor del cónyuge o sus hijos establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana".

El bien jurídico protegido estás constituido por la seguridad económica de la familia.

La acción es no abandonar la prestación económica constituida o reconocida por la resolución judicial civil.

El delito es, esencialmente doloso, no teniendo cabida la comisión imprudente, ni tampoco el impago no voluntario al carecer de posibilidades económicas para hacer frente a la obligación.

Es necesario, como requisito de perseguibilidad, la interposición de denuncia de la persona agraviada o su representante legal, pudiendo el Ministerio Fiscal, si fuere menor de edad, incapaz o persona desvalida[443].

Se trata de que la víctima en este tipo delictivo no se vea privada sin uno de los derechos más elementales del ser humano el derecho a la vivienda y el derecho de alimentos que han sido reconocidos además en nuestra Norma Fundamental.

J.- LA FASE DE INSTRUCCION Y SU RELACION CON EL DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. POSICION DEL PERJUDICADO POR ESTE DELITO.

[443] Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1987, 26 de noviembre de 1987, 4 Abril 2002 entre otras muchas.

J.1- Introducción.

Como hemos expuesto al estudiar el bien jurídico protegido en las lesiones, existe una parte de la Doctrina, que comparte el criterio de que el bien jurídico protegido es la incolumidad personal, pretendiendo con ello establecer un bien jurídico único, común tanto a la regulación de las lesiones como a cualquier otro ataque, violento o no a la persona que se regule en el Código.

Si acogemos la incolumidad personal como bien jurídico al ser de naturaleza abstracta los autores señalan, que se ofrece, una protección conjunta, como hace nuestro CP de 1995 frente a otros ataques a al víctima del delito, de esta manera el bien jurídico será el que proteja el tipo por ejemplo el nombrado art. 153 del aludido Texto Legal, ya que ni se exige en el mismo causación de lesio0nes sino sólo la existencia de violencia física habitual o incluso en el articulo 173 en que se protege la "integridad moral".

El Código de 1995 (LO 10/1995 23 de Noviembre) , protege la incolumidad personal ,en diferentes esferas empezando desde aquella que va de la protección de la salud e integridad corporal que encuentran su manifestación más simple en la falta de malos tratos y resultan cualificadas en función de la medida en que las mismas afectan a la salud o a la integridad física o síquica, hasta llegar, a aquellas agresiones de tal gravedad, que permitan considerar que atentan contra la integridad moral (en las que podemos incluir tanto los artículos 173 y ss como las violencias en el ámbito familiar del art. 153 del Código Penal).

En este apartado, queremos hacer una especial referencia, al tipo recogido en el art. 173 del Código Penal y resaltar que se trata de un delito de nueva creación cuyo único antecedente se encuentra en el Código de Justicia Militar de 1985 en que se sancionan de modo expreso los tratos degradantes en el art. 106 a un inferior o en el art. 76 al referirse a tratos inhumanos infligidos a los heridos, enfermos náufragos, prisioneros de guerra o población civil.

Como sabemos, el art. 173 se recoge dentro del Título VII del Libro II de nominado "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral" y, llama la atención que el legislador haya decidido regular estos delitos junto al resto de títulos que protegen los bienes jurídicos de carácter personal como pueden ser la libertad o la seguridad o la libertad sexual. En el Código Penal anterior, se regulaba la tortura como delito de funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona de otro de los delitos relativos a la Seguridad del Estado, ahora, sin embargo, el delito puede ser cometido también `por

particular, lo que facilita a mi juicio, que a través de este tipo penal, puedan ser sancionados determinados comportamientos de violencia doméstica que no siempre tienen que implicar violencia física pero tampoco la excluyen.

J.2- Concepto de integridad moral y trato degradante a la víctima de este delito.

El art. 15 de la Constitución declara que "todos tiene derecho a al vida y a la integridad física y moral si que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni pena o tratos degradantes o inhumanos…"

En virtud del reconocimiento de nuestra Carta Magna, el legislador de 1995 ha querido expresamente ofrecer una protección penal a la integridad "moral", que pueda verse afectada través de un trato degradante, ello pese a la amplitud e imprecisión de los términos ;amplitud e imprecisión, que no pasó desapercibida, para el Legislativo, como se reflejó en la discusión parlamentaria es de resaltar la observación que efectuó LOPEZ GARRIDO respecto a que "no imaginamos un ejemplo de delito que non esté previsto en otras partes del código y quien signifique infligir a una persona un tato degradante" también la críticas de la incorrección vaguedad y ambigüedad de la expresión integridad moral así como la de inadecuación dada la falta de comprensión del mismo que resulta incompatible con la que requiere un tipo penal".

No obstante todas estas críticas, el tipo se aprobó, por lo que a efectos de la mayor concreción jurídica posible nos parece necesario intentar fijar un concepto de lo que hasta ahora ha venido entendiéndose por integridad moral y ,por trato degradante, valorando en que medida y con que relación afecta a la víctima del delito

El Tribunal Constitucional, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el concepto de dicha integridad moral así cabe destacar,entre otras, la sentencia de 27 de Junio de 1990 que subraya que " el derecho a la integridad física y moral mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y sus espíritu sino también contra toda clase de intervención en estos bienes que carezca del consentimiento de su titular " añade además que "a efectos de los dispuesto en el art. 15 de la Constitución tortura y tratos inhumanos o degradantes son en su significado jurídico nociones graduadas de una misma escala que en todos sus tramos denotan la causación sea cual fueran los fines de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre o con esa propia intención de vejar o doblegar la voluntad del sujeto paciente" añadiendo en este extremo el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

que para que exista trato degradante debe ocasionar al interesado una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad..

El Tribunal Supremo en Sentencia de 22-89-95 señala "…que el trato degradante, implica quizás una conducta desde la habitualidad conducta repetida, más en relación a situaciones de menor entidad, aunque siempre inherentes, a la dignidad, porque suponen en todo caso un menosprecio y humillación. la tortura supone, por el contrario, una conducta más intensa que la legislación española, por lo común supone, la comisión de otra figura delictiva, aunque también se castiga, con excepción adecuada, el interrogatorio, con intimidación o violencia física.".

En este sentido, se ha manifestado la jurisprudencia del Alto Tribunal ,al definir lo que entiende por trato degradante como aquella conducta que implica" la reducción de una persona a la condición de objeto de fardo de mera cosa la utilización de la misma para el procaz divertimento de gentes su anulación como persona libre, la negativa, en definitiva, de su dignidad de hombre".

Compartimos con CONDE PUMPIDO, que este concepto ,que pone el acento en el trato degradante en la reducción de la persona a la condición de objeto es esclarecedora del concepto por cuanto lo distingue de las injurias del art. 208 del CP[444] en las que sancionan las "lesiones a la dignidad de otra persona" ciertamente la distinción entre uno y otro precepto no será fácil máxime cuando en concepto penal de injurias incluye tanto las expresiones como las acciones quien lesiona la dignidad de las personas.

Algún autor ha criticado que se tipifique solamente el infligir tratos degradantes y no inhumanos pero estoy a favor del criterio, de que todo trato inhumano es degradante y por tanto está contemplado en el tipo penal.

J.3- Características del delito.

Lo primero que se puede deducir del tipo penal, es que es un delito común ,y, por tanto puede ser cometido, por cualquier persona, esto lo diferencia del resto de los previstos en el capítulo y se extiende la sanción penal a comportamientos humillantes los cause quien los cause, con lo cual este tipo penal no sólo viene a sancionar las clásicas novatadas cuando

[444] El tenor literal del art. 208 del Código Penal de 1995 es el siguiente:"Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación Solamente serán constitutivas de delito de injurias que por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se haya llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad".

revistan especial gravedad o acusen gran brutalidad, como señalan algunos autores, sino que a nuestro juicio, también cubre el maltrato doméstico o mantenimiento de actitudes que de reunir los requisitos de habitualidad y gravedad y siempre que no implique el empleo de violencia física que estaría abarcada, por el art. 153 antes referido, puede ser sancionada con la aplicación de este tipo penal y, con la protección a la víctima, de una forma global y adecuadas.

El principal problema que se aprecia en el tipo, es que se trata de un delito de resultado y por lo tanto, no bastara la prueba de la existencia de un trato degradante, como aduce en muchas ocasiones la víctima, sino que es preciso que produzca una afección grave de la integridad moral por lo se deduce como sostiene PORTILLA CONTRERAS:" La práctica de un trato degradante que no afecte a la integridad moral o que no la afecte gravemente no podrá sancionarse entre los preceptos que atentan a la integridad moral, sino como un delito de injurias coacciones discriminación etc..." abogando, este autor, porque en el caso de este y otros delito contra la integridad moral el legislador, debería haberlos regulado, como delitos de simple actividad sin necesidad de producir el resultado de afección a la integridad moral.

Es importante, a diferencia de otros delitos, que en el artículo 177 del Código Penal [445] se recoge una regla concursal especial que impide la aplicación normal de las reglas del artículo 77 del aludido Texto Legal,

Por lo tanto, se producirá, una acumulación de penas salvo en el caso que el comportamiento común resultante haya incluido ya el atentado a la integridad moral. Señala además, parte de la doctrina, que aunque el precepto enumera algunos delitos y no incluye otros como la libertad el honor al referirse el legislador a los "bienes de la víctima o de un tercero" se incluyen, los llamados bienes personalísimos.

Con ello el legislador, ha pretendido dotar de valor autónomo a los delitos contra la integridad moral ya que, normalmente, la lesión a la integridad moral se suele producir por lesiones a oteros bienes jurídicos ya tutelados en otros preceptos del código por lo que de no existir esta excepción recogida en el art 177 del Texto Legal citado, a las reglas generales se resolvería el conflicto mediante un concurso de normas.

[445] Art. 177 del CP reseña: " Si en los delitos descritos en los art. precedentes, además de atentado ala integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán lo hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquel ya se halle especialmente castigado por la Ley."

K) VIOLENCIA FAMILIAR ESPECIAL: HISTORIA Y SITUACIÓN ACTUAL DEL MALTRATO AL ANCIANO EN RELACION A LA FASE DE INSTRUCCIÓN.

El cambio demográfico, producido en las sociedades industrializadas en los últimos años, ha determinado un considerable aumento del segmento poblacional correspondiente a la tercera edad. En nuestros días no es difícil llegar a viejo. No es fácil definir, de forma adecuada, del concepto de envejecer ni tampoco dar una definición de vejez que sea satisfactoria ya que puede llevarse a cabo, desde diferentes puntos de vista.[446]

En el mundo occidental se han generado, en los últimos años, cambios intensos en la estructura social y demográfica que se traducen en importantes cambios sociales que inciden en una actitud social frente al anciano.

Este considerable sector de la población con el paso de su condición de activos a inactivos, tiene el riesgo de sufrir, una considerable pérdida de identidad personal familiar y social con repercusiones en la esfera de lo psíquico, biológico y de relaciones sociales lo que origina en muchos casos unas situaciones de soledad, dificultades de adaptación insatisfacción personal y excesivo tiempo libre, contribuyendo a un deterioro progresivo de su organismo.

Nuestra conducta con los ancianos, se traduce, en unas actitudes colectivas según las cuales, la decadencia ocasionada por la edad, conlleva, un desapego recíproco, entre la sociedad y la persona que va envejeciendo. esta desvinculación no tendría que ocasionar una situación de crisis sino que podría ser entendida cono una adaptación a una nueva realidad social y una diversificación de los roles sociales. Sin embargo nuestros esteriotipos colectivos en referencia al anciano fomentan una sociedad en la que no hay lugar para el.

K.1- Aspectos generales de la violencia familiar en relación con el referido sector social. Repercusión victimal.

Hace tan sólo treinta años que en el ámbito pediátrico se inició el estudio y análisis a otros grupos de población especialmente vulnerables. Se han ido confirmando aspectos como el riesgo de transmisión intergeneracional del maltrato el riesgo de violencia en

[446] La Primera Conferencia Nacional de Consenso sobre el Anciano Maltratado, celebrada en Almería en 1996, lo define como:" Cualquier acto u omisión que produzaca daño, intencionado o no , practicado sobre personas de 65 o más años que ocurra en el medio familiar,comunitario o institucional,que vulnere o ponga en peligro la integridad física,psíquica,así como el principio de

parejas de familias, con niños maltratados e incluso, el riesgo de maltrato a los padres por parte de adolescentes que fueron maltratados desde niños.

Durante la pasada época y ,de forma silenciosa, se empezó a reconocer que el anciano constituye un miembro del núcleo familiar susceptible de ser víctima de malos tratos con lo que se ha empezado a enfocar el tema desde diferentes posiciones que permiten abordar de forma interdisciplinaria el problema.

Dentro de nuestro Derecho, es de destacar, la protección que la Constitución ,otorga a los ancianos,recogiendo el art. 43, el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos, icluídos, por supuesto, los mayores; así como en el art. 49, la obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión,tratamientos, rehabilitación e integración de los disminuídos físicos,sensoriales y psíquicos a los que prestarán, atención especializada, que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos, especialmente ,el art. 50 del referido Texto normativo.[447]

De una forma global, podemos clasificar los malos tratos a los ancianos, como de tipo familiar y de tipo institucional en función del contexto en que se lleva a cabo.

A la luz de dichas características el maltrato físico a este sector se entiende como la agresión física intencional realizada con una persona anciana que le produce daños o que en casos extremos provoca la desfiguración y/o la muerte. (MILHER 1990)

Existen discrepancias, sobre el hecho de incluir, dentro de este tipo de maltrato, el abuso sexual o darle una entidad independiente.

No se sabe con precisión, cuales son las causas de este problema ,aunque si se apuntan algunas teorías explicativas y factores de riesgo, basados en los conocimientos existentes sobre la violencia familiar

Entre estas teorías, conviene hablar de factores individuales, y la relación, entre el anciano y el cuidador, de factores familiares...[448]

---

autonomía o el resto de los derechos fundamentales del individuo,constatable objetivamente,o percibido subjetivamente"

[447] El art. 50 de la Constitución española, establece textualmente : " Los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas ybperiódicamente actualizadas,la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad.Asimismo,y con independencia de las obligaciones familiares, garantizarán, su bienestar mediante un sistema de servicios sociales, que atenderá sus problemas específicos de salud,vivienda cultura y ocio."

[448] ROJAS MARCOS, L: "La ciudad de los desafíos. Héroes y víctimas". Madrid, Espasa Calpe SA 1992. Se describe al anciano como aquella persona que tiene mayor probabilidad de ser asaltado, maltratado o torturado en su propio hogar a manos de alguien supuestamente querido. Una de las víctimas de la

Por tanto, hemos de reconocer, que existe el síndrome del anciano maltratado que se encuentra sujeto a as características del entorno familiar o institucional con la posibilidad de denuncia por parte de esta víctima, aunque por sus peculiares datos, los malos tratos deberían detectarse en la historia clínica de cada uno de ellos.

Las medidas a tomar, ofrecen una complicación añadida ,porque exige una actuación multi e interdisciplinaria, comprendiendo los siguientes campos: pautas de actuación a nivel familiar, la prevención de la conducta violenta en cualquiera de sus facetas, medidas en los terrenos policial y judicial y el campo específico de los servicios sociales.

El objetivo final, debe ser la consecución de un medio familiar, que permita el desarrollo de una convivencia equilibrada entre sus integrantes, dado que la penalidad es idéntica a la de los menores o a la de las mujeres maltratadas, con los mismos derechos y medidas de protección que los anteriores, únicamente, la falta de sensibilización, hace que no sea un sector de la sociedad digno de "esa protección especial" que se dispensa a las víctimas de los delitos a las que nos venimos refiriendo en el presente trabajo.

No es ocioso recordar, que en cuanto a la legislación aplicable para su protección penal, en nuestra opinión, es ,prácticamente inexistente.

Se nos podría rebatir esta afirmación con el argumento de que la misma protección aplica el Código a menores e incapaces, más lo cierto, es que a pesar de lo contenido en el art. 25, son innumerables los casos en que los ancianos, son abandonados, sin una asistencia adecuada, lo que puede agravar y acelerar, su envejecimiento y deterioro personal.

Pues bien,en este estado de cosas, nos llama poderosamente la atención, que el Código Penal sólo recoja un precepto para amparar a los ancianos-con la agravante de ser considerado falta-cual es el art. 619, que establece "que serán castigados con la pena de multa de diez días los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio, que las circunstancias lo requieran, a una persona de edad avanzda o discapacitada, que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados".

De esta forma, podemos interpretar, que dejar de asistir a una persona anciana, es atenuante, respecto al tipo general de omisión del deber de socorro o incluso del abandono de familia,ambos considerados como delito.

---

descomposición del hogar es el aludido al convertirse en un ser que ha dejado de producir y que no es útil no sólo al a familia sino también a la sociedad.

Es cierto, que nos ponemos en casos extremos, pero no es más cierto, que ese precepto no distingue la gravedad del abandono de este tipo de víctimas, ni exige ninguna circunstancia objetiva para su aplicación, bastando el mero anbandono, por tanto, tratándose de un tipo omisivo estricto, debe aplicarse, como un tipo especial, frente a los mencionados más arriba,conforme al art. 8,1º cerrando la posible consideración como delito de la conducta del que abandona a los ancianos, y sin preocuparse, además, de agravar la conducta, cuando el sujeto activo sea un familiar, que conviva con él, e incluso, en el domicilio del propio anciano.

Por ello, es necesario, una regulación más amplia,de forma que acreditado por el servicio social competente o por un médico la necesidad de un complemento asistencial, y el quebrantamiento del mismo por la persona que deba asumirlo, pueda ello tener consecuencias en el ámbito penal,de carácter delictivo, no correccional.Ello debería a su vez conllevar una regulación en el Código Civil, de la asistencia a los mismos.[449]

L- LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA EN RELACION CON ESTOS DELITOS: LA LEY 35/1997 DE 11 DE DICIEMBRE DE AYUDAS Y ASISTENCIA A LAS VICTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. EXAMEN Y SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ART. 15, EN RELACIÓN CON LA L.O. DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS 19/1994 DE 23 DE DICIEMBRE.

La Exposición de Motivos de la Ley de Ayuda y Asistencia a las Victimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, dispone:"Los delitos susceptibles de generar ayudas públicas serán aquellos cuyo resultado sea la muerte, lesiones corporales graves o daños graves a la salud física o mental. Por lo que respecta a la gravedad de las lesiones o los daños en la salud la Ley remite a los efectos de valoración a la legislación de la seguridad social

De esta forma ,se opta por acotar aquellos delitos violentos con resultado de máxima gravedad con el propósito de avanzar de forma rigurosa aunque selectiva cubriendo inicialmente los daños de carácter leve más grave pero afianzando la convicción social de esta función social debe ser paulatinamente ejercida por el Estado".

[449] OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ,E. "Historia y situación actual del maltrato al anciano" Estudios sobre Violencia Familiar y Agresiones sexuales,Volumen III Ministerio de Justicia, Madird 1999.

La regulación de esta materia, la encontramos en el Reglamento de 23 de Mayo de 1997 y a la vista de los artículos 11 a 16 relativos a la calificación de lesiones invalidantes de las víctimas directas grados de minusvalía y coeficientes correctores sólo resultar aplicable a los delitos de asesinato, homicidio, y víctimas de delitos contra la libertad sexual que sean menores o incapaces, así como las ayudas por gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual por daños en la salud mental.

Si bien estas nociones legislativas, constituyen un avance en la difícil tarea de la protección de la víctimas de los delitos ,sólo en los supuestos de muerte o invalidez de la víctima quedarán adecuadamente protegidos quedando excluídos los delitos que más frecuentemente se incardinan dentro del concepto de violencia doméstica aunque la vocación progresista del precepto pudiera incorporarlos en un futuro próximo.

El art. 15 de la Ley consagra como principios aplicables los siguientes: El de información, el máximo respeto y el de protección a las víctimas de los delitos.

El derecho de información a la víctima (art. 15.1,2 ,4 y art.16).

Corresponde a Jueces, Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal ,autoridades y funcionarios públicos que intervengan en la investigación de los hechos que presenten caracteres de delitos violentos o contra la libertad sexual la información a las presuntas víctimas del alcance y contenido de la Ley y del procedimiento a seguir así como de la posibilidad de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y d la obtención del beneficio de la Justicia gratuita .Igualmente ,se le informará de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente, siéndole notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque ,no haya sido parte, en el proceso.

La autoridades policiales salvo que el sumario esté declarado secreto o se ponga en peligro el resultado de las investigaciones, vendrían obligadas a informar a la víctima sobre el estado de su curso y las Oficinas de asistencia a las víctimas de los delitos aún en proceso de implantación deberán asumir igualmente esta función.

El Ministerio de Justicia, procederá de conformidad con las previsiones presupuestarias a la implantación de estas oficinas en todas las sedes de Juzgados Tribunales y Fiscalías en las que las necesidades lo exijan (art. 16). La premisa inicial supuesto de implantación y la vaguedad de la segunda condición hará muy difícil su efectividad.

El derecho de máximo respeto a la situación personal de la víctima. (art. 15.3).

La autoridades que hemos mencionado anteriormente, vienen obligados, a observar en todas las fases del procedimiento de investigación, a que los interrogatorios a las víctimas se efectúen, con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

Principio, que entendemos ,también alcanza a todas las fases del procedimiento judicial teniendo presente que serán aplicables las disposiciones que sobre este particular enuncian los art. 2 y 3 de la Ley Orgánica de Protección a testigos y peritos L19/1994 de 23 de Diciembre, en el supuesto específico del testigo-víctima.

-El derecho de protección a la víctima (art. 15.5).

Al Ministerio Fiscal se le encomienda, expresamente, la protección a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre la vida privada o afecten a su dignidad, protección que, en la práctica, plantea muchísimas dificultades, al enfrentarse en la mayoría de los caso con os hechos ya publicados o exhibidos en televisión y en ocasiones con la oposición de la propia víctima que puede facilitar e incluso cooperar en su difusión(el precepto matiza expresamente la cuestión con el término "publicidad no deseada".

También corresponde, al Ministerio Fiscal, [450]solicitar la celebración del Juicio oral a puerta cerrada y que la declaración de la víctima, se efectúe, en el plenario, sin que tenga que entrar en contacto visual con su agresor.

Serán igualmente aplicables a estos casos, las disposiciones de la LO de Protección de Testigos indicadas en su art 3 (protección de la imagen, protección policial, conducción oficial facilitación del lugar adecuado, aislamiento en caso excepcionales, cambio de identidad y ayudas económicas para facilitar nueva residencia..Supuestos aplicables a malos tratos empleados por las mafias dedicadas al tráfico de blancas o para obligar a la mujer a ejercer la prostitución.

- Ley de protección de las víctimas del terrorismo 32/1999 de 8 de Octubre y Reglamento 17/1999.

Con la regulación expresada se reconoce a las víctimas y en su caso a familiares (art. 3 LSTV y RLSTV) el derecho a percibir una indemnización por los daños físicos o psicológicos que sufrieron por actos de terrorismo o hechos perpetrados por persona o

[450] Convendrá mencionar en este punto la reforma operada por Ley 24/2003 de 26 de Mayo de midificación de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaren con la finalidad del alterar gravemente la paz ciudadana.

No se indemnizarán, los daños materiales ni morales padecidos, aún cuando, hubiera sido reconocidos en sentencia firme (art. 2.2 y 6 LSTV t 2 RLSTV): El Estado, asume la acción de responsabilidad, civil cuya obligación ,recae y deviene, en los autores y responsables civiles delos hechos, esté o no reconocida e sentencia por un principio solidaridad que no de responsabilidad subsidiaria ni de otra clase (art. 2.3 LSTV y 3 RLSTV) ,subrogándose, el Estado, en las posibles acciones presentes o futuras, que pudiera tener el beneficiario, de esta indemnización, como requisito imprescindible para adquirir el derecho sobre las mismas.

También, se reconoce el derecho de indemnización de la víctimas de un secuestro, como consecuencia de acciones comprendidas en el ámbito de esta legislación ,exigiéndose, alguna condición para su libertad asimismo se prevén ayudas a las víctimas para financiar tratamientos médicos prótesis e intervenciones quirúrgicas no cubiertas por el sistema público o privado de aseguramiento o por el régimen estatal o autonómico de ayudad (art. 7.2 y 26 RLSTV): se les concede, otrosí, la exención de tasa académicas, en los centros oficiales de estudios de todos los niveles de enseñanza, a las víctimas de los actos terroristas así como, a sus cónyuges. y sus hijos (ART: 7.1 LSTV)

M- LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO Y SU RELACION CON LAS VICTIMAS. SU TRATAMIENTO EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN PROCESAL.

Sin modificaciones sustanciales respecto al antiguo Texto Legal, el actual 757 se preocupa, de señalar, el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado circunscribiéndolo a los delitos castigados con penas privativas de libertad no superiores a nueve años o bien a cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean conjuntas o alternativa cualesquiera que se a su cuantía y duración. No obstante existe una mínima modificación.

El art. 779 comenzaba diciendo “sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales...”. Ahora, el 757 del citado Cuerpo Legal, suprime el adjetivo demás, con lo que se refuerza la naturaleza de ordinario, y por tanto no especial, del procedimiento abreviado.

Se produce un cambio de ordenación sistemática de las cuestiones de competencia, que actualmente, se encuentran, a continuación del precepto, que señala el ámbito de aplicación

del procedimiento, pasando, pues, del antiguo 782 al actual 759 que lo copia literalmente con alguna pequeña modificación de estilo y de señalamiento de plazos, estableciendo como reglas para la sustanciación de dichas cuestiones las siguientes:

1º Cuando un Tribunal o Juzgado rehusare el conocimiento de una causa o reclamare el conocimiento de la que otro tuviere, y haya duda acerca de cuál de ellos es el competente, si no resulta acuerdo a la primera comunicación, que con tal motivo se dirijan, pondrán el hecho, sin dilación, en conocimiento del superior jerárquico, por medio de exposición razonada, para que dicho superior, tras oír al Fiscal[451] y a las partes personadas, en comparecencia que se celebrará dentro de las veinticuatro horas siguientes[452], decida en el acto lo que estime procedente, sin ulterior recurso.

Cuando la cuestión surja en la fase de instrucción, cada uno de los Juzgados, continuará practicando las diligencias urgentes y absolutamente indispensables para la comprobación del delito y averiguación e identificación de los posibles culpables.

2º Ningún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, podrá promover cuestiones de competencia a las Audiencias respectivas, sino exponerles, oído el Ministerio Fiscal por plazo de dos días[453], las razones que tenga para creer que le corresponde el conocimiento del asunto.

El Tribunal, dará vista de la exposición y antecedentes al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo de dos días y luego de oídos todos, sin más trámites, resolverá dentro del tercer día lo que estime procedente, comunicando ,esta resolución al Juzgado que la haya expuesto para su cumplimiento.

3.- Cuando algún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, viniere entendiendo de causa atribuida a la competencia de las Audiencias respectivas, se limitarán éstas a ordenar a aquél, oído el Ministerio Fiscal, y las partes personadas por plazo de dos días, que se abstenga de conocer y les remitan las actuaciones.

El informe del Consejo General del Poder Judicial se manifestó contrario a una regulación especial de las cuestiones de competencia para el procedimiento abreviado, señalando[454]: "La regulación de las cuestiones de competencia contenida en el artículo 759,

---

[451] "Oyendo in voce" decía la redacción originaria.

[452] Previsión novedosa que no constaba en el artículo 782

[453] Se introducen en las reglas 2º y 3º la fijación del plazo de audiencia de dos días.

[454] Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe a la Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso de Rcforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento

si bien, es reiteración ,del vigente artículo 782 Ley de Enjuiciamiento Criminal, parece innecesario su tratamiento autónomo de las cuestiones de competencia genéricas contenidas en el Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Resulta más conveniente, un tratamiento unitario de las cuestiones de competencia que sea aplicable a todos los procedimientos o a todas las modalidades procesales, evitando de este modo, la posible colisión entre las cuestiones de competencia genéricas y las específicas de cada procedimiento.

En esta modificación parcial, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, parece más conveniente, suprimir, dentro del procedimiento abreviado. las cuestiones de competencia específicas y remitir para su trámite a las normas genéricas.

Si se mantuviera el tratamiento autónomo de las cuestiones de competencia, en el ámbito del procedimiento, la previsión contenida en el artículo 759 no parecería acertada, en lo relativo a la necesaria celebración de la comparecencia, que dispone la regla 1º del precepto citado, pues, tratándose de cuestiones jurídicas y no siendo la regla general, lo procedente sería el informe o audiencia por escrito.

En cuanto a lo dispuesto, en el apartado II de la regla 2º del mismo precepto, no parece adecuada la doble audiencia al Ministerio Fiscal ante el órgano inferior que plantea la competencia y el superior que ha de resolverla, por cuanto, el sistema jerárquico de la institución y el principio de unidad de criterio, hacen que ,el dictamen, salvo supuestos excepcionales, haya de ser el mismo, por lo que supone una redundancia que no es útil ni agiliza el trámite".

También, con buena sistemática, se aborda a continuación la regulación del cambio de procedimiento, hasta ahora contenida en el artículo 780[455]. A tal efecto, dispone el artículo 760 que iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este Título, en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757, se continuará, conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso, de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales.

---

rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado, cit.. pp. 26 y ss.

[455] Sobre el tema, DEL MORAL GARCIA, A. "Procedimiento abreviado: ámbito de aplicación y transformación a otros tipos procedimentales" en Poder Judicial, nº 37, 1995, pp. 159 y ss.

Por el contrario, iniciado un proceso conforme a las normas comunes de esta Ley, continuará su sustanciación de acuerdo con las del presente Título, en cuanto conste que el hecho enjuiciado se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757. En ambos casos, el cambio de procedimiento no implicará el del instructor. Iniciado un proceso conforme a las normas de esta Ley, en cuanto aparezca que el hecho podría constituir un delito cuyo enjuiciamiento sea competencia del Tribunal del Jurado, se estará a lo dispuesto en el artículo 309 bis[456]. Acordado el procedimiento que deba seguirse, se le hará saber inmediatamente al Ministerio Fiscal, al imputado y a las partes personadas.

En relación al reconocimiento de acciones civiles y penales y el ofrecimiento de acciones, el artículo 761 se limita a reproducir el 783: "El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo, habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados anteriormente esta Ley, expresando la acción que se ejercite. Sin perjuicio de lo que se dispone en el párrafo anterior, al ofendido o perjudicado por el delito, se le instruirá de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de esta Ley y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella". Ninguna novedad al respecto, salvo como decimos, su cambio de ubicación sistemática.

Refundiendo parcialmente el antiguo artículo 784 con los cinco primeros números de 785, el actual 762 establece las reglas que los Jueces y Tribunales deben observar en la tramitación de las causas como procedimiento abreviado, señalando:

1º "El Juez o Tribunal que ordene la práctica de cualquier diligencia se entenderá directamente con el Juez, Tribunal, Autoridad o funcionario encargado de su realización, aunque el mismo no le esté inmediatamente subordinado ni sea superior inmediato de aquéllos."

2º "Para causar los despachos que se expidan se utilizará siempre el medio más rápido, acreditando por diligencia las peticiones de auxilio que no se hayan solicitado por escrito."

[456] Citar el artículo 309 bis cuyo tenor literal es el siguiente: "Cuando de los términos de la denunciao de la relación circunstanciada del hecho en la querella, así como cuando de cualquier actuación procesal resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, procederá el Juez a la incoación del procedimiento previsto en su Ley reguladora, en el que, en la forma que en ella se establece, se pondrá inmediatamente aquella imputación en conocimiento de los presuntamente inculpados.El Ministerio Fiscal, demás partes personadas y el imputado en todo caso, podrán instarlo así, debiendo el Juez resolver en plazo de una audiencia. Si no lo hiciere, o desestimare la petición, las partes podrán recurrir directamente en queja ante la Audiencia Provincial que resolverá antes de ocho días, recabando el informe del Instructor por el medio más rápido".

3º "Si el que hubiere de ser citado no tuviere domicilio conocido o no fuere encontrado por la Policía Judicial en el plazo señalado a ésta, el Juez o Tribunal mandará publicar la correspondiente cédula por el medio que estime más idóneo para que pueda llegar a conocimiento del interesado, y sólo cuando lo considere indispensable acordará su divulgación por los medios de comunicación social."

4º "Las requisitorias que hayan de expedirse se insertarán en el fichero automatizado correspondiente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, cuando se considere oportuno, en los medios de comunicación escrita". La introducción de previsión de que las requisitorias se inserten en los ficheros automatizados de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (debiendo entenderse aplicable, también a las policías autonómicas[457]) nos parece altamente positiva, siempre y cuando se dispongan de los medios técnicos adecuado para ello, y fue introducida por las Enmiendas n.' 134 y 182 presentadas en el Congreso, respectivamente, por los Grupos Catalán-CiU y Popular, resaltando en su justificación lo superado por los tiempos de la fórmula utilizada en el artículo 784 antiguo que, como sabemos, hablaba de que dichas requisitorias se insertaran en "las Ordenes Generales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado"[458].

5º "A todo escrito y a los documentos que se presenten en la causa se acompañarán tantas copias literales de los mismos, realizadas por cualquier medio de reproducción, cuantas sean las otras partes y el Fiscal, a quienes se entregarán al notificarles la resolución que haya recaído en el escrito respectivo. La omisión de las copias, sólo dará lugar a su libramiento por el Secretario a costa del omitente si éste no las presenta en el plazo de una audiencia."

6º "Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los imputados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento". El Grupo Parlamentario Izquierda Unida pretendió, en su enmienda n' 1 presentada en el Congreso, la eliminación de esta regla, con la enigmática justificación siguiente: "No parece oportuno ni cohonestable con el

[457] De este parecer, si bien solicitando la mención expresa de ello, vid. enmienda nº 76 presentada en el Congreso por el Grupo Mixto, Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp. 52.

[458] Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp. 71 y 91.

espíritu de esta Proposición de Ley el tener que repetir en gran medida el juicio de los delitos conexos con citación de los mismos intervinientes una y otra vez"[459].

7º "En las declaraciones se reseñará el Documento Nacional de Identidad de las personas que las presten, salvo que se tratara de agentes de la autoridad, en cuyo caso bastará la reseña del número de carné profesional.

Cuando por tal circunstancia o por cualquier otra no ofreciere duda la identidad del imputado y conocidamente tuviere la edad de dieciocho años se prescindirá de traer a la causa el certificado de nacimiento. En otro caso, se unirá dicho certificado y la correspondiente ficha dactiloscópica. No se demorará, la conclusión de la instrucción ,por falta de certificado de nacimiento, sin perjuicio de que cuando se reciba se aporte a las actuaciones. Igualmente positiva nos parece la posibilidad de que los agentes de la autoridad, por tanto no sólo los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (así, también, por ejemplo, los Funcionarios de Prisiones) puedan prestar declaración identificándose con el número de su carné profesional, pues siendo este un medio de identificación que reviste todas las garantías, evita el riesgo, muchas veces comprobado, de que la información reflejada pueda ser utilizada ilícitamente por el denunciado o denunciante, según los casos. La citada posibilidad fue introducida en virtud de las enmiendas nº 135 y 183 presentadas en el Congreso, respectivamente, por los Grupos Catalán-CíU y Popular[460].

Peor suerte, corrió la reforma sugerida por el Grupo Izquierda Unida, que en su enmienda nº 2 propuso la siguiente adición: "En el caso de que los imputados pudieran ser menores de edad, además de unir a las actuaciones el certificado de nacimiento y la consiguiente ficha dactiloscópica, el Juez de Instrucción debería acordar el examen antropométrico para determinar su edad y. en el caso de que sea menor, remitir la causa a la Fiscalía de Menores"[461].

8º "Cuando los imputados o testigos no hablaren o no entendieren el idioma español, se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398, 440 y 441 de esta Ley, sin que sea preciso que el intérprete designado tenga título oficial."

---

[459] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp. 33.

[460] Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp. 72 y 92.

[461] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp. 33 y ss.

9º “La información prevenida en el artículo 364 ,sólo se verificará cuando a juicio del instructor hubiere duda acerca de la preexistencia de la cosa objeto de la sustracción o defraudación.”

10º “Los informes y declaraciones a que se refieren los artículos 377 y 378 únicamente se pedirán y recibirán cuando el Juez los considerase imprescindibles.”

11º “Cuando los hechos enjuiciados deriven del uso y circulación de vehículos de motor, se reseñarán también, en la primera declaración que presten los conductores, los permisos de conducir de éstos y de circulación de aquéllos y el certificado del seguro obligatorio, así como el documento acreditativo de su vigencia. También se reseñará el certificado del seguro obligatorio y el documento que acredite su vigencia en aquellos otros casos en que la actividad se halle cubierta por igual clase de seguro.”

Mayor interés, en cuanto a su novedad, presenta el artículo 766. En efecto, en materia de recursos contra resoluciones interlocutorias en el procedimiento abreviado, como ya adelantamos, se ha producido una sustancial mejora, al producirse la general desaparición del recurso de queja y su sustitución por la apelación, la cual pierde, afortunadamente, el carácter residual que el antiguo artículo 787 le confería, siendo ahora, el medio de impugnación por antonomasia sin que sea necesario el que esté expresamente previsto sino que, contrariamente, ahora cabe contra todos los autos no exceptuados de recurso, con lo que, por ejemplo, contra los autos de acuerdo de la prisión provisional en el procedimiento abreviado procederá no ya la queja sino la apelación (previa reforma potestativa) con lo que se iguala, al régimen de recursos, que contra dicho auto, se prevé en el procedimiento ordinario.

En efecto, dispone el artículo 766.1 que “Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación. Salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento”.

El cambio con su precedente artículo 787 es, pues fundamental, al quedar relegado al olvido el recurso de queja. Se extiende la apelación a todos los autos excepto los que expresamente la Ley considera irrecurribles: auto acordando la apertura del juicio oral (art. 783), autos de admisión o inadmisión de pruebas (art. 785. l), autos resolutorios de las cuestiones previas (art. 786.2) o resoluciones orales de los juicios rápidos (art. 798).

En cuanto a la tramitación del recurso de apelación, se mantiene la novedad introducida ya en la L.0. 7/1988, de la no necesidad de interponer el recurso de reforma previo a la apelación, señalando, así, expresamente, el nº 2 del artículo 766 que "El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación". Y en el nº 3 se somete la tramitación del recurso a unos plazos perentorios, introducción debida la enmienda nº 109, presentada en el Congreso por el Grupo Socialista, y que viene motivaba en el hecho de que, precisamente, las mayores dilaciones en los procesos se producen en esta clase de trámites, por lo que se proponía una rígida tasación de los plazos[462].

Así se afirma: "El recurso de apelación se presentará dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto recurrido o del resolutorio del recurso de reforma, mediante escrito en el que se expondrán los motivos del recurso, se señalarán los particulares que hayan de testimoniarse y al que se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las peticiones formuladas. Admitido éste, se dará traslado a las demás partes personadas por un plazo común de cinco días para que puedan alegar por escrito lo que estimen conveniente, señalar otros particulares que deban ser testimoniados y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones. En los dos días siguientes a la finalización del plazo, se remitirá testimonio de los particulares señalados a la Audiencia respectiva que, sin más trámites, resolverá dentro de los cinco días siguientes. Excepcionalmente, la Audiencia podrá reclamar las actuaciones para su consulta siempre que con ello no se obstaculice la tramitación de aquéllas; en estos casos, deberán devolverse las actuaciones al Juez en el plazo máximo de tres días" (art. 766.3).

Si el recurso de apelación ,se hubiere interpuesto, subsidiariamente, con el de reforma, si éste resulta total o parcialmente desestimatorio, antes de dar traslado a las demás partes personadas, se dará traslado al recurrente por un plazo de cinco días para que formule alegaciones y pueda presentar, en su caso, los documentos justificativos de sus peticiones (art. 766.4). Y respecto a la vista, el 766.5 prevé que si en el auto recurrido en apelación se acordare la prisión provisional de alguno de los imputados, respecto de dicho pronunciamiento podrá el apelante solicitar en el escrito de interposición del recurso la celebración de vista, que acordará la Audiencia respectiva. Cuando el auto recurrido contenga otros pronunciamientos sobre medidas cautelares, la Audiencia podrá acordar la

[462] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223-7, 23 de mayo de 2002, pp 61.

celebración de vista si lo estima conveniente. La vista deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la recepción de la causa en dicha Audiencia.

Los artículos 767 y 768 se dedican a la postulación procesal, el primero de ellos al exigir la defensa técnica y el segundo al dispensar la representación mediante Procurador, hasta el trámite de apertura del juicio oral.

En efecto, dispone el artículo 767 que desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un Abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.

Sobre este precepto, réplica del antiguo 788.1, el Informe del Consejo General del Poder Judicial matizó: "En lo referente al derecho de defensa, el artículo 767 parece imponer para todo imputado la asistencia letrada, declarando la irrenunciabilidad de tal derecho no solo para el detenido, sino para todo encartado en procedimientos por delito. En tal sentido, parece existir coherencia con lo dispuesto en el artículo 796.1.2º que establece una designación obligatoria a todo imputado, aún no detenido, de un Letrado defensor. El establecimiento de la irrenunciabilidad del derecho de defensa técnica puede, sin embargo, plantear problemas prácticos que sería preciso solventar, por ejemplo en actuaciones policiales atribuidas a la Policía Local como la persecución dentro de su ámbito de los delitos contra la seguridad en el tráfico, de precisar para todo imputado la asistencia letrada en dependencias policiales, no sólo a los efectos de recibirle declaración, sino de practicar cualquier diligencia de investigación, como lo sería, en tal caso, la del test alcoholimétrico."

En igual sentido, habría que establecer la modificación subsiguiente de los artículos. 118 y 520 de a Ley de Enjuiciamiento, Criminal, no prevista, en cuanto al primero de introducir tal necesidad, que sería extensiva, por lógica, al procedimiento ordinario y, en cuanto al segundo, a dejar sin efecto la prescripción legal de que los detenidos por delitos contra la seguridad del tráfico puedan declarar sin asistencia letrada, así como el inciso que establece la posibilidad de recibir declaración al imputado en sede policial cuando avisado el letrado de oficio, no compareciera, si el mismo presta su consentimiento al efecto, pues se crearía incongruencia y se atacaría el principio de irrenunciabilidad de la defensa técnica.

La previsión, contenida en el artículo 768, no contempla la situación prevista en el vigente artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, de la continuidad del

Abogado designado por turno de oficio para todo el procedimiento. El párrafo 3º del artículo 788 Ley de Enjuiciamiento Criminal fue derogado por la Ley 1/1996, de 10 de Enero, de asistencia jurídica gratuita.

Por ello, parece adecuado que en la reforma prevista en la Proposición de Ley se volviera a incluir el citado párrafo habida cuenta de la necesidad de que el imputado por un hecho punible que se vale de defensa jurídica tenga continuidad en el profesional que le defiende. Las previsiones de la Proposición de Ley, sin embargo, deberían tener en cuenta el alcance de la redacción actual del artículo 520.6 e) Ley de Enjuiciamiento Criminal, que este Consejo, comparte con la Asociación Progresista de Fiscales que debiera mantenerse sin adiciones, ni añadidos, porque se ajusta a los postulados constitucionales que consagran, en los artículos. 17.3 y 24, el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado. «La conexión de estos preceptos constitucionales con los preceptos del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (artículo 6.3 c) y del Pacto de Nueva York (artículo 14 d), en cuanto ambos reconocen el derecho a ser asistido por un defensor de su elección a todo acusado plantea el tema de la interpretación de los términos "acusado» y «procesado".

Si la interpretación es técnico-jurídica, dichos preceptos, no son de aplicación a nuestro problema porque "acusado" no es equiparable en el campo jurídico-procesal a detenido, puesto que cabe que, con respecto a un detenido, no haya imputación delictiva concreta y expresa, sino únicamente una sospecha.

Quizás, una extensión desmesurada ,al interpretar el concepto de "acusado" lleve a extremos jurídicos alejados del sentido de la norma en relación con el contenido del concepto legal de "asistencia al detenido".

En este sentido se ha pronunciado el propio Tribunal Constitucional (Sentencia 196/1997, de 13 de noviembre) en la que, examinado la constitucionalidad del artículo 527 a) Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde la perspectiva de los derechos a la asistencia letrada, reconocidos en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución española, afirmaba que "... la designación de abogado de oficio a los detenidos incomunicados, es una medida de las que le legislador puede establecer en ejercicio de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada reconocido en el artículo 17.3 de la Constitución, a los detenidos a los cuales, por otro lado, no les es aplicable el derecho a la defensa y asistencia letrada que el artículo 24.2 de la Constitución garantiza a los acusados en un proceso penal".

N- MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL: SU INCIDENCIA EN LA INSTRUCCIÓN PROCESAL

N.1- Concepto y naturaleza.

La primera dificultad, cuando se aborda el presente tema, está en la determinación de su concepto ya que en función de loo que se entiende por medidas cautelares será una u otra naturaleza o causa que los justifique. Hay para quien la legitimidad de la medida cautelar viene dada, por la necesidad de preservar las pruebas o de impedir la fuga de autor del hecho asegurar su presencia en el proceso o garantizar la efectividad del *ius puniendi* del Estado, para otros radica en la prevención de los riesgos de la actividad delictiva y perturbación del orden público fines, estos últimos, que son rechazados por algún sector doctrinal.

Como normas de actuación complementarias a la penal, la víctima, ha de ser informada de que el comportamiento que presenta su agresor, no es culpa suya, sino de el y que normalmete, esas agresiones, no dependen de sus actos.

La víctima ha de saber, también, que su agresor, suele ser incapaz de un autocontrol sobre su comportamiento violento, y ese control, tampoco puede ejercerlo ella, sino que debe provenir, del exterior.

Como en todo, las infracciones que estamos desgranando, a lo largo del presente trabajo,en que se plantea la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso, el problema fundamental, es el logro del equilibrio entre los derechos del inculpado que no olvidemos, goza de presunción constitucional de inocencia y del principio *in dubio pro reo* y los derechos de las víctimas, que requieren una protección especial, dentro del proceso y fuera de el.

Por ello, en líneas generales, la aplicación de medidas cautelares, debe partir de un presupuesto, la evidencia de una infracción penal, delito o falta, y la existencia de una sertie de indicios o elementos quen permitan suponer la existencia de una o varias personas responsables de los mismos,además, de la necesidad, bien de proteger a la víctima, y a su familia de futuras agresiones a su persona o bienes de nuevos ataques, o en un sentido más amplio, proteger a la sociedad, de nuevos ataques, o en fin , de garantizar la normal prosecución del proceso penal, y, eventualmente, la ejecución de la resolución judicial, que en el recaiga.

Además con el fin de acentuar este equilibrio, la medida cautelar no debe durar más de lo necesario, para lograr los fines que la motivan, y debe ser adoptada,en todo caso, en resolución judicial motivada y oyendo, previamente la inculpado.

Un análisis exhaustivo de dichas cuestiones, requeriría una mención expresa, de la situación legal anterior, a las reformas llevadas a cabo en la materia, y el enjuiciamiento paralelo, de las medidas cautelares existentes en la actualidad con le fin de ver si la protección penal tan solicitada,finalmente se produjo.

La legislación anterior a la reforma, mostraba una patente insuficiencia, del sistema de protección cautelar[463].

La LECrim. regulaba estas materias en escasos preceptos. El art. 13 del citado texto normativo (anterior a la modificación operada por LO 14/1999)[464], entre la primeras diligencias, contemplaba, la de dar protección a los perjudicados, pero no contenía mayores especificaciones, y dada, la dificultad de la adopción, de las mencionadas medidas, innominadas en el marco del proceso penal, por evidentes exigencias del principio de legalidad y de las necesidades de seguridad jurídica, prácticamente, el Ministerio fiscal a la hora de interesar ,y el Juez o Tribunal, a la hora de acordar las medidas, sólo disponían de un instrumento que podía mostraese eficaz, frente al riesgo, de reiteración en la conducta: la prisión provisional.

Actualmente, con la novísima ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, se ha dado nueva redacción al articulo 13 de la LECrim, que queda redactado, en los siguientes términos:"Se consideran como primeraas diligencias las 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 de delincuente, la de detener en su caso, a los presuntos reponsables de 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 a la orden de prteción prevista en el art. 544 ter de esta ley"

Así, antes de la importante modificación aludida, la LECrim. sólo enumeraba, como medidas cautelares, la detención, la prisión provisional,la libertad provisional y el

[463] FRIGOLA VALLINA,J."Actuaciones de las Administraciones Públicas. Aspectos jurídicos."Actualidad penal 1999.

[464] Actualmente, dicho precepto ha sido modificado por la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

sometimiento a autorización de la salida del territorio nacional y la retención del permiso de conducir.

En cuanto a la libertad condicional, con o si fianza, iba principalmente dirigida, a asegurar la presencia del imputado, durante el curso del proceso, imponiéndole, la carga de comparecer a presencia judical de forma periódica así como en cuantas ocasiones fuese requerido para ello, pero pocompuede servir para evitar nuevas agresiones o amenazas.Tampoco a estos fines, pueden aportar ayuda alguna las previsiones establecidas en el art. 785.8 de la LECrim (actual 764 tras la reforma operada por Ley 38/2002 y LO 8/2002 de 24 de Octubre). o en el art. 529 del citado Texto Legal.

Asimismo, la detención, por su propia naturaleza,y por su corta duración poco puede servir y durante muy poco tiempo, a este objetivo cautelar .Con lo que sólo nos queda la prisión provisional.

Ya, en fecha 10 de Junio de 1996 fue presentada en la Mesa del Congreso de los Diputados, por el Grupo Parlamentario Vasco EAJ-PNV una Proposición de Ley Orgánica reguladora de la Tutela cautelar penal, que redactó la pretensión, de constituir el sistema central de las medidas cautelares adpotables en el proceso penal. inherentes a la responsabilidad civil derivada del ilícito penal.

Esta modificación legislativa, intentaba, proporcionar un tratamiento legal, y uniforme en la materia y adaptar la normativa a las exigencias derivadas del Texto constitucional y los Tratados Internacionales.

Esta proposición, no se planteaba, como un Texto de reforma parcial de la LECrim. simo como un proyecto normativo y unitario, que contenía una regulación completa de la tutela cautelar, derogando, las disposiciones de la vigente Ley rituaria, sobre esta materia.Sin embargo, a pesar de no haber visto la luz, no puede dejar de reconocerse, que las aportaciones que contenía dicha proposición, revestían un extraordinario interés especialmente, en el aspecto referente a la tipología de medidas cautelares previstas en el Texto.

Asimismo, el énfasis en la protección cautelar, se acentuaba en la Proposición conjugando las medidas cautelares, con un adecuado tratamiento de su incumplimiento, que conllevaba, amén de la sanción penal, procedente del art. 468 del CP, la posibilidad de sustitución de la medida, por otra más eficaz u otras más efecetivas o la acumulación de aquellas que potencien su eficacia sin que conmstituyan un mero castigo a su inobservancia,

tal y como venía a establecer el art. 22 aunque eliminando, por evidentes motivos de elusión de inobservancia del *"non bs in idem"*, la imposición de la sanción económica que se preveía en dicho precepto.

Se definían, dichas medidas [465], como las resoluciones motivadas del órgano jurisdicional que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia,de un lado, del surgimiento de la cualidad de imputado y de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial, en el curso de un procedimiento penal, por lo que se limita provisionalmente,la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la Sentencia.

Todas estas consideraciones aconsejaban ,el establecimiento de la obligación legal de los Juzgados, que encontrándose en funciones de guardia, reciban una denuncia de este tipo, actúen de manera inmediata y protocolizada, ordenando la urgente comparecencia a su presencia de la víctima y agresor para recibirles declaración, el reconocimiento médico y psicológico de ambos y,en su caso, la emisión de informes técnicos y asistenciales, que resulten oportunos, para, a contiunuación, adoptar motivadamente, las medidas cautelares que resulten procedentes, respecto al agresor y en protección de la víctima y que sean proporcionadas a las circunstancias del caso, atendiendo, fundamentalmente, a la peligrosidad de aquel,a la gravedad del hecho cometido, y a las necesidades de protección de la víctima y demás integrantes del núcleo familiar, pudiéndose, con una adecuada y novedosa regulación, incluirse, estas denuncias, en el ámbito de los "juicios rápidos".

Para que el órgano jurisdiccional las adoptara, se tenían que dar los siguientes presupuestos: *Fumus boni iuris,* y *periculum in mora.*

Por los distintos autores que han analizado la cuestión, se ha destacado, que no es deseable establecer medidas excepcionales, een estos casos de las que se adpotan en otros supuestos de delitos o faltas contra las personas, aún más graves.

Tal y como establece el último informe del CGPJ, en esta tarea es exigible el cumplimiento y respetoa al principio de proporcionalidad. La observancia de esta exigencia,predicable del enjuiciamieto de cualquier delito, ha sido ratificada expresamente, en cuanto a este concreto delictivo por la SSTS de 7 de Julio de 2000.

El texto del art. 57 del CP que contempla una pena accesoria, ha quedado enriquecido en las últimas reformas extendiéndose la posibilidad de prohibición de la comunicación o

aproximación con la víctima, familiares o terceras personas.Y esa pena accesoria, será también aplicable aunque con una duración inferior en los casos delas faltas de los art. 617 y 629 del CP.

Mención especial merecía, la figura del alejamiento, bajo el cual se agrupan , en realidad, tres modalidades: La prohibición de aproximación a la víctima, la prohibición de comunicar con la víctima sus familiares u otras personas designadas por el Juez, y la prohibición de volver la lugar en que se haya cometido el delito, o de acudir a aquel en que resida la vícitma o sus familia si fuesen distintos.

La conveniencia de hacer uso de esta figura, cuando resulte procedente fué resaltada, por la Fiscalía General del Estado en su Informe de 1999, en el cual, se establecen las circunstancias que han de ser poderadas por los miembros del Ministerio Fiscal para solicitarla: el peligro inminente que represente el delincuente, en atención, a la reiteración de las conductas violentas,y muy especialmente, a la gravedad creciebnte en las mismas.

Asimismo, nuestra Ley Procesal penal, cuando se trata de la prisión provisional (art. 504) entendía ,como causa justificativa de la medida la gravedad de la pena señalada al delito y/o los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho la alarma social y la frecuencia de hechos análogos.

Sobre la citada medida, el Tribunal Constitucional elaboró, una amplia doctrina de la que puede concluirse que su finalidad estriba en la necesidad de asegurar la presencia del inculpado en el proceso ,y el derecho estatal, a perseguir eficazmente el delito que su justificación no puede nunca buscarse, en el cumplimiento anticipado de la condena, que debe estar motivada y ser proporcionada a su fin cautelar.

Se entremezclaban, así, fundamentos que dotarían a la prisión provisional una triple naturaleza: la propia de las medidas cautelares, la correspondiente a las penas y las relativas a las medidas de seguridad.

En la actualidad ,la situación ha variado de forma notable, con la reforma operada por la Ley 27/2003 de 31 de Julio por el que se añade un nuevo artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal confiriendo al orden de protección a la víctima, un estatuto integral de protección, que comprende las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en el artículo referido y aquellas otras medidas de asistencia y protección social estqblecidas en el ordemaniento jurídico.

---

[465] GIMENO SENDRA,V. "Derecho procesal penal",3º Ed. Colex, Septiembre 1999.

Las medidas cautelares de carácter penal, podrán consistir en cualesquiera de las previstas en nuestra legislación criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia, serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adpotarán por el Juez de instrucción atendiendo, a las necesidades ,de protección integral de la víctima.

Las medidas de naturaleza civil, deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menotes o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil.

Con ello y así se deduce de la Exposición de Motivos del referido Texto Legal, se pretende, que a través de un sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción pueda la víctima, obtener, un estatuto integral de protección, que concentre, de forma coordinada,una acción cautelar ,de naturaleza penal y civil. Esto es, que en una misma resolución judicial ,incorpore, conjuntamente, tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor, para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporionar seguridad y establidad, y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad, a la formalización ,del correspondiente proceso matrimonial civil..

Dicha orden, supondrá, que las diferentes Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen de forma inmediata, los instrumentos de protección social, establecidos es sus respectivo sistemas jurídicos. Esperaremos a la actuación de los Tribunales para poder efectuar unas conclusiones claras, a la situación problemática generada, que la citada Ley, trata del alguna forma de solventar.

N.1.a- Excepcionalidad de la prisión provisional.

Si la prisión provisional es sustancialmente es idéntica a la pena privativa de libertad, y en consecuencia la medida cautelar más grave, y contraria al principio de presunción de inocencia su aplicación debe ser considerada excepcional y subsidiaria, de forma que su imposición debe venir determinada cuando los riesgos no puedan ser protegidos de otra forma.

Y es que la necesaria duración de los procesos ,desde que se inician hasta que la sentencia es firme, obliga al establecimiento, de medios, que tengan por finalidad asegurar la presencia del inculpado en el proceso la efectividad de la sentencia que se dicte, evitar la destrucción

de pruebas o bien la protección de la víctima o de personas relacionadas con el hecho punible cometido.

N.1.b- Tipicidad de las medidas cautelares.

Sobre la elaboración de un catálogo de medidas concretas, y, teniendo en cuenta la importante reforma procesal a la que hemos hecho referncia, puede adoptarse una doble postura, tal y como anteriormente hemos analizado, la de quien considera que el principio de legalidad exige la concreción de las medidas a imponer, sin que pueda ordenarse otra sin violentar el principio de tipicidad característico del derecho penal y, la de quien mantiene la naturaleza casuística propia de la tutela judicial cautelar impone cierta flexibilidad para adaptar la medida más apropiada al caso concreto, estableciendo una fórmula abierta como complemento a la descripción de los tipos concretos.

Esta, parece ser la postura que el legislador español ,acogió en el art. 158 del CC

N.1.c- Presunción de inocencia y su relación con dichas medidas en el proceso

Sea cual fuere el fundamento de las mismas, y el sistema empleado para describirlas, será necesario procurar el equilibrio entre la presunción de inocencia y la necesaria garantía de efectividad de la ley penal que se puede resentir por la obligada duración del proceso que impide una inmediata resolución definitiva sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (no hay que olvidar que esta postura ha variado de forma sustancial con la modificación de nuestra ley procesal penal (Ley 38/2002 y LO 8/2002 de 24 de Octubre) sobre los juicios rápidos, que será objeto, de análisis individualizado, en Capítulo independient en el presente trabajo) y con la Ley 27/2003 de 31 de Julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

El art. 24 de la C.E. proclama el derecho a la presunción de inocencia, que se configura según el art 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el derecho de toda persona acusada de delito a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad. En consecuencia la adopción en el curso de un proceso penal de cualquier medida cautelar limitativa de los derechos del inculpado supondría un sacrificio de ese derecho fundamental de intensidad variable en función de la mayor o menor gravedad de la medida que se le imponga.

Lo que desde luego impone el respeto al principio de presunción de inocencia es como hemos dicho que en ningún caso la medida cautelar tenga carácter de pena anticipada, no se

puede condenar, como en muchos casos parece deducirse del sentir popular, en relación con las víctimas del delito, debe ser proporcionada y justificadas por los fines que pretende y se adopte motivadamente por el órgano judicial encargado de la instrucción del proceso.

N.1.e- Prohibición de residencia en un determinado lugar.

Dada la amplitud del tema en cuestión y de las diferentes maneras de abordarlo, nos centraremos ,como antes, someramente, hemos hecho mención, por las características de los delitos que estamos tratando, a la medida cautelar que con más intensidad se viene reclamando por su pretendida eficacia y la más ajustada al tipo penal analizado, cual es la posibilidad de acordar durante la instrucción del proceso penal la prohibición impuesta al acusado o denunciado de residir o acudir a determinados lugares. Medida que indudablemente, debe ser encuadrada, entre las medidas cautelares personales penales.

N.1.f- Fundamento de las medidas cautelares.

Ya hemos señalado que una de las peculiaridades del problema que estamos tratando, viene dado, por el lugar, donde con mayor frecuencia, se suelen producir las agresiones,el domicilio, que hace que la víctima ,sea especialmente vulnerable, por lo oculto en que suele producirse, facilitando su repetición y sobre todo por la absoluta indefensión en que suele encontrarse la víctima.

La seguridad que proporciona el domicilio cuando nos encontramos en una situación de riesgo. las "ganas de llegar a casa" cuando se ha sufrido cualquier contratiempo, aquí intervienen sus términos y el domicilio pasa a ser un lugar donde se corren los mayores riesgos.

N.1.g- Finalidad de las medidas cautelares.

Es una medida de marcado carácter protector, para la víctima del delito y su familia y tiende a prevenir de los riesgos de un comportamiento del agresor, posterior, siempre ,a su primitiva acción, ya que estaría fuera de toda previsión constitucional la adopción de medidas predelictuales que transformarían la naturaleza de lo que no deben dejar de ser medidas cautelares penales. Se invertirían los mecanismos legales, no sólo del victimario sino también de la víctima que exigiría en un momento previo al proceso medidas estrictamente procesales y de garantía del referido.

N.1.h- Reglas de aplicación de las medidas cautelares.

Con una sola referencia a los determinados artículos del CP vigente queremos dejar de manifiesto, el distinto tratamiento que el nuevo texto se da y otras medidas privativas de derechos acordadas cautelarmente.

Deberemos de traer a colación, la reforma operada por la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, que añade un anuevo artículo 544 ter a la LECrim. poniéndolo en conexión, con los efectos de sus imposición, que se derivan del art. 34 del CP, el cual, dispone:" que no se reputarán penas la detención y la prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal y de la misma forma que la privación de libertad sufrida cautelarmente se abona para el cumplimiento de la pena, en el art. 58 expresamente se prevé que la privación de derechos sufridos de la forma antedicha, se abonará para el cumplimiento de la pena impuesta."

También, resulta evidente, amén, de la reforma de la Ley procesal penal antes nombrada, que el Código Penal, ha ampliado su ámbito, como demuestra la fórmula empleada para redactar el precepto pues antes, en el párrafo segundo del equivalente al artículo 33 sólo había referencia a la privación de permiso de conducir intervenido durante la tramitación de la causa, y ahora se contempla toda privación de derecho entre los cuales puede estar el de libertad de residencia.

Que el Código, haya dado carta de naturaleza ,a las medidas cautelares que consistan en la privación de derechos, resulta, de su articulado, y , aunque dado su marcado carácter procesal no se mencionan, cuales pueden ser estas, su correspondencia, al menos, con las penas de esta naturaleza, es evidente.

N.1.i- Correspondencia de las medidas cautelares con las penas privativas de derechos.

En el art. 39 del CP, se menciona, como pena privativa de derechos la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos cuyo alcance determina el art. 48 al establecer, que tal pena, impide al penado, volver al lugar en que haya cometido el delito o aquel en que resida la víctima y su familia si fueren distintos, con la consideración de grave, si excede su duración de tres años, o de menos grave ,si su duración comprende un periodo que va de seis meses a tres años.

Frente a las accesorias por declaración legal, que son las penas que no imponiéndolas especialmente, la Ley declara que otra las lleva consigo, estamos en presencia de una pena accesoria por declaración judicial en cuanto que sólo pueden ser impuestas si el órgano

judicial tras efectuar una valoración de la oportunidad de la misma, las establece en atención a la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente para la víctima y siempre previa petición del fiscal o de la parte personada en cumplimiento del principio acusatorio.

La adecuación de la medida del delito de que se trata- única vía para la aplicación de la pena accesoria del art. 48 del referido Texto Legal pues a pesar de la declaración de generalidad que se hace en el art. 39.f no está específicamente prevista para la punición de ninguna infracción penal-resulta apreciada por el CP cuando en el art. 57 se establece "que los jueces y tribunales en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad el honor el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito o, acuda a aquel, en que resida la víctima o su familia si fueren distintos, dentro del periodo que el juez o tribunal señalen según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años."

El legislador, a tenor de la reforma procesal efectuada, por Ley 27/2003 de 31 de Julio, considera procedente ,diseñar un procedimiento especialmente sencillo, accesible a todas las vñcitmas de violencia doméstica,en estos casos, que articule unos mecanismos de protección integrales .Para ello, se continúa en la línea inagurada por Ley 38/2002 de 24 de Octubre, por la que se regula el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, decantándose, la presente regulación por artribuir la competencia al juez de instrucción que este en funciones de guardia. Estamos, por tanto, en presencia, de una resolución cautelar, que, impuesta como pena o como medida de cautelar, tendrá una eficacia, directamente relacionada, con la proximidad temporal con que se adopte en relación al delito cometido, pues, con el paso del tiempo, los sentimientos de venganza o rencor, generalmente, disminuyen.

N.1.j- Posibilidades de aplicación de las medidas cautelares. Afectación a la víctima del delito.

Con la reforma operada por Ley 27/2003 de 31 de Julio, se ha adicionado un nuevo artículo 544 ter a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se modifica el artículo 13 de citado Texto legal, al objeto de articular un procedimiento sencillo, que permita la aplicación de las medidas cautelares tanto de carácte penal, como de carácter civil, sin perjuicio, de lo establecido, por el artículo 158 del Código Civil.

Se auna por primera vez,una acción integral y coordinada sobre el agresor, que eviten el desamparo de la víctimas y den, una respuesta inmediata, a la situación de especial vulnerabilidad ,en que dichas personas o sus familiares, se encuentran.

N.1.k- Análisis del art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Recalcaremos nuevamente,la importante reforma efectuada por la Ley 27 /2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica que modifica el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Crimimal, que queda redactado, en los siguientes términos:" Se consideran, como primeras diligencias, las de consignar las pruebas del delito que puedan desaparcer, 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 reponsabñles del deñloto y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares, o a otras paersonas pudienmdo acordarse a tal efecto, las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis o a la orden de protección prevista enn el aer. 544 ter de esta ley"

El art. 13 del aludido Texto Legal, prevé, que entre las primeras diligencias que el instructor puede adoptar está las de dar protección a los perjudicados.

En muchas ocasiones la mejor protección sin duda será el alejamiento del agresor del lugar en el que la víctima, habitualmente vive o se desenvuelve. Sobre esta base y con respecto a las previsiones de la Ley, sobre los requisitos impuestos para acordar la prisión provisional, ningún obstáculo, deberá haber ,para acordar cautelarmente respecto del autor de los hechos delictivos aquella medida

Ciertamente estas medidas, y analizando su incidencia en los menores de edad, deben ir encaminadas a proteger a las víctimas y evitar la reiteración en comportamientos delictivos contra el menor. En este sentido, en este tipo de actos contra los menores pueden adoptarse medidas dirigidas contra los infractores y medidas de protección de las víctimas.

A) Medidas sobre el posible autor

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo se prevén medidas cautelares como la prisión (arts. 503 y siguientes); la libertad bajo fianza (art. 529, 531); la privación del carné de conducir (art. 529 bis); la obligación de comparecer (art. 530); la intervención del vehículo (art. 764) y la pensión provisional (art.764), y, no parecen contemplarse, medidas que tengan una verdadera eficacia., contra los supuestos que venimos examinando, particularmente una medida de prohibición de acercamiento del infractor al domicilio de los menores o a su

centro escolar o demás lugares que frecuente el menor o bien incluso la exigencia de que el agresor salga del domicilio familiar, cuando así lo aconsejen las circunstancias.

El artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[466] , actualmente, modificado por la Ley 27/2003 de 31 de Julio, es un perfecto desconocido, en los tratados de Derecho Procesal, y sólo recientemente, ha comenzado a recuperar, su efectiva virtualidad en los órganos judiciales en relación a estos supuestos.

En un reciente estudio sobre las medidas cautelares en el proceso penal, en relación con los delitos cometidos en el seno de la familia, TIRADO ESTRADA[467], señalaba que aquel precepto, sin perjuicio de lo establecido con la reforma antes mencionada, no contenía mayores concreciones y que, ante la dificultad de adopción de medidas cautelares innominadas, en el procedimiento penal, por mor del principio de legalidad, tras analizar someramente el actual marco de aplicación de la prisión provisional y la libertad provisional, con o sin fianza, el "único instrumento cautelar que guardaría a las víctimas de nuevas agresiones sería la prisión provisional del agresor", pero como, "salvo en los casos (tipos) más graves, la naturaleza del hecho y aun las penas imponibles en muchas ocasiones difícilmente pueden justificar la adopción de una medida de tanta trascendencia...de acuerdo con la legislación vigente los operadores jurídicos carecen de un sistema de reacción adecuado...".

Estando de acuerdo, en que el sistema legal, es notoriamente mejorable, y que la prisión provisional, sólo puede ser utilizada, en razón de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los casos más graves, una interpretación sistemática del art. 13 de la Ley de Ritos penal, que no podemos vaciar de contenido, en relación con otros preceptos del Código Penal, especialmente el art. 57 del Código Penal, pero sin olvidar otra normas de este Cuerpo legal[468], nos han de permitir entender, como ya ha ocurrido en ciertos casos, que

[466] Dicho artículo dispone: "Se consideran 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 a 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 de la presente ley o a la orden de protección prevista en el art. 544 ter de esta ley" Este precepto previene que se considera como primeras diligencias que ha de practicar el Juzgado "las de dar protección a la víctima".

[467] TIRADO ESTRADA, J. J., "Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal", en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, número 1.820, pp. 5-13 (obra citada).

[468] En este sentido ,son de mencionar el art. 34.1 que establece que no se reputarán penas "la detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal" y el art. 58 señala que "igualmente se abonarán en su totalidad, para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente", lo que da a entender que el propio Código Penal prevé otras medidas cautelares al margen de la detención y prisión preventiva.

es posible adoptar medidas como las anteriormente expuestas, aunque no se hallen expresamente contempladas.

Entendemos que, si bien, la adopción de medidas cautelares personales ha de ser adoptada de acuerdo con los límites que marca la Constitución, según la doctrina del máximo intérprete de la Carta Magna, debe acudirse, a dicho art. 13 de la Norma adjetiva, con la redacción efectuada por Ley 27/2003 de 31 de Julio, en relación en algunos supuestos con el art. 57 del Código Penal[469] para proteger a la víctima del agresor, de modo que se pueden solicitar por los Fiscales y adoptar por los Jueces de Instrucción medidas de prohibición de acercamiento del sujeto activo al lugar donde se encuentre el niño o niña (de igual manera que se pueden adoptar tales disposiciones cuando la víctima es una mujer), o incluso específicamente el abandono del domicilio por parte del agresor, en sentido lato, si las circunstancias del caso y del menor así lo aconsejan.

Esta es la posición, que mantenía, la Circular 1/1998, y el Informe de la Fiscalía General del Estado de 1999, anteriormente mencionado, en la que se indicaba, que medidas cautelares consistentes en la prohibición del denunciado de acudir a determinados lugares como el de comisión de delito, el domicilio de la víctima o el de otros familiares "vendría amparada en un doble fundamento: el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que le permitiría en tanto diligencia de protección de las víctimas y el art. 57 del Código Penal... que la prevé como pena accesoria opcional para este tipo de delitos".

A este respecto, como luego insistiremos, se ha de rechazar, que automáticamente, sea el menor el que abandone el hogar familiar y sea recluido en un centro de acogida, conforme acaece en muchos de estos supuestos, dando la sensación al infante que es él la persona que ha cometido la infracción, lo que nos lleva a la idea de individualización y especial atención de estos casos.

La utilización del art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniéndose en cuenta la rreforma procesal operada, en combinación con el art. 57 del Código Penal ha sido utilizada por órganos judiciales de Lleida, Tarragona, Málaga, Lugo, Bilbao, que conozcamos, hasta la fecha actual.

[469] Esta norma establece:"Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que se haya cometido el delito, o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años". Como se puede comprobar se refiere esta norma a hechos criminales en los que puede ser sujeto pasivo un menor.

Respecto del procedimiento a aplicar, entendía la Circular 1/1998, y nos parece aceptable su tesis, que, por "analogía con lo dispuesto para la prisión provisional, se exigirá que conste la existencia de un hecho que revista caracteres de delito de los señalados en el art. 57 y que existan motivos para creer al sujeto posible responsable", debiendo adoptarse la medida, por auto, que se adjuntará a la pieza de medidas personales.

Igualmente, es de destacar, que el referido dictamen de la Fiscalía General del Estado, entiende que "la adopción de la medida... por no afectar al derecho de libertad...no exige la preceptiva audiencia", prevista en el art. 504 bis para la prisión provisional.

En nuestra opinión, en contraposición a esa tesis, estimamos, que es más garantista y ajustada a los postulados del art. 24 de la Constitución que dicha medida cautelar sea tomada previa audiencia del imputado, pudiéndose ser utilizado a este fin el marco que ofrece su declaración en calidad de tal, asistido de Letrado, aunque sí estimamos ,que no será precisa la petición del Fiscal o de una acusación para ser acordada, por cuanto sólo se exige tal solicitud en los supuestos de prisión preventiva.

Aparte del art. 13 Ley de Enjuiciamiento Criminal, actualmente reformado, como hemos indicado, no es de desdeñar la aplicación de la Prisión provisional con o sin fianza, si se producen los presupuestos contemplados en los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A este respecto se ha de tener en cuenta la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC de 26 de julio de 1995; 26 de junio de 1996; 10 de marzo de 1997 y 7 de abril de 1997) sobre esta medida cautelar, cuando afirma que esta medida puede tener como fundamento u objeto el riesgo de reiteración delictiva, muy grande en estos casos, como demuestra la experiencia diaria.

Cabe también, en esta fase, como medida cautelar más leve, el establecer la medida de libertad provisional, pero con la posibilidad de exigir comparecencias *apud acta* diarias, según ya preveía la Instrucción 1/1988, de 11 de Enero, de la Fiscalía General del Estado, que ha sido sustituida recientemente por la antes citada y la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000 con referencia a estos extremos.

De igual manera, en fin, cabe que la autoridad judicial requiera al imputado para que no se acerque al niño o niña afectado a una cierta distancia o al lugar en que esta resida, dando órdenes a las Policías para que se lleve a cabo un efectivo cumplimiento de esta decisión, en la forma que los Cuerpos de Seguridad estime más adecuada.

En conclusión, existe una amplia gama de recursos legales posibles y lo oportuno es su aplicación, sin recurrir a la excusa de las deficiencias legales para su no uso.

b) Medidas sobre el menor

Así, como hemos analizado en el anterior apartado las constricciones a que puede ser sometido el delincuente, para evitar más perjuicios al menor, mientras se sustancia el proceso penal, como complemento de aquéllas, cabe acudir, a la consideración de respuestas provisionales, cuyo principal destinatario es el niño o la niña.

Resulta clave para su justificación desde un punto de vista legal el art. 158 del Código Civil[470]. Esta norma, cuyo origen más remoto, se halla en la reforma de tal Cuerpo Legal llevada a cabo por Ley 11/1981, de 13 de mayo, ha sido retocada por la Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, introduciendo fundamentalmente, un último párrafo muy importante en lo que se refiere al Juez de Instrucción.

La Exposición de Motivos anterior señalaba que:

"... Se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquellos...".

En principio parecía, que este precepto, estaba pensando única y exclusivamente, en el menor como objeto de las medidas, aunque una exégesis más generosa tampoco impediría entender que su sujeto paciente puede ser el agresor, de igual manera que las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo (apartado 1.º) y "las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones

[470] Este artículo establece en lo que aquí nos interesa que: "El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria".En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la reciente Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (BOE de 19 de agosto de 1998), en su art. 134, recoge una norma muy similar a la transcrita, pues determina que "La autoridad judicial, de oficio y en cualquier procedimiento, puede adoptar las medidas que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio a la persona de los hijos". Se concede una legitimación para su solicitud muy similar a la del Código Civil, aunque se concreta algo más, al señalar que "Los hijos, el padre y la madre, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, los demás parientes de los hijos hasta el cuarto grado por consaguinidad y hasta el segundo por afinidad y, en todo caso, el Ministerio Fiscal están legitimados para solicitar la adopción de las medidas especificadas en el apartado 1".Como una concreción de las medidas que puede tomar la autoridad judicial el art. 135.3 del citado Código de Familia señala que aquélla "puede suspender, modificar o denegar el derecho a tener las citadas relaciones personales (con el padre y la madre) incluso en cuanto al padre y la madre, si éstos incumplen sus deberes, y en todos los casos, si las relaciones pueden perjudicar al menor o si concurriera otra justa causa".

dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guardia" (apartado 2.º), han de ser cumplidas por otras personas y, en ocasiones para "apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios", la única medida eficaz sea el incidir contra elementos materiales o personales externos al niño.

Por otro lado, "esta cláusula genérica permite la adopción de importantes medidas cautelares, como la de ingresar al menor en un centro asistencial; ponerlo bajo el cuidado y custodia de determinadas personas; suspensión temporal del régimen de visitas; el control de estas visitas[471] y cuantas fueren necesarias para evitarle traumas que le perjudiquen en su situación actual y en su proyección de futuro[472] ".

Nos hallamos, pues, ante una norma que recoge medidas cautelares innominadas, con una amplitud de criterio, precisamente para poder cumplir los fines de protección del menor, según señala la doctrina unánimemente.

Aunque no corresponde al ámbito de este trabajo hacer un estudio exhaustivo sobre este precepto, no podemos dejar de hacer, ciertas consideraciones, en relación a este precepto, pensando fundamentalmente en su aplicación en el curso de unas Diligencias Previas o Sumario.

Principio elemental o trámite básico que se ha de respetar, antes de aplicar cualquier medida que afecte a su esfera de determinación, es oír al menor.

a) El derecho del menor a ser oído

Con carácter general este derecho a ser oído ha sido consagrado en el art. 9 de la Ley Orgánica antes citada[473], precepto que es conveniente recordar, dado que el Juez penal, en ocasiones, puede pensar que esta Ley sólo tiene un alcance en la jurisdicción civil y ciertamente no siempre se cumple.

Frente a esta errónea visión, la dicción de tal norma es clara en el sentido de que ese derecho le corresponde en "cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social".

---

[471] Ya hemos indicado que esta posibilidad de suspender, modificar o denegar el derecho de visitas se contempla expresamente en el art. 135. 3 del Código de Familia catalán., destacando algunas especialidades en la materia como la Ley Foral Navarra (Ley 267 a 271) y la Compilación Aragonesa (art. 119 a 126) en Baleares (art. 41 a 48) y Cataluña (Compilación de 9 de Abril de 1990 art. 352 y ss)

[472] MOLTABAN HUERTAS ,M I "Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)",en Jueces para la Democracia, Julio-1998, pp 68 y 69 (obra del autor).

[473] Para un análisis relativamente reciente de esta Ley y específicamente del derecho a ser oído se puede examinar GULLÓN BALLESTEROS, A,"Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor", La Ley, número de 8 de febrero de 1996, pp 1-4 (obra del autor).

Además "en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad"; norma que invita a una reflexión de conciencia sobre las condiciones en que a veces los menores son tratados por la Administración de Justicia y a las que hemos hecho referencia anteriormente y que es ,aludida, por el Ministerio Fiscal.

"El menor puede ejercitar ese derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio" (art. 9.2)

Entendemos que el derecho podrá ser incluso plasmado en un escrito o alegaciones, cuando lo considere oportuno, aunque no esté personado en la causa formalmente.

Por otro lado, la Ley -estimamos- le otorga una especie de legitimación amplia para que cualquier decisión en un sentido o en otro que se tome a lo largo del procedimiento lo sea previa consideración de su opinión.

El propio art. 158 del Código Civil analizado, refuerza esta tesis, que se puede derivar de la propia dicción del art. 9 de aquella Ley, pues establece que el Juez puede tomar decisiones a instancia del propio hijo; expresión que se ha de interpretar cómo niño, pues, en algunas ocasiones, las medidas para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios se pueden producir respecto de una persona que no tenga padres y éste siendo cuidado o sometido a tutela por otra persona.

Esta legitimación, creemos, le faculta a él o a la persona que designe, para recurrir las decisiones del instructor que puedan ser contrarias a sus intereses, sin necesidad de contar con la firma de Letrado, pues la Ley de Protección jurídica del menor no condiciona su legitimación a su personación.

Incluso, si así lo solicita, podría nombrársele un abogado de oficio, conforme al art. 119[474]. Es más estimamos que el propio Juzgador debería en ciertos casos nombrarle un abogado, para salvaguardar el derecho de defensa y no causarle indefensión, proscrita por el art. 24 de la Constitución.

En este sentido, podemos pensar el caso, ni mucho menos de laboratorio, en el que el Juez adopta una medida respecto de un menor, supongamos, incluso, tras haberle oído, en la

---

[474] En dicho artículo se establece que "Los perjudicados por el hecho punible o sus herederos que fueren parte en el juicio...tendrán derecho a que se les nombre de oficio Abogado y Procurador para su representación y defensa "y el segundo que "Los perjudicados por el hecho punible o sus herederos, que fueren parte en el juicio, disfrutarán del derecho de asistencia jurídica gratuita...".

que se le remite a un centro de acogida, y el menor, sostiene que estaría mejor en compañía de otro familiar o con otra persona, no estando de acuerdo, con una resolución que claramente afecta a su esfera personal.

Este precepto, opta, decididamente, por un audiencia directa del menor o por la persona que esta represente, no sólo porque indica con carácter imperativo (se garantizará, dice textualmente) que actúe por sí mismo, sino también, porque la denegación de la audiencia directa del menor, si así lo ha solicitado, ha de ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

Creemos, obviamente, en línea con lo mantenido anteriormente que esta decisión podrá ser recurrida.

Se ha de tener en cuenta, para reforzar esta tesis, de que el Juez ha de oír, sin intermediarios, al menor que la Exposición de Motivos de la Ley indica que:

“Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño...El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia (el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos), introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así el concepto, ser escuchado, si tuviere suficiente juicio se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva... El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades...".

Esto se plasma en el art. 2 de la Ley Orgánica ya citada, cuando establece que "Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva".

Aunque es difícil ofrecer una edad, para ejercitar directamente ese derecho, que el precepto liga a la condición de que se tenga suficiente juicio, creemos que los 12 años pueden determinar, en línea de principio, el límite que permita desenvolver tal derecho

directamente, puesto que si contemplamos el ordenamiento jurídico comprobamos que esa edad es decisiva para ciertos aspectos de la vida del niño[475].

Así, por ejemplo el art. 177 del Código Civil, hace necesario su consentimiento, para ser adoptado o el art. 9 de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que fija en tal edad la responsabilidad por los delitos o faltas previstos en el Código Penal o en otras Leyes Penales, con la imposibilidad de poder imponer una medida de las previstas en el art. 17. Se ha de tener en cuenta que, actualmente, el proceso penal de menores se halla regulado en la LO 5/2002 de 12 de Enero, poniéndolo en relación con lo preceptuado en el articulo 18 del Código Penal, deteminando la responsabilidad en menores de dieciocho años y mayores de 14 (art. 1.1). El citado texto normativo los diferencia de lo denominados "jóvenes", es decir, mayores de dieciocho y menores de veintiuno no reincidentes, cuando hayan sido imputados por un delito no violento y sus circunstancias personales, y su grado de madurez, aconsejen al equipo técnico, Ministerio fiscal y al Juez de Instrucción, la aplicación de dicha Ley (art. 1.2,4 en relación con el art. 69 del Código Penal).

Efectuada la anterior matización, para los menores de esta edad, que, aunque significativa, puede ser orientativa, pues niños de 11 años o incluso de 10, pueden tener, un desarrollo cognoscitivo y volitivo muy alto, y, por el contrario mayores de 12 años pueden ser incapaces, y en general, cuando no sea posible la audiencia directa, lo que se ha de interpretar restrictivamente, según hemos visto, o no sea conveniente para el interés del menor "podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente"

Si tenemos en cuenta que, según un estudio publicado por la Revista "*Save the children*" (Salvemos o salvad a los niños)[476], un cincuenta por ciento de los abusos sexuales a menores son cometidos dentro de la familia o por conocidos de la víctima (lo que sin duda aumenta en los delitos de lesiones), un porcentaje inferior al que se registra en las sociedades anglosajonas, y además no es infrecuente que "las madres reaccionen ocultando los hechos,

[475] Por el contrario el art. 134.3 del Código de Familia Catalán, que antes hemos aludido, sí imponeala autoridad judicial que antes de dictar cualquiera de las resoluciones determinadas por la Ley, y concretamente las previstas en ese artículo debe oír al hijo o hija de doce años o más y al de menos si tiene suficiente juicio.

[476] "Save the children", Junio 1998, Ed. Boston University, pp 14-17 (obra citada).

sobre todo si el agresor es un familiar", va a ser muy habitual que sus representantes legales sean parte interesada o tengan intereses contrapuestos a los del menor.

Si descartamos a esos padres, nos encontramos que puede ejercitar ese derecho mediante otras personas que puedan transmitirla con objetividad, por tener alguna relación de confianza con el menor.

La Ley está pensando, sin duda, en profesionales de la medicina, de la Psicología o del Trabajo social o incluso, en un sentido amplio, en educadores, que, en ocasiones son los que, además, por distintas razones o circunstancias, van a ser los detectores de los delitos sufridos por el menor, pues éste relata sus vivencias o problemas a personas que le han podido ofrecer confianza y, tal vez, un poco de amor.

Esta afirmación del párrafo anterior nos pone en relación, la decisión del Juez de Instrucción, en relación al menor, con el necesario asesoramiento que, en la medida de lo posible previamente, debe recibir el Juzgador.

Creemos que suele ser habitual que acaece un delito con un menor no suele ser oído, y además, el Juez no dispone de la información precisa para dictar una resolución, dentro de las competencias del art. 158 del Código Civil, que satisfaga el interés del menor[477], que reiteramos no siempre consiste en meter al menor en un centro de acogida para menores.

De hecho el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, en sentido lato, es uno de los principios rectores de la actuación, de los poderes públicos (también lo es el Poder Judicial), según el art. 11 de la meritada Ley Orgánica.

La integración familiar y social de los menores, garantizando la permanencia en su entorno familiar y social, salvo que no resulte conveniente para sus intereses está previsto en todas las normativas de menores[478]. Más detalladamente, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor antes citada, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece esta misma exigencia[479].

b) El asesoramiento del Juzgador

[477] La Ley Orgánica 1/1996 señala en este sentido que "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...".

[478] Así lo prevé el art. 4.2 e) de la Ley de las Islas Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores.

[479] Concretamente establece que se ha de procurar la permanencia del menor en su propio entorno familiar; y que cuando las circunstancias del menor aconsejen su salida del grupo familiar propio, se actuará de forma prioritaria a través de medidas de alternativa familiar, y sólo cuando no es posible la permanencia del menor en su familia o en otra alternativa, es procedente su acogida en un centro de protección, con carácter

Es preciso resaltar, que en un proceso penal ,se pueden tomar, en relación al menor importantes medidas cautelares, como las que hemos visto, que afectan, sensiblemente, a aspectos esenciales de su vida.

Por la gran trascendencia para el beneficio del menor que tienen estas medidas, sugerimos que, antes de ser adoptada cualquier medida por el Juzgador de Instrucción, éste tenga un informe, que ofrezca información, sobre la situación del menor en su aspecto familiar, social, educativo.

Siempre se podrá argumentar la carencia de medios personales al servicio de los Juzgados, pero frente a esta razón también se podrá esgrimir que el pueblo más recóndito de la geografía española contará con un trabajador social que estará dispuesto a colaborar (sin obviar su obligación constitucional, ex. art. 118 C.), y que los servicios de protección del menor de las respectivas Comunidades Autónomas pueden ofrecer mucha luz al Juzgador sobre qué es lo mejor para el menor.

Además los Juzgados de Familia y de Menores, los servicios de asistencia al detenido o a la víctima, que ya existen en varias partes del territorio nacional ,cuentan con profesionales imparciales, al servicio de la Administración de Justicia, que podrán colaborar en el fin último perseguido.

En definitiva, se quiere recalcar la idea de que las importantes decisiones que se toman a veces en el curso de un procedimiento penal deben estar precedidas de una consideración sensible del caso en cuestión, que en la mayoría de los casos, podrá ser informado por un experto con carácter previo, y si ello no es así, por la urgencia del caso, que, después de ese informe, se modifique la situación del menor, si fuera menester y se estima conveniente, salvo que ya haya tomado cartas en el asunto el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de Familia, allí donde procediera, que es la propuesta que, en la medida de lo posible recomendamos[480].

c) Sobre la coordinación con los Juzgados de Primera Instancia o Familia

provisional y por el periodo más breve posible. Estas normas nos dan a entender cuáles pueden ser los criterios que deben guiar la labor judicial, a la hora de resolver dónde ha de estar el menor.

[480] Puede ocurrir, en los lugares donde no esté separada la jurisdicción civil y penal que un mismo Juzgado sea el encargado de la instrucción del hecho punible y que tenga que adoptar decisiones en el campo civil, en un proceso de separación o divorcio o en otro de protección en sentido amplio.Nos centraremos, especialmente, en aquellos Partidos Judiciales, donde está separada la Jurisdicción e incluso ,eventualmente, tienen un Juzgado de Familia.

Sin llegar a solicitar, la creación un Juzgado de Familia de Guardia, como acaba de solicitar la Sección Territorial de Cataluña de la Asociación Jueces para la Democracia[481], medida que sería no cabe duda la mejor para los supuestos que analizamos, en los que se afecta a la esfera del menor, que sólo sería posible, en los Partidos Judiciales dónde existan Juzgados de Familia, y más concretamente si existen varios, nos pronunciamos a favor de una aplicación de medidas protectoras sobre el menor por el Juez de Instructor, con un claro carácter restrictivo.

Otra solución sería que, al igual que recientemente se ha propugnado por el ex-Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, DE VEGA RUIZ, J.A, la creación de Juzgados (o Jueces) especiales, para tratar los malos tratos[482], se atribuyera la competencia de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra menores a algunos órganos judiciales, lo que posibilitaría una mayor sensibilización y mejor tratamiento de estos casos, máxime si a estos órganos se adscriben trabajadores sociales, educadores o psicólogos que atiendan al niño e informen al Juzgador sobre lo más conveniente y beneficioso para él[483].

Ahora bien, ni el órgano de instrucción ni el proceso penal están pensados originariamente para abordar los problemas o carencias del niño, lo que resulta obvio. Y si bien la Ley otorga al Juez de Instrucción competencias sobre el infante víctima de un delito, no nos cabe duda que la especialización de los Juzgados de Primera Instancia, y particularmente los Juzgados de Familia en los asuntos en los que está implicado el menor, permite que tengamos más garantías de éxito en su tratamiento que si el órgano encargado es un Juzgado del orden jurisdiccional penal.

Además de la especialización en cuestiones relativas a los niños por parte de los distintos operadores jurídicos que trabajan en los Juzgados de Familia (Juez, Secretario, funcionarios,

---

[481] Boletín Informativo Jueces para la Democracia, n.º 21 de mayo de 1998, pp 14 (obra citada).

[482] Conocimiento que hemos extraído de Diario 16, viernes 25 de setiembre de 1998. Concretamente expuso que se debe tender "hacia la creación de jueces especiales para tratar los casos de malos tratos, al igual que ya existen para la infancia".Esta postura había sido ya planteada previamente por el propio Consejo General del Poder Judicial en un informe, aprobado en su sesión de 19 de junio de este año, sobre las reformas legales oportunas para evitar la producción de malos tratos en el ámbito familiar. Aquí se destaca la necesidad de que determinados Juzgados se especialicen en el conocimiento de estos asuntos "a través de su distribución y concentración en los mismos por la vía de reparto, al menos en aquellas ciudades en las que resulte constatable un mayor número de asuntos de esta clase".

[483] Aunque como hemos indicado, el Magistrado señalado, sostiene que ya existen jueces especiales para la infancia, lo cierto es que esto no es así, salvo que se refiere a la protección de menores, ya que hoy en día el caso del menor objeto del delito puede ser enjuiciado por un Juez de lo Penal, por la Audiencia Provincial e incluso el Juzgado de Menores, según la gravedad del delito (art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y que el infractor tenga menos o más de 16 años.

Fiscal), normalmente éstos cuentan con unos Equipos Técnicos, con distintos profesionales, que pueden aconsejar al Juez sobre cuál es el interés superior del menor[484].

La forma de articular esa relación podría ser la siguiente: el Juez de Instrucción, desde el momento que comenzará la tramitación del expediente penal, podría los hechos en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia o Familia, que, al amparo del art. 158, que permite de oficio adoptar medidas previstas en el art. 158 del Código Civil, podría acordar las que estimara procedente, previas, las audiencias y asesoramientos correspondientes a que hemos hecho referencia anteriormente, a través del cauce procedimental, de la Jurisdicción voluntaria, según prevé tal norma.

Para coordinar esta relación, sería conveniente que Jueces de Instrucción y Familia o Primera Instancia se juntaran y establecieron los medios o vías más convenientes para facilitar la integración de los problemas que surjan.

Aun en el supuesto de que, por razón de urgencia, el Juez de Instrucción resolviera sobre la situación del menor en el proceso penal, no habría obstáculo para que remitiera los particulares correspondientes aquellos órganos del orden civil, pudiendo, éste, modificar aquella situación, a la vista de la consideración de otras circunstancias, reflejadas en los informes oportunos.

Los argumentos que abonarían esta tesis serían los siguientes: En primer término, la propia literalidad del último párrafo del art. 158, al decir que "todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso". En segundo lugar, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 en el que se determina "que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir", y dicho interés puede ser cambiante, por lo que, precisamente, como tercera razón, se puede añadir que el propio legislador es consciente de que lo se puede considerar hoy válido, mañana puede no serlo y de ahí la consagración de un principio de agilidad e inmediatez en los procesos "para evitar perjuicios que se puedan derivar de la rigidez de los procesos", como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica mentada.

[484] Éste es el principio básico en materia de menores como explicita el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996: "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Sin embargo, el argumento definitivo, vendría establecido por la propia competencia de los Juzgados civiles sobre la protección de menores, desde la Ley 21/ 1987, de 11 de noviembre.

Se podría involucrar además al Ministerio Fiscal en esta colaboración institucional, dado que el art. 158 del texto de referencia y el art. 2 LORPM, le legitima, para la solicitud de esta medidas innominadas y le otorga un relevante papel en la protección de los menores, hasta el punto que podría ser el catalizador de la petición al Juzgado de Primera Instancia, teniendo en cuenta que es parte en los dos procesos, penal y civil, de modo que el sea el que inste del Juzgado las medidas correspondientes.

Destacar en este extremo, la reforma operada por Ley 14/2003 de 26 de Mayo de modificación de la ley 50/1981 de 30 de Diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal , que en su artículo 3, apartados 5, 7 y 10 alude, taxativamente, a la adoción de medidas cautelares que procedan para el esclarecimientio de los hechos, intervenir en los procesos civiles que determine la Ley, cuando está comprometido, el interés social, o cuando puedan afectar a menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de presentación así como velar por la protección procesal dela víctima, promoviendo, los mecanismos previstos, para que reciban ayuda ,y asistencia efectivas.

Existe, en fin, en esta conveniencia-necesidad de coordinación, otra posibilidad en dirección contraria a la descrita, y sería, que el Juez Civil, bien directamente o por los datos que le hubieran podido proporcionar los peritos judiciales o no, en el transcurso de un pleito matrimonial o de otra índole, fuera capaz de detectar los malos tratos al niño o niña, y, aparte de adoptar las medidas oportunas en orden a la protección del menor, dedujera testimonio de particulares de manera inmediata de cuanto debiera ser del conocimiento del Juez de Instrucción, por existencia de indicios fundados de delito.

N.1.l- Enfoque del art. 158 de Código Civil.

No es ocioso recordar en este punto, que el citado precepto, ofrece una nueva vía de aplicación de una medida de esta naturaleza en los casos en que sea menor de edad o indirectamente sufra una situación de violencia familiar al conceder al juez la facultad para que dentro de un proceso civil penal o de jurisdicción voluntaria de oficio o a instancia de parte adopte cualquier medida que considere oportuna para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Nadie niega ,que si en un domicilio en que el padre maltrata a la madre

en presencia de los hijos menores, o a aquella, una eficaz medida para evitar la situación de peligro o de evitarle perjuicios puede venir, por la salida del domicilio del maltratador.

N.1.m- Requisitos de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares, están dirigidas, a garantizar, el cumplimiento efectivo de la sentencia. Son resoluciones judicales que debden se adpotadas por el órganno jurisdiccional contra el presunto responsable de la acciónn delictiva, como consecuencia, de un lado, del resurgimiento de su cualidad de imputado, y , de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial e el curso de un procedimiento penal por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de los bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia.

Deben cumplirse los requisitos del *fumus bonis iuris* o apariencia y justificación de un derecho subjetivo y el *periculum in mora* o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, que viene determinado, en el proceso penal, por el peligro de fuga o de ocultación personal o patrimonial del imputado.

Con carácter general constituyen elementos de las medidas cautelares, la jurisdiccionalidad, la instrumentalidad, la provisionalidad y la homogeneidad.

Además de las características, a las que antes hemos hecho referencia,conviene recalcar:

-Que conste en la causa la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito.

-Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona, contra quien se haya de dictar el auto de privación de derechos.

Dicha resolución judicial, habrá de cumplir naturalmente con el deber de motivación siendo decisivo justificar el riesgo que para la víctima de no acordarse esta medida. Su duración, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, debe de estar, en función de la gravedad del delito, de la peligrosidad del sujeto y de su evolución posterior, en ningún caso podrá ser superior al de la pena que pudiera imponerse ni prolongarse más allá del tiempo indispensable para cumplir los fines para los que fue impuesta.[485]

Por eso será necesario que en los procesos en los que se acuerde esta medida cautelar, se adopten las medidas necesarias para su pronta conclusión

[485] En este sentido conviene destacar, lo prevenido en el artículo 17 de nuestra Norma fundamental, y las SSTC 98/1986 de 10 de Junio,SSTC 16 de Diciembre y 1 de Noviembre de 1986,66/1989 de 17 de Abril y SSTS de 30 de Junio de 1987, entre otras.

Dada ,la menor entidad de la medida que se solicita, en relación con la pérdida de libertad que supone la prisión, podría obviarse, la necesaria petición de parte, como requisito indispensable para que el Juez instructor pudiera acordarla. no obstante al tratarse de la privación del derecho a la libertad de residencia reconocido en el art. 19 de la Constitución podría ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 504 bis 2 de la LECrim, con las salvedades ,derivadas ,de que se parte, de una situación de no privación de libertad del sujeto, con incidencia, en los plazos establecidos, que no tienen que, necesariamente, ser respetados..

N.1.n- Efectividad de las medidas.

Para la efectividad de la medida, tanto si es definitiva como cautelar, habrían de cursarse ordenes a la Policía o Guardia Civil del lugar, tanto de residencia del sujeto al que se le impongan como a la del lugar al que no pueda acudir, con obligación, por su parte, de declarar el domicilio que elija y de los cambios que se produzcan, en sintonía, con lo dispuesto para, las medidas de seguridad semejantes en el art. 105.c) del CP.

Si que conviene hacer la salvedad, de que la reforma introducidsa por la LO 14/1999, de 9 de Junio,orienta, a los Tribunales, sobre las consecuencias que un posible incumplimiento de la prohibición acordada, puede producir, en la situación personal ,del agresor.

El art. 544 bis[486] y el art. 468 del CP aluden a la posibilidad., de acordar, por el ógano jurisdiccional, medidas restrictivas de prisión provisional , de la que hemos hablado en el presente apartado. Pero ante la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo , del Tribunal Constitucional, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobnre la prisión provisional, habrá que buscar, en los casos de incumplimiento, a la adopción de medidas menos gravosas ; todo ello, requeriría, un estudio pormenorizado de la situación real ,a la que viene siendo sometida la víctima llevando en una sóla causa, y un solo Juzgado, las denuncias formuladas por la víctima, así como, el conocimiento de los posibles incumplimientos, del agresor.

Analizando el incumplimiento de dichos presupuestos, hay que tener en cuenta, que existen situaciones, permitidas por la legislación,en las que es difícil, por no decir imposible, el cumplimiento de la medida cautelar acordada, y así por ejemplo cuando en virtud del art. 544 bis de la LECrim. se acuerda, una prohibición de acercamiento y paralelamente, se

[486] Con la nueva Ley 27/2003 de 31 de Julio, reguladora de la Orden de protección de las vícitmas de violencia diméstica, se añade un nuevo artículo 544 ter, para la protección de las víctimas de violencia doméstica, pudiendo acordarse, medidas cautelares de cartácter penal que pueden consistir en cualquiera de las previstas en la legislación procesal criminal ,así como,medidas de caracter civil,cuando existan menores o incapaces, sin perjuicio, de las medidas previstas, en el artículo 158 del Código Civil.

establece por el Juzgado de familia, un régimen de visitas en virtud del cual, el progenitor, no custodio, deberá acudir al domicilio de la víctima, a recoger y entregar a los menores.

A tales fines se deberán crear, Centros adecuados, dotados de los necesarios medios materiales y personales, en los que sea òsible llevar a cabo os contactos entre los menores y el padre sin que la víctima deba enfrentarse a su agresor, evitando.así quese produzcan nuevos episodios de vilencia que nonsólo afectan a la víctima sino que producen importantes consecuencias en la estabilidad emocional de los menores que se ven obligados a prsenciarlo,tal y como antes hemos analizado.

Desde un punto de vista jurídico, el art. 544 bis de la LECrim., en su nueva redaccióm por Ley 27/2003 de 31 de Julio, desborda, la naturaleza genuina, de las medidas cautelares personales propias del proceso penal, ya que su objetivo no se dirige a evitar la ocultación del delito o la sustración del imputado ala acción de la justicia,sino más bien a proteger a la víctima de futuras y posibles agresiones; por tanto el legislador está autorizando estas medidas, con una imputación indiciaria, realizada por la autoridad judicial, frente a quien está amparado por la presunción de inocencia.

Cumpliéndose, en estos casos el *fumus boni iuris* sostenido por la apreciación judicial,no se acredita, en cambio, el *periculum in mora,* aunque si el que se podría denominar *periculum in damnum*.

Estas circunstancias acerca de las medidas al ámbito de tutela provisional civil, incidiendo en un presupuesto, del que siempre, han procurado escapar. las medidas cautelares *stricto sensu*, suponen, de algún modo, adelantar los efectos dela sentencia.

En este caso, no puede decirse, en nuestra opinión, que no encontremos ante una medida cautelar,sino más bien, ante un instrumento excepcional, y por tanto, limitado en su aplicación,que puede y debe servir com precedente para renunciar a los requisitos propios delas medidas cautelares ya que , en el fondo, no se trata sino de garantías, y conquistas que forman parte esencial, del llamado proceso justo o debido.

Asimismo, no debe ocultarse, que dichas medidas de protección de las v´ctimas precisan de medios materiales y perdonales de no poca envergadura ala efecto de garantizar el efectivo control y vigilancia de su cumplimiento, ya que , de otro modo,se habría

defraudado,una vez más y por falta de previdsión las expectativas depositadas en la aplicación del derecho como instrumento de garantía y convivencia social.[487]

El CGPJ, a proposito, del control del cumplimiento de las medidas contra la violencia, reconoce que la puesta en práctica, de mecanismo e instrumentos no resultan positivos, sino son acompañados de las oportunas previsiones de recursos hunmanos, para extraer de aquellos todas sus potencialidades.

Por ello, parece éste el momento adecuado para estudiar la cración de uhna figura encargada de verificar el cumplmiento efectivo de las medidas adoptadas (figura que pude encontrar adecuada cobertura legal en el art. 105 del CP), mediante la realización de u segumiento efectivo de aquel, al objeto de detectar, las irregularidades que en el mismo pudieran producirse y ponerse, de inmediato, en conocimienot de las autoridades judiciales y policiales, así como, en conocimiento del Ministerio Fiscal.[488]

Finalmente, recordar, la necesidad de que las víctimas tengan conocimiento de las resoluciones judiciales,en especial de aquellas que puedna afectar a sus seguridads aunque no se hayan personado en el procedimiento. Dicha posibilidad, fue tenida en cuenta por primera vez en la Ley 35/95 de 11 de Diciembre de Ayudas y Asistencia a las vícitmas de delito violentos y contra la libertad sexual, cuyo art. 15.4 así lo preceptúa.[489]

La LO 4/1999 de 9 de Junio dió un paso adelante al introducir en el art. 109 una nueva modificación: en cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 del CP,el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.[490]. En base a lo anterior, se deberá instar especialmente la notificación , a las víctimas ,de las resoluciones, por las que se acuerde el establecmiento de una prohibición de alejamiento, las que supongan el cese de tal medida,los autos de prisión provisional, los de libertad, y en general, todos aquellos que puedan afectar a su seguridad.

---

[487] Actualmente conviene reseñar la importante Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la orden de protección a las v´citimas de vilencioandomástica que instaura nuevios mecanismos artuculados dentro del proceso para garantizar esos derechos de los que tantas veces ,se han reclamado, por parte de los perjudicados por este tipo de delitos.

[488] Convendrá traer a colación la reforma de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre por la ley 14/2003 de 26 de mayo por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministrio Fiscal , en el que en su artículo 3 se hace una referncia a las medidas cautelares (apartado cinco), tendentes al esclarecimiento de los hechos.

[489] ARMERO VILLALBA,S."Aproximación a la problemática.Protección a la víctinma", Ed. Rev Poder Judicial, Madrid, Mayo 1999.

[490] Convendrá en este punto, recalcar, la importante reforma operada por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, por la que se modifica el art 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se añade un nuevo artículo 544 ter en el citado Texto Legal.

Supone un claro avance, con relación a la regulación anteriror, en la que ,como sabemos, si la víctima no estaba personada no recibía notificación alguna,más que su eventual citación como testigo.

Al hilo de lo anteriormente expuesto,debe tenerse en cuenta, que la víctima no comunica al Juzgado sus cambios de domicilio,ante el temor d eque el agresor conozca su paradero.

El art. 2 a) de la Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos, faculta la Juez instructor, una vez apreciado racionalmente,un peligro evidente para la personalidad o bienes del testigo, dictar resolución, acordando, que no conste en diligencias, el domicilio de la víctima.

No obstante, y, en torno a este tema, se suscitan numerosas críticas, al no solucionar en modo alguno el problema enfocado.Se deberá intentar, con sucesivas reformas legales, establecer unas consecuenbdias proporcionadas, a la magnitud del hecho concretamente acaecido y una respuesta penal adecuada, a la gravedad de la conducta infractora.

II LA PREPARACION DEL JUICIO ORAL O FASE INTERMEDIA EN EL PROCESO PENAL Y SU INCIDENCIA VICTIMAL

A- Situación procesal de la víctima en el Proceso Ordinario por delitos. Principales diferencias con el Procedimiento Abreviado.

Debido a que la fase instructora, tiene como función esencial la preparación de Juicio oral, convendrá diferenciar, en líneas generales, cuales son las principales diferencias que ,en torno al Proceso abreviado..

El procedimiento común ordinario, instaurado por la LECrim. de 1882, es procedente para el enjuiciamiento de los delitos muy graves. El ámbito de aplicación del presente procedimiento, viene establecida de una manera negativa en el art. 757, conforme a su actual redación, operada por la ley 38/2003 de 24 de Octubre y LO 8/2002 de 24 de Octubre compementaria del aludido Texto Legal (anteriormente, era la Disposición Final Primera del nuevo Código penal, promulgado mediante LO 10/1995, la que especifica de forma expresa, que delitos ,se encuadraban, dentro de su ámbito).

Las normas por las que se rige son las contenidas en los Libros II y III de la LECrim ,las cuales debido a su naturaleza de procedimiento común son también de aplicación supletoria para los demás procedimientos, tanto ordinarios como especiales.

Las fases en las que se divide este procedimiento declarativo son las propias de cualquier procedimiento penal: a) Iniciación, b) Fase instructora o sumario, c) Fase intermedia y d)Juicio Oral.

La iniciación de este procedimiento, puede ser originaria o por conversión de otro procedimiento ordinario en el procedimiento común, debiendo tenerse en consideración lo prevenido en el art. 758 (anteriormente art. 780.1), que no sufre, variación alguna a tenor de la refrma operada por Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la LECrim. sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado y por LO8/2002 de 24 de Octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la LECRim. antes nombrada, en este extremo lo rrelacionaremos con el art. 32.4 de la LOTJ

Con respecto, a la intervención procesal, a diferencia de lo que acontece en el procedimiento abreviado, que luego expondremos, se hace obligado diferenciar entre las partes acusadoras de la imputada o acusada.

En el primer supuesto el Ministerio Fiscal debe constituirse desde el inicio del procedimiento. A tal efecto el Juez de instrucción está obligado a notificarle su existencia dentro de los dos días siguientes a su incoación.(art. 308).

Los particulares, sean querellantes públicos o privados, pueden mostrase parte en un procedimiento penal incoado, si lo hicieren con anterioridad al trámite de calificación provisional (art. 110).

Sin embargo en lo que atañe al perjudicado por el hecho delictivo, el Juez viene obligado a efectuarle el “ofrecimiento d acciones” al que se refiere el art. 109 de la LECrim. En su primera declaración el juez le informará de si derecho a constituirse en parte acusadora en el procedimiento. Por tanto, su intervención, se desglosa en las dos posibilidades especificadas: constituirse en parte acusadora desde el inicio del procedimiento mediante la interposición d una querella, bien formular, en su caso, una denuncia y, posteriormente, comparecer como parte acusadora en la diligencia de ofrecimiento de acciones o incluso ,con posterioridad a ella, siempre y cuando dicha entrada la realice con anterioridad al trámite de calificación provisional.

La intervención del actor civil, queda condicionada, a que no haya renunciado o reservado su acción civil (art. 112): Su régimen de intervención es similar al del acusador particular (art.110).

El imputado, adquiere la condición ,de parte material, desde el instante en que las partes acusadoras o el órgano jurisdiccional le atribuyan la comisión del hecho punible, bien por el hecho de figurar como sujeto pasivo de la instrucción, bien por el hecho de soportar una medida cautelar o por ser destinatario de un auto de procesamiento (art. 118.1). En tal supuesto se le reconocerá, con toda su amplitud, todo el derecho de defensa.

En el Sumario, denominado como el conjunto de actos de investigación, de defensa y de medidas cautelares, que pueden adoptarse desde el auto de incoación ,al de conclusión de la instrucción, tiene por objeto de un lado, preparar el Juicio oral mediante la introducción en el procedimiento del material del hecho, del que se servirían las parte para la fundamentación de sus respectivas pretensiones y de otro el aseguramiento de los futuros efectos de la sentencia.(SSTS 19 de Octubre de 1995).

Asimismo, le corresponde la función de determinar la legitimación pasiva (art. 299) Esta función la asume el sumario a través del auto de procesamiento. Finalmente, también es función del sumario la de preparar el juicio y averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismo.

Estrictamente y aunque no es nuestra intención explicar toda la tramitación procesal convendrá recalcar que comienza con el auto de incoación y transcurre bajo la inmediación del juez de instrucción competente. A diferencia de la fase del juicio oral está informado por el principio de escritura (art. 321 de la LECrim.) Por consiguiente todos los actos de la instrucción deben documentarse sin que se autorice su ocultamiento o destrucción con l sola excepción de las diligencias manifiestamente inútiles y practicadas de oficio a las que se refiere el art. 315.2 del citado Texto legal.

Todo ese conjunto de documentos, se integran, en cuatro pliegos, que reciben el nombre de “piezas”.la primera se inicia con el propio auto de incoación y en ella se contiene todos los actos de investigación y defensa tendentes a determinar la tipicidad del hecho y la presenta participación de su autor. Finaliza, con el auto de conclusión del sumario y únicamente, puede reabrirse, mediante la revocación del auto de conclusión, para la práctica de nuevas diligencias ,o con ocasión, de la revocación del auto de sobreseimiento provisional.

La pieza de situación personal, por el contrario tan solo se inicia si se determina un imputado con respecto al cual se hace necesario adoptar alguna medida cautelar penal de

naturaleza personal (art. 544). A diferencia de la anterior, esta pieza, debido al carácter instrumental d las medidas cautelares y al igual que las otras dos no finaliza con el auto de conclusión sino que mantiene abierta hasta que recaiga resolución definitiva y firme en el procedimiento.

La pieza de responsabilidad civil contiene las medidas aseguratorias de la pretensión civil y de las costas procesales o a las que se refieren los art. 589 y ss. El art. 590 obliga a que tales actuaciones consten en pieza separada.

Por otro lado, la pieza de responsabilidad personal subsidiaria, más conocida como pieza de terceros, tan sólo se invoca cuando por imperativo contractual o legal, alguna persona distinta a la del responsable civil pueda estar obligada al pago de las responsabilidades civiles dimanantes de la comisión del delito.

En el procedimiento abreviado, como expondremos ,con detenimiento, es competencia del juzgado instructor; en puridad de principios también forma parte de la fase intermedia la que hemos denominado de conclusión de las diligencias previas, por cuanto se debe adoptar algunas de las decisiones previstas en el art. 789.5 de la LECrim (actual 779 tras la reforma operada por Ley 38/2002 de 24 de Octubre y LO8/2002 de 24 de Octubre)[491], y puesto que la finalidad, de la fase de preparación del Juicio oral ,es, de una parte, a diferencia de lo que sucede en el proceso ordinario, de dar oportunidad a las partes acusadoras, para que presenten escrito, solicitando, bien, el sobreseimiento, bien la apertura del Juicio oral, formulando, en este caso, escrito de acusación, que ha de ir referido, a quien antes de la claúsula de diligencias previas hubiere adquirido la condición de imputado y sólo la falta d elementos esenciales para la tipificación de los hechos, las partes, podrán solicitar diligencias complementarias que sean indispensables para formular acusación

A.1-Intervencion de las acusaciones.

Esta fase procesal comienza con el traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes acusadoras (reforzándose así la posición del perjudicado por el hecho delictivo)[492]no así al

[491] El nuevo artículo 779 de la LECrim. establece en su apartado 1: " Si estimare que el hecho no es cnstitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración,acordará el sobreseimiento que corresponda, notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio,aunque no se hayan mostradomparte en la causa.Si aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito,no hubiere autor conocido.acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo."

[492] A diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario. esta falta de previsión legal ha sido refrendada por el TC que entiende que dada la distinta finalidad de la fase intermedia en ambos procesos en el abreviado se hace necesario pues :…la fase de preparación del juicio oral en este procedimiento contiende a diferencia de o que sucede en la fase i ntermedia del proceso común a dar o portunidad a la partes que completen el material instructorio que permita la adecuada preparación y

imputado, de las actuaciones originales o, mediante fotocopia, para que en plazo común de cinco días soliciten la apertura de juicio oral o el sobreseimiento de la causa o excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias traslado que ha de efectuarse mediante el denominado, auto de transformación en procedimiento abreviado (art. 789.5.4 y 790 de la LECrim, actualmente, tras la reforma procesal operada por Ley 38/2002 de 24 de Octubre y por LO 8/2002 de 24 de Octubre 779.1 y 780.1 del citado Texto Legal ,en donde se mantiene la misma redacción con la salvedad, de que el plazo común concedido al Ministerio fiscal y a las acusaciones personadas para que soliciten la apertura del Juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, es de diez días. Esta ampliación, parece razonable, ya que, no supondrá, una demora relevante de las actuaciones, y permitirá, un mayor sosiego para evacuar u trámite esencial).

A.1.a-Posición de la víctima ante la solicitud de diligencias complementarias.

De forma excepcional las partes acusadoras (incluidos en este punto a los perjudicados por el hecho delictivo) contestando, al traslado que se le ha conferido, y, con carácter previo a formular escrito de acusación, con fundamento, en la imposibilidad de formular dicho escrito por falta de elementos esenciales, que originaría el efecto contrario al pretendido por la victima del delito que pretende condena, amén de reparación global por los perjuicios sufrido, pueden solicitar, la práctica de aquellas diligencias indispensables para la tipificación de los hechos y formular acusación.[493].De esta forma ,cuando la solicitud sea formulada por el Ministerio Fiscal deberá acceder el Juez ante lo solicitado, en cambio cuando la petición, la formule, cualquiera de las restantes acusaciones, el Juez no se encuentra vinculado por la petición ,debiendo acordar, lo que estime procedente.

Una vez practicadas las diligencias admitidas se dictará resolución dando nuevamente traslado a las partes acusadoras (lógicamente al perjudicado por el delito) para los mismos

---

declaración de la prtensión punitiva-lo que si que justidficaría la aplicación de la doctrina dictada por este tribunal en la SSTC 66/1989 en relación al art. 627 de la LECrim,- dado que el inicio de la fase de insruccion del juicio presupone necesariamente la conclusion de la instrucción jurisdiccional sin posibilidad de revisión posterior…"(SSTC 186/1990*)* y que en todo caso el imputado tiene la vía que le brinda el recurso contra el auto de conclusión de diligencias previas para solicitar el sobreseimiento como la práctica de cuantas diligencias considere necesarias para poder completar la instrucción (SSTC 186/1990 y 22 y 23 /1991)

[493] Entiende GOMEZ COLOMER, que esta distinción que la Ley establece, puede significar un roce con el principio de igualdad, inútil, por otra parte ,pues los acusadores, nunca están interesados en dilatar el proceso, a lo que hay que señalar ,que la práctica forense, muestra en ocasiones situaciones e

fines previstos en el antiguo art. 790.1 del aludido Texto Legal, actualmente, tras la reforma antes indicada ,art. 780.1 de la LECRim.

A.1.b- Presentación del escrito de acusación. (Art. 781.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal): Afectación a la víctima del delito.

Se especifica testualmente: "El escrito de acusación comprenderá además de la solicitud de apertura del Juicio oral ante el órgano que se estime conveniente y de identificación de la persona o personas contra las que el perjudicado por el hecho delictivo, dirige la acusación, los extremos a los que se refiere el art. 650.

La acusación se extenderá a las faltas imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando la comisión de la falta o sus prueba estuviera relacionada con le delito.También se expresarán la cuantía de las indemnizaciones o se fijarán las bases para su determinación, y las personas, civilmente responsables, así como, los demás pronunciamientos, sobre entrega y destino de las cosas y efectos e imposición de las costas procesales.En el mismo escrito se rpopondrán las pruebas cuya práctica se interese en el Juicio oral,expresando la reclamación de documentos o las citaciones de peritos y testigos debe de realizarse por medio de la oficina judicial.

En el escrito de acusación, se podrá soliocitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio oral, así como, la adopcioón, modificación o suspensión de las medias a que se refieren los artículos 763.764 y 765 o cualesquiera otras, que resulten procedentes o se hubieran adptado, también, la cancelación de las tomadas, frente a personas contra las que no se dirija la acusación", es decir, los extremos del escrito de conclusiones, del procedimiento común que contendrán de forma precisa y numerada los hechos punibles que se deriven de la causa, su calificación legal determinándose los delitos que constituyan, la participación que hubiere tenido el acusado y la circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en el caso de ejercitarse la acción civil, se indicará la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados a la víctima o la cosa que haya de ser restituída, así como, las personas responsables de esta indemnización con las diferentes solicitudes en relación a los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de las cosas y efectos y ,en su caso, la imposición de las costas procesales.

A.1.c- Solicitud de sobreseimiento: diferentes hipótesis procesales. Actuación de la víctima ante dichas peticiones en el proceso.

---

que si que las acusaciones están interesadas en dilatar el procedo penal, sobre todo en aquellos supuestos

El sobreseimiento, como su nombre indica ,es una resolución jurisdiccional por la que se suspende el proceso penal, bien de una manera provisional o definitiva.

Se regula dentro del proceso ordinario para delitos graves (art. 634 y ss de la LECrim) si bien dada la naturaleza del proceso común es de aplicación supletoria para los demás procedimientos (Abreviado y en el del Jurado).

Dentro de este sobreseimiento ,que puede ser de forma definitiva (sobreseimiento libre), provisional, o total (art. 641 y 634 de la LECrim.) la posición victimal es diferente.

Al hablar del sobreseimiento provisional, es decir cuando el órgano jurisdiccional carece de base fáctica suficiente para acreditar la perpetración del delito o la participación en el de su presunto autor (art.641) y ,ocasiona, la mera suspensión del procedimiento, por lo que la instrucción puede reabrirse si nuevos actos de investigación practicados acreditan dichos extremos, con la sola excepción, de las causas de exención de responsabilidad penal, que como en el caso, de la mayoría de edad ,pueden dar lugar si revelan la evidencia necesaria a un sobreseimiento libre del art. 637.3 ,debido a la circunstancia de que esta solución al otorgar al sobreseimiento efectos de cosa juzgada (SSTC 1216/2000), puede infringir, en nuestra opinión, el derecho a la tutela procesal del ofendido, por el hecho delictivo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde siempre, secundó la tesis, de que la constatación en la instrucción, de la ausencia de algún presupuesto procesal, ha de conllevar, la solución del sobreseimiento provisional.

Difícilmente, se le puede pedir al perjudicado por el hecho delictivo, entender estos mecanismo procesales, y esta “espera forzosa”, a la que ,en muchas ocasiones, se ve sometido, cuando denuncia los hechos, ante el órgano jurisdiccional o ante los Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado, incrementando, una indefensión de complicada solución ante la falta de poder efectuar una mínima actividad probatoria.[494]

Los efectos del Sobreseimiento provisional, se pueden sintetizar, en comunes y especiales, siendo la posición del perjudicado por el hecho delictivo diferentes: en el primer supuesto, se decreta por el órgano jurisdiccional el archivo de la causa (art, 634)

---

en los que se instrumentaliza y se pretende utilizar para finalidades que no le son propias.

[494] GIMENO SENDRA, V."El sobreseimiento, Lecciones de Derecho procesal penal *"1º Ed.* Ed. Colex 2001 pp 319 y ss. Sociológicamente más del 50/% de los sobreseimientos transcurren por la vía del art. 641.2ª debido a que la policía no descubre a su presunto autor, lo que motiva, un gran número de inútiles diligencias. por tal razón y ,sin perjuicio de la conveniencia de incrementar ,la productividad policial, es necesario aumentar su coordinación con el Ministerio Fiscal, a fin de que, en los supuestos de imposible descubrimiento éste, solicite el archivo de las actuaciones desde el inicio de la instrucción así

devolviéndose las piezas de convicción a su dueño conocido(art 634) y se dispondrá la cancelación de las fianzas y embargos.

Cuando el sobreseimiento fuere parcial, se procederá a la apertura del juicio oral contra aquellos imputados que no se vieron afectados por el sobreseimiento cancelándose con respecto a los demás las fianzas y embargos (art. 634.2ª) lo que perjudica en muchas ocasiones a la víctima del delito dado, en este supuesto, la imposibilidad de persecución contra lo que el considera victimario del hecho delictivo.

En el segundo supuesto, dicha resolución judicial sólo produce la suspensión del procedimiento.

Junto al sobreseimiento provisional, la regla primera del art. 779.1 de la LECrim. Permite el archivo de las actuaciones cuando el Juez "estimare el hecho no constitutivo de delito o no aparece suficientemente justificada su perpetración", notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio aunque no se hayan mostrado parte en la causa.Si aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito,no hubiese autor conocido,acordarña el sobrseimiento provisional y ordenará el archivo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 1 de Abril de 1993,2 de Junio de 1993) antes dela reforma procesal operada pro Ley 38/2002 de 24 de Octubre y LO 8/2002 de 24 de Octubre, se inclinaba, por la solución, de que dicha resolución, configuraba, la finalización del proceso como provisional y por tanto, autorizaba, la reapertura de la instrucción, cuando nuevos elementos fácticos, pudieran, acreditar, la tipicidad del hecho.

En nuestra opinión ,esta tesis, a la luz de la reforma procesal operada, es correcta, porque el deseo latente del legislador cuando creó el procedimiento abreviado, fue que estas diligencias concluyeran con rapidez ,dando, una pronta reparación, al perjudicado por el hecho delictivo, para lo cual si, *prima facie,* la noticia del delito careciera absolutamente de tipicidad penal, del mismo modo que en el Sumario Ordinario al que anteriormente se ha hecho referencia, se puede ,*a limine,* inadmitir una denuncia o querella con la lógica incomprensión procesal de perjudicado por el hecho delictivo, también, en el abreviado, ha de permitirse una inadmisión de la querella o de la denuncia por falta de tipicidad y sin necesidad de practicar diligencia alguna, por el contrario, si se hubieran practicado tales

---

como conferir al Ministerio Fiscal un limitado poder de archivo tal y como ha realizado el art. 16.2 de la Ley del menor (LO 5/2000).

diligencias, nada impide que utilice las diferentes soluciones del sobreseimiento provisional del art. 641,dado su aplicación supletoria.[495]

En segundo lugar, y a diferencia de lo que acontece con el Sumario ordinario, es el Juez y no la Audiencia quine sobresee razón por la cual las resoluciones con efectos materiales d cosa juzgada debe seguir reservadas a los órganos de enjuiciamiento y no al Juez de instrucción. Así, pues, por el archivo de las actuaciones sólo debe entenderse una finalización `provisional o suspensión del procedimiento equiparable al sobreseimiento provisional del proceso común cuyo régimen le es del todo punto aplicable con las consecuencias analizadas para el perjudicado por el hecho delictivo.

En cuanto al sobreseimiento libre, es la resolución opuesta a la apertura del juicio oral (Art. 636, 783.3 LECrim y 32 LOTJ) y pone fin, de forma definitiva, al proceso penal. Es en nuestra opinión una negación de penar del Estado, produciéndose un efecto absolutamente similar al de absolución por Sentencia (SSTS 17 de Mayo de 1990, 3 de Junio de 1993), se devolverá las piezas de convicción que no tengan dueño conocido en las condiciones que establece el art. 635 se dispondrá la cancelación de cualquier medida cautelar que se hubiere acordado y se dejaría sin efecto la prisión provisional (art. 782.1 de la LECrim.).

Nos preguntamos, la reacción del perjudicado por el hecho punible, que en la mayoría de las ocasiones aún a pesar de faltar a tipicidad necesaria para continuar el procedimiento se ve relegado a una segunda posición lo que en muchas ocasiones ha sido tachado de indefensión.

No obstante conviene matizar que en los casos del art. 637 de acuerdo con o que establece el art. 642 Texto Legal, la ley arbitra un sistema para que el órgano judicial se pueda oponer a la petición de sobreseimiento que entienda no está justificada..De acuerdo con estas normas cuando el Ministerio fiscal pida el sobreseimiento de conformidad con lo dispuesto en el art. 637, podrá el órgano judicial, acordar, que se haga saber a los interesados incluído a los perjudicados por el hecho delictivo, e el ejercicio de la acción penal aunque no estuvieren personados en el proceso la petición del Ministerio fiscal por si les conviene ejercitar la acción, es decir pedir la apertura del Juicio oral.

Igualmente en aquellos casos en que non existan interesados en el ejercicio de la acción penal o fuesen desconocidos o cuando los perjudicados non se personaren el órgano judicial tiene la posibilidad de dirigirse al Jefe del Fiscal del órgano correspondiente para que

[495] MUERZA ESPARZA,J."La reforma del proceso penal abreviado" Ed. Aranzadi, Pamplona

decida, si mantiene, la petición de sobreseimiento o si lo cambia por a petición de apertura del juicio oral.

Con relación a las últimas reformas procesales, la Ley 38/2002 de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimieto para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado- que viene acompañada por la Ley Orgánica 8/2002, necesaria, para determinar la competencia de los Jueces de instrucción, para dictar sentencias de conformidad, en determinados casos-llama poderosamente la atención, la separación, al menos formal, del procedimiento abreviado y del proceso para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos, que son objeto, respectivamente, de los Títulos segundo -dividido en siete capítulos- y tercero-dividido en seis capítulos- de modo, que el segundo de ellos, no es un mero conjunto de reglas especiales en la fase intermedia, sino que, constituye, un auténtico proceso diferente para determinados delitos, en todas las fases del proceso, es decir, instrucción, juicio oral e incluso, impuganción de la sentencia, en que se acortan, los plazos de interposición y resolución.

En nuestra opinión, las novedades, aunque importantes del procedimiento abreviado, son escasas, y es conveniente advertir, que esas leyes, no se limitan a reformar la regulación del mismo y del juicio de faltas, sino, que suponen reformas de otros procedimientos especiales, en primer lugar, si que conviene recalcar, aunque hayamos hecho expresa referencia en este trabajo, que la Disposición Derogatoria única de la Ley 38/2002 ha derogado los artículos 1 a 5 de la ley 62/1978 de protección jurisdiccional de derechos fundamentales de la persona, es decir la conocida como "garantía real", pero no ha modificado los artículos 816 a 823 de la LECrim, sino que se ha limitado, a añadir un nuevo art. 823 bis para su aplicación " al enjuicianiento de los delitos cometidos a través de los medios sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematográfico u otros similares".

De este modo, a nuestro parecer, se mantiene la regulación vetusta, y menos avanzada que la establecida en el anterior Texto legal ,pues desaparece la norma que preveía una notable agilización del prorcesos, con lo que ello representaba, para el perjudicado por estos hechos delictivos, y ,especialmente, en lo referente a la prensa, porque mientras la Ley 62/1978, preveía, como facultativo para el Juez de Instrucción, previendo, además un recurso de apelación, que debía resolverse, en el plazo de cinco días, la que ha quedado actualmente vigente, mantiene, en materia de secuestro una fórmula imperativa, que vistos

---

2003.

los derechos fundamentales, generalmente en juego, deberá ser atemperada, mediante una interpretación acorde con lo declarado, por el Tribunal Constitucional, en esta materia.

Finalmente, este regreso a la regulación anterior, supone, un desfase, con relación a las previsione del Código penal, que, aunque mantiene, las responsabilidades en cascada, ha incluído dentro d elos autores-ampliando en consecuencia a las personas responsables- a los indictores de quienes hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate-art. 30 del CP-lo que, asimismo,resulta un retroceso respecto de la regulación sustantiva anterior.

Las normas generales sobre intervención del Ministerio Fiscal no han sufrido modificaciones reseñables, más allá de la supresión del recurso de queja como sustitutivo de la apelación, cuya vigencia en el proceso penal, podía justificarse, en el proceso ordinario por su mayor rapidez, pero, cuya regulación literal, suscitaba, problemas de ejercicio efectivo del derecho de defensa, solventadas, por la práctica de los Tribunales, de habilitar un trámite,no previsto legalmente, de audiencia a todas las partes personadas en el proceso, incluso, mediante la celebración de la vista.[496]

La nueva normativa, como se alude en el presente trabajo, sí ha supuesto, una ampliación de las competencias de la Policía judicial, como evidencia, la comparación entre las previsiones de los artículos 770 y 771, especialmente este último, en orden a la información de derechos a los ofendidos o perjudicados por el delito.

Asimismo, supone una novedad lasmprevisión del art. 775 párrafo segundo del derecho del detenido de entrevistarse ,reservadamente, con su abogado-sin perjuicio de lo previsto en el art. 527 para los casos de incomunicación- restringido a las diligencias del Juzgado de Guardia,.pero que, probablemente, suscitaría la cuestión, no resuelta de forma expresa en la Ley, de si tal posibilidad, de entrevista previa, es aplicabe, asinmismo, a la detención policial.

La fase intermedia, que como hemos reiterado, se caracteriza en todos los procesos,porque supone la clausura del periodo de instucción, y en ella toman el protagonismo las partees procesales,tanto acusadoras como acusadas,que formulan con carácter providsional sus repectivas prtensiones,reforzando así el caráter contradictorio del

[496] Destacar en este punto la reforma operada por Ley 14/2003 de 26 de myo de modificación de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre, por la que se regula, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal , y se modifica el art. 3 y 4 entre otros ,especificando, de forma concreta, las funciones de este Ministerio público.

proceso penal, que, en fase de instrucción está matizado, salvo en el proceso de enjuiciamiento por Jurado, por las importante facultades, artibuídas al Juez de instrucción.

En todo caso, la regulación del periodo intermedio, ofrece importantes diferencias en los distinto procesos por delito: así el llamado "proceso ordinario", la mayor parte de los actos se realizan ante el Tribunal sentenciador, mientras que el procedimiento abreviado, por el contrario se efectúan ante el Juez de instrucción y en el proceso por Jurado parte ante el Juez y parte ante el Magistrado- Presidente.

Ha sido, asimismo, tradicional la polémica acerca de que actos procesales, tanto de las partes como judiciales, han de incluirse o excluirse del periodo intermedio; sin que ello signifique, desde nuestro punto de vista, una toma de postura dogmática, sino más bien, pragmática, hemos optado, por incluir en ella, desde la conclusión de la instrucción, hasta el señalamiento para el juicio.

Partiendo de esta premisa, son evidentes, las diferencias entre los distintos procesos:

Así y aunque la conclusión d ela fase de instrucción es , en todos ellos, competencia del Juez de instrucción, lo destacable, es que éste carece., en el proceso ordinario, de la correspondiente decisión a la no celebración de juicio, pues la única resolución que podía tomar al rspecto, es la declarar los hechos, como constitutiuvos de falta, y aún así, esta decisión debe ser consultada y confirmada por la Audiencia Provincial, y por tanto, habría de esperar a que dicho Auto sea firme, bien, por haberse aprobado por el Tribunal superior, bien por haberse desestimado el recurso de casación que, en su caso se haya interpuesto, para poder señalar, el Juicio de faltas.

Por el contrario, en el procedimiento abreviado,el Juez de instrucción es competente para decidir la terminación del proceso sin juicio.

En todo caso, constituye el núcleo de esta fase la solicitud de apertura de juicio oral o de sobreseimiento, y en el primer caso, la presentación de escritos de calificación o acusación provisional con diferencias procedimentales.

En el Sumario ordinario, esta fase que se realiza ante el Tribunal sentenciador, comienza conla solicitud de revocación o confirmación del auto de conclusión del Sumario, y en este último caso, ha de solicitarse el sobreseimiento o la apertutra de Juicio oral, de modo que una vez acordada esta, se presenten los escritos de calificación, primero por las partes acusadoras y luego por las acusadas. De modo, que la decisión del Tribunal, no puede basarse en las pretensiuones plasmadas en los escritos de calificación, sino únicamente, en lo

actuado en fase de instrucción, y en unos escritos suscintos de las partes, por lo que dicho Tribunal, no puede ejercer, realmente, la competencia que en ese momento le es propia, de controlar la "calidad" de las aacusaciones, tanto desde la perspectiva intrínseca, como extrínseca

En el procedimiento abreviado, como antes hemos reseñado, este trámite se efectua ante el juez instructor ,por ello, el órgano jurisdicional al resolver, sobre la apertura del Juicio oral o sobreseimiento, ejercita, a diferencia de lo que acontece en el ordinario, una función de garantía, que incluye, lo que la STC 186/1990 denomina "facultad de controlar la consistencia de la acusación o solidez de la acusación que se formula", en todo caso, en este proceso, dicha decisión, se adopta, según las previsiones legales, sin oir a las defensas.

La reforma procesal indicada, especifica que se debe oir al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, sobre la apertura del Juicio oral y si la acuerda, es cuando se presenta escrito de acusación, y en su caso de defensa, salvo los supuestos de conformidad, a la que dedicaremos, apartado adicional, en posterior Capítulo del presente trabajo.

Tampoco se observan importantes novedades, en orden a la celebración del Juicio Oral en el procedimiento abreviado común, respecto de la sentencia..Una vez que el Juez de guardia ha dictado Auto oral acordando continuar el procedimiento por los trámites del juicio rápido, el artículo 800 ordena que en el mismo acto oiga al Ministerio Fiscal y a las partes personadas sobre las solicitudes que éstas formulen sobre la apertura del Juicio oral (y en este caso sobre la adopción de medidas cautelares) o el sobreseimiento.

Lo primero llama la atención es, como acontece en la nueva reforma del procedimiento abreviado, la participación, que en la misma, tienen todas las partes, y, por tanto, también el imputado, con lo que esta nueva regulación se alinea con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación a la proscripción de dicha ausencia en el procedimiento ordinario[497].

Si quien solicita el sobreseimiento, no es el imputado, sino el Ministerio Fiscal y el acusador particular, se estará a lo previsto en el artículo 782.1 (vinculación del Juez que deberá acodarlo, excepto que se funde en las eximentes previstas en el Código penal en los números 1.º, 2º, 3.º, 5º y 6º del art. 20, en cuyo caso el juicio prosigue hasta que la Sentencia imponga la medida de seguridad y se enjuicie la acción civil), mientras que si lo solicita: sólo el Fiscal en una causa en la que no se ha personado acusador particular se estará al

782.2 (antes de acordar el sobreseimiento puede hacer saber la pretensión del Fiscal a los ofendidos o perjudicados por el delito ,por si quieren personarse o/y puede también ponerlo en conocimiento del superior del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación).

Lo que está claro, es que si nadie pide la apertura del Juicio Oral, el Juez debe proceder al sobreseimiento, este trámite procesal, se debería explicar, de forma exhaustiva, a los perjudicados por el delito, que en muchos casos, desconocen las consecuencias del sobreseimiento e ignoran el significado del recurso, lo que de alguna forma, podría llegar a vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sí el Ministerio Fiscal o la acusación particular solicitan la apertura del Juicio oral, resolverá lo que proceda, esto es, o bien acordará dicha apertura (mediante auto oral irrecurrible) o decretará el sobreseimiento provisional o libre (auto escrito susceptible de recurso de reforma y apelación ex. art. 766).

Sobre la irrecurribilidad del auto acordando la apertura del juicio oral, nota común también en los procedimientos ordinario y abreviado, hay que recordar que el Tribunal Constitucional, ha señalado que dicha ausencia de recurribilidad no supone infracción constitucional alguna[498], alegación no exenta de polémica por lo que significaba para ,os perjudicados por el hecho delictivo, si bien la enmienda nº 93 presentada en el Congreso por el Grupo Mixto ,criticaba ,esta no posibilidad de recurrir el auto oral, declarando la apertura del juicio oral en el procedimiento de enjuiciamiento rápido con los siguientes términos: "El equilibrio garantías/rapidez aparece en este artículo fuertemente escorado hacia este último.

No parece que pueda garantizarse un derecho a juicio con todas las garantías y medios de defensa adecuados sí el acto de decisión de apertura del juicio oral (realizado en forma oral) no es susceptible de recurso[499]". Como decimos, parece ,que los proponentes olvidaban el régimen de irrecurribilidad general de los autos de apertura de juicio oral y la Doctrina Constitucional al respecto.

Cuando el Juez de Guardia decrete la apertura del Juicio oral ,sólo a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, se dará de nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días, para que formule, escrito de acusación,

---

[497] Sentencia 66/1989, de 17 de Abril, sí bien, como sabernos, para el procedirniento abreviado, la 186/1990 avaló dicha omisi6n.

[498] STS 54/1991, de 11de Marzo.

[499] Vid Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp56.

salvo que hubiere renunciado a ello (art. 783. 1, párrafo 2.0, por remisión expresa del art. 800. l).

Decidida la apertura del Juicio oral el artículo 800 distingue, asimismo, si el mismo ha sido solicitado sólo por el Ministerio Fiscal o solo, o conjuntamente con el Ministerio Público, por la acusación particular:

a) Si quien solicitó la apertura fue el Ministerio Fiscal, éste deberá presentar su escrito de acusación de inmediato o formularlo verbalmente. El acusado, a la vista de la acusación formulada, podrá en el mismo acto prestar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente. En otro caso, presentará inmediatamente su escrito de defensa o formulará ésta oralmente, procediendo entonces ,el Juez de guardia sin más trámites a la citación de las partes para la celebración del Juicio oral. Si el acusado solicitara la concesión de un plazo para la presentación de escrito de defensa, el Juez fijará prudencialmente el mismo dentro de los cinco días siguientes, atendidas las circunstancias del hecho imputado y los restantes datos que se hayan puesto de manifiesto en la investigación, procediendo en el acto a la citación de las partes para la celebración del juicio oral y al emplazamiento del acusado y, en su caso, del responsable civil para que presenten sus escritos ante el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 800.2)[500]. La enmienda número 29 presentada en el Congreso por el Grupo Izquierda Unida[501] entendía que el plazo para los cinco días para la defensa podía ser excesivamente preclusivo con el peligro de que afectara a su calidad, y por extensión a los derechos y garantías del perjudicado por el delito, por lo que proponía su ampliación a diez días, cuestión que, lamentablemente, en mi opinión, no fue respaldada.

b) Sí quien solicitó la apertura fue la acusación particular y el Juez de Guardia atendió dicha petición, éste emplazará en el acto a aquélla y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos de acusación, en un plazo improrrogable y no superior a los dos días (art.

[500] Nótese que el artículo 800.2 habla de órgano encargado del enjuiciamiento, a diferencia de lo que, por ejemplo, hace en el 803 en el que se refiere a la sentencia del Juzgado de lo Penal Ciertamente que el legislador está pensando que el órgano sentenciador del juicio rápido será el Juez de lo Penal, pero existen supuestos de aforamientos, .en los que podría pensarse, que la competencia recaería en otro órgano jurisdiccional. Sería el caso, por ejemplo, de los supuestos del artículo 8 de la Ley Orgánica 2/1986, en la que, como sabemos, se atribuye la competencia del enjuiciamiento de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones a la Audiencia Provincial (no obstante se trata de un supuesto harto improbable). El resto de aforamientos, dada la especialidad de su instrucción y él órgano en el que ésta recae, hace imposible, su tramitación como juicio rápidos.

[501] Vid. Boletín Oficia1 del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp. 39.

800.4)[502]. Presentados dichos escritos ante el mismo Juzgado, procederá éste de inmediato a la citación de las partes para la celebración del juicio oral y al emplazamiento. Si el acusado solicitara, la concesión de un plazo para la presentación de escrito de defensa, el Juez fijará prudencialmente el mismo dentro de los cinco días siguientes, atendidas las circunstancias del hecho imputado, y los restantes datos, que se hayan puesto de manifiesto en la investigación, procediendo en el acto a la citación de las partes (incluidos los perjudicados por el delito) para la celebración del Juicio oral y al emplazamiento del acusado y, en su caso, del responsable civil para que presenten sus escritos ante el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 800.2 párrafo 2.º).

Si el Ministerio Fiscal ,no presentare su escrito de acusación ,en el momento de pedir la apertura del juicio oral ni lo formula oralmente en dicho acto, en caso de que fuera él el que lo solicitó (art., 800.2) o en el plazo de dos días si la apertura fue solicitada por la acusación particular (art. 800.4), el Juez de guardia, sin perjuicio de emplazar a los interesados ,esto es fundamental, en el ejercicio de la acción penal a los directamente ofendidos o perjudicados por el delito (art. 782.2.a), requerirá inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito que proceda, entendiéndose que si no realiza la misma dicho silencio equivale a la petición de sobreseimiento libre (art. 800.5).

Hay que hacer notar, que mientras que el régimen de comunicación al superior del Fiscal es, en el artículo 782.2 b) potestativo para el Juez, en los juicios rápidos, como acabamos de ver, el artículo 800.5 lo reviste de carácter obligatorio para el Juez ("requerirá inmediatamente...").

La atribución a la no presentación del escrito del Ministerio Fiscal, en los perentorios plazos antes señalados, del valor de petición del sobreseimiento, es ,en nuestra opinión, muy criticable, porque con ello se podría favorecer la impunidad en muchos delitos del victimario, con la consiguiente indefensión de la víctima del delito, simplemente por la sobrecarga de trabajo de los Fiscales. Así lo entendió, por ejemplo, la enmienda número 30 presentada en el Congreso por Izquierda Unida, que proponía la supresión del artículo 800.5 al entender que este sobreseimiento ante la falta de escrito de acusación del Ministerio Público tiene una serie de graves consecuencias que aconsejan su eliminación. En primer lugar, supone el reconocimiento de un Ministerio Fiscal subalterno de las partes, la Policía o el Juez.

[502] Obsérvese la asistemática de este precepto, cuya ubicación más correcta a mi entender sería el del 800.3.

De hecho, el resultado que se pretende obtener aparentemente (escritos de acusación en tiempo y forma) se puede conseguir a través de la exigencia de responsabilidades disciplinarias a los fiscales no probos.

Sin embargo, el sobreseimiento ante la falta de acusación, puede suponer, la impunidad de determinados delitos, muy especialmente, los que siendo acreedores de penas de menos de nueve años, son de complicada instrucción.

Entre estos delitos están los delitos económicos y societarios que podrían, con la actual redacción, beneficiarse de una indirecta impunidad[503], con el consiguiente perjuicio y dilación en el tiempo, de quien es parte fundamental del proceso como es el perjudicado.

En la misma línea, y de forma más extensa, el Grupo Socialista, en su enmienda en el Congreso nº 129[504] también proponía la supresión del artículo 800.5 en congruencia con la también pretendida eliminación del apartado 3 del artículo 781 mantenida en su enmienda 114 para el procedimiento abreviado y que, curiosamente, a tenor de lo analizado anteriormente, sí que prosperó para este procedimiento y no así para el de los Juicios rápidos.

La justificación de la enmienda 114 era bastante elocuente: Ahora bien, distintos argumentos se oponen a que la consecuencia de la inactividad del Ministerio Fiscal produzca sin más el archivo definitivo del proceso: a) Con la actual plantilla es absolutamente imposible cumplir los plazos que se prevén y ello tendrá como consecuencia la impunidad de un sin fin de delitos y prácticamente todos aquellos que actualmente son competencia de la Fiscalía Anticorrupción; b) Si se quieren erradicar las dilaciones indebidas en el proceso penal mediante un sistema de plazos, lo coherente sería, en primer lugar, reformar y aplicar el artículo 324 estableciendo, en segundo lugar y adicionalmente, un sistema de plazos también para el Juez de instrucción a fin de que concluya la investigación en un plazo razonable; c) El carácter público de la acción penal y el interés colectivo que subyace en la misma impide introducir, como indirectamente se hace, un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción penal.

La renuncia al "*ius puniendi*" por parte del Estado, del que hemos hablado al comenzar el presente estudio, por incumplimiento de un plazo, plantea serias dudas de

[503] Vid Bo1etin Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura serie B: Proposiciones de Ley, n.º 223 7, 23 de Mayo de 2002, pp. 40.

[504] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de Mayo de 2002, pp.69.

inconstitucionalidad desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva de la víctima, consagrada en nuestra Norma Fundamental.

La configuración del Ministerio Fiscal español, su dependencia, al menos en cuanto a lo que se refiere al Fiscal General del Estado, del Gobierno, de modo que la inactividad podría, sencillamente, en cubrir una impunidad interesada. Bastaría, dejar de presentar la acusación para lograr un sobreseimiento libre de sujetos, respecto de los cuales no interesara o no se quisiera ejercer la misma[505].

Como hemos expuesto, estos argumentos propiciaron la supresión en el procedimiento abreviado de la equivalencia entre la no presentación de la acusación por el Fiscal y el sobreseimiento libre, pero no así en el procedimiento de enjuiciamiento rápido, quizás por entenderse que la facilidad de instrucción que, en principio, debe caracterizar a éstos hace impensable que el Fiscal se vea, hasta tal punto desbordado, que se sienta imposibilitado materialmente de presentar sus escritos o formulación verbal en el momento o plazo adecuado a ello.

Sin embargo, entendemos, que el resto de argumentos esgrimidos en la enmienda antes citada tienen también validez para los juicios rápidos, muy particularmente la posible afección de la tutela judicial efectiva de la víctima ante esa «caducidad» del proceso y el eventual uso interesado de la no presentación.

En la línea critica antes mencionada ya se manifestó sin ambages, el Informe del Consejo General del Poder Judicial[506]: "... Especial atención merece el tratamiento del escrito de acusación. No tanto porque parece obligar al Fiscal a que, sobre la mucha, inmediatamente, dice el texto legal, presente escrito de acusación (art. 800.2) como porque se dispone que, de no hacerlo en ese plazo perentorio, el Instructor procederá a requerir al superior jerárquico del Fiscal para que en el plazo de dos días presente el escrito que proceda porque, de no hacerlo en ese plazo, se entenderá que no pide la apertura de juicio oral (pero si ya está abierto el Juicio, según art. 800.2) y que considera procedente el sobreseimiento libre.

[505] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de Mayo de 2002, pp. 63 y ss

[506] Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe a la Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado, cit, pp. 29 y ss.

La presunción "*iuris et de iure*", que anuda la Ley, a esta hipótesis, también se prevé en el procedimiento abreviado, pero aquí al menos mediando un concreto plazo (art. 781.3), es manifiestamente improcedente.

Una previsión semejante ya se intentó en el proyecto de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y fue, justamente desechado. Esta especie de "raro desistimiento" de la acción o de prescripción nueva, reforma en este caso del Código penal, comporta nada menos que el sobreseimiento libre.

No se contiene en el Texto, explicación alguna de cómo y en cuál de las hipótesis típicas que constituyen el sobreseimiento libre previsto en el artículo 639 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal encajaría la nueva hipótesis prevista en el artículo 800.2, como tampoco su incidencia en la eventual responsabilidad civil "*ex delicto*". No parece que en el Derecho comparado exista un tratamiento semejante al que se propone, que, paradójicamente, podría conducir a la impunidad del delito.

Trasladar la responsabilidad al Fiscal por el fracaso de un proceso en el que ya se ha constatado la existencia de un presunto delito con personas identificadas como presuntos responsables, no deja de ser una especie de sanción encubierta que, de haber negligencia por parte del Fiscal a cargo, habría de ser sancionada por otros medios que no repercutan en la seguridad pública o en el interés de la víctima.

Además, la caducidad de la acción respecto del que ha ejercido las acciones no puede comportar el sobreseimiento libre de la causa. Su equivalencia a "cosa juzgada", impediría en el futuro el ejercicio de la acción penal a la víctima o a terceros perjudicados, a los que no se les hubiere encontrado al ser citados como tal o habiéndoseles encontrado no se hubiesen personado.

Lo correcto sería que la no presentación del escrito de calificación en el plazo previsto comporte el sobreseimiento provisional de las actuaciones, que implica que sólo pueda reaperturarse para el que ha ejercido la acción sí aparecen nuevos hechos, pero deja viva e intacta la acción para los que no han ejercido la acción.

Además, si lo que se pretende, a nuestro entender,, es que los plazos, sean improrrogables, éstos deben ser razonables.

Un plazo de diez días prorrogables por otros diez para calificar los hechos --con caducidad de la acción- no es un plazo razonable. En el plazo concedido al Ministerio Fiscal para calificar, caso de no cumplirlo como se decía, acarreará el sobreseimiento libre de la

causa, lo que implicaría actualmente el archivo aproximadamente de más del 80% de las causas existentes en cada uno de los Juzgados, salvo que se procediera a una generalización de las prórrogas de forma automática tanto al Fiscal del caso como a su superior jerárquico, respecto al cual no se especifica si se refiere al Fiscal del Tribunal Superior de Justicia o al Fiscal General del Estado.

Todo ello , evidentemente, tiene un perjudicado directo del cual nuestra Norma Procesal, pese a haber tenido la oportunidad con la estudiada reforma, guarda un profundo silencio. No se cuestiona que la ordenación del procedimiento establezca una secuencia temporal en que deben ser realizados los actos.

Si, de una parte, la brevedad del tiempo que se asigna su realización, y, sobre todo, el efecto de sobreseimiento libre, que se anuda ,a la omisión del acto procesal. En ambos casos, la Proposición de Ley se asienta en un insuficiente conocimiento de los recursos humanos de que dispone el Ministerio Fiscal, prácticamente imposible de solventar en el plazo de los tres meses (léase seis) que se fija en la Proposición".

El Juez de Guardia (800.3) hará el señalamiento para la celebración del Juicio oral en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes, en los días y horas predeterminados a este efecto por los órganos judiciales enjuiciadores.

A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los oportunos Reglamentos para la ordenación, coordinadamente con el Ministerio Fiscal, de los señalamientos de los Juicios orales que realicen los Juzgados de Guardia ante los Juzgados de lo Penal[507].

También se acordará la práctica de las citaciones propuestas por el Ministerio Fiscal, llevándose a cabo en el acto las que sean posibles, sin perjuicio, de la decisión que sobre la admisión de pruebas, adopte el órgano enjuiciador.

Una vez que el órgano enjuiciador recibe los escritos de defensa o precluído el plazo para su representación (recordemos que según el art. 800.2 este plazo lo fija el Juez de Guardia atendiendo a las circunstancias del hecho imputado y a los restantes datos que se hayan

[507] El texto que llegó al Senado decía que serían las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia las que dispondrían lo necesario para que los Juzgados de Guardia de su respectivo territorio contasen con antelación suficiente con los datos necesarios para realizar los señalamientos y citaciones. Según el Grupo Mixto, en su enmienda n.º 94, tal atribución a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia es superflua y carente de virtualidad, entendiendo que esta función deberá estar atribuida a los propios Jueces de guardia y, partícipe al Ministerio de Justicia o Consejería de las Comunidades Aut6norrias con competencias asumidas en materia de Justicia. En texto final procede de la enmienda nº 154 presentada por el Grupo Mixto en el Senado, vid. Boletín Oficial del Senado, VII Legislatura, serie IIIb, nº 8c 17 de Septiembre de 2002, pp. 77.

puesto de manifiesto a lo largo de la investigación, pero que en ningún caso podrá ser superior a los cinco días), examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada, ordenando, en esta resolución, el libramiento de las comunicaciones que sean necesarias para asegurar las pruebas propuestas y admitidas, cuando así lo soliciten las partes (art. 785. l), salvo lógicamente las citaciones que ya se hubiesen realizado (art. 800.6).Esta regulación no deja de ser uno de los puntos conflictivos de la reforma siendo uno de los que plantean mayores dudas en su aplicación práctica pudiendo legar a producir indefensión de alguna de las partes del proceso.

Y es que, en esta materia de citaciones, el artículo 800.7 prevé una regla especial, cual es que en todo caso las partes podrán solicitar al Juzgado de Guardia, que así lo deberá acordar la citación de testigos y peritos que tengan intención de proponer para el acto del juicio, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el órgano enjuiciador.

En todo caso, según ordena el artículo 785.3, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir, la víctima deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del juicio, algo que, en buena lógica corresponde comunicar al Juzgado de Guardia que es quien, como sabemos, fija la fecha de celebración de aquél, a diferencia del procedimiento abreviado, en donde es el órgano sentenciador el que, en el auto en que admite o inadmite las pruebas, señala el día de comienzo de las sesiones del Juicio oral. (art. 785. l).

Contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabe recurso alguno[508], sin perjuicio de que la parte a la que le fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones de] Juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez admita (art. 785.1 párrafo 2).

III-FASE DEL JUICIO ORAL

A- Diferenciación de la situación de la víctima del delito en el Procedimiento Ordinario y en el Procedimiento Abreviado.

Comenzarmos la exposición de este Capítulo, no queriendo efectuar, un estudio diferenciado entre la sustanciación del procedimiento ordinario y el proceso abreviado sino

[508] Igualmente, en la redacción del precepto que llegó al Senado se decía que "no cabrá recurso de apelación", con lo que parecía dejar abierta la puerta al recurso de reforma.

únicamente, matizar las divergencias, que en orden a la tramitación acontecen, y antes de entrar a valorar las importantes reformas procesales; conviene destacar lo siguiente:

El Juicio oral es la fase procesal donde se enjuicia la conducta del acusado para condenarlo o absolverlo en la sentencia que pone fin al proceso (art. 742 de la LECrim.).Esta fase decisoria se concentra en una o varias sesiones y se desarrolla bajo los principios de oralidad, publicidad (art. 680 LECrim), contradicción, igualdad y aportación de partes aunque con matices (art. 728 en relación con el art. 729 del aludido Cuerpo Legal).

En líneas generales, quiere esto último decir, que la conducta que se enjuicia y que será merecedora de absolución o de condena, es precisamente aquella que ha sido objeto de acusación y, por tanto, de identificación en el auto de apertura de juicio oral y en los correspondientes escritos de acusación.

El Órgano judicial, no puede enjuiciar ,otros hechos, que los acusados y siempre que sean acusados; incluso, no puede calificar esos hechos, al objeto de enjuiciarlos e imponer penas de manera distinta a como lo han efectuado, las partes acusadoras, permitiéndose calificaciones distintas sólo cuando se utilicen los cauces del art. 733 para el proceso común y proceso del Tribunal del Jurado y los del art. 787 para el proceso abreviado, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Convendrá especificar, que dichos principios procesales a los que hemos hecho alusión a lo largo de la exposición del presente trabajo, hacen necesario, que esta fase procesal, en el proceso abreviado, empiece por el llamado ,escrito de calificación provisional que no es, sino el acto procesal por el que se concreta la acusación ,determinando, los hechos que han de ser enjuiciados solicitando la imposición de una pena, precisamente, la correspondiente calificación jurídico-penal que se propone.

Se practicarán las pruebas pertinentes y necesarias que al final el órgano jurisdiccional valorará de acuerdo con lo que establece el art. 741 de la LECrim., apreciándolas, según sus conciencia, lo que no significa ,sino, la aplicación del criterio de valoración de la pena según la sana crítica.

Aunque con matices, podemos afirmar que el juicio oral es estructuralmente único tanto para el proceso común como para el abreviado y el proceso del Tribunal del Jurado (art. 787 LECrim y art. 42 LOTJ).

En la fase de proceso ordinario, no es ocioso recordar, que previamente ha sido preparada mediante la entrega de las actuaciones a las partes para su calificación y depuración de

posibles vicios o excepciones procesales ,a través, de los artículos de previo pronunciamiento. Asimismo, dicha fase, se sustancia ante la audiencia provincial o la Audiencia Nacional y seguidamente se da paso a la resolución judicial.

Se valorará, si se ha producido, una correcta conclusión del Sumario determinando si se dan los presupuestos necesarios para decretar la apertura del Juicio oral o si por el contrario procederá el archivo por sobreseimiento de las actuaciones o la inhibición del tribunal a favor de otra jurisdicción (militar, menores…).

En el supuesto que se proceda al archivo de las actuaciones, cuando el hecho no revista los caracteres de delito, el perjudicado, a diferencia de lo que acontece en el proceso abreviado, como expondremos a continuación, podrá presentar su denuncia ante el Juez de instrucción, si el autor no estuviera determinado.

A.1- La constitución del Tribunal y la presencia de las partes.

Constituido, conforme a las disposiciones orgánicas, el órgano jurisdiccional se declarará abierta la sesión ,salvo que por aplicación ,de las disposiciones generales al efecto, se declare el secreto y la celebración del juicio, a puerta cerrada (art. 682 de la LECrim).

La celebración del Juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado (a diferencia de lo que acontece en el procedimiento ordinario) y del Abogado defensor.

El Tribunal, previamente, habrá dispuesto lo necesario para que el acusado que está en situación de preso sea conducido a su presencia el día de la celebración de la vista. No obstante ,si hubiere varios acusados, y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo apreciado por el Juez o tribunal, podrá este, acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes.

La ausencia injustificada del acusado que hubiere sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona a que se refiere el apartado 4 del art. 789 de la LECrim., no será causa de suspensión del Juicio Oral si el Juez o tribunal a solicitud del Ministerio fiscal o de la parte acusadora y, oída la defensa, estima que existen elementos suficientes, para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o fuera de distinta naturaleza cuando la duración no exceda de seis años. La suspensión en estas situaciones procesales, provocaría, continuas indefensiones del perjudicado, que vería como, de forma reiterada, se prolonga su procedimiento, y se agravan, los perjuicios para el mismo, al tener que comparecer, de forma reiterada, ante los órganos judiciales.

A.2 -La audiencia preliminar potestativa. Posición víctimal.

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario (aun cuando el Juicio oral comienza con el auto de apertura), desde un punto de vista material ,dicha fase, tan sólo sucede con la formalización de los escritos de calificación provisional, pues si acusación no puede existir juicio y todavía puede truncarse la apertura del juicio oral de prosperar los artículos de previo pronunciamiento.

El juicio oral ,se inicia, pues, con los escritos de acusación y de defensa y finaliza mediante sentencia, sin que el Tribunal, a partir del trámite de calificación ,pueda utilizar ya la fórmula del sobreseimiento (art. 144, 742.1 in fine).

Pero dentro de esta importante fase, en donde ha de transcurrir la actividad probatoria., pueden distinguirse las siguientes subfases: la conformidad, actos previos al juicio, ejecución de prueba, conclusiones definitivas, informes, la ultima palabra y sentencia.) en el Procedimiento abreviado, se continuará la tramitación conforme a los arts. 785 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según redacción operada por la L38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la LECRim. sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, y LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de la Ley mencionada.

Convendrá destacar , que el Juicio, comienza ,por la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente a instancia de parte, el Juez o tribunal abrirá turno de intervenciones, para que las partes, puedan exponer, lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral así como el contenido y la finalidad de las pruebas propuestas ,o que se propongan ,para practicarse en el acto (art. 786.1).Entre otras cuestiones de nuevo planteamiento se traen a esta oportunidad procesal las alegaciones de carácter previo y la posibilidad de incidencia a que se refieren los art. 666 y 679 del aludido texto Legal.

El Juez o tribunal resolverá en el acto, temporalmente la audiencia preliminar supone simplemente un momento diferenciado dentro de la continuidad de las sesiones del juicio, a no ser que por circunstancias surjan en el curso de la propicia audiencia, sea necesario suspenderlo o acordar el sobreseimiento.

Sentado lo anterior, no entrando en este momento de trabajo a valorar, como hemos indicado anteriormente, la tramitación subsiguiente, si que conviene mencionar, de que

forma puede actuar la víctima ,al objeto, de que se garanticen ,sus derechos y sean satisfecha sus responsabilidades:

-Los derechos fundamentales de la víctima

En realidad, tales derechos fundamentales, que se extienden, no sólo a esta fase del juicio oral, sino a todas las actuaciones que componen el proceso, se circunscriben ,exclusivamente, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, traducido esencialmente en los derechos de acceso a la jurisdicción y a obtener una resolución judicial motivada, que no tiene, por qué ser de fondo, sino, que puede ser, también ,de inadmisión o de archivo, que aporte una respuesta razonada a la pretensión de aquella, en el bien entendido caso de que la víctima no tiene el derecho a una plena sustanciación del proceso y a obtener un pronunciamiento final condenatorio, porque el ejercicio del "*ius puniendo*" corresponde exclusivamente al Estado, según a declarado el Tribunal Constitucional[509].

Además, el derecho a la prueba de las acusaciones, no se encuadra dentro del artículo 24 de la Constitución Española, como ocurre con el del acusado, sino que forma parte integrante de este derecho a la tutela judicial efectiva, lo que se traduce ,en la particularidad de que cuando las diligencias practicadas demuestran para el Órgano Judicial la inexistencia del delito y tal circunstancia se pone de manifiesto en la correspondiente resolución, "no es necesario un rechazo particularizado de las demás diligencias de prueba propuestas... pues los querellantes no ostentan un derecho ilimitado a la práctica de los medios de investigación propuestos"[510], de tal manera, que si la resolución denegatoria de tales medios de prueba propuestos por la representación de la víctima ,son denegados, mediante una resolución razonada, no arbitraria, ni incursa en error patente, no atenta, contra este derecho fundamental a la tutela judicial.

-La víctima y los derechos fundamentales del acusado.

Aún cuando, como también sucede, para el caso de la víctima, todos los derechos fundamentales del acusado se extienden a la plenitud de las actuaciones procesales que han de preceder y suceder al acto del juicio oral, determinados derechos del acusado pueden

[509] La sentencia del Tribunal Constitucional 157/90 destacaba que " en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del ius puniendi con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado". En el mismo sentido, las sentencias del mismo Tribunal 41/97 y 232/98 entre otras muchas.

[510] Sentencias del Tribunal Constitucional 191/89 y 232/98, así como autos del mismo Tribunal 64/89, 419/87 y 464/87, entre otros.

verse especialmente comprometidos en el acto del juicio oral, precisamente por la trascendencia del mismo, para la resolución del proceso.

Pues bien, expuesto lo anterior, podemos señalar que, entre otros, los derechos fundamentales del acusado que pueden verse comprometidos con la intervención de la víctima son los siguientes:

En primer lugar, el derecho a la presunción de inocencia del acusado. En efecto, de todos es conocido que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y, por ello, la jurisprudencia, a partir de la anterior consideración ha destacado su naturaleza de derecho reaccional, no necesitado de un comportamiento activo de su titular para que pueda ser mantenido en todo su vigor.

Este derecho se extiende sobre dos niveles:

a) Fáctico, comprensivo tanto de la acreditación de hechos descritos en un tipo penal como de la culpabilidad del acusado, entendida ésta ,como sinónimo de intervención o participación en el hecho de una persona.

b) Normativo, que abarca tanto a la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará ,a través de la necesaria motivación, que toda sentencia debe tener.

Desde esta perspectiva, tanto el Tribunal Supremo, a través del control casacional, como el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, únicamente podrá extenderse a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, además de al proceso racional expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulte la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

A esa convicción, ha de llegar, el Órgano Judicial de la instancia, siempre que constate la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, que sea suficiente, como hemos indicado, para acreditar la existencia del hecho criminoso y de la participación del acusado en el mismo.

Pues bien, ya se ha anticipado, también, que la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil para desvirtuar este derecho a la presunción de inocencia[511]. Encuadra en la prueba testifical, su valoración corresponde al Tribunal que con inmediación, oralidad, publicidad y contradicción efectiva, ha percibido, directamente, el contenido de cuanto expresa el testigo. Esto es, los hechos que vio personalmente.

Sin duda, elemento esencial para esa valoración, es la inmediación a través de la cual el Tribunal de Instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo a dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

Ahora bien, el problema se plantea cuando el testigo del hecho delictivo, como, es al mismo tiempo víctima del delito y además, la única persona que puede aportar su versión de los hechos, al margen, lógicamente, del propio acusado. Se suscita, entonces el problema de la credibilidad del testimonio de la víctima como único testigo.

Por parte de la defensa de algunos acusados se ha venido a invocar, incluso la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley ,como consecuencia del otorgamiento de mayo credibilidad a la víctima que a los testigos de descargo aportados por la defensa, entendiendo, que se producía, una situación de trato discriminatorio desfavorable para los derechos del imputado.

Sin embargo, el Tribunal Supremo[512], ha puesto de manifiesto, sobre este particular que, si bien la ley debe dar, con carácter general, trato igualitario a situaciones idénticas, de tal manera que la relación del ciudadano con la norma que regula una determinada situación, deba establecerse en un plano de igualdad de derechos y obligaciones para circunstancias iguales, pudiéndose llegar a situaciones diferentes cuando los supuestos fácticos no sean miméticos, en materia probatoria, sin embargo, el principio de igualdad ante la ley no es exactamente aplicable a la valoración en conciencia de los elementos probatorios, que es tarea exclusiva de los órganos juzgadores.

[511] Entre las más recientes destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2.000.
[512] Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1.998 y 13 de febrero de 1.999.

Nuestro sistema procesal, permite clasificar, las pruebas en función de su mayor o menor fiabilidad sin que se viole la igualdad ante la ley por dar mayor credibilidad a un testimonio frente a otro de signo contrario[513].

Al margen, pues, de la alegada vulneración del principio de igualdad ante la ley que, normalmente, viene invocada de forma colateral y conectada a la del derecho a la presunción de inocencia, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo[514] ha venido a señalar que cuando se alega vulneración de este derecho, así como, a la aptitud de la declaración de la víctima para integrar en ella el juicio de certeza sobre la culpabilidad del acusado, incluso en aquellos supuestos en que la declaración de la víctima aparece como único testigo de cargo que pueda haber contradicho lo manifestado por otros de descargo, no se está ya en presencia de un problema de legalidad, sino de credibilidad del testimonio de cargo, que ha de ser valorable por el Tribunal de Instancia notando la conducta de todos, las reacciones, gestos, inflexiones de voz, tratando de captar se psiquis a través de su narrar, y, en suma, como dice gráficamente alguna sentencia[515] "percibir un conjunto de detalles que colorean y dan vida a las propias declaraciones, y que no tienen acceso al acta del juicio", por eso la inmediación es insustituible, siendo la única excepción a lo dicho, los supuestos de absoluta falta de motivación o decisión patentemente arbitraria adoptada por la Sala sentenciadora.

Precisamente, para robustecer la declaración de la víctima, en los supuestos en que se trate de prueba única[516], la doctrina jurisprudencial viene exigiendo que ésta venga acompañada de ciertos requisitos que en definitiva están orientados a constatar la inexistencia de razones objetivas que puedan hacer dudar de la veracidad de lo que se dice, siendo tales requisitos los siguientes:

a) En primer lugar, la ausencia de incredibilidad subjetiva, esto es, la inexistencia de relaciones procesado/víctima o denunciante, que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad o de otra índole que privase al testimonio de la aptitud necesaria para generar ese estado subjetivo de certidumbre en la que la convicción judicial descansa esencialmente. Es evidente, que tratándose de delitos que se han cometido dentro del entorno familiar, la acreditación de este requisito alcanza mayor

[513] Añade la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1.999 que "si se admitiese la tesis de la parte recurrente, estaríamos ante un sistema de prueba tasada, que ha sido rechazado y superado por la introducción del principio de libre valoración en conciencia de la prueba aportada".

[514] Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1.996, 20 de julio de 1.998 y 30 de enero, 15 de febrero, 13 de abril, 5 de julio, 22 de septiembre y 18 de octubre de 1.999 y auto del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2.000.

[515] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1.999.

dificultad, pero en la práctica forense, su apreciación, viene admitida cuando, al margen de las relaciones afectivas que puedan existir entre el autor y su víctima, no se adviertan especiales resentimientos o ánimos de venganza que revelen un comportamiento hostil contra el autor, más allá de las propias secuelas, que actos de este tipo, pueden causarle.

b) En segundo término, la verosimilitud del testimonio, en el sentido de que este testimonio ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. En definitiva, lo fundamental es la constatación de la real existencia de un hecho.

c) Y, finalmente, la persistencia en la incriminación. Esta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones[517].

En segundo término, el derecho a un proceso con todas las garantías que, en relación con la víctima de estos delitos, se localiza, preponderantemente, en el derecho a la proposición y práctica de la prueba que resulta indispensable para contrarrestar la de cargo aportada por las acusaciones, que ahora estudiaremos.

Una de las actuaciones que con mayor frecuencia realizan las defensas de los acusados consiste, en la proposición ,en sus escritos de calificación, de aquellos medios de prueba que tiendan a desvirtuar o, al menos, poner en duda la credibilidad de las víctimas, sobre todo en los casos, en que la misma resulta, ser, el único testigo de cargo.

Es evidente, que esta estrategia procesal, tiene un claro fundamento en el derecho a la prueba que como claro derecho fundamental de incidencia procesal puede ser generador de indefensión si el Órgano Judicial, no razona, de modo motivado, sobre la pertinencia o impertinencia del mismo.

Sobre el derecho a la prueba contenido en el artículo 24 de la Constitución Español, existe una copiosa doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo[518], que podemos sintetizar de la siguiente manera:

El artículo 24.2 de la Constitución Española, ha constitucionalizado, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de defensa, que garantiza a quien está inmerso

---

[516] Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1.999.

[517] Sobre este punto pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de1.988, 26 de mayo y 5 de junio de 1.992 entre otras.

[518] Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1.995 y 16 de octubre de 1.995, 1 de abril de 1996 y 8 de febrero de 1.999.

en un conflicto que se dilucida, jurisdiccionalmente, la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma, está autorizada, por el Ordenamiento[519].

Este derecho, sin embargo, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada[520], en virtud de la cual, las partes se consideren facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran bien proponer[521]. Antes al contrario, dada su naturaleza de derecho de configuración legal, la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad[522], de tal modo que es "*conditio sine qua non*" para apreciar su pretendida lesión, que la prueba, se haya solicitado, en la forma y momento legalmente establecidos[523].

La consecuencia que de todo ello se sigue, es que ,en ningún caso, podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa, cuando, la inadmisión de una prueba, se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda[524].

A los Tribunales ordinarios corresponde, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117.3 de la Constitución Española, la interpretación de las normas legales aplicables, a fin de pronunciarse sobre la admisión de los medios de prueba[525], por lo que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en el caso de casación, sólo podrá revisar esta actividad jurisdiccional ,en aquellos casos, en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda justificación, o la motivación que se ofrezca, pueda tildarse, de manifiestamente errónea, irrazonable o arbitraria[526].

Ahora bien, es necesario señalar que, tarea previa a la de examinar la corrección constitucional de las decisiones adoptadas por los órganos judiciales, ha de ser necesariamente, la de comprobar ,que la inadmisión aludida, ha producido una efectiva indefensión de recurrente, toda vez, que la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 de la Constitución española, únicamente, cubre aquellos supuestos, en que la prueba es

---

[519] Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1.995.
[520] Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1.986.
[521] Sentencias del Tribunal Constitucional 40/1.986, 212/1.990, 87/1.992 y 187/96, entre otras muchas.
[522] Sentencia del Tribunal Constitucional 167/1.988.
[523] Sentencias del Tribunal Constitucional 149/1.987, 21/1.990, 87/1.992, entre otras muchas.
[524] Sentencias del Tribunal Constitucional 149/1.987 y 212/1.990.
[525] Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1.989.
[526] Sentencias del Tribunal Constitucional 149/1.987, 52/1.989, 94/1.992, 233/1.992 y 1/1.996 entre otras muchas.

decisiva en términos de defensa[527], sin que pueda extenderse, el ámbito protegido de este derecho fundamental al de utilizar los medios de prueba pertinentes, pues aquél, no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión[528].

En este sentido, se ha tenido igualmente la oportunidad de precisar, que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por ende, constitucionalmente trascendente, lejos de poder ser emprendida por el Tribunal Constitucional mediante un examen "*ex officio*" de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente, dicha indefensión material, en la demanda, pues la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo[529].

Esta exigencia de acreditar la relevancia de la prueba denegada, se proyecta, en un doble plano.

De una parte, el recurrente, ha de demostrar, en sede constitucional ,la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas[530]. Y de otro lado, quien en la vía de amparo, invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente, que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado prueba objeto de la controversia[531], ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba su hubiera admitido, podrá apreciarse, también ,el menoscabo efectivo del derecho, de quien, por este motivo, busca amparo.

Pues bien, dado que los principales problemas que en la práctica ,se han producido, han tenido que ver con el rechazo por parte de los Tribunales de Instancia de determinados medios de prueba propuestos por las defensas, podrían apuntarse, en relación con el respeto a este derecho fundamental, dos ideas ,a todas luces ,importantes:

En primer lugar, la procedencia de la misma para acreditar la veracidad de la fuente de la prueba. A este respecto, ha destacado el tribunal Supremo[532] que la prueba pedida y denegada resulte útil, es decir, con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos con trascendencia jurídica penal; a las mismas se refiere precisamente el artículo

[527] Sentencias del Tribunal Constitucional 59/1.991, 205/1.991, 357/1.993 y 1/1.996.
[528] Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1.996.
[529] Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1.996.
[530] Sentencias del Tribunal Constitucional 149/1.987 y 131/1.995.
[531] Sentencias del Tribunal Constitucional 116/1.983, 147/1.987, 50/1.988, 357/1.993 y 1/1.996.
[532] Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1.999.

729.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al señalar, la posibilidad de que se propongan y admitan pruebas que puedan influir en la valoración de un testimonio. De esta clase son las pericias que puedan proponerse relativas a la personalidad o características de un testigo, o a las motivaciones o sentimientos de estos que puedan condicionar y determinar su testimonio.

Y, en segundo término que, en todo caso, resulte proporcionada ,a la finalidad perseguida, lo que quiere decir que el criterio de pertinencia se justifica por la adecuada ponderación que el órgano de enjuiciamiento, ha de realizar entre los bienes en conflicto. De una parte, el derecho de defensa del justiciable, que insta a la práctica de aquella pericia que pueda esclarecer si el testigo, preponderantemente menor de edad, está diciendo la verdad y ajustándose a ella, y, de otro lado, si a tal conclusión es posible llegar, sin tener que recurrir a dicha prueba, teniendo en cuenta otros elementos que confluyan en la credibilidad del testimonio y de evitar, también, el efecto de Victimización secundaria, que todo proceso genera en el ánimo del ofendido por el delito.

En todo caso, no debe olvidarse que mientras el Tribunal, a la hora de resolver sobre la práctica de las pruebas propuestas ,se rige por criterios de pertinencia, resolviendo en función de los dos parámetros expuestos, aquella de las partes que propuso la prueba denegada, ha de justificar, en cambio, no sólo la pertinencia, sino sobre todo, como hemos anticipado, la necesariedad de la prueba, concebida, en términos tales que, de haberse practicado, el resultado del pronunciamiento del tribunal hubiera sido diferente, en el caso del proceso penal una sentencia de contenido absolutorio, para que su impugnación prospere.

Finalmente, un tercer grupo de derechos fundamentales del acusado, se pueden ver limitados, son: el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En lo que se refiere al primero de ellos la afectación de este derecho resulta especialmente apreciable en el régimen de excepcionalidad en que el Legislador ha establecido la comparecencia de los testigos-victimas de estos delitos, dotándoles de especiales medidas de protección, que, analizaremos, detalladamente en el siguiente apartado.

Sin embargo, no cabe duda, de que múltiples facetas del derecho de defensa, pueden verse afectadas por la intervención de la víctima y, sobre todo por sus declaraciones en el proceso.

Pensemos, en este sentido, en los supuestos de prueba anticipada del los artículos 448 y 449 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo régimen, si tiene importante incidencia ,en el derecho de defensa del acusado cuando, además se trata de la única prueba de cargo que pueda existir[533]. Es evidente, que para estos casos, el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige la lectura del testimonio de la persona, que no hubiera podido comparecer, al objeto, de garantizar así, la efectiva contradicción, entre las partes[534].

Igualmente, inciden en el derecho de defensa los testimonios prestados por los denominados testigos de referencia, respecto de los que la jurisprudencia[535] ha destacado

BIBLIOTECA VIRTUAL

[533] La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, han elaborado una detallada doctrina sobre las pruebas anticipada y preconstituida que, resumidamente y con cita en la sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1.997 y de 11 de abril de 1.998 es la siguiente: Si bien, con carácter general, la única prueba apta para enervar la presunción de inocencia es la que se practique en el plenario o juicio oral o, sin embargo, en determinados casos, también cobrará valor probatorio la denominada prueba anticipada o preconstituida, llevada a efecto en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción (sentencias del Tribunal Constitucional 76/1.990, 138/1.992, 303/1.993, 102/1.994 y 34/1.996, entre otras); Para ello, es preciso que concurran los requisitos siguientes: a) Material: Que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no pueden ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (sentencias del Tribunal Constitucional 137/1.988, 154/1.990, 41/1.991, 303/1.993, 323/1.993, 79/1.994. 36/1.995,51/1.995 y 40/1.997). b) Subjetivo: Que sean intervenidas por el Juez de Instrucción, que es la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba (sentencia del Tribunal Constitucional 3031.992). Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y para recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (sentencias del Tribunal Constitucional 201/89, 138/92, 107/93 y 303/93 entre otras). c) Objetivo: Este requisito alude a que es preciso que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito imprescindible (sentencia del Tribunal Constitucional 303/1.993).

d) Formal: Se exige, de un lado que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la "*cross examination*" (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de Instrucción), así como, de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de los documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (sentencias del Tribunal Constitucional 25/88, 60 /88, 51/90,140/91 y 200/96, entre otras).

[534] En relación con este precepto el Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente, en relación con la aplicabilidad del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la plena admisibilidad como elemento probatorio de lo contenido en las anteriores diligencias sumariales que "la lectura de las declaraciones, que no es prueba documental sino –lo que es distinto- documentada o con reflejo documental (sentencia del Tribunal Constitucional 303/1.993) debe de hacerse no como una simple fórmula retórica y de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, evitando formalismo de frecuente uso forense" (sentencias del Tribunal Constitucional 80/1986, 149/1987, 22/1988, 137/1988, 10/1992, 51/95, 153/97 y 49/98, entre otras muchas) habiéndose exigido, además "que no es suficiente que se dé por reproducida en el juicio oral" (sentencias del Tribunal Constitucional 31/1981, 145/1985, 150/1987, 80/19991, 51/1995 y 49/98). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ,interpreta que la lectura puede tener valor probatorio si se garantizan los derechos de la defensa especialmente la contradicción (sentencia de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger), pero reprueba el empleo de la fórmula por reproducida, por cuanto, aún habiendo sido admitida ésta por la defensa del recurrente, ello no significa la renuncia a contradecir los elementos del sumario, en la medida en que la acusación se apoye sobre tales elementos y, en particular, sobre la declaración de un testigo (sentencia de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegué y Jabardo).Igualmente, el Tribunal Supremo en las recientes sentencias de 22, 23 de abril y 2 de julio de 1988 y de 31 de enero de 2000, así como auto de 10 de diciembre de 1999, reitera las condiciones y requisitos que garantizan la validez probatoria de las declaraciones sumariales en determinados casos.

[535] Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1998 y de 18 de junio de 1999, entre todas.

que la declaración de testigos de referencia ,en los casos generales, en los que es admitido por la ley, constituye una prueba directa respecto de lo que el testigo conoce, por lo que su valoración, en determinadas circunstancias, puede ser suficiente para alzar la barrera protectora de la presunción de inocencia.

No se trata de un mero indicio, que tiene que ser complementado, con otros de carácter coincidente y de naturaleza incriminatoria, es un testimonio cuyo único problema probatorio pasa por su fiabilidad o credibilidad y por su contenido, en relación con los hechos, que son objeto de enjuiciamiento.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos[536] ha admitido, indirectamente, la prueba de testigos de referencia cuando hay una causa legítima que justifique o explique la inasistencia del testigo directo, pero en estas modalidades delictivas el testigo de referencia que admite el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ,sólo es posible, cuando no se pueda practicar la prueba testifical directa. Pero ha sido, sin duda, la doctrina del Tribunal Constitucional, la que ha elaborado, un conjunto de reglas, para la validez probatoria de estos testigos, que tienen, una importancia inusitada, en estos tipos delictivos, fundamentalmente, cuando no es posible disponer, del testimonio de la víctima[537].

Por último, el derecho a la tutela judicial efectiva del acusado se proyecta sobre diversas manifestaciones de su devenir en el proceso, pero, esencialmente y por lo que se refiere a su relación con la víctima, no cabe duda ,que la vertiente de este derecho, alcanza su plenitud en la exigencia constitucional, de que las resoluciones judiciales limitativas de derechos o las que finalmente, emitan un pronunciamiento condenatorio, deban aparecer, motivadas, es

[536] Sentencia de 19 de diciembre de 1990, caso Delta contra Francia; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro contra Italia o de 26 de abril de 1991, caso Asch contra Austria.

[537] Sentencias del Tribunal Constitucional 217/89, 303/93, 79/94, 51/95 y 97/99, así como auto del tribunal Constitucional 25794. La doctrina del Tribunal Constitucional se puede sintetizar en los siguientes requisitos: a.- Se reconoce la validez y eficacia de estos testimonios para desvirtuar la presunción de inocencia. b.- Ahora bien, la eficacia de la prueba testifical indirecta tiene carácter excepcional, en cuanto que se encuentra subordinada al requisito de que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria c.- Además, que la prueba testifical de referencia sea un medio probatorio de valoración constitucionalmente permitida no significa que, sin más, pueda erigirse en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que la declaración del testigo de referencia no puede sustituir la del testigo principal, pues, cuando existan testigos presenciales, el órgano judicial debe oírlos directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia. De la precitada doctrina, es posible deducir con toda claridad que la necesidad de favorecer la inmediación, como principio rector del proceso en la obtención de la pruebas, impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal. El testimonio de referencia constituido por los agentes policiales que atendieron a la víctima o le recibieron declaración, ha de ser complementado siempre con la lectura de las diligencias sumariales en las que la víctima, con presencia del letrado de la defensa, del Fiscal y, lógicamente, del Juez Instructor y del Secretario Judicial, hubiere prestado su testimonio con intervención activa de las partes en su interrogatorio. Únicamente, por esta vía es posible un pronunciamiento condenatorio sin vulnerar derechos fundamentales del acusado.

decir, deban incluir el necesario juicio de valoración del tribunal, por afectar a derechos fundamentales sustantivos del acusado.

El deber de motivación del artículo 120.3 de la Constitución Española, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 41.1 del propio Texto Constitucional, no se cumple con el razonamiento sobre la subsunción (motivación jurídica), sino ,que necesita, de la llamada motivación fáctica, o expresión razonablemente argumentada de la prueba de cargo utilizada como justificación de lo que se afirma como realmente ocurrido en el relato de los hechos probados, al menos en sus grandes rasgos, para que quede de manifiesto que no ha sido caprichosa la fijación de esos hechos y que, además no responde sólo a una mera convicción subjetiva.

La necesidad de hacer un análisis de la prueba utilizada, sirve para que en la instancia el propio órgano judicial, pueda comprobar si, aparte de sus impresiones personales, en verdad existe una prueba de la que puede dar razón.

Sirve, también ,para que las partes y la sociedad puedan conocer si la condena está o no justificada, y, asimismo, para que el órgano que haya de resolver, en su caso, el correspondiente recurso devolutivo, lo mismo que cuando se recurra en amparo ante el Tribunal Constitucional, tenga elementos de juicio para valorar la suficiencia o razonabilidad de la prueba utilizada para condenar.

Cuando la víctima opera como principal o única prueba de cargo, los razonamientos del Tribunal, para dictar una sentencia condenatoria, exigen de una mayor profundidad y detalle, por cuanto, un grave riesgo, para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce, cuando la única prueba de cargo, la constituye, la declaración de la supuesta víctima del delito. Y, además, el riesgo se incrementa ,si la supuesta víctima, o su representante, es, precisamente, quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querella, haciéndose, aún más acentuado, si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador.

Basta ,con formular, la acusación y sostenerla en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba al acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada ,únicamente ,por la palabra de quien la acusa.

Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador, no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también, de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna fuera de las

manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose el grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación, fundada, exclusivamente, en la palabra del acusador es tan imprecisa, en su circunstancia o en el tiempo ,que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

Es por ello por lo que, en estos supuestos, el respeto a los derechos fundamentales del acusado, en especial a este derecho a la tutela judicial efectiva, conectado al de la presunción de inocencia, no puede limitarse a la mera constatación formal de que dicha declaración es hábil para ser valorada como prueba de cargo, sino que va más allá, verificando la racionalidad del proceso de decisión, que fundamenta la condena.

Además, tratándose de delitos que afectan a menores, si bien merecen un especial reproche moral y social, y, que por ello, exigen de una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atenten y ,a la reforzada tutela, que los menores, merecen como víctimas de los mismos. Pero siendo todo ello cierto, en ningún caso, puede aceptarse, que el carácter, especialmente odioso de los hechos denunciado, determine ,una degradación, de las garantías propias del proceso penal.

A.3- La posible conformidad del acusado. Situación procesal de la víctima del delito.

Nos hemos permitido en esrte apartado del presente estudio detenernos,antes de enfocar la nueva legislación procesal, en efectuar, una valoración histórica, para comprender las importantes diferencia de enfoque,no sólo antes de la reforma procesal, sino también a nivel del Derecho Comparado[538]

[538] Nos hemos detenido, en analizar, las diferentes fórmulas transaccionales en el Derecho norteamericano y el el Derecho europeo.La constitución Federal estadounidense reconoce en su Enmienda VI el derecho de todo acusado a un proceso rápido y público ante un Jurado imparcial.Tal reconocimiento no significa,empero,que el juicio con Jurado sea el cauce comunmente utilizado para decidir la suerte del acusado:con las estadísticas en la mano-FRIEDMAN,L. Introducción al Derecho Norteamericano (traducción de Joan Vergé y Grau), Librería Bosch ,Barcelona,1998 pp 167 y ss- cabe afirmar que en ciertas partes delmpoaís más del 90% de las condenas por hechos constitutivos de delitos graves se producen sinnprevia celebración del juicio oral,debido,a la decisión de los acusados de aceptar su responsabnilidad penal (*guilty plea).*Obviamente,si esto último es así, es porque el proceso penal norteamericano a difereencia del continental europeo,adopta la estructura propia de un proceso de partes (adversary system),reconociéndose a éstas un amplio poder de decisión sobre el objeto del proceso:el Ministerio Fiscal (prosecutor) tiene un régimen de monopolio,la facultad de decidir si cunado y porque hechos proceder penalmente, así como de denunciar el sostenimiento de la acción penal una vez que la misma ha sido ejercitada,de otra parte,se permite que la práctica de la prueba no llegue a producirse si el acusado reconoce formalmente los hechos que se le imputan. La *plea bargaining* implica pues la exisrencia de un acuerdo alcanzado con anterioridad al juicio oral entre el Fisacl y las defensa,en virtud del cual el acusado admite sus responsabilidad en los hechos a cambio de recibir determinadas concesiones por parte del Fiscal.La consecución de este acucerdo supone generalmente la emisión de una sentencia conforme a los términos aportados.Como se habrá imaginado,el ahorro que para el erario público, supone la solución contratada del proceso no es el único aspecto que la doctrina ha resaltado:

Favorece el principio de economía procesal en tanto permite prescindir de los trámites procesales posteriores al momento en que se produce. Reporta ventajas para todos los sujetos que intervienen en la negociación:el acusado adquiere un papel más participativo en la Justicia y elude los eventuales riesgos que para el podrían derivarse de la celebración del juicio Oral,mejpora la calidad de la justicia,de un lado porque aporta una mejor adecuación de la iniciativa penal a la personalidad del reo, facilitándose su rehabilitación y reinserción en la socieda,de otro, permite una mayor dedicación de los Jueces,. Fiscales y Abogados a los casos en que se enjuician conductas más graves.No obstante algunos autores-una relación de los autores críticos puede verse en FERNANDEZ ENTRALGO,J Principios procesales y procedimentales de la LO 7/88 en la reforma delm proceso penal (con Andrés Ibañez, Conde-Pumpido Tourón, Perez Mariño y Varela Castro)Ed. Tecnos Madrid 1990 pp 34 a 36, destacan que la economía procesal no lo es tanto, porque va en detrimento de de los derechos y garantías consagrados en la Constitución estadounidense:el derecho a un juicio público a través de un Jurado imaprcial,del derecho a no declarar contra unc a presunción de inocencia, etc.,asimisr os sujetos que intervienen en el proc cerso, el Fiscal muchas veces negocia osa a la hora de negociar con el acusad ar una sentencia justa, el Juez es sujeto con la salvedad de algunos Estados- cc nterás indudable sobre todo si se tiene nsor y el Fiscal puede repercutir negati en sus intereses económicos o financi Unidos como consecuencia de su o papel que se le asigna a la víctima en permiten que la víctima se halle presen nformada de los términos en que este se ha logrado.Otros Estados,en cambio, permiten en cambio que la víctima participe directamente en el proceso negociador.En todos ellos se concede la oportunidad de que el ofendido y/o perjudicado participe en la decisión de la *plea bargaining* con el Juez o con el Fiscal en vía de consulta.En el Proceso penal italiano *patteaggiamento sulla pena* y su reforma introducida por Ley de 22 de Septiembre de 1988 es de las operadas en el ámbito europeo,en la que se aprecia más calaramente el influjo ejercido por el *adversary system* norteamericano.Así se sustituye la fase judicial d einvestigación por una *indagine preliminare* a cargo del Ministeri Fisal, y de la Polocía Judicial: se crea una nueva fase intermedia entyre la fase de investigación y el juicio Oral en la que el Juez compreuba si existen las condiciones o no de apertura del Jicio Oral,se acentúa el principio de oralidad y la participación igualitaria de las partes en la fase del Juicio Oral,,se establede que la prueba debe practicarse, previa instancia de parte. La doctrina italiana no ha dudado en relacionar la *plea bargaining* con la *applicazione della pena su richiesta delle parti o patteggiamento sulla pena,*en tanto también este último descansa sobre la base del acuerdo alcanzado entre el representante del Ministerio fiscal y el imputado sobre la pena que será objeto de la propuesta formulada al Juez.- LOZZI,G. *L"aplicazione della pena richiesta delle parti* cit. pp 19 a 28 y de GAMBINI MUSSO,R.*Il plea barganing tra Common Law e Civil Law,*pp 113 y ss. En Alemania, se conceden facultades al Ministerio Fiscal de abstenerse de formular acusación pèse a tener sospechas funhdadas de haberse cometido un hecho quier reviste caracteres de delito,así como de la reconocida al tribunal para archivar la causa ya iniciada.Ambas facultades aparecen contempladas, en los && 153 y ss de la Ley procesal alemana..Ahora bien tales facultades se hacen extensibles a los casos de dererminados delitos cometids contra la seguridad del Estado de prejudicialidad y pendencia de otro proceso con similar objeto, de escasa reprochabilidad del hecho objeto del porceso,de casos relacionados con hechos delictivos realizados en el extranjero o cometidos en Alemania por extranjeros.Todos estos supuestos de manifestaciones consesuadas, son excepcionales de lo que, no con demasidado acierto, la doctrina procesalista,denomina, principio de oportunidad reglada.- MANZANARES SAMANIEGO,J.L.Oportunidad y conformidad,Cuadernos de Derecho Judicial.Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inicencia.Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992,pp 39 y FERNANDEZ ENTRALGO,J. Justicia a cien por hora.El principio de consenso en el rprocedimiento abreviado,cit. pp 1052. En Protugal una vez aprobado el Códigp procesal portugués por Decreto-Ley nº 78/87 de 17 de Febrero,se incribe en la misma tendencia que sus homólogos europeos por adoptar determinados mecanismos favorecedores a la aceleración procesal.A dicho fin se dirige básicamente la restructuración de la fase instructora en una obligatoria fase de unvestigación atribuida al fiscal y en la instrucción judicial,ésta de carácter facultativo y que tiene por objeto autorizar o negar que contunúe adelante la acusación formulada.

El incremento cuantitativo de los hechos, que constututivos de los caracteres, de delitos y faltas ,se someten al conocimiento de los órganos juricdccionales,la tipicación de las nuevas y complicadas figuras delictivas, la insificiencia de medios materiales y humanos puestos a disposición de aquellos órganos,la existencia de un Código punitivo y una Ley Procesal penal que repondían a criterios decimonónocos...[539] fueron algunas de las circunstancias por las que también en España se hablaba (y aún hoy se sigue hablando) de una situación de crisis en los Juzgados.

Alguna de las medidas adoptadas, para hacer frente, a tan crítica situación, tuvieron lugar desde el ámbito del Derecho penal o sustantivo. Nos referimos a la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de Junio de reforma urgente y Parcial del Código penal y por la ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio de actualización del Código Penal.[540]

Como quiera que excedería, del propósito de este trabajo, realizar un estudionpromenorizado de dichas reformas, nos limitamos a mencionar, los principales mecanisnos, utilizados en ellas para descongestionar de trabajo los órganos de orden penal y dar,a su vez, satisfación al principio de intervención mínima.

En primer lugar, se produce la descriminalización y despenalización de ciertos hechos on conductas-la mayoría de ellas en el Libro III del CP- por no merecer reproche social alguno o por merecerlo de forma má leve a lo hasta entonces previsto.Esto,sin embargo,cabe afirmar con ARMENTA DEU,[541] que ambas reformas, no respnden, a una tendencia descriminalizadora,simo,más bien, a una modificación de criterios en cuanto a lsos bienes jurídicos objeto de proteción, quer llevaron al legislador,a excluir de sanción penal,a determinadas conductas por obsoletas pero también, a acoger nuevas formas de delincuencia.

En el mismo camino de reduci,r el número de causas sometidas al conocimiento de los órganos jurisdicionales, se sitúa la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre del Código penal. En el ámbito del Derecho Procesal, la reforma de la Ley de Enjuciamiento Criminal tampoco se hizo esperar.Su detonante más proximo, fue la STC 145/88 de 12 de Julio dictada con motivo de dos cuestiones prejudiciales de inconstitucionalidad, planteadas por los Juzgados de Instrucción nº 2 de Palma de Mallorca y nº 9 de Madrid, y en la que se

[539] Un análisis, de estas circunstancias, en GONZALEZ.CUELLAR GARCIA,A.Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal, Revista de Actualidad Penal 1988, nº 28,pp 1455 y ss.

[540] Obviamente ,ambas reformas, lo fueron respecto del Texto Refundido del Código Penal de 1973.

declaró la insconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 2 de la LO 10/1980 que permitía el dsempeño, de las funciones instructora y decisoria por el Juez de instrucción contraviniendo, así, el derecho consagrado por la Constitución Española (art 117.1 y 24.2) y en el Convenio de Roma (art. 6.1).

Transcurridos unos meses desde esa Sentencia, se publica la LO 7/1988 de 28 de Diciembre por la que se modifican diversos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se da nueva redacción al título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que venía a sustituir los hasta entonces vigentes, procedimiento de urgencia de la ley 3/1967 de 8 de abril y procedimiento oral para el enjuiciamiento de delitos dolosos menos graves y flagrantes de la LO 10/1980 de 11 de Noviembre.

Sentadas las premisas anteriores y antes de enfocar la nueva legislación procesal, en nuestro Ordenamiento Jurídico, se ha utilizado, tradicionalmente, fórmulas como el sustantivo "conformidad" y el verbo "conformarse" para hacer referencia al instituto que va a ser objeto de estudio en el presente apartado.Según una de las acepciones que recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española[542] "conformidad" (del latín conformitas-atis) denota "unión ,concordia y buena correspondencia entre dos personas)

Así , en una primera aproximación, cabe definir la conformidad ,como aquel acto procesal en que se manifiesta la voluntad de la defensa (acusado y Abogado) de aceptar los térmminos del escrito de calificación provisional o acusatorio,si hay uno solo o los de aquel, en que más gravemente se haya calificado, si hay varios, y que ocasiona, salvo que no concurran los presupuestos y requisitos previstos legalmente, la finalización del proceso mediante Sentencia dictada sin le previo y preceptivo juicio oral.

La conformidad no es una institución reciente. Sus orígenes legales en España se remontan al real Decreto y Reglamento Provisional para la administración de Justicia de 26 de Septiembre de 1835, concretamente su artículo 51.

Fue reformada por al Ley de reforma provisional de 9 de Junio de 1850 ,por el Real decrteo de 20 de Junio de 1852 sobre delitos de contrtabando y defraudación,qie daba nueva redacción al artículo 83 por la ley de orden Público de 27 de Marzo de 1867, asimismo se alude en la Ley provisonal de Enjuiciamiento Criminal de 1872 a la conformidad eb sus artículo 596 a 610 que serían el antecedente inmediato delos artículos 688 a 700 de la actual

---

[541] ARMENTA DEU,T.Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad:Alemania y España,cit. pp 176.

[542] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia,vigésima primera edición, 1992 pp 380.

Ley de Ritos. En ella se contempla el instituto de la cnformidad,en el procedimiento ordinario por delitos graves (art. 655, 668 a 700).

Destacar, como notas fundamentales en el procedimiento ordinario de la misma, que se delimita, de forma más clara, los momentos procesales, en los que el acusado, puede manifestar, su conformidad (en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa y al comienzo de las sedsiones del juicio oral) anudándose, igualdad de efectos, a cada una de las modalidades (art. 655 y 694), se reestablece el límite de admisibilidad de la conformidad en penas correcionales (art. 655.1 y 668.2), se consolida el instituto dela conformidad como acto de doble garantía, al seguirse, requiriendo, la anuencia del defensor y del defendido como presupuesto de eficacia, desaparece la obligación del tercero, civilmente responsable, de prestar juramento, cuando, en su declaración, acepte los términos de la calificación que le conciernan, existe concreción del carácter vinculante de la conformidad, respecto a la resolución del tribunal en tanto se prohibe qye éste imponga pena mayor que lña conformada por las partes (art. 655.2 y 694 en relación con el ar. 655); se amplía los poderes del Juzgador, que deberá ordenar, la contiunuación del procedimiento, además de los mismos supuestos, que preveía, la Ley provisional de 1872, en el caso de entender que la pena solicitada no es la procedente según la calificación, sino otra mayor(art. 655.3).

Tomando como base todo lo expuesto hasta la fecha, puede afirmarse que la conformidad no ha tenido, en nuestro ordenamiento procesal penal ,un régimen, constante u homogéneo.

En el procedimiento ordinario, este instituto sólo es adecuado, en opinión de algunos autores,[543] para el enjuiciamiento de los hechos constitutivos de delitos castigados con penas privativas de libertad superiores a nueve años (antiguo art. 779 de la LECRim. y actual 757 tras la reforma operada por Ley 38/2002 y Ley Orgánica 8/2002 de 24 de octubre.

Así las cosas y siempre, en opinión de aquellos autores, en el transcurso de dicho proceso ya no podia tener lugar la conformidad del acusado,toda vez que el límite máximo previsto para ésta quedaría fuera del ámbito objetivo del procedimiento ordinario.

Pese a la aparente lógica del razonamiento que se acaba de expones,entendemos que es inexacto.Una cosa es la pena abstracta esto es, aquella que, en principio corresponde a los

[543] Así FORCADA JORDI,M.,acerca de la conformidad en el proceso penal, Revista La Ley 1991-1 pp 1024 y 1026,ORTELLS RAMOS,M.El nuevo procedimiento abreviado:aspectos fundamentales, Revista Justicia 1989, pp 558.

hechos constitutivos de un delito y en virtud del cual, se establece el procedimiento que ha de seguirse,y ,otra distinta la pena concretamente solicitada por las partes acusadoras.[544]

Es, a esta última, a la que se refieren los artículos 655 y 688.2 de la LECRim.para señalar el límite máximo de la sanción con la que el acusado ,puede conformarse.

En consecuencia,[545]es perfectamente factible que, siendo el procedimiento ordinario por delitos graves el cauce procesal adecuado, por mor, de una provisional tipificación, de los hechos ,posteriormente, la apreciación de circunstancias que atenúan las respnsabilidad criminal o la constatación de un grado de ejecución o participación más favorable al acusado, lleven al Ministerio Fiscal y/o a las restantes partes acusadoras a solicitar pena de prisión igual o no superior a tres años respecto de la cual ya es posible la conformidad.

En el procedimiento penal abreviado y siguiendo a MUERZA ESPARZA, aparecen contempladas, idénticas posibilidades: Conformidad manifestada una vez conclusa la fase instructora (antiguo art. 791.3 de la LECrim. actual 784-1 una vez producida la reforma procesal por los Textos normativos, anteriormente indicados), y que puede, exteriorizarse, de dos maneras diferentes: junto al escrito de acusación del ministerio Fiscal o en el escrito de defensa, y la segunda, la conformidad manifestada al comienzo de las sesiones del Juicio oral,antes de que tenga lugar la práctica de prueba (antiguo art. 793.3, actual 787-1 del referido texto Legal).

Si que conviene recalcar que el artículo 800.1, redactado, como sabemos, por la ya citada, Ley Orgánica 8/2002, prevé un régimen especial de conformidad, distinto del general previsto en el artículo 787 el cual también es de aplicación, este concreta, en determinados supuestos en él previstos , cuando el acusado, pueda prestar su conformidad en el propio Juzgado de Guardia, procediendo entonces éste, inmediatamente, a dictar sentencia con las peculiaridades que ahora veremos.

El primer problema ,que este régimen especial de conformidad, plantea, es el hecho de que sea el propio Juez de Guardia, esto es el órgano encargado de la Instrucción, el que se convierta asimismo en órgano sentenciador, con una vulneración por tanto de los principios procesales y una indefensión para el perjudicado por el delito.

---

[544] En este sentido puede verse,entre otras muchas, la STS de 25 de Octubre de 1993.(R:Ar. 7961).

[545] MUERZA ESPARZA,J, DE LA OLIVA SANTOS, A.,ARAGONESES MARTINEZ,S., HINOJOSA SEGOVIA,R., y TOMÉ GARCIA,J.A."Derecho procesal penal", Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A.,Madrid 1994, 2ª reimpresión a la 1ª ed. y 1ª reimpresión a la 2º ed.

Desde el primer momento, este diseño ,suscitó recelos, en diversos Grupos Parlamentarios que en sus respectivas enmiendas[546] pretendieron que ante la conformidad efectuada en el Juzgado de Guardia, el Juez remitiese, inmediatamente las actuaciones, al Juez de lo Penal para que fuera éste el que dictase la sentencia, con lo que se salvaría, entendían, la necesaria separación entre fase instructora y decisoria y su atribución a distintos órganos, cumpliendo con ello las exigencias impuestas por el Tribunal Constitucional ,en su conocida Sentencia 145/1988, de 12 de julio.

Reparos, en el mismo sentido, manifestó el Consejo General del Poder Judicial, quien en su Informe manifestó: "Dicha posibilidad, por otra parte, puede suponer una quiebra del principio básico de separación de funciones: de instrucción y de enjuiciamiento y de la garantía constitucional al Juez imparcial conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (Cfr. Sentencias 145/1988 y 186/1990)2. La circunstancia, de que, como se indica, el Juez instructor de guardia solo puede dictar sentencia de conformidad no excluye por completo las objeciones aludidas[547].

En defensa de la constitucionalidad de que sea el Juez de Guardia el que dicte la sentencia de conformidad, el Diputado del Grupo Popular. Sr. OLLERO TASSARA, realizó en el Pleno del Congreso de 27 de Junio la siguiente argumentación: "A nuestro modo de entender, hay que distinguir la separación de funciones, de instrucción y de fallo, de lo que es el valor que realmente hay que proteger, que es la imparcialidad del juez. Existen unas sentencias del Tribunal Constitucional, algunos de cuyos autores han tenido que ver con el asesoramiento de este proyecto, en las cuales se entiende que, en determinadas circunstancias porque no olvidemos que estamos hablando casi siempre de casos concretos, el hecho de que el juez instructor fallara a la vez, afectaba, al principio de imparcialidad objetiva.

[546] Vid. Enmiendas nº' 71, 95 y 130 presentadas en el Congreso, respectivamente por el Grupo Parlamentario Vasco. Grupo Mixto y Grupo Socialista (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de Mayo de 2002. pp. 50, 56 y 69 y ss.) y las nº 2 y 5 presentadas en el Senado respectivamente por los Grupos Entesa Catalana de Progrés y el Grupo Socialista (vid. Boletín Oficial del Senado, VII Legislatura, serie IIIb, nº 9c, 16 de septiembre de 2002, pp. 6 y ss.).

[547] Vid. Consejo General del Poder Judicial, Informe a la Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado ant. cit..

Esas sentencias, se hacían eco de sentencias europeas, como la del caso Piersack[548], bien conocido, donde, en efecto, se había dado esa circunstancia: alguien que había intervenido en un momento acusatorio del proceso, posteriormente, se veía convertido en juez.

Ahora bien, la sentencia de conformidad ,se da en un contexto muy peculiar. Así como ésta ha estado pensada para una situación en la que hay una fase de instrucción donde el juez tiene que procurar buscar elementos incriminatorios, por los menos, investigar, y una segunda fase contradictoria, donde, el juez puede estar prevenido, puede tener prejuicios como fruto de esa labor instructora previa, precisamente, la sentencia de conformidad se caracteriza porque no hay esa doble fase, no hay juicio oral, no hay práctica de prueba, no hay un enjuiciamiento en sentido propio.

Hablamos de fallo pero no de enjuiciamiento. Por tanto, difícilmente puede quebrarse una imparcialidad sobre una función que no se está realizando. Es un aspecto que la doctrina ha señalado y que el propio Tribunal Constitucional, ha ido desglosando, aparte de en esa sentencia concreta a la que he aludido, al dejar claro ,que en un juez que participa de forma activa en la investigación podrían nacer prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad.

El Tribunal Constitucional, ha dedicado, muchísimas sentencias, a desglosar, por vía de amparo lógicamente, determinados actos que no considera instructorios; se han producido en la fase de instrucción, pero no los considera propiamente instructorios en el sentido de que pueda afectar a esa imparcialidad. Igualmente, a la hora de analizar el juicio de faltas, por considerar ese procedimiento menos formalista, tiene un tratamiento distinto.

Realmente lo que hace el juez en una sentencia de conformidad no es expresar su convicción que puede estar predeterminada precisamente por esa tarea previa, sino homologar la voluntad del acusado que se conforma con la del acusador[549].

Cierto es, que el Tribunal Constitucional, ha venido señalando cuando la confusión de funciones instructoras y juzgadoras conculcan el derecho a un juez imparcial en su vertiente de imparcialidad objetiva[550] (esto es, la que se refiere a las sospechas que evidencian la relación del Juez con el objeto del proceso, frente a la imparcialidad subjetiva que alude a aquellos aspectos que expresan sospechas de indebidas relaciones del Juez con las partes), y

[548] La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Piersack data de 1 de octubre de 1982 y abordaba la cuestión de la imparcialidad de un Tribunal cuyo presidente había formado parte, previamente, del Ministerio Público.

[549] Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura. Año 2002, nº' 178, sesión plenaria nº' 172 celebrada el jueves 27 de junio de 2002 pp. 8917 yss.

cuando no[551], insistiendo en la idea de que la acumulación de ambas funciones en un mismo órgano judicial no puede examinarse en abstracto, sino, que hay que descender, a los supuestos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador en cada caso, y proclamándose el derecho a la tutela judicial efectiva para las partes del proceso, debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructor compromete dicha imparcialidad sino únicamente aquellos en que, por asumir el juez un juicio ,sobre la participación del imputado en el hecho punible, pueden producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad que lo inhabiliten para conocer de la fase del juicio oral.

Y en este sentido, no hemos de olvidar, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[552] ha afirmado, que no se infringe el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (del que hemos hablado en la presente Tesis) en los supuestos, tales como la adopción de prisión provisional y posterior enjuiciamiento por un mismo juez[553] y la confusión de funciones instructoras y de enjuiciamiento en determinados procesos penales simplificados, de citación directa, como es el caso del "procedimiento directísimo italiano

---

[550] Por todas, Sentencias ll3/1987,145/1988,164/1988,11/1989,106/1989,98/1990,186/1990, 138/1991, 151/1991, 238/1991, 113/1992, 170/1993, 32011993, 372/1993, 384/1993, 132/1997.

[551] Se ha entendido, que no afecta a la imparcialidad objetiva, entre los hechos de admitir una denuncia o querella y enjuiciar el caso dada las limitadas posibilidades de rechazo que nuestro ordenamiento prevé para aquéllas en los artículos 269 y 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Sentencia 41/1998), ni los casos en los que la Sala que va a decidir el caso fue la que confirmó en apelación el recurso contra el auto de procesamiento pues ello sólo indica que no se desaprueba la apreciación de indicios racionales de criminalidad realizada cautelarmente por el instructor pero no una contaminación de la Sala (Sentencias 85/1992 y 142/1997). Contrariamente, sí resultaría herida la imparcialidad objetiva en aquellos otros supuestos en los que es la propia Audiencia Provincial la que dicta un auto de procesamiento *ex novo*, sobre la base de imputaciones que no han sido formuladas o aceptadas por el juez de instrucción (Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1993 y Sentencia del Tribunal Supremo, caso de la presa de Tous de 8 de noviembre de 1993). Adoptada una medida cautelar personal por el juez instructor cabe que lo haya sido ex officio o, normalmente, a solicitud de las acusaciones en la audiencia que ha de convocar al efecto (vistilla del art. 504 bis 2 Ley de Enjuiciamiento Criminal); en el primer caso, si ese instructor formara parte luego del Tribunal sentenciador estaría contaminado, no así en el segundo caso pues se considera que la decisión fue objetiva de acuerdo con la ley y mediando necesaria petición. También cabría afirmar la imparcialidad de aquel Tribunal al que, amén de corresponderle el enjuiciamiento de la causa, ha conocido de la apelación contra el auto de prisión (art. 504 bis 2 in fine), limitándose a su confirmación, lo que no sería factible si el que decreta la prisión ex officio es el propio sentenciador.

[552] Sobre la jurisprudencia del mismo, en relación al derecho a un proceso justo, puede verse, entre otros, NOREÑA SALTO, J.R., "El derecho a un proceso con todas las garantías. Art. 6.1 CEDH", en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, n.º V 2000, pp. 119 y ss.; LÓPEZ ORTEGA, J.J. "Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal (Panorama de la jurisprudencia del TEDH)", en la misma revista, pp. 303 y ss. Igualmente, y en relación al derecho a un juez imparcial en la jurisprudencia, puede consultarse, PEDRAZ PENALVA, E" Derecho Procesal Penal,"ob. cit.ant., pp. 211 y ss (obra del autor)

[553] Así, en un sistema de corte anglosajón, como el danés, en el que corresponde al Ministerio Público la dirección de la investigación (caso Hauschild, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de mayo de 1989) o la confirmación de dicha medida cautelar en la fase intermedia por un Magistrado de la Chatribre d`accusation francesa (caso Saint Marie, Sentencia de 16 de diciembre de 1992); la emisión por un mismo órgano judicial de un auto de sobreseimiento (o antiguo"despacho de pronuncia" portugués) y posterior enjuiciamiento (caso Saravaia de Carvalho, Sentencia de 22 de abril de 1994); la asunción de determinadas funciones instructoras y de decisión por un Juez de Distrito austriaco en nuestro equivalente a un juicio de faltas (caso Fey, Sentencia de 24 de febrero de 1993).

(caso Padovani contra Italia, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 1993).

Es aquí,donde podernos encontrar, el engarce de la constitucionalidad analizada. En la citada sentencia se afirma que no es contrario al derecho a un juicio justo, que lógicamente incluye el derecho a un juez imparcial, el hecho de que en un proceso por delito flagrante sea el propio juez instructor el que falle la causa: *The Court notes in addition that the pretore followed specific rules applicable to flagrante delicto cases within his jurisdiction. Gludizio direttissimo is a flexible procedure which seeks to satisfy the reasonable time requirement.*

El alcanzar pues el enjuiciamiento ,en un plazo razonable ,justifica tal acumulación de funciones en un solo órgano judicial. Pero es más, se podría argumentar, como hacía OLLERO TASSARA en su intervención parlamentaria, que, en realidad, la sentencia de estricta conformidad no supone realmente un enjuiciamiento, sino una mera homologación de la voluntad del acusado que se aviene a la petición de la acusación.

Así pues, el Juzgado de Guardia es el órgano judicial competente, para dictar la Sentencia de conformidad, remitiendo entonces la citada resolución al Juez de lo Penal para su ejecución[554]. Esta atribución competencial que, como sabemos, obligó a una modificación del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo puede materializarse si se cumplen los siguientes requisitos, salvaguardando los derechos del perjudicado:

a) Que no se hubiere constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiere solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el Juez de Guardia, aquél hubiere presentado en el acto escrito de acusación (art. 801.1.1.). El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado, en la enmienda nº 9, pretendió añadir la posibilidad de que el escrito de acusación del Ministerio Público pudiera ser presentado en el acto oralmente, propuesta que no fue aceptada[555], si bien entiendo que por coherencia con la norma general prevista en el artículo 800.2 debería entenderse que también cabe esta forma de acusación. Este requisito es lógico, ya que si hubiese acusación particular y fuera éste el que solicitó la apertura del juicio oral, como sabemos, el Juzgado de Guardia emplazará tanto a esta acusación corno al Ministerio Público para que presenten su escrito de acusación en un plazo improrrogable nunca superior a los dos días (art. 800.4), citando a las partes, una vez recibidos éstos, para la

[554] La mención a la remisión de las actuaciones al Juzgado de lo Penal para la ejecución de la sentencia se debe originariamente a la enmienda nº 45 presentada en el Congreso por el Grupo de Coalición Canaria, vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, n.º 223 7, 23 de Mayo de 2002, pp. 43.

celebración del Juicio oral ya ante el órgano sentenciador. No obstante, el propio artículo 801.4, prevé la posibilidad de que en los supuestos en los que haya acusación particular, el acusado, en su escrito de defensa que ha de presentar ante el Juzgado de lo Penal pueda prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones "según lo previsto en los apartados anteriores", con lo que, si se cumplen los demás requisitos, establecidos en el artículo 801, el órgano sentenciador, que como decimos ya no es el Juzgado de Guardia, podrá dictar sentencia de conformidad en los términos previstos en el mismo, esto es, pudiendo rebajar la pena privativa de libertad en un tercio y procediendo, eventualmente, a su suspensión.

b) Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa o con otras penas de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años (art. 801.1.2.0). Se trata ,de un tope penológico, cuya lógica se encuentra en el requisito siguiente, esto es, que propicie una pena que rebajada en un tercio permita cumplir con el requisito cuantitativo impuesto por el Código penal para poder aplicar la figura de la suspensión (antes remisión) condicional o la sustitución. Respecto a la redacción del precepto decir que el Grupo Parlamentario Socialista, en su enmienda número 130 del Congreso pretendió añadir "o se solicite una medida de seguridad privativa de libertad con el mismo máximo de duración"[556], propuesta, pienso, que no tenía demasiado sentido, toda vez que lo que la tipificación del Código Penal, anuda a los delitos es la correspondiente pena y, no medidas de seguridad ,que serán solicitadas y, eventualmente, impuestas, si el injusto fue cometido por un inimputable y exento de responsabilidad criminal por algunas de las eximentes previstas en los tres primeros números del artículo 20 de nuestro Texto punitivo.

c) Que, tratándose de pena privativa de libertad la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión (art. 801.1.3.). Como he expuesto, la razón del precepto es cumplir con el tope penológico que el Código Penal impone para la suspensión o sustitución de la pena de prisión (arts. 80 y 88 del Código Penal)[557].

---

[555] Vid. Boletín Oficial del Senado, VII Legislatura, serie IIIb, nº 9c, 16 de septiembre de 2002, pp. 8 y ss.

[556] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp 69 en la enmienda 5 del Senado, Vid. Boletín Oficial del Senado, VII Legislatura, serie IIIb, nº 9c, 16 de Septiembre de 2002.

[557] La enmienda nº 1 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos proponía modificar el artículo 801.1.3 dándole la siguiente redacción " Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla, específicamente cuando el imputado haya reconocido

d) Que la conformidad sea de una pena procedente y se trate de una conformidad prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias. El artículo 801.2 impone al Juez de Guardia realizar la función de control de la conformidad a que se refiere el artículo 787 en el cual encontramos ,dos clases de control. Por un lado, se ha de constatar, que la calificación formulada y la pena solicitada procede legalmente, pues hasta tanto no se subsane este error por el Ministerio Fiscal y se produzca una nueva conformidad no se podrá dictar sentencia (art. 787.3). Por otro lado, el Juez deberá estar convencido de que la conformidad del acusado ha sido prestada libremente y con conocimiento de las consecuencias de la misma (art. 787.4), pues en otro caso, esto es, si albergara dudas sobre ello (al igual que ocurriría en el caso de que no se corrigieran los errores de calificación o petición de pena), no cabría aceptar la conformidad y el proceso seguiría como un juicio rápido normal, o sea, procediéndose a citar para el Juicio oral ante el Juzgado de lo Penal. La enmienda nº 130 del Grupo Socialista en el Congreso, pretendía ,incluir la previsión, de que cuando hubiera dudas sobre si el imputado se encontrase en condiciones idóneas para prestar el consentimiento el Juez, pudiera ordenar, que se incorporara, informe forense valorativo de la capacidad jurídica, que en este momento, se tenía ,para prestar consentimiento[558].

e) Que el acusado preste compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles si es que se va a suspender la pena de prisión. Dispone el artículo 801.3 del citado Texto legal, que para acordar la conformidad la suspensión, bastará, con el compromiso del acusado, de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial, que el Juzgado de Guardia fije. En primer lugar, debe observarse, que se de un requisito que afecta sólo a la suspensión de la pena privativa de libertad y no para los casos de sustitución de la pena de prisión, lo que es lógico, ya que el requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles al perjudicado por el delito, lo impone el Código penal, para aquélla institución y no para ésta. Ahora bien, se observa una descoordinación entre lo que exige el Código penal para poder suspender la pena de prisión, que es el que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, que se hubieren originado (salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas) y lo que el artículo 801.3 exige para poder dictarse sentencia de conformidad y suspender la pena

---

sustancialmente los hechos que se le atribuyen, a presencia judicial". De la lectura de la justificación se desprende claramente que se Unta, en realidad, de un enmienda al artículo 795.1.3f. Vid. Boletín Oficial del Senado, VII Legislatura, serie III b, nº 9c, 16 de Septiembre de 2002, pp.8.

[558] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de Mayo de 2002, pp. 70.

rebajada que no es el tener ya satisfechas aquellas responsabilidades sino el comprometerse a realizarlo en el plazo que el Juez de Guardia fije. Además, es harto criticable que el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ,no haya acogido la salvaguarda, que si figura en el texto punitivo, de dejar a salvo el cumplimiento de este requisito para los que han sido declarados insolventes. Precisamente, esto fue lo que llevó al Grupo Parlamentario de Izquierda Unida a solicitar, en su enmienda nº32 en el Congreso, la desaparición de este requisito, argumentando que el precepto, permite, que los acusados con patrimonio suficiente garanticen, el pago de las responsabilidades civiles y les sea suspendida la pena privativa de libertad, mientras ,que los que carezcan de pecunio suficiente, se vean obligados sin remisión a cumplir la pena. Se viola el principio de igualdad de la víctima del delito, no sólo porque en situación análoga se trata de forma desigual, sino porque, se prima al ciudadano con medios frente al que carece de ellos[559]. Lejos de ello, creemos que la solución pasa por una interpretación integradora, que no impida, al insolvente, beneficiarse de la suspensión de la pena.

f) Que el acusado preste compromiso de obtener la certificación de centro o servicio, público o privado, de que se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento contra la drogodependencia ,si es que se va a suspender la pena, por este motivo. Recogido, asimismo, en el artículo 801.3 tiene su sentido en la previsión de que muchos supuestos de suspensión pueden ser de sujetos que se hallan en las condiciones previstas en el precepto, si bien no se encuentra razón por el que el requisito no se hace asimismo extensivo a los supuestos de sustitución. Y es que se ha traído al artículo 801, la dicción literal del artículo 87.1 del Código Penal, si bien conceptuándolo como un mero compromiso, pero, a nuestro modo de ver, no hubiera estado de más ,haberlo previsto ,también, para la sustitución, aunque, dados los generales requisitos que esta figura exige, nada impide que ello sea aceptado por el Juez para valorar las circunstancias del caso, y poder acordar ,dicha medida.

Cumplidos los requisitos vistos, el artículo 801.2 dispone que el Juez de Guardia dictará sentencia de conformidad ,en la que impondrá ,la pena solicitada ,reducida en un tercio, y si la pena impuesta fuera privativa de libertad resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución, habiendo desaparecido en el trámite del Senado el 800.1.4, párrafo 2º, según el cual en los supuestos en los que el acusado se hubiese comprometido a satisfacer las responsabilidades civiles en el plazo que fije el Juez, la sentencia contendrá ,también -la

[559] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002,pp 40. Enmienda reiterada en la 45 del Senado, vid. Boletín Oficial del Senado, VII Legislatura, serie IIIb, nº 8c, 17 de Septiembre de 2002, pp. 41.

previsión de que ,si no satisface, aquellas responsabilidades, se le impondrá, mediante auto, el cumplimiento de la pena solicitada sin reducción alguna.

Vemos, pues, que el contenido de la sentencia de conformidad es la imposición de la pena solicitada reducida en un tercio y acuerdo de suspensión o sustitución en caso de penas privativas de libertad en caso de que proceda.

Este es el mecanismo que desde nuestra visión, permítannos dicha expresión, "da originalidad" a la Sentencia de conformidad del juicio rápido, convirtiéndolo, en un enjuiciamiento inmediato de delitos, y que lo separa del régimen de conformidad general previsto para el resto de los procesos penales.

Sin embargo, este "premio a la conformidad" no gustó al Grupo Parlamentario Vasco que en su enmienda nº 72 presentada en el Congreso propuso su desaparición por entender que «no se comprende bien por qué razón de orden material un reo deba ver disminuida su pena por el hecho de conformarse con ella.

¿Acaso se pretende estimular las conformidades con reducciones de pena para quitarse papel de encima? Por otro lado, si el Ministerio Fiscal sabe, que la pena por él solicitada y luego confirmada va a verse reducida en un tercio, cabe suponer que en su calificación solicitará un tercio más de la pena que tenía previsto solicitar, con lo cual tampoco se consigue nada. Todo ello resulta contraproducente ,en aras a la satisfacción global ,de la víctima del delito.

En otro orden de cosas, cabe preguntarse por qué razón la pena privativa de libertad conformada va a verse reducida en un tercio y no se prevé el mismo régimen para las penas de multa, o de privación del carné de conducir o de otros derechos. Si se admite lo más, lo coherente sería también admitir lo menos"[560]

Igualmente crítico, se manifestó, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe, en donde podemos leer[561]: Resulta oportuno reparar en el dispar tratamiento que de la conformidad, se hace, en el procedimiento de juicio rápido, respecto de la prestada en el procedimiento abreviado y en el procedimiento ordinario.

[560] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de Mayo de 2002, pp. 51.

[561] Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe a la Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado, cit., pp. 47 y ss.

En el enjuiciamiento rápido, la pena a imponer ,será objeto de reducción obligatoria en el tercio de la pena solicitada, en tanto que en otros supuestos se impondrá la pena con la que se conformó el acusado, sin reducción alguna.

No parece criticable el sistema de reducción de pena, pero para ello es preceptiva la modificación tanto del Código penal como de la propia Ley de Enjuiciamiento criminal en sus normas generales, que establezcan, la posibilidad de imponer pena inferior a la señalada por el tipo penal, cuando dicha reducción conlleve ,la rebaja por debajo del mínimo de la pena tipo, salvo ,que se entienda, que en ningún supuesto, pueda darse dicha posibilidad, manteniéndose en todo caso la vinculación legal a la pena tipo mínima en todo caso.

Sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial, en relación con el inciso, contenido en el artículo 801 expone: "en caso de que se preste conformidad, la pena privativa de libertad que se impondrá será la solicitada reducida en un tercio" debería suprimirse, pues plantea problemas su compatibilidad con las normas del Código penal respecto de las fijaciones de los límites de las penas.

Parece, además, injusto, beneficiar con un tercio de la condena al delincuente que se conforma en el Juzgado de Guardia mientras ,que no se establece, beneficio alguno, para aquel otro que, por las razones que sean siempre ajenas a él, no ha podido acogerse a este procedimiento".

Esta claro, que las razones, por las que se beneficia de un tercio de la pena solicitada,. quien se conforme en el seno del Juicio rápido, no es otra, que la celeridad en resolver el asunto, convirtiendo aquel en juicio inmediato y, permitiendo, con dicha rebaja la aplicación automática de la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad, cosa que no acontece en las sentencias de conformidad en otro tipo de procesos cuya razón de ser se basa en principios de economía procesal, esto es, no tanto en resolver inmediatamente el proceso sin prácticamente instrucción del mismo (fase que sí existe en las conformidades de los demás procedimientos) sino, en ahorrarse, posteriores trámites procesales, muy particularmente el del juicio oral.

Sentado lo anterior, sí que nos parece importante subrayar, la necesidad de que el Código Penal, recogiera esta regla especial, de individualización de la pena.

Desapareció, en el trámite del Senado, el requisito previsto en el artículo 801.1.4º según el cual tratándose de penas privativas-de libertad, se den los presupuestos y requisitos

previstos en el Código penal para acordar la suspensión de la ejecución de la pena o su sustitución por otra pena no privativa de libertad.

Recordemos, que para la suspensión de la pena privativa de libertad de hasta dos años de duración, el artículo 81 del Código penal, impone los siguientes requisitos:

1. º Que en condenado haya delinquido primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código penal.

2. º Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad.

3. º. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

Por su parte, y en lo referido a la sustitución, el artículo 88 establece como criterios para determinar la sustitución de las penas de prisión de, hasta un año, las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular el esfuerzo para reparar el daño causado cuando así o aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales; y excepcionalmente, para la sustitución de penas de prisión de hasta dos años, se exige que se trate de reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de la pena de prisión habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social.

Esta desaparición , exponemos, debe de ser acogida positivamente, pues el hecho de anudar la suspensión o sustitución de la pena a los requisitos generales del Código Penal, con las salvedades vistas, y que el artículo 801.1.4º suprimido imponía, iba a llevar en la práctica a que el mecanismo de conformidad quedase muy mermado en su efectividad toda vez que quedarían fuera del, mismo los reincidentes y los delincuentes habituales, precisamente aquellos a los que parece va dirigida la instauración de los juicios rápidos.

En este sentido, eran bastante esclarecedoras las palabras del Consejo General del Poder Judicial en su, tantas veces citado, Informe[562]: “De poco realista habría que tachar la exigencia del requisito 4º del artículo 801.1 (que se den los presupuestos y requisitos para

[562] Vid CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe a la Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso de Reforma parcial de la. Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado, cit ant. pp. 48 del proyecto.

acordar la suspensión o sustitución de la pena) porque significa ignorar la realidad de un Juzgado de Guardia y de las personas que habitualmente son puestas a su disposición".

Ahora, la posible suspensión o sustitución de la pena reducida ya no es un requisito para poder aplicar la "conformidad privilegiada" del artículo 801, sino una mera posibilidad ,que acontecerá cuando, en el caso concreto, se den los requisitos previstos en el Código Penal.

Contrariamente, no consideramos acertada, la desaparición de la previsión del cumplimiento de la pena solicitada sin reducción alguna en caso de incumplimiento del compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles.

Esta posibilidad, hizo plantear la interrogante, de si con ello, no se estaba resurgiendo una forma, de la proscrita prisión por deudas.

En efecto, ya vimos más arriba lo que entendía al respecto el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en el Congreso al presentar su enmienda nº 32. Asimismo el representante del Grupo Socialista en el Congreso, en Sr. VIILLARUBIA MEDIAVILLA, en la sesión plenaria del 27 de junio, manifestó sus críticas al respecto[563]: "... Pero no menos importante, sí cabe aún más, es el artículo 801.3, que viene a decimos: pena de conformidad, dos años porque le rebajo un tercio, tiene una sanción pecuniaria de 40.000 duros -llamemos equis euros- pero si esa persona a la que se le suspende la ejecución de la pena no paga esos 40.000 duros, sufre la condena de los dos años más el año que se le había reducido y cumple pena de prisión de tres años.

Esto es lo que se denomina prisión por deudas que, para nosotros, es un principio absolutamente inasumible, porque va más allá de nuestra legislación positiva en el artículo 81.3 del Código penal, que nos dice que eso sucederá si no quiere pagar, pero no si no puede pagar. Es decir, si hay una declaración de insolvencia el acusado condenado que no puede pagar una cantidad importante o poco importante, pero que es insolvente porque está en desempleo, porque ha venido a peor fortuna, porque no tiene, en definitiva, recursos económicos, no puede ir a la cárcel, ni puede ni debe; hay que evitarlo por todos los medios modificando este precepto y trasladando el contenido del artículo 81.3 del Código penal. Si es insolvente desde el punto de vista jurídico y real, no puede abonarlo".

[563] Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, año 2002, nº 178, sesión plenaria n.º 172 celebrada el jueves 27 de junio de 2002.pp.8916.

En la misma sesión plenaria, el representante del Grupo Popular, el Sr. OLLERO TASSARA matizó[564]: "¿Nos encontramos ante una prisión por deudas? Cabría quizás mejorar la fórmula en la que actualmente tenemos plasmada esa posibilidad. Yo apelo a que tanto Convergencia i Unió (dada la calidad técnica del diputado Sr. SILVA) como el Grupo Socialista busquen alguna expresión más afortunada, pero lo único que se está haciendo ahí es ofrecer una base legal para que se pueda aplicar la pena garantizando la satisfacción de la víctima. Lo mismo ,que en el caso del perdón del ofendido, eso va a dar lugar también a un tratamiento penal peculiar. Eso es ,lo que pretendemos y creemos que vale la pena intentarlo. A lo mejor, cabe plantear legalmente que haya una pena cuya aplicación automática va a producir una rebaja en la medida en que se haya satisfecho a la víctima. Se habla de que nos preocupamos mucho ,de las garantías del imputado, y no de las víctimas. Es un modo de preocuparse de las víctimas. Intentémoslo. Si se puede mejorarlo técnicamente, mejorémoslo. Para eso estamos".Asimismo, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe señaló[565]: "Por otra parte, la posibilidad contemplada en el artículo 801.3, de ser privado el condenado del beneficio de reducción de la pena en un tercio cuando no verificase el cumplimiento de sus compromisos (satisfacción de las responsabilidades civiles) debería quedar matizado en el sentido de que dicha privación se llevará a cabo siempre y cuando el impago de su responsabilidad civil no hubiera sido precedido de la declaración de insolvencia del condenado".

Somos de la opinión, de que el desaparecido requisito no podía equipararse a la prisión por deudas, ya que no se trataba de convertir, una deuda dineraria ,en prisión sino que, ante el incumplimiento de un compromiso realizado por quien podía hacerlo, esto es, no tratándose de alguien declarado insolvente, el beneficio de la rebaja penal en un tercio que había logrado, entre otras razones, precisamente, por dicho compromiso, se perdía, pasando a cumplir la pena que legalmente le correspondía.

Lo importante era dejar bien claro que se trataba de un incumplimiento voluntario no de una imposibilidad de hacer frente a la responsabilidad civil. De nuevo hemos perdido otra oportunidad de reforzar los derechos de las víctimas, por erróneas creencias de ataques a las garantías penales.

---

[564] Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, año 2002, nº 178, sesión plenaria n.' 172 celebrada el jueves 27 de junio de 2002, pp.8918

[565] Vid. Consejo General del Poder Judicial, Informe a la Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado, cit. pp. 48.

Finalmente ,en este apartado ,si que nos gustaría hacer una somera mención, a loq eu acontece en el proceso civil acumulado y cual es la situación victimal que con ello se genera.

El ámbito de aplicación objetiva de la conformidad, no se halla limitado como hemos hecho referencia, a los extremos del escrito acusatorio referentes a la respnsabilidad penal;aquel acto también puede referirse a lo que la doctrina,viene denominando tradicionalmente como *acción civil ex delicto*,o más corectamente a la acción derivada de u acto u omisión ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (art. 1089 del Cc).

En efecto, nuestro legislador, partiendo del supuesto de que un acto u omisión sea a la vez constitutivo de delito (o falta) y fuente de obligaciones civiles, permite acumular objetos procesales heterogéneos en un mismo procedimiento, dando lugar, a lo que conocemos con el nombre de proceso civil acumulado.[566]Pues bien,este proceso civil acumulado, también puede ser, objeto de conformidad.

Pero que el legislador haya utilizado un mismo nombre (conformidad) para designar la declaración que tiene por objeto aquietarse a los extremos del escrito acusatorio referentes a la responsabilidad penal y a la rsponsabilidad civil,y que haya asociado la regulación de ambas en unos mismos preceptos legales(art. 688.2 a 700 LECrim.), no debe llevarnos inexorablemente a admitir,que estamos,ante dos instituciones idénticas o ante dos modalidades, de una misma figura.

Tal conclusión, admitámoslo, es la que se deduce, de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal,,en ella el interés es economizar actuaciones procesales, la convicción de la prevalencia de lo penal respecto a lo civil y la ausencia de ideas claras acerca de cual es la naturaleza jurídica predicable, de cada una de ellas, determina, la dación de un mismo régimen jurídico para ambas.

Suiguiendo la letra de la Ley, la conformidasd con la pretensión civil sólo es posible,si la pena solicitada por la parte acusadora que mñás gravemente ha calificado es de carácter correccional, y únicamente,provoca la finalización delmproceso si el acusado presta su conformidad con los extremos del escrito de calificación referents ala responsabilidad criminal.

[566] Según establece el art. 100 de la LECrim. " de todo delito a falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución d ela cosa,la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible".El art. 112 del citado Texto Legal prevé que "ejercitada la acción penal, s entenderá utilizada también la civil,a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o reservase expresamente..."

Sin embargo, en nuestra opinión, olvida el legislador que, la acumulación de un proceso civil a un penal, no implica que aquel, y los actos que lo integran hayan de regirse por los presupuestos y principios que informan este.En el proceso civil acumulado,el actor puede renunciar a la acciónejercitable en el proceso penal o reservar su ejercicio para después terminado éste (art. 112 de la LECrim.),el responsable civil, puede allanarse a la pretensión del actor y ambos,pueden transigir (art. 1813 Cc.) sin más limitación ,que la de no contrariar el interés público en sancionar a los responsables de las conductas aparentemente delictivas,sino un interés privado, particular, en sí mismo, disponible.

A la vista de lo expuesto, no es ocioso recordar,que la eficacia de la conformidad del acusado,es lamposibilidad de anticipar la finalización del proceso y el que se dicte sinmás trámites,Sentencia que, decida,definitivamente,la cuestión criminal (art. 141 de la LECrim.).

Dicha resolución judicial no es recurible,[567] al suponer una renuncia anticipada y condicional de censura casacional, consistiendo la condición, en que la resolución que se dicte sea la deseada y admitida tanto en orden al delito como a su penalidad; si se dicta Sentencia de conformidad, en coincidencia, con los términos de la acusación, no puede ser recuridad por ninguna d elas partes,toda vez, que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos dispositivos;en los supuestos de sentencias de conformidad, no se puden traer a casación,motivaciones jurñidicas nuevas por nomplanteadas en la instancia ,pues ello, sería contrario a la bona-fides procesal,y a los principios de contradicción e igualdad de partes en tanto que supondría, una especie de recurso *per saltum* mediante el cual el recurrente se reserva argumentos o pretensiones, planteándolos, sorpresivamente en un mometo tardío; de admitirse esta posibilidad , se alteraría la seguridad del tráfico jurídico permitiéndose revocar sin causa lo que se consintió, sin indudable error.

Únicamente,se acepta el recurso cuando la conformidad es alterada o cuando la conformidad se presta faltando alguno de los requisitos, a los que el legislador, supedita la validez y eficacia de dicho acto.[568]

Frente a la cosa juzgada,nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, institucionaliza la figura d ela revisión comomimperativo,exigencia y "postulado inexcusable de la Justicia"[569]

---

[567] En este sentido se pronuncia la SSTS 22 de Junio de 1885,25 de Abril de 1964, 23 de Octubre de 1975, 8 de Febrero de 1984, 1 de Marzo de 1988, 23 de Octubre de 1989, 7 de Mayo de 1992, entre otras muchas.

[568] MUERZA ESPARZA,J." La reforma del proceso penal abreviado",Ed. Aranzadi, Pamplona 2003, lecciones 25 y 26. PUENTE SEGURA,L."La conformidad en el proceso penal español" ,cit. pp 147,asimismo, se reseñan diferentes líneas jurispridenciales, SSTS 7 de mayo 1992, 7 de Abril y 16 de Noviembre de 1993

permitiendo un nuevo examen, de un tema ya decidido, con carácter de irrevocabilidad y firmeza,a fin de que prevalezca, la verdad material, sobre la verdad formal.

También, en este punto, disentimos del legislador, sumándonos ala posición de quienes de *lege ferenda,* reclaman la admisión de la revisión en contra del reo[570]con base, entre otras razones,en que tan injusta es la sentencia, que condena al inocente, como aquella otra, que absuelve al culpable o le impone pena menor que la legalmente prevista.

Pese a todo lo anerior, y muchas veces, incompredido, por el perjudicado por el delito, que ve como su caso, se ve envuelto en una maraña judicial de recursos y revisiones, que dan lugar, inicialmente, a una vulneración de los principios del proceso, lo cierto es que en nuestro sistema procesal penal, la revisión sólo es posible *pro reo* y no *pro socitatis*.[571]

Para cerrar este apartado,convendrá reseñas r que es posible la conformidsad en el proicedimiento de la Ley del Jurado LO 5/1995 de 22 de Mayo, modificada, por mor, de la LO 8/1995 de 16 de Noviembre y por la Disposición Final segunda de la LO 10/1995 de 23 de Noviembre del Código penal.[572]

A.4- La prueba en la fase del Juicio oral. Ejecución de las mismas y conclusiones. Participación de la víctima.

La existencia, la incorporación o la creación de cualquier institución o figura jurídico-procesal no responde en la mayoría de os casos a un capricho del legislador arbitrado desde la nada. Generalmente el antecedente o el fundamento se halla en nuestro propio ordenamiento y en buena medida sus raíces alcanzan al Derecho Histórico.

En buena medida el éxito de un proceso depende de la introducción de afirmaciones o de hechos a través de medios de prueba previstos legalmente, perfilando las diferentes fases del proceso penal.[573]

---

[569] STC 124/1984 de 19 de Noviembre.

[570] ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO,N. "El allanamiento en el proceso penal",cit. pp 247 y 248,BARONA VILAR,S. La revisión penal, Revista Justicia, 1987-IV pp 865,TOMÉ GARCIA,J.A. Sugerencias en torno a una fuura reforma legislativa de la revisión penal 1990-2,pp 339.

[571] Se tendrá en consideración, lo prevenido, en el artículo 954 de la LECrim.analizdo jurisprudencialmente en SSTS 25 de febrero de 1985 (R.Ar. 1540) y SSTS 6 de Mayo 1975 (R.Ar. 2078).

[572] Tendremos en consideración los art. 47,49.50 y 51 de la LOTJ:

[573] "Los medios probatorios son declaraciones, testimonios en el sentido más amplio o estados de cosas que el Juez ha percibido en el transcurso del proceso a los fines de la prueba" STEIN F, "El conocimiento privado del Juez", Madrid 2º Edición 1990, trad. de DE LA OLIVA, A a la edición de 1893, pp 31.

El enjuiciamiento de este tipo delictivo conlleva, por su propia naturaleza, especiales problemas probatorios. En efecto, al tratarse de un delito que suele producirse dentro del reducido círculo familiar y, en muchas ocasiones, en el aun más estrecho ámbito de la relación de pareja (como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2000, cuando señala que este tipo de agresiones "...casi por definición se producen en la intimidad de victimario y víctima"), suele resultar difícil articular una prueba contundente que permita destruir la presunción de inocencia a que tiene derecho el agresor conforme a los dictados de la Constitución Española de 1978.

Estas dificultades ,se incrementan ,en los casos en que la violencia ejercida es psicológica (no dejando, por ello, huella físicamente apreciable a simple vista), y, asimismo, cuando intervienen otros factores como la frecuente incomparecencia de las víctimas al acto del juicio oral, la retractación de la denuncia previamente formulada que en éste suele acaecer, el temor que aquéllas sienten ante posibles represalias y su dependencia psicológica o económica respecto del agresor, circunstancias cuya concurrencia, simultánea o no, conduce directamente a la consecuencia de la absolución del presunto agresor, aproximadamente en el 50% de los supuestos en que se formula denuncia, (que, a su vez, como antes dijimos, sólo representan entre el 5% y el 10% de las agresiones que realmente tienen lugar en el seno de la familia).

Estos datos, contrastados, objetivamente, por la Fiscalía General del Estado en el Informe antes citado, resultan ciertamente preocupantes y obligan a tomar posición firme en orden a proclamar la absoluta necesidad de fomentar que las víctimas y demás testigos de estas infracciones participen activamente en el proceso penal y que el Estado, las demás Administraciones e Instituciones públicas y privadas, y la sociedad en general les presten cobertura y protección suficiente para que no sientan desvalimiento o temor alguno al cumplir con su obligación cívica de colaborar eficazmente con la Administración de Justicia en la persecución y depuración de estas conductas indeseables.

Por ello, no está de más recordar ahora que, conforme a la jurisprudencia reiteradamente establecida al respecto, por el Tribunal Supremo (Sentencias de 29 de abril de 1999, y de 25 de abril, 24 de junio y 7 de julio de 2000, entre otras), el testimonio de la víctima, aunque no haya otros testigos del hecho delictivo, puede ser en estos casos suficiente para- fundamentar una condena y desvirtuar, la presunción de inocencia, pues - como señala expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2000- nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad entre la

víctima y el inculpado, dado que, en otro caso, se provocaría la más absoluta de las impunidades.

Del mismo modo, conviene tener muy presente, que la incomparecencia de la víctima al acto del juicio oral dificulta, ciertamente, pero no impide construir una prueba de cargo de entidad bastante para justificar la imposición de sanción penal al agresor, siempre que existan otras pruebas de cargo.

Ahora bien, es preciso para ello - según la jurisprudencia antes citada- que se extreme el cuidado en la obtención y aportación del material probatorio; que se agoten las posibilidades de búsqueda de nuevas pruebas; que se observe el principio de contradicción, necesario para preservar la integridad del derecho a la defensa del acusado; que se respete el principio de inmediación en cuanto sea necesario; que se detalle con minuciosidad por el juzgador en la sentencia el razonamiento empleado para la valoración individual de cada uno de los medios de prueba utilizados; y todo ello sin perder de vista que la razonabilidad de los criterios utilizados por el juzgador de instancia, puede ser revisada por el Tribunal superior.

Así se deduce de las resoluciones del Tribunal Supremo anteriormente mencionadas, que se transcriben en cuanto se refieren a los extremos indicados en atención a su especial interés doctrinal en relación con la materia que nos ocupa y a la abundante cita de otras Sentencias (tanto del propio Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que en ellas se contienen:

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1999: "...2.° Por tanto, de esa pretendida variedad de prueba, por lo que se refiere a estos dos hechos concretos que ahora nos ocupan, sólo nos queda la declaración de Cristina, como prueba única".

Ciertamente, conforme a reiterada doctrina del TC y de esta Sala, el testimonio de la víctima puede ser suficiente para una condena penal, incluso, aunque, como en el caso presente, haya actuado en el proceso como parte acusadora, siempre que existan datos, que debe exponer la propia sentencia condenatoria, que pudieran justificar, el que el órgano judicial le confiera credibilidad. No basta una mera afirmación de confianza en la declaración testimonial cuando aparece como prueba única. Tal afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y ésta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

Tal no ocurre en el caso presente, en el que el razonamiento utilizado para justificar la credibilidad del testigo es insuficiente al respecto, como exponemos a continuación.

Tal Fundamento de Derecho tercero nos dice que las declaraciones de la ofendida, aunque "salpicadas de alguna contradicción o inexactitud", son creíbles por ser "coincidentes todas ellas en lo esencial y estar robustecidas por datos objetivables".

a) Como bien expone el escrito del recurrente, no se concreta cuáles son esos datos objetivables, omisión realmente importante cuando precisamente tales datos podrían ser decisivos, a la hora de mostramos una argumentación razonable en este punto.

Pero es que, y esto es lo importante, esos datos objetivables no existen. Muy difícil es que pudieran existir con relación a unos hechos ocurridos varias semanas antes de ser denunciados, por las circunstancias concretas de clandestinidad en que esta clase de hechos se produce. Más extraño es que la víctima no se lo contara a nadie, ni siquiera a su hermana, antes de denunciarlos. Hemos examinado las diligencias practicadas, a fin de comprobar las detalladas alegaciones del escrito de recurso, y hemos podido comprobar que, efectivamente, no hay en la misma dato alguno que pudiera servir de corroboración a lo que únicamente consta en autos por las manifestaciones de una sola persona.

b) En cuanto a la afirmación de la sentencia recurrida relativa a la credibilidad que tales manifestaciones merecen "al ser coincidentes todas ellas en lo esencial", la expresión "en lo esencial" que coincide con lo que antes se nos dice en ese mismo Fundamente de Derecho 3.0 ("aunque en un principio puedan estar salpicadas de alguna contradicción e inexactitud"), nos coloca en un camino tan difícil ,como el de precisar en estos casos qué es lo esencial y cuál lo accidental. También en este punto, tenía que haber sido más explícita la resolución impugnada, concretando dónde se encontraban esas inexactitudes o contradicciones y valorándolas después, para que ahora, nosotros pudiéramos realmente pronunciamos sobre la razonabilidad de esa valoración.

Una condena con las pruebas expresadas en el Fundamento de Derecho 3. de la sentencia recurrida lesionó su derecho a la presunción de inocencia: no existió testifical, pericial ni documental alguna que pudiera referirse a estos dos hechos delictivos, y la declaración de la víctima no merece la credibilidad que la Audiencia le reconoció, porque no existieron los datos objetivables que se afirman y porque las contradicciones e inexactitudes, que la propia sentencia recurrida admite, tienen una notable relevancia a la ora de medir esa credibilidad

-Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2000:

“1º: En los motivos primero y segundo del recurso de casación de Miguel y Ana se alega básicamente la misma causa de impugnación: la falta de prueba con aptitud desvirtuadora de la presunción de inocencia.

Ambos motivos, se formulan al amparo del art. 849.1.0 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 5.4 de la LOPJ. En el primero ,se pone el acento en el derecho a la presunción de inocencia de los acusados reconocido en el párrafo 2.0 del art 24 de la CE. En el segundo motivo se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y de los principios de contradicción, seguridad e igualdad, recogidos en el mismo art 24 y en el 9.3 de la CE.

Pero ,en ambos motivos primero y segundo, se niega validez y valor probatorio a las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal de Oviedo en el Fundamento segundo de la sentencia para acreditar las conclusiones incriminatorias, que estima por tanto improbadas.

Entienden los recurrentes que no pueden ser ponderados como medios de prueba las declaraciones prestadas en fase instructora por la testigo-víctima Carla, porque las mismas no fueron sometidas a contradicción por la defensa de los acusados, lesionándose un derecho fundamental procesal de éstos, que aparece plasmado en Tratados Internacionales, como el Europeo, de Roma, y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14.3 e), y que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional y por esta Sala ,en reiterados pronunciamientos.

No se sometieron a contradicción, las declaraciones de Carla en la fase instructora, porque no asistió a las mismas el letrado de los acusados, que, si obviamente no se hallaban personados en el proceso cuando la presunta víctima denunció los hechos en Comisaría, sí lo estaban ya cuando ella prestó declaración en el Juzgado instructor el 10 de abril de 1995. Y se violaron las exigencias de contradicción en el juicio oral, al no suspenderse el mismo ante la incomparecencia de Carla y la imposibilidad de su citación, por hallarse en ignorado paradero, y al no haberse acordado por el Tribunal, la continuación de las gestiones para la localización de la denunciante en la ciudad de Gijón. Finalmente, se incumplió la contradicción, al limitarse el Tribunal enjuiciador, a dar por reproducidas las declaraciones de Caria, sin acordar su lectura en el juicio, según exige el art 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Al no poder ser tenidas en cuenta las declaraciones prestadas por la testigo-víctima en las Diligencias Previas, se produce un vacío probatorio a juicio de los recurrentes, que no puede

ser salvado por las demás pruebas que se mencionan en el Fundamento segundo de la sentencia, declaraciones de Aldina madre de Carla, y testimonio del encargado del "Club E", Julio, por no ser las manifestaciones de tales testigos ilustrativas o demostrativas de los presuntos hechos delictivos imputados por la denunciante a Miguel y Ana.

El Ministerio fiscal, impugnó los motivos, por entender que los datos probatorios mencionados en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia impugnada desvirtuaban la presunción de inocencia.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido, aparte de en nuestra Constitución, en los más caracterizados Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 11.1), el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 (art. 6.2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14.2) y objeto de una detallada elaboración por la doctrina del TC. (SS 3/81, 807/83, 17/84, 174/85; 229/88, 138/92,303/93, 182/94,86/95, 34/96 Y 157/96) Y de esta Sala (SS. de 31.3 y 19.7.88, 19.1 y 30.6.89, 14.9.90,15.11 y 4.3.91, 20.1.92, 8.2.93, 30.9.94, 10.3.95, 203,727, 754,821 y 882 de 1996, y 798/97 de 6.6), significa ,el derecho de todo acusado, a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, y de la intervención en los mismos del inculpado.

En trámite de casación, al alegarse la vulneración de la presunción de inocencia, la Sala del Supremo deberá ponderar:

a) Las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia para atribuir unos hechos delictivos a una persona.

b) Si las pruebas fueron practicadas en el juicio con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

c) Si de haber sido practicadas en el sumario, fueron introducidas en el debate del plenario por la vía de los arts. 714 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

d) Si las pruebas se practicaron con observancia de las normas procesales y respeto a los derechos fundamentales.

e) Si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia o de las ciencias.

En cuanto a las declaraciones testificales sumariales, que no puedan reproducirse en el juicio, se les ha concedido valor probatorio, con al concurrencia de ciertas condiciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de esta Sala.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 19.2.91 (caso Ingro) no consideró violado el Convenio ,por que hubieran sido tenidas en cuent, unas declaraciones sumariales cuando el testigo no pudo ser localizado para el juicio, habiendo ponderado el Tribunal Europeo la imparcialidad del Magistrado ,ante el que el testigo, había depuesto en el sumario, así como la concurrencia de otros testimonios diferentes.

El TC en la sentencia núm. 40 de 1997, de 27 de octubre, señala los requisitos que han de tener las pruebas sumariales, para que puedan tener valor probatorio en el juicio, y entre ellos señala el objetivo consistente en la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa del acusado ,su presencia en la prueba sumarial, a fin de que puede interrogar al testigo, lo que se destacó también en la STC 303/93.

También, esta Sala, ha reconocido valor probatorio a las pruebas nombradas preconstituidas o anticipadas, que no puedan reproducirse en el juicio, por fallecimiento del testigo, residencia de éste en el extranjero, que le releva de la obligación de comparecer, conforme al art 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o falta de localización del testigo para su citación, pese al agotamiento de las gestiones precisas para su búsqueda.

En tal caso, podía tener acceso a la inmediación, la oralidad y la publicidad, la diligencia sumarial, mediante su lectura, según previene el art 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (así se ha reconocido en SS de Tribunal Supremo 15.2.90, 27.6.90, 29.10.90, 5.12.90, 4.3.91, 8.3.91, 11.3.91, 12.4.91, 4.10.96, 16.2.98, 232/98 de 20.2 y 552/98 de 23.4).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S 24.11.86, caso "Unterpertinger" y S 6.12.58, caso "Barbera, Messegué y Jabardo"), y el Tribunal Constitucional (SS 31/88, 145/85, 80/86, 149/87, 150/87, 22/88, 137/88, 80/91, 10/92 Y 51/95), han rechazado, como incorrecta, la formula de de contradicción de los acusados.

En la declaración judicial de Carla, aludiendo a la resolución que estamos anlizando, prestada el 10 de abril de 1995, no estuvo presente el letrado del acusado, que se hallaba en situación de prisión, y que no podía asistir a la diligencia, por haberse declarado el secreto del procedimiento por un mes, con fecha 28 de marzo de 1995. En el juicio oral no pudieron

ser sometidas a contradicción las manifestaciones acusatorias de la denunciante, por no haber podido ser citada la testigo, pero entiende esta Sala ,que no se agotaron las gestiones precisas y factibles para su localización, puesto que ante las noticias de que se había ausentado de Avilés y de que residía en Gijón debieron de haberse hecho gestiones más prolongadas e intensas que las que se hicieron para tratar de averiguar su paradero en la última localidad indicada, pero lo cierto es que el Tribunal de Oviedo ofició a la Policía de Gijón el 21 de febrero de 1998, y se inició el juicio el 4 de marzo siguiente, sin haberse recibido contestación esclarecedora del paradero de la mencionada Caria.

Pero, aunque se estimase, que se habían agotado las gestiones para su localización, puesto que ante las noticias de que se había ausentado del lugar donde residía, el tribunal de Oviedo ofició a la Policía de Gijón el 21 de febrero de 1998 y se inició el juicio el 4 de Marzo siguiente, sin haberse recibido contestación esclarecedora del paradero de la mencionada anteriormente, pero aunque se estimase que se habían agotado las gestiones para la búsqueda de la testigo-víctima sus declaraciones en la fase instructora no pueden ser valoradas como prueba, por no haber sido introducidas en el juicio, por la vía que previene el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esto es, mediante su lectura.

La declaración judicial de la madre de Carla, Aldina, prestada el 10 de abril de 1993, sin la asistencia del letrado de Miguel por la razón del secreto del procedimiento, tampoco puede ser tenida en cuenta como prueba, por su incorrecta introducción en el juicio, con la formula "por reproducida", pero además tal declaración carece de virtualidad probatoria de los hechos incriminatorios imputados a los acusados, por referirse solamente al incidente del seguimiento e intento de interceptación del taxi en que Carla y su madre, se trasladaron desde la Comisaría de Langreo hacia Avilés, sin que Aldina hubiese logrado identificar a los ocupantes del coche que persiguió al taxi.

En cuanto a las declaraciones de Julio, prestadas en el juicio oral y en las Diligencias Previas no son demostrativas de los hechos delictivos imputados a Ana y Miguel, ya que sólo reconoció que Carla, el último día que trabajo en el "Club E." se fue con el acusado, pero sin que Julio tuviera constancia de que este hubiese amenazado o coaccionado a Carla.

Finalmente, la diligencia de constancia de los Agentes de Policía, que dieron cuenta de la personación de Caria en la Comisaría para intentar retirar la denuncia, mencionada en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida como prueba del delito de obstrucción a la Justicia, no puede ser tenida en cuenta, ya que no fueron llamados los Agentes al juicio a ratificar la diligencia, ni ésta fue leída en tal acto."

-Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 2000:

"... Existe al respecto una consolidada doctrina de esta Sala -SSTS de 26 mayo de 1993, 1 de junio de 1994, 14 de julio de 1995, 17 de abril, 13 de mayo de 1996, nº 111/99 de 30 de enero, nº 486/99 de 26 de marzo y nº 711/99 de 9 de julio, entre otras-, según la cual, la declaración de la víctima es, por si sola, capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, siempre que, en dicha declaración, no aparezcan sospechas de parcialidad o intereses ajenos a la mera expresión de la verdad de lo ocurrido, y en tal sentido como aspectos -que no requisitos- a tener en cuenta para contrastar la veracidad de tal declaración se ha referido esta Sala a la ausencia de incredibilidad absoluta, a la verosimilitud del relato y a la persistencia de la imputación. Como ya recordaba la Sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 1987, nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad entre la víctima y el inculpado. En otro caso, se provocaría la más absoluta de las impunidades."

-Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 2000:

"4º...1. Esta Sala viene declarando con reiteración que la presunción de inocencia exige que la acusación aporte prueba de cargo válida y lícita, de contenido incriminador sobre el hecho material imputado y sobre la intervención en él del acusado. Corresponde a la casación constatar que el Tribunal ,dispuso de una base probatoria, de cargo suficiente practicada con las debidas garantías, pero no proceder a una nueva valoración de la prueba, porque es esa una facultad exclusiva y excluyente del Tribunal de instancia (art.741 LECr) a cuya presencia la prueba, se practicó, bajo los principios de inmediación y contradicción, (Sentencias de 29 de septiembre de 1985; 5 de mayo de 1988; 20 de noviembre de 1995; 29 de septiembre y 28 de octubre de 1999, entre otras), excepción hecha ,de lo que se refiere estrictamente, a su estructura racional, es decir,. de lo que atañe a la observancia por el Tribunal de instancia de las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos (Sentencias de 30 de septiembre de 1999 y 6 de junio de 2000, entre otras muchas).

2. En este caso la Sala contó ,en los dos pasajes fácticos aludidos por el recurrente, con las declaraciones testificales de las víctimas, practicadas válidamente en el Juicio Oral. A este respecto debe recordarse que esta Sala viene declarando reiteradamente (Sentencias de 21 de enero, 18 de marzo y 25 de abril de 1988; 16 Y 17 de enero de 1991) que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical ,siempre que se practiquen, con las debidas garantías; y también ,que son hábiles por sí solas para desvirtuar

la presunción de inocencia (Sentencias de 19 y 23 de diciembre de 1991; 26 de mayo y 10 de diciembre de 1992; 10 de marzo de 1993; entre otras). La declaración de la víctima siendo la única prueba de cargo, precisa una cuidada y prudente valoración, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos concurrentes en la causa (Sentencia de 29 de abril de 1997), y contrastando su contenido con los elementos probatorios concurrentes para confirmar su verosimilitud y credibilidad.

Para ello, debe atenderse ,a los siguientes factores: ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de la previa relación, entre acusado y víctima, que, denote, posibles móviles espurios en la declaración inculpatoria; verosimilitud del testimonio que ha de rodearse de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, lo que supone ,que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima; y persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones.

No se trata sin embargo de exigencias condicionantes de su objetiva validez como prueba, sino de criterios de ponderación que señalan los cauces por los que ha de discurrir un proceso valorativo verdaderamente razonable."

En definitiva, puede afirmarse, que resulta de vital importancia, para combatir eficazmente, este tipo de delitos, que todas las personas que intervienen en el proceso penal -autoridades, funcionarios y particulares- extremen la diligencia en el desempeño de sus respectivas funciones en todas sus intervenciones relacionadas con el ámbito probatorio. En particular, ha de tenerse presente, que las frecuentes retractaciones de las víctimas -manifestadas unas veces en forma expresa durante la tramitación previa del procedimiento o en el acto del juicio, y otras de manera tácita, deducibles de su inasistencia al mismo- provocan en la práctica ,graves problemas probatorios, que derivan en no pocas ocasiones en la imposibilidad de condena del agresor.

A este respecto, cabe citar, las conclusiones aprobadas, en la primera reunión de Fiscales encargados de los servicios de Violencia familiar, en relación con las frecuentes retractaciones de las víctimas y a las diligencias de prueba, recogidas en el Informe sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999[574], en la medida en

[574] Se citará ,en este punto, la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, que diseña un procedimiento especialmente sencillo,accesible a todas las víctimas de violencia doméstica, de modo que tanto estas, como sus representantes legales, o las personas de su entorno familiar más inmediato puedan solicitarla, sin los formalismos técnicos o costes añadidos, con una protección real y un reforzamiento del papel del Ministerio Fiscal que, atendiendo

que permiten extraer unas pautas de actuación útiles para la eficaz actuación no sólo de los miembros del Ministerio Fiscal, sino también ,de los jueces, tribunales y profesionales del derecho que intervienen en esta materia, así como para lograr mejorar de manera sensible la protección dispensada a las víctimas de este tipo de delitos y reducir de manera importante la impunidad que acompaña en multitud de ocasiones a quienes agreden a otros miembros del grupo familiar. Las conclusiones, se expresan en el documento de la Fiscalía del siguiente modo:

-Frecuentes retractaciones de las víctimas. Diligencias de prueba

1) Ante la frecuente retractación de las víctimas, por variadas causas, el Fiscal debe ordenar su respuesta desde el punto de vista jurídico. Conviene recordar que cualquier infracción de malos tratos familiares, aún siendo constitutiva de falta, es perseguible de oficio, a excepción de la injuria.

2) No cabe perdón ni renuncia a la acción penal. En todo caso, la manifestación de perdón por la víctima en juicio no debe traducirse en absolución sino en la petición de pena mínima con posible concesión de suspensión de la pena.

3) La citación a los testigos deberá contener, como recordatorio, el régimen del art. 420 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4) Debe comprobarse en el juicio si la citación a la víctima ha sido efectuada personalmente o ha sido recibida en la persona de su agresor con quien convive. En este último caso interesar la nulidad de tal citación.

5) En los juicios de faltas, en que la víctimas de estos hechos ,no comparece no procede la celebración del juicio como resultado de sentencia absolutoria. Parece preferible instar la suspensión y una nueva citación de la víctima en la Secretaría del Juzgado para notificarle la fecha del siguiente juicio oral y ,tratar de detectar, las razones de su incomparecencia. Ante la persistencia en la incomparecencia cabe solicitar el sobreseimiento provisional en lugar de entrar en el juicio con la inevitable consecuencia de una sentencia de fondo absolutoria.

6) Ha de prestarse especial atención a agotar la búsqueda de pruebas diferentes al testimonio de la víctima, cuya colaboración es incierta y variable a lo largo del proceso.

En este sentido son pruebas valiosas:

---

asimismo a su nuevo Estatuot Ley 14/2003 de 26 de Mayo de modificación de la Ley 50/1981 desarrolla el modelo constitucional y lo adapta a las nuevas responsabillidades, incorporando, plenamente los principios constitucionales y democráticos, y adaptando sus funciones a dicho marco normativo.

El reconocimiento parcial de hechos que por lo general suele efectuar el agresor.

Testigos de referencia: familiares, vecinos, amigos, personal de asistencia social...

- Pericial: se estima de singular importancia la existencia de fotos que evidencien las lesiones.

- Documental: minutas policiales, denuncias archivadas, incomparecencias de la víctima a citaciones.

7) La reclusión de la víctima en casas de acogida ,restringe los derechos de la víctima, no del agresor, y por ello sólo se adoptará en casos de máxima gravedad y agotada la búsqueda de otras posibles soluciones o medidas.

8) Es importante minimizar los contactos a lo largo de las diligencias procesales, entre agresor y víctima. Se considera conveniente un servicio de acompañamiento a la víctima por parte de los servicios asistenciales en la práctica de diligencias judiciales.

9) Cuando las víctimas fueren menores de edad, se acudirá a las disposiciones de la LO 14/99, de 9 de junio si se estimare procedente evitar careos o colocar obstáculos visuales con el agresor durante la práctica de la declaración testifical.

Si las víctimas fueren mayores de edad cabe acudir, para tales fines, a la Ley de Protección de Testigos.

10) En fase de ejecución de sentencia y al amparo del art 109 Ley de Enjuiciamiento Criminal el fiscal, deberá cuidar, que la víctima sea notificada de cualquier medida de prohibición del art 544 Ley de Enjuiciamiento Criminal[575] con entrega de copia de dicha resolución. Asimismo, deberá ser informada de las salidas del agresor de centro penitenciario, por licenciamiento, permiso o cualquier circunstancia.

11) En casos de otorgamiento de la suspensión de la pena se considera un instrumento particularmente útil en este tipo de infracciones la suspensión condicionada a alguna de las obligaciones o deberes establecidos en el art 83 Código Penal.

12) En los supuestos de conversión a juicio de faltas de Diligencias Previas en las que hubiere sido acordada alguna medida cautelar del art 544 bis, el Fiscal debe evitar aquella situación de indefinición provocada por la inexistencia de pronunciamiento alguno sobre la subsistencia o no de tal medida. Ante la imposibilidad de adoptar medidas cautelares en los

[575] Teniéndose en cuenta, la Ley 27/2003 de 31 de Julio, por el que se adiciona un nuevo art,. 544 ter. A la LECrim.

juicios de faltas debe entenderse que la medida ha decaído, pero parece oportuno instar una resolución expresa en este sentido, dando además, posibilidad de sustituirla por alguna diligencia de protección a las víctimas (vía art. 13 Ley de Enjuiciamiento Criminal, según redacción efectuada por Ley 27/2003 de 31 de Julio o por el art. 158 CC) que sí son posibles en procedimiento de juicio de faltas".

A este respecto, es clara la imposibilidad legal ,de adoptar determinadas medidas cautelares cuando la violencia ejercida, es constitutiva de falta, y no de delito. Indudablemente, esta limitación -derivada del tenor de la vigente legislación y de una inadecuada manera de interpretar el principio constitucional de proporcionalidad- perjudica la eficacia en la lucha contra la violencia doméstica al impedir, en no pocas ocasiones, la adopción de una respuesta judicial contundente y propiciar la reiteración de las conductas violentas, en lugar de servir para cercenar radicalmente la probabilidad de que se produzca un incremento cuantitativo y cualitativo de las agresiones en el seno de la misma familia.

Por ello, teniendo presente que en la actualidad la violencia doméstica se ha convertido en un problema social de primera magnitud (como expresamente reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2000) y que, precisamente, la falta de cobertura legal es -entre otras- la causa que impide alcanzar una solución al mismo, debería reflexionarse acerca de la posibilidad de introducir en la legislación vigente las reformas sustantivas y procesales que ,a este respecto, fueren precisas para combatir eficazmente este fenómeno.

A tal fin, conviene tener presente que los casos de violencia doméstica no han descendido sustancial mente desde que se introdujeron los tipos previstos en los artículos 153 y 617 del Código Penal, y que la experiencia acumulada en los últimos años demuestra que, con frecuencia, las primeras agresiones que se producen en una misma familia, aparentemente carentes de verdadera gravedad por la inexistencia de un resultado material lesivo físicamente apreciable, son por ello calificadas inmediatamente como faltas, no adoptándose al respecto medida cautelar alguna en relación con el agresor, y tampoco otro tipo de medidas de protección de la víctima.

Sin embargo, en muchas ocasiones, estas primeras agresiones, sólo en apariencia desprovistas de gravedad, llevan en sí el germen de la violencia, de una violencia moral que algunas veces tiene un reflejo físico evidente, pero que, incluso en aquellas otras en que no se materializa en forma de golpes o lesiones, comporta una gravedad intrínseca apreciable, cuyas nefastas consecuencias ,se acaban manifestando, con el tiempo. En este sentido, los expertos destacan de manera unánime que las personas maltratadas en edades tempranas

acaban convirtiéndose, con el paso del tiempo, en maltratadores, como consecuencia, entre otras razones, de la asimilación de un esquema mental, que sitúa la violencia, como medio idóneo para conseguir vencer la resistencia que otras personas pudieran oponer a los deseos y objetivos del maltratador, el cual, se autoafirma ,cada vez que impone su criterio, por este procedimiento.

De lo anterior, cabe deducir ,que las conductas que en nuestra legislación y en la práctica forense habitual se vienen considerando como de escasa gravedad -las constitutivas de falta- carecen de un adecuado tratamiento legal, por no permitir éste en muchos casos la adopción, con la amplitud requerida, de las medidas precautorias adecuadas, por prever para aquéllas sólo una respuesta penal muy limitada, y por no servir para frenar la progresión cuantitativa y cualitativa de las acciones violentas en el seno familiar, ni coadyuvar a la erradicación de las causas que las originan.

Por otra parte, es necesario que la cuestión atinente a las medidas cautelares y de protección de la víctima ,se aborde ,actualmente, de manera diferente, partiendo de la premisa, fácilmente deducible de las anteriores reflexiones, de la palmaria insuficiencia del sistema vigente, para reconducir, paulatinamente, hasta su eliminación definitiva, las actitudes violentas, de los autores, de tales infracciones (que se aprovechan de la falta de reacción institucional adecuada y proporcionada a la acción cometida) y para conseguir vencer, la sensación general de impunidad ,que deriva, de la falta de respuesta institucional cautelar adecuada e inmediata, en las escasas ocasiones, en que las agresiones son denunciadas (a este respecto la estadística demuestra que no se persiguen -porque no se denuncian- más del 10% de las agresiones realmente producidas, y que las denunciadas sólo van seguidas de condena en un 50% de los casos).

En este sentido, pues, aparece con toda evidencia ,la necesidad de transformar radicalmente, el panorama de la tutela cautelar de la víctima, evitando que la calificación como falta de una agresión, impida, dispensar a aquélla la protección que en cada caso necesite. Sólo de este modo se conseguirá eludir la indeseable consecuencia de que sea el propio sistema legal ,el que ofrezca resquicios, que debiliten la contundente respuesta que debe darse, frente a conductas, que erosionan y socavan, los pilares que sustentan el derecho fundamental que todas las personas tienen a que su dignidad, su libertad (en su más amplia acepción) y su integridad física y moral sean respetadas por los demás, y, singularmente, por los otros miembros de su grupo familiar, sin quiebra alguna del principio constitucional de igualdad entre ellos.

En consecuencia, cabe concluir afirmando que, desde esta nueva perspectiva, no ofrece duda alguna que la inclusión, en nuestra legislación penal y procesal ,de todas las medidas que permitan la protección de las víctimas de estas agresiones, ha de reputarse proporcionada, a la gravedad intrínseca ,que en la sociedad actual, tienen este tipo de conductas violentas.

Por esta razón ,el Consejo General del Poder Judicial ,sugiere, que desde las instancias que ostenten competencia para ello se aborde sin dilación el estudio de las reformas legales que resulten procedentes para alcanzar los objetivos indicados.

Ello no obstante, es preciso señalar que, mientras no se produzcan tales reformas, han de apurarse las posibilidades interpretativas que ofrece la legislación vigente. A este respecto, conviene recordar que nuestro ordenamiento jurídico dispone de otros mecanismos que, convenientemente utilizados, pueden contribuir a paliar en gran medida la falta de eficacia institucional que en el momento actual se aprecia en orden a la protección adecuada de las víctimas y a la reacción inmediata frente a los agresores.

Entre ellos, puede citarse el del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la nueva redacción dada por la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las vícitmas de las violencia doméstica, conforme, al cual, entre las primeras diligencias que ha de acordar el órgano jurisdiccional se encuentran las de dar protección a los ofendidos o perjudicados por el delito a sus familiares o a otras personas,pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis o a la orden de protección prevista en el art. 544 ter de esta ley, y detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito.

Es importante señalar, que esa protección ,puede conseguirse, en determinados casos, con medidas distintas a la privación de libertad deambulatoria del agresor, que afectarían, indudablemente, a otros derechos de éste, pero de forma menos gravosa para él, y pueden contribuir de manera más eficaz, a la eliminación de las causas, que generaron ,la conducta violenta. Nos estamos refiriendo, a la posibilidad ,de ofrecer al sujeto activo la posibilidad de eludir la privación cautelar de libertad mediante su sometimiento voluntario a programas de rehabilitación, tratamiento médico o psicológico, mecanismos de reeducación, resocialización u otros procedimientos técnicos que, respetando los derechos que asisten al imputado en todo procedimiento penal, resulten procedentes y aconsejables en cada caso concreto.

Asimismo -y siempre, por supuesto, respetando el principio de legalidad- sería conveniente agotar, las posibilidades interpretativas, que ofrece la normativa vigente a la hora de elegir el tipo de procedimiento adecuado en función de la infracción cometida, dando preferencia a aquéllos que permitan la adopción de medidas cautelares en toda su amplitud frente a aquellos otros, como el juicio de faltas, que constituyen en la actualidad un serio obstáculo para la adecuada protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Del mismo modo, ha de tenerse presente que tanto el Código Civil (artículo 158.3) como la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 725.2 y 727.11) otorgan al Juez civil, la posibilidad de adoptar amplias medidas cautelares y de protección que, convenientemente utilizadas, pueden resultar en muchos casos suficientes para tutelar, adecuadamente, los derechos de las víctimas (sobre todo cuando existen menores afectados), y que, en último caso, si el juez civil, apreciare la concurrencia, de las circunstancias previstas en el artículo 492.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede y debe ordenar, la detención del presunto delincuente y ponerlo a disposición del juzgado de instrucción de guardia o, en su caso, del juzgado del orden jurisdiccional penal que resulte competente para conocer del delito, con remisión, en su caso, de testimonio de lo actuado en el orden civil y referencia explícita de las medidas cautelares en él adoptadas a fin de evitar las contradicciones que hoy se producen con frecuencia en relación a un mismo grupo familiar entre ambas jurisdicciones.

Finalmente, y continuando con el hilo argumental, conviene hacer una mención a la importancia de la prueba anticipada, que con la nueva reforma procesal se autoriza en el caso de que la lejanía del lugar de residencia del testigo, pueda presumirse su futura incomparecencia y consiguientemente la suspensión del Juicio Oral[576].

Ahora bien, si se tiene en cuenta ,de un lado que la prueba anticipada, constituye una excepción a la regla general conforme a la cual la prueba ha de transcurrir en el Juicio oral bajo la inmediación del tribunal sentenciador (art. 741) y de otro que el art. 6.3 d) del CEDH consagra el derecho de todo acusado tiene a interrogar a los testigos que declaren contra el, en un juicio público y con todas las garantías procesales, forzoso se hace concluir que la interpretación de este precepto ha de ser muy restrictiva, debiendo en la práctica reservarse a supuestos de declaraciones de extranjeros. De esta manera (y aplicándose lo especificado al

[576] El antiguo art. 790.2 ,actual 780.1 de la LECrim., tras la reforma operada por Ley 38/2002 de 24 de Octubre y LO8/2002 de 24 de Octubre compelmetaria del citado Texto normativo, podría encontrar su fundamento, en una jurisprudencia minoritaria del Tribunal Supremo según la cual si las declaraciones de la víctima ,se prestan ante le Juez de instrucción garantizándose la contradicción, se convierten en prueba anticipada. (cfr. SSTS 12 de febrero de 1993)

capítulo de declaraciones de testigos en el presente trabajo), si residiera fuera de la demarcación judicial ,pero que pudiera comparecer el día de la celebración del Juicio oral, no debiera ser el Juez de lo Penal, extender su conocimiento, al visionado de su declaración sino que ,debe disponer ,su comparecencia y sumisión, cuantas veces considere conveniente, al interrogatorio público por las partes y por el propio Juez, en la vista (SSTC 76/1993 y 153/1997 relativa ,a la declaración sumarial, de coimputados).

El art. 781 del citado Texto Legal, también permite la prueba anticipada "por otro motivo". Dentro del estándar hay que reputar asimismo incluídos los supuestos legítimos en los que sea presumible la incomparecencia del testigo, tales como el clásico de enfermedad o incluso cuando el testigo sumarial este expuesto a coacciones de personas allegadas al imputado que permitan inferir miedo insuperable ,no comparecerá a la llamada de celebración del Juicio Oral.

B- Análisis de la reforma procesal de los Juicios de Faltas. Incidencia victimal.

Difícilmente, podemos hablar de Estado de Derecho, si la Justicia penal, no se imparte con la agilidad y eficacia que el sistema moderno requiere.

Convendrá tener en cuenta, que la reforma procesal, debe producir un vuelco en el control de la seguridad ciudadana.

Pues bien, haciendo un análisis evolutivo, la situación precedente, también contemplaba los juicios rápidos desde la reforma de la Ley 10/1992 (concretamente los artículos 789.5.5º y 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin las modificaciones efctuadas por Ley 38/2002 de 24 de Octubre y LO 8/2002 de 24 de Octubre); no habían tenido, el efecto pretendido, ya que en el año 1999, los juicios rápidos presentaron sobre el total del registro de procedimientos abreviados el 3´2 % el 3¨4% en el año 2000 y el 3% en el año 2001.[577]

Se abogó, por una reforma, que pudiera combatir, el crecimiento de la delincuencia y a raíz de esta necesidad ,se presenta, un ambicioso proyecto de Ley "procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas".

Se puso, un especial empeño, por el legislador, en la meteórica tramitación de las causas llegando, a poner en peligro, predicados elementales, del derecho de defensa de las partes, que, prácticamente, sin tiempo material , para siquiera concienciarse de que se encuentran encausadas en un procedimiento penal han de acudir en escasa horas a un conflicto

[577] GIMENO SENDRA,V.,MORENO CÁTENA,V.,CORTÉS DOMINGUEZ,V."Lecciones de Derecho procesal penal"Ed. Colex,1ª Edición, Madrid 2001.

intersubjetivo ante el Juzgado de guardia, nada más y nada menos ,que para la celebración de un Juicio oral por Faltas.

No hay que olvidar, como se expondrá, en los Informes del Consejo General del Poder Judicial, que existen razones de política criminal, para dotar de gran celeridad a dichas faltas relacionadas con el entorno doméstico, así como ,para hacer frente, a una determinada tipología criminal que ,está produciendo, serios daños, en establecimientos comerciales, en especial en centros comerciales y grandes superficies y que respecto a ellos la respuesta inmediata con el empleo, de un especial celo, por parte de las autoridades judiciales para garantizar, en todo momento, el derecho de defensa de las partes, puede ser una útil respuesta social a tales puntuales modalidades de acciones ilícitas, a las que darían una pronta y más eficaz respuesta punitiva.

Respecto a las demás, acelerar el enjuiciamiento, en un periodo que va entre la más absoluta inmediatez , y el plazo máximo de una semana, hasta la fecha actual, se nos antoja, asumible.

Recordar también, en líneas generales, los principios que deben imperar, en este tipo de proceso y que en especial atañen a los de oralidad, inmediación y concentración del procedimiento, el primero de ellos, tal y como acontece, en el procedimiento abreviado transcurre ,en su integridad, ante el Juez de instrucción, quien en este proceso como estamos analizando coincide con el Juez de guardia[578] ,asimismo, determinadas resoluciones del juez de guardia han de revestir forma oral.(art. 789.1º y art. 800.1 LECrim. según redacción efectuada por Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la LECrim. sobre procedimineto para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado y LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de la Ley de reforma parcial de la LECrim. sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del rpocedimiento abreviado).

[578] Fue el éxito de una enmienda del Senado la que en nuestra opinión con acierto ha permitido que tanto el Ministerio fiscal como la defensa del perjudicado puedan como regla general formular oralmente la interposición y contestación de la pretensión penal, actos todos ellos que habrán de ser plasmados en la pertinente acta ante el Secretario Judicial Ello no obstante si la defensa solicitara un plazo para formular su escrito El juez le podrá otorgar hasta cinco días si bien al igual que el responsable civil habrá de presentar escrito ante el Juzgado de lo Penal (art. 801.2 LECrim) si hubiera concurrido acusador particular, tanto este como el Ministerio fiscal podrán formular escrito de acusación en el plazo no superior a dos días (art. 801.4) y por último ,si el Ministerio Fiscal, no formulara acusación oralmente, el Juez requerirá al superior jerárquico para que presente su escrito en el plazo de dos días (art.801.5);si dicho superior tampoco presentara escrito, se entenderá que es procedente el sobreseimiento libre (art. 801.5)

Por otro lado, la segunda característica ,de los juicios rápidos ,consiste en la concentración de la instrucción en el Juzgado de guardia y su realización durante dicho servicio (art.799), para ello ,la Ley ,ha ampliado, de forma notable, las facultades de la Policía judicial a quien ha conferido una "preinstrucción", ya analizada en el presente estudio en los art. 796.1.6 y 297 del citado Texto legal.

Finalmente, no hay que olvidar lo prevenido en los art. 797.2 y 777.2 de la LECrim., acerca de la prueba instructora anticipada y dada, su incidencia victimal, ha sido tratada de forma más exhaustiva al analizar la prueba en estos procedimientos. Conviene valorar, la respuesta judicial en torno a este acuciante tema, por ello procede destacar:

1) El Consejo General Consejo General del Poder Judicial y su posicionamiento en relación a las víctimas de los delitos enjuiciables por dicho procedimiento.

El Consejo General del Poder Judicial, ha apostado con fuerza, en su línea de plantear medios para luchar contra la lacra de la violencia doméstica. Como datos más puntuales que afectan al tema que estamos analizando, el informe emitido por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, aprobado por el Pleno de citado órgano, de fecha 19 de Junio de 1998 se propusieron una serie de medidas en orden a hacer efectiva esa lucha contra el fenómeno de la violencia doméstica destacando la recogida en su letra G) relativa a que: "Uno de los puntos en que el citado Órgano, ha incidido con mayor fuerza es la necesidad de utilización de la vía de los juicios rápidos, para poder combatir el fenómeno de la violencia doméstica,[579] ex art. 790.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal (actual 780.1 del citado Texto Legal trtas la reforma efectuada por Ley 38/2002 de 24 de octubre y LO8/2002 de 24 de Octubre.)".Se deberá ,asimismo, reseñar la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora dela Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, por la que se modifica el art. 13 de la LECRim. y se añade un nuevo artículo 544 ter en el citado Texto Legal.

Sentado lo anterior, ya se pronunciaba el Consejo General del Poder judicial, hace cuatro años, sobre la necesidad de dar solución a un problema tan acuciante, por ello se reformó la legislación, articulando, una serie de actuaciones, que evitaran que el transcurso del tiempo pudiera jugar en beneficio del agresor y en perjuicio de la víctima ,que tenía que soportar un gran número de casos la espera de un juicio con la ausencia de medidas cautelares que desprotegían a la víctima ante el agresor.

[579] En la actualidad ,se deberá tener en consideración, la nueva regulación efectuada por Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora, de la orden de proteción, de las vícitmas de violencia doméstica, que

2) El Informe de fecha 5 de junio de 2002.

Ya en relaciòn a la necesidad de informar, el Consejo general del Poder Judicial a la reforma procesal penal que se iba a instaurar, con los juicios rápidos (actual Ley 38/2002 de 24 de Octubre d rforma parcial de la ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del porcedimiento abreviado y Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de la ley de reforma parcial de la LECrim., sobre procedimiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado), con fecha 5 de Junio de 2002 el Pleno de dicho Consejo aprobó el Informe elaborado por la Comisión de Estudios e Informes al haber recibido con fecha 8 de Abril de 2002 la siguiente comunicación del Ministerio de Justicia:

"Adjunto le remito el texto de la proposición de ley de reformas parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, de modificación del procedimiento abreviado suscrita por todos los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados y presentadas al Registro General de la Cámara el día 14 de Marzo de 2002 para su conocimiento y por si desea realizar algún tipo de aportación.

El informe del CGPJ ,se trasladará por el Ministerio, a los grupos parlamentarios presentes en la Comisión de Seguimiento para su consideración durante la tramitación en la Cortes generales de la Proposición de Ley que se iniciará el próximo dia 9 y votación sobre la toma en consideración por el Congreso de los Diputados."

Por ello la Comisión de Estudios e Informes en su reunión de 22 de Abril de 2002 acordó de signar al Exmo. Sr. GUTIERREZ ALVIZ CONRADI procediendo al estudio de la Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y aprobando en sesión de 29 de Mayo de 2002 el Informe para su remisión al Pleno que lo aprobó en fecha de 5 de junio de 2002.

El CGPJ recoge en lo que afecta objeto de la exposición:

"Este Consejo estima que en relación con los delitos de violencia que pueden calificarse como doméstica habitual en numerosos casos la dificultad práctica de su enjuiciamiento por

---

modifica el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y adicciona, un nuevo art. 544 ter al citado Texto normativo.

este procedimiento, esto es, se trataría de que dicho delito, en todo caso por su complejidad en ocasiones, no sea enjuiciado con carácter inmediato.

Si bien, técnicamente ,sería viable su enjuiciamiento inmediato, como ha quedado expuesto, las dificultades de compaginar una justicia rápida, con las complejidades procesales derivadas de la extensión de la actividad probatoria a los hechos que motivan los mencionados delitos aconsejan la exclusión del ámbito material del procedimiento inmediato. En relación con el resto de los delitos de violencia doméstica este Consejo General del Poder Judicial, valora positivamente, que su enjuiciamiento pueda encauzarse procesalmente por la vía del juicio rápido"

Es decir, el CGPJ, entiende ,que las modalidades delictivas en las que la mujer es sujeto pasivo de la agresión física o síquica por parte de su marido o pareja, pueden incluirse en el ámbito procesal de los juicios rápidos aunque no recogidos en el art. 153 del CP en cuanto se refieren a la habitualidad en la violencia como "actitud del agresor" frente a su mujer o pareja.

También hay que recordar ,que en las relaciones CGPJ -Parlamento y el estudio que aprobó el Pleno del CGPJ de 21 de Marzo de 2001, sobre la violencia doméstica se celebraron diversas reuniones en el seno de la Comisión mixta Congreso–Senado de los Derechos de la Mujer, recogiendo las críticas vertidas, sobre los juzgados, como el hecho de la lentitud que se produce, cuando, una mujer acude a denunciar malos tratos, instando una mayor celeridad en los trámites, por lo que la inclusión de los delitos de violencia doméstica en esta reforma procesal, y trayendo a colación la niueva Ley 27/2003 de 31 de Julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, constituye un acierto.

Conviene destacar ,el Acuerdo del CGPJ de 21 de Marzo de 2001 al analizar en su conjunto toda la problemática y exponer una serie de puntos de vista de sumo interés, como el relativo a la necesidad, de que las Juntas de Jueces de los Partidos Judiciales, modifiquen las normas de reparto para que cuando se presente una denuncia ésta se remitida al Juzgado que conoció la primera presentada. Ello facilitaría el tratamiento de la habitualidad del art. 153 del CP y evitaría un continuo peregrinaje de la víctima por los órganos judiciales convirtiendo a la misma ,en el caso de que no se adopten las modificaciones de las normas de reparto en lo que se denomina "Victimización secundaria"del que ya hemos depuesto ampliamente en este trabajo, cuando no recibe de la Administración ,el trato que debiera ante el grave problema que está sufriendo la mujer maltratada.

3) Estudio elaborado por la Universidad de Zaragoza para el Consejo General del Poder Judicial sobre la Violencia doméstica.

Dicho informe fue elaborado por le Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza sobre el tema que se está exponiendo que lleva por Título "Informe sobre el tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia" Este informe fue elaborado por el profesor CALVO GARCÍA que analizó 4568 sentencias de malos tratos y violencia doméstica llegando a las siguientes conclusiones:

El 73% de los casos en los que el denunciado por violencia doméstica ,comparece ante un Juzgado de instrucción, por haber sido calificado como falta el hecho, se dicta sentencia absolutoria, lo que no deja de ser un dato espectacular. Y más aún, si lo comparamos con el obtenido en los Juzgados de los Penal si el hecho ha sido calificado como delito, llegando las sentencias condenatorias al 85%. Nótese, que es la prueba practicada en el plenario la que determina la enervación o no de la presunción de inocencia pero lo cierto y verdad es que la diferencia entre las sentencias absolutorias dictadas en los juicios de faltas y las de los Juzgados de lo penal es notable

También conviene analizar cual es la actitud de del agresor ante la justicia cuando ha sido denunciado.

Los datos analizados en el informe, permiten llegar a la conclusión ,de que el juicio se va a celebrar sin tiempo para que la víctima perdone al agresor, lo que provoca un gran porcentaje de absoluciones al no presentarse al juicio ,la víctima ,ante el retraso en su celebración. Se observa que el juicio de faltas se celebrará el mismo en que son citados denunciante, denunciado y testigos o en los dos días siguientes a tenor de lo dispuesto en los art. 962 y 965 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta ventaja ,que para el acusado, supone la lentitud de la justicia fue analizada por el diputado Sr. SILVA SANCHEZ ,en su comparecencia, ante el Congreso de los Diputados analizando la reforma procesal penal[580]. En efecto" en la comparecencia del Fiscal General del Estado para la presentación de la memoria nos puso encima de la mesa un aspecto que para nosotros es relevante…En los supuestos de violencia doméstica constitutiva no de delito sino de falta, el 70% de los juicios son absolutorios ¿Por qué motivo? Porque tardan tanto en celebrarse que a veces la presión sicológica del agresor sobre la victima determina

[580] Boletín Oficial de la Cortes Generales, Congreso de los Diputados 27 de Junio de 2002, pp. 8910

que no comparezca en el juicio de faltas que no preste declaración que se retracte en sus declaraciones."

Se observa ,que coinciden las cifras expuestas por la Fiscalía General del Estado con las facilitadas por la Universidad de Zaragoza, Laboratorio de Sociología Jurídica al señalar que en porcentajes cercanos al 70% se dictan Sentencias absolutorias en el ámbito de la violencia doméstica de los juicios de faltas por lo que el examen que hacemos de esta reforma demuestra un acierto de la inclusión en los art. 962 y ss del apartado específico relativo a las faltas tipificadas el los art. 617.2 párrafo 2ª y 620 párrafo 3º en relación con el art. 153 del CP en cuanto a las personas que deben incluirse bajo su cobertura.

Concluía el diputado su intervención ,en lo afectante al ámbito objeto de nuestro estudio al señalar que " en un ámbito muy concreto de la violencia doméstica, la violencia de género, este enjuiciamiento rápido e inmediato va a permitir que esos supuestos no se produzcan y que en aquellos casos, en los que se ha producido una agresión, la misma sea enjuiciada y condenada sin que el transcurso del tiempo ,acabe determinando, una modificación, una ausencia de declaraciones y por tanto, una sentencia absolutoria."

4) Comparecencia del Presidente del Consejo General del poder judicial en el Congreso de los Diputados el 17 de Abril de 2002.

Es interesante recordar la comparecencia del Presidente del Consejo General del Poder Judicial Sr.HERNANDO SANTIAGO para dar cuenta de la Memoria de los Tribunales de Justicia del año 2000[581], destacando en relación al tema a debate, que en el año 2000 y en los seis primeros meses del año 2001 se ha demostrado que en materia de violencia doméstica el porcentaje de asuntos que se tramitan como falta llega al 75% por un 25% que se tramita ya como delito. con ello se rompe la dinámica de tramitar todos los casos directamente como falta como se demostraba el estudio realizado por Themis en el que se ponía de manifiesto que el año 1997 tan sólo un 5% se tramitaban como delito y un 95% como falta, lo que repercutía en la imposibilidad de adoptar medidas cautelares.

Destaco, el Presidente del Consejo General del Poder Judicial que: "Constituye una asignatura pendiente, aún, en esta materia, la mentalización general de las mujeres afectadas por esta lacra respecto a la necesidad de evitar la retractación de la denuncia formulada sea directa, o indirecta, no acudiendo al juicio o modificando la declaración en beneficio del

[581] Boletín oficial de las Cortes Generales Congreso de los Diputados sesión número 53 celebrada el día 17 de Abril de 2002 pp. 15232 y 15233

acusado para conseguir resultados, verdaderamente, eficaces en la lucha contra este fenómeno delictivo desde la perspectiva judicial."

En efecto, y para conseguir la finalidad la solución actualmente por esa justicia penal rápida, que se ha implantado con la aplicación de los art. 962 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los juicios de faltas de violencia doméstica,tras la reforma operada por Ley 38/2002 de 24 de Octubre y LO 8/2002 de 24 de Octubre y la importante Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

Haciendo una breve reseña histórica, el CGPJ aprobó un informe en fecha 19 de Junio de 1998 en el que en el apartado c) se hacía referencia a la necesidad de suscribir convenios de colaboración y cooperación con distintas entidades públicas comprometidas en la lucha contra la violencia y podemos citar a modo de ejemplo que el Pleno del CGPJ mediante Acuerdo de 12 de Noviembre de 1997 ,superó la firma de un Convenio de colaboración con el Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid, en el que permitía a este organismo acceder a los libros, archivos, y resoluciones judiciales en el territorio de la Comunidad de Madrid entre los años 1992 a 1996 a fin de llevar a cabo un estudio de los procesos y Sentencias judiciales que se habían producido por infracciones penales derivadas de los malos tratos en el ámbito doméstico.

Además ,el tratamiento especial, que se le daba a la violencia doméstica, en el apartado de los juicios de faltas, fué destacado, en el desarrollo parlamentario de esta reforma, ya que en principio ,se pretendía extender la aplicación de los juicios de faltas rápidos a todo el elenco de faltas del CP. Finalmente, se recondujo, en la forma expuesta en el art. 962 del Texto que primaba el tratamiento de la violencia doméstica. El diputado Sr. SILVA SANCHEZ destacó en el Congreso de los Diputados que " …concentrar en el Juzgado de Instrucción en enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos menos graves y que en algunos casos ,golpean la conciencia social, de una forma importante y pretender el enjuiciamiento de todas las faltas era algo exagerado, por ello tenemos que manifestar nuestra satisfacción, por el hecho, de que se limite, el enjuiciamiento obligado e inmediato de las faltas a aquellas supuestos que también más nos interesan y que son más graves desde en punto de vista de la conciencia social, el caso de violencia doméstica, que sea constitutiva pura y simplemente de faltas así como otros supuestos de faltas contra el patrimonio…"[582]

[582] Boletín oficial de las Cortes Generales Congreso de los diputados 24 de Junio de 2002 pp. 16997.

Habrá que tener en cuenta, que en el borrador inicial de la Reforma en el art. 962, no se hacía referencia específica que ahora se hace con las faltas relativas a la violencia doméstica (Art. 617.2 párrafo 2ª y 620 párrafo 3ª del CP) que ahora, si que se incluye, de forma específica en el art. 962 para permitir la celebración inmediata del juicio de faltas tan sólo estos supuestos, más la falta de hurto del Art. 623.1 del CP ,cuando se flagrante.

-Modificación con relación a las medidas cautelares por Ley 27/2003 de 31 de Julio que adicioan un nuevo art. 544 ter en la LECRim.

Antes de la mencionada reforma procesal, muchas de las denuncias que se registraban, y se incoaban como juicios de faltas, se dilataban en el tiempo para el señalamiento del juicio sin que se habieran adoptado medidas cautelares, por lo que muchos teóricos y prácticos habían propugnado, que se modificara esta imposibilidad legal que permitiera la adopción de las medidas cautelares del art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No sólo a los delitos del art. 57 del Código Penal sino también a las faltas Así se recogía por ejemplo en el Informe de la Fiscalía General del Estado sobre tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999.

De la misma manera, lo pone de manifiesto RIBOT[583] al destacar, "que el principal problema es que las medidas del art. 544 bis del al Ley de Enjuiciamiento Criminal no se pueden aplicar a las faltas y así lo puso de manifiesto el CGPJ en su Acuerdo de 21 de marzo de 2001 al destacar que subsiste el problema de fondo referido al insuficiente tratamiento procesal que reciben los actos de violencia doméstica de menor entidad que en muchos casos constituyen la antesala de episodios más grave."

Así, en su opinión, la mejor forma de solucionar la total ausencia de medidas cautelares en las faltas, antes de la reforma procesal, radicaba, precisamente, en la celebración inmediata del juicio por cuanto, podían, de forma inmediata, adpotarse las medidas de prohibición establecidas en el art. 57 del Código Penal cuando se dictara, sentencia condenatoria.[584]

-El nuevo trámite procesal.

En el art. 962 se incluye la remisión al juicio de faltas inmediato para los previstos en los art. 617.2 párrafo 2ª y 620 párrafo 3 ª (aparte de la falta de hurto del art. 623.1) es decir, para

[583] RIBOT,J "Prevención de los malos tratos familiares: ¿un papel en el derecho civil?" en diario La Ley 12 de Octubre de 2001

los supuestos que castigan al que golpeare o maltratare de obra a otro, sin causarle lesión circunscritos a alguna de las personas a que se refiere el art. 153 (art. 617.2 párrafo 2ª del CP) y a los que de modo leve amenazare a otro con armas u otros instrumentos peligrosos o los que saquen en riña como no sea en justa defensa y salvo ,que el hecho ,sea constitutivo de delito y los que causen a otro una amenaza, coacción injuria o vejación injusta de carácter leve…circunscrito al ámbito de las personas a que se refiere el art. 153 del Código Penal (Art. 620 párrafo 3º del Código Penal).

Pues bien en estos casos, y derivado de la actual reforma procesal, el art. 962 Ley de Enjuiciamiento Criminal, prevé la siguiente sistemática de actuación:

¿Cómo debe actuar la policía, cuando reciba una denuncia recogida en los dos artículos anteriormente citados ,por una de las personas que integran el círculo de víctimas de art. 153? Como bien es sabido dentro de esta categoría se incluye el enjuiciamiento de las faltas de lesiones y malos tratos de obra (art. 617 del Código Penal) amenazas, vejaciones e injurias livianas (at. 620 del citado texto legal), todas referidas al ámbito doméstico al círculo denla violencia de género definida en el art. 153 antes nombrado y donde el perjudicado por estos hechos cobra un importante relieve social.

No hay que olvidar, lamentablemente que el citado art. del mismo Texto punitivo, que por cierto deja fuera de su espectro subjetivo un campo que está produciendo situaciones tan insostenibles como son las relaciones convivenciales entre hermanos; se incluyen las faltas de hurto del art. 623.1 en las que se aprecia la circunstancia de flagrancia antes apuntada.

Se deberá citar a las personas referidas en los números 3 y 4 del art. 796, es decir, al denunciado fijado en la denuncia, testigos, ofendidos, perjudicados, para que c-comparezca ante el Juzgado de guardia Esta citación debe de hacerse para el día siguiente apercibiendo al denunciado de que si no comparece se procederá a su detención y que el juicio se puede celebrar aun sin su presencia. Al mismo tiempo, de forma inmediata, debe hacérseles la prevención al denunciante y denunciado de que tendrán que comparecer ante el juzgado con los medios de prueba que estimaren oportuno. Esta advertencia se recogerá en el propio atestado que remitirá la policía judicial al juzgado de guardia de forma inmediata las citaciones constar en el propio atestado que se presentará ante el Juzgado.

---

[584] Actualmente, convendrá tener en cuenta, la Ley 27/2003 de 31 de Julio, reguladora de la orden de protección ede las víctimas de violencia doméstica con las modificaciones previstas en el art. 13 de la LECrim. y el añadido de un nuevo art. 544 ter a al Ley de Enjuiciamineto Criminal.

-Las citaciones constarán en el propio atestado que se presentará ante el juzgado de guardia.

Es preciso hacer notar que la policía no tiene que recibir declaración al denunciado o a los testigos sino que debe limitarse a citarlos ante el Juzgado de guardia de forma inmediata pero debe dar traslado de la denuncia al denunciado con la citación ya que a este se le ha advertido que debe comparecer con los medios de prueba que estime convenientes por lo que tiene conocimiento exacto de porque se le denuncia. Habla la Ley en el art. 962.2 de que se le dará traslado sucinto de la denuncia, pero entendemos, que debe dársele, copia integra de la misma porque en caso contrario podría alegar indefensión.

¿Cuándo se celebra el juicio?

Con carácter previo, conviene matizar, que en cuanto respecta a las necesidades concretas de delimitación de los tipos según la infracción las diferencias en este punto son prácticamente inexistentes respecto de aquellas de citación policial en las que nos se han dado los requisitos objetivos de la previa citación policial de partes y testigos pues el ámbito propio de tales actuaciones se corresponderá con las faltas de los art. 617, 620 y 623.1.En las restantes faltas contra el patrimonio será indispensable la actuación y presencia permanente o en condiciones de inmediata localización de perito judicial quien valorará los daños o valor económico de los objetos o efectos de las faltas. El Juez de guardia una vez recibido el atestado y comparecidas las personas citadas puede proceder a la inmediata celebración del juicio de faltas aunque también puede acordar su celebración pese a que el denunciado-agresor no comparezca ya que la policía le hizo la advertencia oportuna en este sentido.

-El informe del médico forense en los casos del art. 617.2 párrafo 2ª del CP:

Señala en el art. 963.1 que la inmediata celebración del juicio se acordará si no es preciso acordar la práctica de alguna prueba complementaria. En este caso en el supuesto del art. 617.2 párrafo 2ª puede ocurrir que fuera preciso en informe forense para comprobar que el hecho es constitutivo de falta y no de delito, pero hay que acordar que cuando se trata de un hecho de agresión el art. 796 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite, a la policía que requiera la inmediata intervención del médico forense en casos como el que ahora nos ocupa, de tal manera que éste enviará su informe al juzgado de guardia de forma urgente para que le Juez de guardia disponga de un informe pericial preceptivo en estos casos. Sino fuera posible por cualquier circunstancia, disponer de este informe se retraría, la celebración

del juicio al día más próximo posible atendiendo a las disponibilidades del forense para emitir el informe.

Por ello, establecía , la Disposición Adicional Primera que."El Gobierno a través del Ministerio de Justicia o los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia en el plazo de seis meses a partir de la publicación de esta Ley en el BOE adoptarán las siguientes medidas:…para adecuar la estructura del Cuerpo de Médicos forenses a las previsiones de esta Ley".(Se deberá tener en cuenta la Ley 38/2002 de 24 de octubre y la LO8/2002 de 24 de Octubre)

-El derecho de ser asistido por letrado de oficio.

Reconoce el art. 963.2 que "Si alguna de las partes quisiera ser asistido por letrado de oficio se procederá a su designación" por lo que con independencia de no ser preceptiva la intervención de letrado en el juicio de faltas, es precisa la coordinación con el servicio de guardia del Colegio de Abogados para atender esta posibilidad. En efecto, la misma está prevista en los turnos de oficio de muchos Colegios de Abogados que dedican una atención especial a la asistencia letrada en los supuestos de violencia doméstica, pero es preciso atender también, si así lo desea, la petición de denunciado si quiere hacer uso de lo dispuesto en el art. 963.2 de la reforma.

-La competencia del Juzgado de guardia para la celebración del, juicio de faltas de violencia doméstica.

Establece el art. 963.3 de la Reforma que: "Para acordar la celebración de juicio de faltas será necesario que la misma le corresponda al juzgado de guardia en virtud de las normas de competencia y de reparto".

-La distinción entre los juzgados de guardia de 24 horas y los de guardia semanal

En esta cuestión, es preciso distinguir, aquellos partidos judiciales que dispones de guardia de 24 horas y el resto, ya que en los primeros no es posible la celebración por el mismo juez de guardia ya que tendría la competencia el día anterior o el de la fecha en que ocurrieron los hechos. En los de guardia semanal se podría celebrar de forma inmediata si el hecho ocurre dentro de la semana de guardia no e3n día distinto en cuyo caso se actuaría conforme establece el art. 965 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, citando a las partes ante el juzgado competente, atendiendo al calendario de señalamientos establecido por la Sala de Gobierno del TSJ respectivo. Este artículo obliga a convocar el juicio sea o no de la competencia del Juzgado en funciones de guardia, estableciéndose la previsión de

turnos de señalamientos. No obstante, y en nuestra opinión, sería conveniente limitar al máximo posible los asuntos que entrando en el Juzgado de guardia pasaran a reparto. El señalamiento mediante turnos puede producir especiales problemas de coordinación aparte de que desalienta el trabajo del Juzgado lo que, lógicamente, va a incidir, en los perjudicados por el hecho delictivo.

Es, absolutamente incomprensible, que se haga recaer en el Agente judicial del Juzgado de guardia las carga de dedicarse a la citación de las partes y testigos de procedimientos que se llevaran en otros Juzgados, obviando por una parte la potencialidad d estos de proceder sin merma del principio de eficacia exigible, a la citación personal ni menos buscar una razón de urgencia en la citación, cuando resulta que el Juzgado de guardia no tiene más intervención que una simple calificación provisional de los hechos y un ulterior pase a reparto. Requeriría además una calificación jurídica de los hechos en parte incompatible con la naturaleza propia del reparto, al que afectará de forma sustancial.

Lo más sencillo, será siempre, partir de la base, de la atribución de la competencia por definición en favor del Juzgado de guardia según tengan entrada en dicho servicio de guardia. En este último caso se podrían evitar manipulaciones mediante le establecimiento de cláusulas de limitación (retroacción de la competencia a hechos acontecidos dentro den las setenta y dos horas anteriores a la fecha de entrada del Juzgado en funciones de guardia)

La convocatoria de los juicios del art. 965 a corto plazo (una semana) exige un especial esfuerzo, en la diligencia del Juzgado de guardia, para no desvirtuar el propósito último de la norma- tiva ,un enjuiciamiento rápido y una reparación adecuada ,y eficaz, de la víctimas del delito, potenciándose las citaciones policiales ante dicho órgano jurisdiccional de los denunciantes, denunciados y testigos para permitir la organización de convocatorias y citaciones judiciales y por otra había, de reforzarse, el sistema de citaciones judiciales que no pudieran realizarse en el curso de la guardia ,lo que podría exigir, la búsqueda de fórmulas de refuerzo, máxime cuando las citaciones por correo carecerían de tiempo material para permitir la constatación de la recepción de las citaciones.

Si embargo, en este tema de las normas de reparto, es preciso introducir una cuestión fundamental que se refiere a la necesidad de cumplir el Acuerdo del CGPJ de 21 de marzo relativo al informe aprobado por el Pleno de este órgano en relación con el problema de la violencia doméstica.

En efecto, el CGPJ recomienda en su informe, que se modifique las normas de reparto por los órganos judiciales y se aprueben en ese sentido por las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia para que las denuncias por violencia doméstica conozca el Juez que conoció de la primera denuncia.

Para ello, sería preciso, que funcionara correctamente, el Registro de Violencia domestica[585] que debe existir para que averiguando cual es el Juzgado competente se le remitan al mismo las actuaciones y que si se trata de juicio de faltas rápido se le señale al mismo juicio de faltas en aplicación del art. 965.1.2ª para los dos días siguientes sin perjuicio de acordar la incoación en su caso, de diligencias por delito del art. 153 del CP Esta incoación por delito del aludido artículo se haría por el propio Juzgado de guardia no por el competente para conocer de la falta acumulada.

Así , en este caso, podría acordar juicio rápido por la vía de art. 153 del CP, en relación con el art.795.1.2ª Ley de Enjuiciamiento Criminal, dándole el trámite previsto al efecto para. celebrar el juicio en 15 días ante el juzgado de lo penal por la acumulación de denuncias, al comprobar en el registro que ya tenía otra anterior y poder aplicable el concepto de habitualidad.

Es decir, que al Juez de guardia, se le encomienda la averiguación de s8i se ha formulado alguna denuncia previa que se tramita por otro órgano judicial, circunstancia que se puede comprobar por el registro de la fiscalía o por los que se llevan en algunas comunidades autónomas como el denominado “Registro-Vida” que ha instalado la Consellería de Justicia de la Generalitat Valenciana en el Decanato de Valencia para su uso por cualquier Juzgado de la Comunidad.

Su utilización es sencilla, de tal manera, que cuando un Juzgado, recibe una denuncia envía copia al Registro-Vida, y si cualquier otro órgano jurisdicconal, recibiera una denuncia de violencia doméstica, puede consultar, previamente, en este Registro, si existe alguna denuncia en trámite a fin de poder enviarle la nueva que se ha presentado ,para que cada juez conozca de las cometidas dentro de su partido Judicial ,con las mismas partes.

Por otro lado, este Registro, permite conocer, la existencia de la habitualidad de tal manera que con independencia de que envíe al Juez que conoció de la primera la presentada en ese momento, ello le daría la oportunidad de incoar un juicio rápido de violencia doméstica por la vía del art. 153 del CP si entiende que ha existido habitualidad.

-Cuando resulte imposible celebrar de forma inmediata el juicio.

El art. 965 establece que en los casos de faltas de violencia doméstica (art. 617.2 párrafo 2ª y 620 párrafo 3 del CP) el señalamientos se hará dentro del plazo de dos días frente a los siete días del resto de los supuestos.

El señalamiento lo hace el propio juzgado de instrucción aunque lo sea para otro juzgado de instrucción según establece el art. 965.2..Poe ello es preciso que existe una predeterminación del calendario de señalamientos, circunstancia que prevé el mencionado, precepto al establecer que "las Salas de Gobierno de los TSJ dispondrán lo necesario para articular estos señalamientos de tal manera que los juzgados de instrucción deberían comunicar a la Sala de Gobierno el cuadro de horas para celebrar estos juicios de faltas".

De esta manera, al conocer los horarios de señalamiento de juicios de faltas rápidos en este caso de violencia doméstica los jueces de guardia saben la hora en la que deben hacer dicho señalamiento del juicio cuando tengan que hacerlo para otro juzgado lo que ayuda a la perfecta coordinación que es necesaria en estos casos.

También podría ocurrir que correspondiéndole la competencia al propio Juzgado éste no pudiera celebrarlo por faltarle algún medio probatorio como el informe forense o cualquier otra circunstancia, ya que en estos casos también podría retrasar algún juicio y celebrarlo en dos días aunque debería instar la prueba que faltara como el informe forense según admite el art. 965.1.2ª de la reforma.

El hecho de introducir la especialidad en el citado art. 965 para los casos de violencia doméstica cuando no fuere posible la inmediata celebración del juicio de faltas demuestra el espíritu de la reforma procesal panal de potenciar la persecución de estos hechos. En este sentido, se establece que deberá celebrarse el juicio en dos días frente a los siete de los restantes supuestos.

El art. 965 que hemos analizado regula los supuestos en los que no es posible la inmediata celebración de juicio de faltas, pero al mismo tiempo, en los supuestos que fuera posible, pero el juez de guardia no tuviere competencia por las normas de reparto para celebrar el juicio de forma inmediata en aplicación del art. 963.3 de la reforma, también deberá proceder al señalamiento en el plazo de dos días cuando se tratare de las faltas vistas

[585] Expresamente referido en la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. (Disposición Adicional primera)

de violencia doméstica atendiendo al cuadro aprobado por las Salas de Gobierno del TSJ correspondiente.

Concluyendo este punto del trabajo, la valoración que se debe hacer de la reforma procesal, incluida la Ley 27/2003 de 31 de julio, en nuestra opinión, es muy positiva, ya que rompe con el espíritu voluntarista que había presidido la aplicación de los juicios rápidos tras la Ley 10/1992 e introduciendo el carácter obligatorio de su celebración que en lo que no afecta al cambio de la violencia doméstica tiene indudables ventajas prácticas tras los problemas derivados de la lentitud de la celebración del juicio en muchos casos.

El juicio de faltas bien podrá celebrarse en el mismo juzgado de guardia o si no es posible o este no es competente en el que lo fuera, debiendo el juzgado de guardia señalar el juicio de faltas al juzgado competente. Conocidos los problemas que se han derivado de una falta de atención a las víctimas de malos tratos por lo que una justicia ágil e inmediata hará desaparecer los problemas de la ausencia de medidas cautelares en las faltas transformándolos por las medidas del art. 57 del CP reflejadas en la Sentencia que al efecto se dicte. La sensación de protección de la Administración a la víctimas de los malos tratos hará que esta percepción de las mujer maltratadas haga que la cifra de denuncias se incremente.

Por ello con la reforma procesal las mujeres maltratadas se verán reconfortadas con la inmediata celebración de su juicio respecto de un hecho ocurrido el día de antes o a lo sumo, tres días antes, lo que beneficiará a una eficaz persecución del problema.

C- Las múltiples posibilidades tecnológicas y sus aplicaciones a la Administración de Justicia. Afectación a la víctima

La Justicia, vive actualmente, una crisis de crecimiento, cuyos frutos se percibirán a lo largo de esta década y en los que, la priorización ,de ciertas decisiones ,va a ser crucial para adecuarla al siglo en que vivimos, pero en el que no fue concebida.

A este crecimiento de la litigiosidad y de superior entrada de pleitos, tal y como hemos analizado a lo largo del presente estudio respecto de épocas recientes, absolutamente lógico, por otra parte, pueda la reivindicación de los propios derechos y reclamaciones se canalizan ahora por la vías jurisdiccionales hay que añadir la numerosa promulgación en los últimos años de nuevas leyes de crucial trascendencia tanto social como jurisdiccionalmente, que han incidido sobre ellas.

En este marco de constante transformación resulta imprescindible una rápida y efectiva adaptación de su Administración a las nuevas tecnologías y no sólo a aquellas que en otros ámbitos de la Administración llevan décadas manejándose y que de forma imperiosa demandaba la Administración de justicia, como la Informatización y Ofimatización de Juzgados, Fiscalías Tribunales o las que ha venido a consagrar la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Conviene hacer referencia, a la video- conferencia, una nueva técnica aplicada al mundo de las telecomunicaciones que permite, unir en el tiempo, lo que ocurre en dos espacios físicamente separados, percibiéndose por igual pues todos ellos constituyen espacios emisores y receptores de lo que procesal mente se practique en ellos,.unión virtual que posibilita a través de la imagen y el sonido la comunicación en tiempo real y de forma bidireccional e interactiva entre personas situadas en lugares diferentes y distantes entre si.

Resulta obligado, a nuestro parecer, plantear las dificultades que supone toda innovación que altera o introduce cambios en nuestra tradicional y arraigada forma de trabajar para poder demostrar a los ciudadanos que también en la justicia la tecnología tiene algo que aportar.

C.1- Aplicación práctica en el mundo judicial.

Sin hacer un estudio taxativo sino simplemente enunciativo, conviene resaltar:

Para la práctica de diligencias personales como el interrogatorio de las partes, testigos o peritos siempre que estos residan en lugares muy separados del órgano jurisdiccional requirente tanto en fase de instrucción penal como en la celebración de juicios o vistas y en todos los órdenes jurisdiccionales, ya sea en España o en el extranjero.

En idéntico sentido, para la práctica, de diligencias personales, a través del auxilio judicial nacional o internacional mediante exhortos, suplicatorios o mandamientos cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte del perito o del testigo (habrá que tener en cuenta en este apartado aquellas personas especialmente vulnerables, menores de edad, mujeres maltratadas…) Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2001, entre otras, permite, el uso de la videoconferencia para la práctica de la comisión rogatoria testifical.

-Para la práctica, de diligencias personales, tales como declaración, interrogatorio o exploración que deban realizarse con un menor que se halle en un Centro de Internamiento,

permitiendo la comunicación sin desplazamientos entre el mismo y el Fiscal o el Juzgado de Menores.

-Para la práctica, del auxilio pericial, por el médico forense cuando la parte o testigo a examinar se encuentre lejos de su respectivo ámbito de actuación y no se precisen de diligencias de auscultación para su desarrollo.

-Para la realización, de ruedas de reconocimiento, previstas en el art. 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. de imputados encarcelados o la deposición de acusados reputados escapistas, fuguistas o muy peligrosos garantizando la seguridad, la evitación de riesgos de fuga o problemas de orden público.

-Para facilitar, las relaciones entre jueces y fiscales con objeto de unificar criterios procesales y sobre todo gubernativos, estableciendo, una comunicación entre organismos que permita una tramitación más ágil y una mejor aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

-Para la práctica inmediata de pruebas urgentes, cuyo aseguramiento, impide su suspensión y dilación, a momentos posteriores, por concurrir, circunstancias extremas, al tratarse de personas impedidas, enfermas o con riesgo de fallecimiento inminente, o cuyas funciones les limitan considerablemente su disponibilidad horaria (médicos, funcionarios de los Cuerpos del Seguridad del Estado…) o incluso, testigos circunstanciales o de paso, como pueden ser los turistas o que se hallen protegidos como se ha analizado en le trabajo al amparo de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre de protección de testigos y peritos en causas criminales.

Para emitir, el seguimiento de un juicio oral, que haya suscitado cierta expectación al público o los medios de comunicación sin las restricciones despacio a que algunas salas de vistas (que tecnológicamente no están concebidas para emitir crónicas periodísticas) conllevan y, sobre todo, para garantizar ,la tranquilidad de ánimo que también se precisa en deposiciones de los intervinientes de todo tipo de procesos y en especial de los llamados macroprocesos.

C.2- Beneficios de la videoconferencia y su incidencia en las declaraciones de las víctimas.

Aun a pesar de diferentes voces contrarias, la videoconferencia ofrece por tanto, múltiples posibilidades, que, sin variar hábitos procesales, ni principios generales de las

leyes de ritos, se traducirán en no menos ventajas para cuantos puedan beneficiarse de esta nueva tecnología aplicada al mundo judicial.

Desde nuestro punto de vista, conviene destacar:

-Agilización de la comunicación y, consecuentemente, de la actividad jurisdiccional al permitir en tiempo real, la realización de actos procesales, en los que intervienen personas que se encuentran, en lugares diversos y distantes, de la sede del órgano jurisdiccional y que de hacerse por conducto ordinario tardaría días o meses lo que supone un velo a los principios que se han expuesto en la tesis y que son particularmente significativos en la violencia de género.

-Calidad de la comunicación establecida, al tratarse de una comunicación interactiva que permite la participación, en directo, de cuantas personas se encuentran en los diferentes lugares virtualmente conectados pudiendo formular aclaraciones y contraalegaciones, sustituyendo, de esta forma, el exhorto escrito por la plena y efectiva realización del principio de inmediación judicial ante el juzgado o tribunal actuante, conocedor único de la totalidad del proceso del que trae causa la concreta diligencia practicada. Para la víctima ,el proceso, supondría, no sólo una efectiva inmediación, sino, un ahorro económico importante, que, evitaría, como sucede actualmente, un aluvión de recursos y de resoluciones impugnadas.

-Autenticidad de la declaración prestada, porque la videoconferencia tiene la ventaja de permitir ver la imagen y oir la voz del declarante en tiempo real, garantizando la frescura del interrogatorio en vivo, pero evitando los inconvenientes de desplazamientos al juzgado y la impresión negativa que, para la víctima, supone entender la maraña judicial que ha desencadenado su caso ya, de por si, doloroso.

-Aumento de la colaboración ciudadana, con la justicia ,en condiciones de no heroicidad al potenciar la tranquilidad y confianza en las declaraciones de signo acusatorio de determinadas víctimas delictivas por la separación, no sólo física sino geográfica entre estas y el autor evitando situaciones violentas (delitos contra la libertad sexual, violencia doméstica, delitos de banda organizada…).

-Seguridad ,al evitar la excarcelación y consiguiente traslado y custodia de reclusos y presos preventivos a los órganos jurisdiccionales, disminuyendo los riesgos de fuga de acusados, los posibles accidentes de tráfico ocurridos en traslados y fundamentalmente en el

tema a debate, evitar altercados y enfrentamientos entre la víctimas y los familiares de los victimarios o otros problemas de orden público.

-Comodidad de las partes, testigos, peritos o funcionarios con residencia fuera del partido judicial del Juzgado o Tribunal actuante, pueden intervenir, en actuaciones procesales con tan sólo dirigirse al lugar más próximo dotado de videoconferencia ya sea un Decanato, dependencia policial, de la Administración, Embajada o cualquier otro que convenga su uso con la administración de Justicia.

-Ahorro ,de costes económicos, por los desplazamientos innecesarios, de peritos, testigos o partes a sufragar por la parte interesada de la diligencia, por la condenadas en costas procesales o por la propia Administración (beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita, dietas de funcionarios, Médicos forenses, Fiscales…).

-Ahorro de costes sociales, por la mayor tranquilidad y confianza con la que se practican los reconocimientos en rueda que tanta intranquilidad producen a las victimas de los delitos y faltas., así como, por las declaraciones testificales, de quienes se hallan a varios kilómetros de distancia del imputado.

-Optimización de los recursos- a disposición de los juzgados y tribunales, y mejora, de la organización del trabajo de los mismos al evitar aplazamientos o demoras en los señalamientos de las diferentes actuaciones judiciales por motivo de distancia física. En el caso de la víctima supondría que la ya nombrada ayuda integral podría al menos llevarse a la práctica de forma más efectiva que como se está realizando en la actualidad.

C.3- Legalidad de dichas tecnologías.

Con carácter previo, no hay que olvidar, que el uso de medios técnicos en el ámbito judicial ,se prevé, tanto en nuestro Derecho interno, como en el Derecho internacional.[586]

No obstante, la trascendencia, por su alcance supranacional de su regulación en el Derecho Comunitario, existe cobertura legal para el empleo de esta técnica desde el año 1994[587].Así la LOPJ en su redacción dada por LO 16/1994 de 8 de Noviembre, establece un sistema de cláusula abierta a todo medio técnico que aparezca en el mundo de las nuevas tecnologías.

[586] Art. 11 Convenio de la Unión Europea para la asistencia judicial en materia penal, de 29 de mayo de 2000, regula de forma expresa la utilización de videoconferencia para la asistencia judicial en materia penal.

[587] Art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción dada por LO/1994 de 8 de Noviembre.

Dice el párrafo primero, del citado artículo se estrae: ”Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos electrónicos informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones con la limitaciones que la utilización de tales medios establece la LO 5/1992 de 29 de Octubre-hoy 15/1999 de 13 de Diciembre de Protección de datos de carácter personal que deroga la anterior- y demás leyes que resulten de aplicación”

Para los medios informáticos, el párrafo tercero del artículo de referencia ,establece los mecanismos que garantizan la identificación del órgano y el ejercicio de la función jurisdiccional, por el órgano que la ejerce.

Asimismo, permite la utilización de cualquier medio electrónico informático y telemático entre los justiciables y la administración de Justicia:” las personas que demanden la tutela judicial de sus derecho e intereses podrán relacionarse con la Administración de Justicia a través de los medios técnicos a que se refiere el apartado primero cuando sean incompatibles con los que dispongan los juzgados y tribunales y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento de que se trate”

Conviene, hacer referencia, que al amparo de dicho precepto la Sala 2ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de Octubre del 2001, dirección que ha seguido manteniendo en la actualidad, desestimó, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de haberse establecido comunicación entre los Juzgados por medio de fax:” el que determinados comunicaciones, entre juzgados de Instrucción de Canarias y Madrid se realizase por fax, por razones de urgencia no constituye irregularidad alguna y no es mas que la lógica aplicación de las nuevas tecnologías en la investigación judicial lo que se encuentra, expresamente autorizado, por el art. 230 .1ª de la LOPJ ,que preceptúa, que los juzgado y tribunales podrán utilizar cualesquiera medio técnicos electrónicos informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad” (fundamento de derecho segundo).

Y con esta lógica, jurisprudencialmente recogida, y, legalmente autorizada, de aplicar las nuevas tecnologías a la investigación judicial, y centrándonos en el tema que nos ocupa, resulta necesario admitir el avance que supone usar videoconferencia en la práctica de diligencia de reconocimiento en rueda y la tranquilidad que supone para la víctima dicha práctica reseñada en el art. 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Poniendo a la persona que haya de ser reconocida a la vista del que hubiera de verificar el reconocimiento desde un punto en el que no pudiera ser visto, si así lo decide el Juez porque

le parece mas conveniente la videoconferencia, permite establecer la comunicación unidireccional que exige su práctica ,sin otra alteración, que la sustitución de la tradicional ventana de la sala de reconocimiento, por la pantalla de recepción de la videoconferencia y además con las innumerables ventajas de no proximidad física, no excarcelación y mayor sosiega para la victima o testigo, al haber, una mayor distancia geográfica y solventar en cierta medida los problemas de intranquilidad y de miedo que les supone dicha práctica de la diligencia

Finalmente, en este apartado, convendrá mencionar ,que el art. 137 del aludido Texto Legal, viene a consagrar, bajo sanción de nulidad, la realización plena y efectiva del principio de inmediación judicial esto es, la presencia judicial en las declaraciones de las partes y testigos, careos exposiciones de peritos y cualquier acto que deba llevarse contradictoria y públicamente.

Se puede afirmar, que la no regulación expresa, de aspectos concretos, que lleva la aplicación de la videoconferencia no impide la aplicación analógica de los grandes principios procesales.¿Será dilación indebida el retrasar el pleito o causa por la sola circunstancia de hallarse la parte, el testigo o el perito e incluso el fiscal en un lugar alejado de la sede judicial?¿Está justificada la suspensión del juicio o la no realización de una diligencia personal por esta circunstancia?¿Es nula una actuación judicial por no hallarse las partes físicamente en la misma sala aunque si temporalmente y de forma virtual?

El tiempo nos dará las respuestas, y, esperemos que el Derecho, con la experiencia, la regulación específica de esta nueva técnica de la telecomunicación.

C.4- Análisis de los principios procesales y su relación con la víctima mediante este innovador sistema.

C.4.a- Resolución habilitante.

Mediante providencia, el Juez , el Tribunal o Fiscal que conozca de la causa, acordará que se oficie al organismo público o privado donde radique la pantalla de emisión-recepción (Decanato o juzgado, Policía Ayuntamiento…) así como al servicio Común de videoconferencia y que se exhorte, al Juzgado o Tribunal, en cuyo partido judicial se halle el organismo, donde radique ,la respectiva pantalla, para que, el Secretario judicial u el oficial habilitado del mismo se constituya el día y hora señalado en el organismo en cuestión al objeto de dar, si ello fuere necesario fe pública de la actuación judicial que se va a llevar a cabo a través del lector de documentos.

C.4.b- Identificación de las personas en el proceso.

La identificación de la persona se llevará a cabo por los medios habituales de identificación (DNI, pasaporte, etc…) presentados ante el Secretario o el oficial habilitado a través del lector de documentos.

Si la diligencia se practica en Centro penitenciario o detención la identificación del interno se efectuará con la ayuda de los funcionarios del mismo.

C.4.c- Fe pública judicial.

La dación de la fe pública se efectuará por Secretario judicial u oficial habilitado del juzgado o Tribunal actuante "dejando constancia fehaciente de la realización de actos procesales o ante esta (art. 145.1.2ª del citado Cuerpo legal).

C.4.e- Publicidad, oralidad y contradicción.

La Constitución Española y, en su desarrollo, la LOPJ exigen que las actuaciones judiciales sean públicas con las excepciones que las leyes de procedimiento y predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación.

Para garantizar estos principios, en la celebración de un juicio oral, a través de videoconferencia, se deberá ubicar la pantalla, en un punto que permita, el visionado de las actuaciones a través del sistema de videoconferencia tanto por el público asistente como por las partes intervinientes en el juicio las cuales haciendo uso de ese sistema configurado como emisor receptor ven garantizado en principio de contradicción que impera en nuestro Derecho.

C.4.f- Inmediación.

Este sistema de videoconferencia potencia el principio de inmediación judicial, toda vez que el órgano judicial que haya de practicar cualquier diligencia fuera de su sede judicial (interrogatorio de testigos, declaraciones de imputados, interrogatorios de partes en causa civil…) ya no se verá obligado a delegar su práctica en otro órgano judicial tal y como se venía haciendo hasta ahora a través del auxilio judicial, con lo que se aprecia de forma directa las reacciones de la victima para una mejor valoración de las pruebas que van a imputar al victimario en un proceso penal.(art. 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.)

C.4.g- Documentación de las actuaciones.

Las diligencias practicadas, a través de videoconferencia, se documentarán, mediante ata extendida por el Secretario judicial, constituído, en el Juzgado o Tribunal actuante con identificación de los intervinientes, lectura por el fedatario de los documentos que se exhiban de identificación y probatorios práctica de pruebas tanto de voz como de imagen y descripción de los actos principales que ocurran tanto en el centro emisor como en el receptor.

C.4.h- Recogida de firma al imputado.

Se podrá remitir por fax al órgano actuante dando fe el Secretario judicial o del exhortado o por diligencia del Secretario judicial a través del visualizador de documentos, con los requisitos, a los que. Anteriormente, hemos aludido, y siempre, respetando los principios consagrados, en el referido Texto legal.

C.4.i-Defensa del imputado y de la víctima del delito.

Hay que garantizar la defensa efectiva tanto la técnica mediante letrado como la personal o autodefensa del imputado.

Cabe como hemos señalado la defensa dúplice de abogados colaboradores en sendos puntos emisor y receptor. No obstante si se practicara con la asistencia de un único letrado, la presencia del mismo junto a la persona reconocedora, en la rueda de reconocimiento junto a la persona que declara, en los interrogatorios o declaraciones o junto al cliente en el juicio oral, garantizará totalmente el derecho constitucional a la defensa y asistencia de letrado.

C.4.j- Aplicaciones concretas en las diferentes Comunidades Autónomas.

Por Resolución de la Dirección General de Justicia de la Generalitat Valenciana de 7 de Febrero del 2002, se creó, el Servicio Común de videoconferencias de los juzgados de la Comunidad Valenciana, en Alicante y en Valencia ,operativo desde el día siguiente al de la citada Resolución.

Sus ventajas, hasta la fecha, en nuestra opinión, son indudables, aunque entendemos, que despertaran, en un primer momento, muchas reticencias a su aplicación, a modo ilustrativo citaremos, algunos casos, ocurridos en esta Comunidad:

Delitos sobre agresiones sexuales: Los hechos ocurrieron en Jumilla (Murcia),el miedo de la víctima provocó en cinco ocasiones, la suspensión del juicio por incomparecencia de la misma; retiró su denuncia pero el Ministerio Fiscal siguió con la causa, la víctima que reside en Valencia, acudió a la Asociación de Asistencia la Víctima del Delito de su localidad y

asistida por un psicólogo y letrado de dicho ofician compareció en juicio a través de la videoconferencia del Decanato de Valencia. El Tribunal de Murcia agradeció la iniciativa.

Rueda de reconocimiento: la testigo compareció ante el Juzgado de Alicante y la rueda de reconocimiento se practicó en el Decanato de los Juzgados de Valencia al encontrarse el imputado en libertad quien estuvo asistido por su letrado.

D- El nuevo "Juicio rápido" de Delito: Naturaleza jurídica y ámbito de aplicación. Situación victimal.

De todos es sabido, que la denominada, en lenguaje coloquial "Justicia rápida" calificativo, por el que se viene a entender, la práctica procesal, amparada por las correspondientes normas del procedimiento, en virtud, de la cual ,se logra que el tan deseado por los perjudicados por el delito y por la ciudadanía ,en último extremo, bien del enjuiciamiento inmediato de determinados delitos que estaban y ,están minando, la sensación de seguridad ciudadana, a la vez, que, causando, gravísimos daños, a determinados sectores de la sociedad, especialmente sensibles, al fenómeno de delincuencia habitual, concretamente los constantes delitos de orden socioeconómico, sobre todo, contra los establecimientos comerciales y fabriles, no es una novedad en nuestro ordenamiento procesal, sino el resultado de otros tantos intentos, de buscar una solución al problema siempre partiendo del mismo error de base,

Se piensa, que el problema radica, tan sólo en la adopción de normas de procedimiento que agilicen los trámites para una pronta reparación integral de la víctima del delito, cuando lo que realmente dificultaba ,la inmediata tramitación de las causas, salvada la necesaria reforma legal, era el componente material y humano; en cuanto al primero, de poco sirve crear un sistema ,aparentemente perfecto, cuando no se pone a disposición de los órganos públicos, encargados de su ejecución, una dotación, mínimamente indispensable ,de medios materiales hasta el punto de que las reformas anteriores, las operadas, dejando atrás la rancia experiencia de los denominados procedimientos monitorios, por la Ley 10/1992 de 30 de Abril de Medidas Urgentes de reforma procesal y la Ley 2/1988 de 15 de Junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, simplemente, han fracasado, por no decir, que ,ni siquiera ,se han llegado a poner en practica, en aquello ámbitos territoriales en los que las dotaciones materiales ,siquiera ,se vieran alteradas ,pese a la impetuosa necesidad de unos medios tan elementales como eran el simple acceso al Registro Central de Penados y Rebeldes y las disponibilidad de peritos tasadores.

Resulta evidente, que la nueva reforma procesal ,operada por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre y LO 8/2002 de 24 de Octubre, tiene un claro punto de origen el Pacto de Estado por la Justicia, y en concreto,. la permanente labor, llevada a cabo por la Comisión de seguimiento del Pacto de Estado por la Justicia.

Fue ,en dicho seno, donde se fraguó ,la necesidad de la reforma, del impulso de la Justicia rápida que luego cristalizaría, aunque teniendo "a las prisas por compañera" en la iniciativa parlamentaria a través del Congreso de los Diputados, como medio, para conseguir, una más ágil tramitación y, clara expresión del consenso, que caracterizaría, toda sus singladura parlamentaria. Y, fue en este punto, donde tuvo su arranque, el germen de lo que pueda suponer, la implantación del nuevo sistema, en aquellas demarcaciones territoriales, que simplemente, no pueden absorber, el nivel de absoluta eficacia, y meteórica celeridad ,que pretende la reforma, con un resarcimiento rápido, a los perjudicados por los hechos delictivos.

Sentado lo anterior, a nivel de exposición general, cuestión especialmente debatida en la instauración del enjuiciamiento rápido de delitos, operada por la Ley 10/1992, fue la referida a la determinación, de la naturaleza jurídica, de esta primera manifestación de los juicios rápidos y, cuyas consecuencias, todavía, no han sido solventadas, con esta nueva reforma procesal, con evidentes defectos sustantivos ,y de fondo ,en relación, con la víctima del delito.

Pese a la clara dicción de la Exposición de Motivos de aquélla, en donde calificaba a estos juicios como "mecanismos de agilización", afirmando ,expresamente que, "las reformas que se introducen ni son propiamente un nuevo procedimiento ,ni suponen siquiera la creación de mecanismos automáticos", un cierto sector doctrinal ,se manifestó abiertamente, como partidario de considerar al juicio rápido, como un proceso penal nuevo y especial, diferenciado del abreviado, al entender, que se exigía la concurrencia ,de unos presupuestos específicos para su aplicación (supuestos en los que el presunto delincuente es sorprendido in fraganti y en los que existe carga probatoria suficiente para proceder sin dilaciones a su enjuiciamiento) y, un procedimiento, con características propias (carencia de instrucción propiamente dicha y simplificación, en grado sumo ,de la fase intermedia)"[588]

[588] De esta opinión: ALMAGRO NOSETE, J, Instituciones de Derecho Procesal…ob.cit.ant., pp. 68: DEL OLMO DEL OLMO, JA "Los llamados juicios rápidos" ob.cit ant pp. 359 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V, "La prueba en el Proyecto…", ob. cit.ant., pp. 189; GIMENO SENDRA, V, "Nota urgente a la reforma… ",ob. cit.ant., pp. 261 y 265; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N, "La reforma procesal… ",ob. cit.ant., pp. 129; PÉREZ-CRUZ MARÚN, A.J. "Primeras reflexiones sobre la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal", en La Ley, 1993, p. 867; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., "La reforma del proceso penal" ob. cit. ant. pp. 278.

Frente a esta opinión, otro grupo de autores[589] apostó, por entender, que se trataba sólo de unas medidas adicionales ,que perseguían imprimir celeridad, en determinados casos, al procedimiento abreviado, señalando, que la directa aplicación de la normativa reguladora de éste, evidenciaba, claramente, que no estábamos a presencia de un procedimiento especial distinto al abreviado.

Pues bien, todas estas dudas, han quedado despejadas, en la nueva regulación de los Juicios rápidos efectuada por la Ley 38/2002, a la que hemos hecho referencia, ya que la misma ha reservado todo un Título del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, por lo que, mientras el Título II de dicho Libro, queda ahora reservado, para el procedimiento abreviado[590], el Título III lo es, a este nuevo procedimiento, el cual viene regulado, detalladamente, en cada una de sus fases, siendo las normas del abreviado de aplicación no ya directa, como ocurría en la Ley 10/1992, sino, supletoria, según dispone el artículo 795.4 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

De esta forma, autonomía sistemática, al atribuirle un título, regulación propia y detallada y remisión sólo supletoria a las normas del procedimiento abreviado, avalan el que estemos a presencia de un procedimiento especial[591] , al tener un ámbito de aplicación propio que va más allá del mero criterio cuantitativo de la gravedad del delito enjuiciado[592].

---

[589] Así, CID CEBRIÁN, M., "La reciente reforma del proceso penal",ob. cit. ant.pp. 139; MARIN Y MARTÍN, J.A. "La reforma procesal penal de la ley 10/1992, de 30 de Abril: anotaciones en tomo a la misma", en Actualidad Penal, nº' 5, 1 a 7 de 73 p, 68; MONTÓN REDONDO, A: , en MONTERO AROCA, J. ORTELLS RAMOS, M; GOMEZ COLOMER, J.L., y MONTÓN REDONDO,A.,Derecho Jurisdiccional, tomo III, Barcelona, 1993, pp. 619; M0RENO CATENA,V, en GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V, y CORTÉS DOMÍNGUEZ,V."Lecciones de Derecho Procesal penal", ob cit. ant. pp. 521; SÁNCHEZ PURIFICACION, J. M., "Juicios rápidos: dos años después", ob cit.ant, pp. 617; TASENDE CALVO, J.J., "Comentario a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal", en Actualidad Penal, nº 36, 5 al 11 de octubre de 1992, p. 369; VIVES ANTÓN, T. S. "Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes"ob. cit ant., pp. 171 y s.

[590] Este Título, estaba dedicado, tradicionalmente ,al llamado antejuicio, necesario para exigir, la responsabilidad criminal de Jueces y Magistrados, procedimiento que quedó derogado por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, por lo que la regulación del procedimiento abreviado se modifica de forma sustancial.

[591] Es más, así lo explicita la propia Exposición de Motivos,.al comenzar su apartado II: "En primer lugar, se crea un proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos …". A pesar de ello, el Senador Sr. Molás I Batllori, del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, todavía en la sesión plenaria que aprobó las Proposiciones de Ley en el Senado, afirmaba que el juicio rápido es una especialidad del procedimiento abreviado, sin que se trate de un procedimiento especial (vid. Diario de Sesiones del Senado, VII Legislatura, año 2002, nº 102, sesión del Pleno de 25 de septiembre, pp. 6141).

[592] ARAGONESES MARTINEZ y TOMÉ GARCÍA ,califican de procedimientos ordinarios, aquellos que, pensados para hipótesis generales, responden a un criterio cuantitativo, cual es el de la gravedad de la pena con la que el delito está castigado en la ley sustantiva, calificando de especiales los que, por contraposición a aquéllos, atienden a circunstancias específicas, generalmente a la persona del encausado o al tipo de delito. DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTINEZ S., HINOJOSA SEGOVIA, R; MUERZA ESPARZA, J. y TOMÉ GARCIA, J.A.," Derecho Procesal Penal", 4º ed., Madrid, 1999, pp.302

Con ello, se resucita, en cierta medida, la opción legislativa, que ya figuraba en la originaria Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que, como ya expuse al principio de este apartado, regulaba un procedimiento especial para los casos de flagrante delito. La propia dicción inicial del artículo 795. 1, al expresar "Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales..."abona esta conclusión.

Al ámbito de aplicación de este procedimiento especial, se destina el artículo 795.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual comienza con el siguiente tenor: "Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía... ".

Esta primera delimitación del ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, suscitó, cierta polémica, durante la tramitación parlamentaria del citado precepto.

Y, es que la delimitación objetiva por la pena ,con la que el Código Penal conmina el delito que va a ser enjuiciado por un juicio rápido siempre ha sido un tema controvertido. Acuérdese que en el primigenio procedimiento para casos de delitos fragrantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su versión de 1882, tal enjuiciamiento, abarcaba los delitos castigados con la entonces llamada pena de prisión correccional, esto es, la que tenía una duración de seis meses y un día a seis años (o sea, lo que luego pasada a denominarse prisión menor).

Sin embargo, el ya conocido antecedente directo de los juicios rápidos, representado por la reforma efectuada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, extendió los juicios rápidos los delitos, cuyo enjuiciamiento, correspondía al procedimiento abreviado, o sea, en principio a aquellos castigados con pena de hasta prisión mayor (doce años de prisión), y luego de la promulgación del nuevo Código penal de 1995 a los castigados con hasta nueve años de prisión y, por tanto, pudiendo seguirse este tipo de juicios tanto en los Juzgados de lo Penal como en las Audiencias Provinciales.

Esta extensión, fue criticada en la época, por desmesurada, y sin embargo, curiosamente, es la que seguía fijando la primera versión de la Proposición de Ley origen de la Ley

38/2002, insistiendo por tanto ,en hacer coincidir, el ámbito objetivo de los juicios rápidos con los del procedimiento abreviado, o sea, enjuiciamiento de delitos castigados con hasta nueve años de prisión.

Fue, como hemos aludido, durante la tramitación parlamentaria, cuando varias enmiendas en el Congreso al artículo 795.1 intentaron y consiguieron la rebaja. La enmienda nº 19 presentada en el Congreso por el Grupo Federal Izquierda Unida, reiterada en la nº 35 en el Senado, pretendió que el tope penológico se situara en los tres años, propuesta que no prosperó .

Si lo hizo, en cambio, el criterio sostenido, en las enmiendas 124, 154 y 188 presentadas en el Congreso, todas ellas favorables a fijar el ámbito objetivo de los juicios rápidos en los delitos castigados con pena de hasta cinco años de privación de libertad o cualesquiera otras de otra naturaleza de hasta diez años de duración.

La enmienda 124, presentada por el Grupo Socialista, proponía, la limitación del enjuiciamiento rápido a los delitos cuyo conocimiento es de la competencia de los Juzgados de lo Penal (o sea, los castigados con pena de hasta cinco años de privación de libertad o cualesquiera otras de otra naturaleza de hasta diez años de duración, ex art. 14 tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que justificaba, por el hecho de que este enjuiciamiento rápido, por su propia naturaleza, y aunque el mismo ,pueda ser considerado compatible con la protección de los derechos del imputado, no proporciona, iguales oportunidades de defensa, que el procedimiento abreviado.

Por su parte, el Grupo Catalán-CIU, en la enmienda 154 , y el Popular en la propusieron el texto ,que ,finalmente, resultó aprobado, señalando, ésta última, en su justificación que "Teniendo en cuenta el esquema general de los procesos penales diseñados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual, el ámbito objetivo de cada procedimiento, se determina en función de la duración de la pena, parece conveniente que hechos delictivos castigados con pena de prisión superior a los cinco años sean enjuiciados, en atención a la gravedad de las consecuencias punitivas, de acuerdo con las reglas generales del Procedimiento abreviado , pues ello redunda en mayores garantías para el imputado"

La fijación del ámbito objetivo del juicio rápido en los delitos castigados con penas de hasta cinco años ,coincide, con el tope previsto, en la Legislación francesa para este tipos de juicios (art. 395 del Código de Procedimiento Criminal), si bien ,superan los tres años fijados en el Código de Procedimiento Penal portugués (art. 38 1. 1) o el año fijado en el

alemán (§ 212 b. ap. 1º de la Ordenanza Procesal Penal). De este requisito cuantitativo pudiera deducirse, prima facie, que estamos a presencia, de un proceso ordinario, al ser criterio definidor de este tipo de procesos, como ya hemos expuesto, la duración de la pena que corresponde al delito enjuiciado.

Sin embargo, nada más alejado de la realidad, pues si seguimos con la lectura del art. 795.1, observaremos, que no todos los delitos castigados con las citadas penas., son susceptibles de ser enjuiciados por el procedimiento rápido, sino, sólo aquellos, en los que concurren, acumulativamente, ciertas circunstancias y que dejan, nuevamente, sin colmar lagunas, que, en aras a la protección, de este perjudicado por el delito, se podían haber solucionado con la reforma procesal actual.

En primer lugar, es necesario, que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial, según expresamente reconoce el art. 795. 1 del citado Texto Legal, con lo que aquellos iniciados por denuncia, querella o de oficio.

La enmienda nº 5 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, pretendió suprimir ,este requisito, justificándolo, en que si el hecho se denuncia ante el Juzgado de Guardia y, citado a declarar el imputado, éste se reconoce autor del hecho, ¿qué dificultad existe, en aplicar este procedimiento?

En la misma línea, la enmienda 31 de los senadores de Izquierda Unida, pretendió que se introdujera que, en cualquier caso, y sin perjuicio de las funciones de la Policía judicial, el procedimiento de los juicios rápidos fuera de aplicación en los casos que proceda de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, al entender que tal y como está redactado el precepto queda casi al libre albedrío, de la Policía Judicial la aplicación de este procedimiento, cuando, entendían, que esta decisión debería estar, en todo caso y "*ex constitututione*", en manos de la jurisdicción.

En segundo lugar, además de lo anterior, es necesario que la Policía Judicial, bien haya detenido y puesto a disposición judicial a-la persona contra la que se seguirá el juicio, bien, aun no habiéndola detenido, la haya citado para -comparecer ante el Juzgado de Guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial-(art. 795.1 in fine).

Esta calidad de denunciado, es consecuente, con el hecho de que, como es de sobra conocido, el atestado tiene únicamente valor de mera denuncia, como se desprende de la lectura del art. 297 Ley de Enjuiciamiento Criminal y como se ha preocupado de subrayar reiteradamente la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del

Supremo, y salvados los supuestos, en los que elementos objetivos del mismo, puedan luego tener valor probatorio si son introducidos en el juicio oral y sometidos a debate contradictorio, como [593]también ha reconocido, nuestra Jurisprudencia.

Con esta regulación, se despejan las dudas que suscitó el antiguo artículo 790 en relación a si la detención era una circunstancia necesaria o contingente para la tramitación de los juicios rápidos.

Ahora la cuestión ,está resuelta, al exigirse, expresamente, bien la detención con puesta a disposición judicial bien la citación policial, para que comparezca judicialmente, en calidad de denunciado.

Además de las circunstancias expresadas hasta ahora, (inicio mediante atestado y detención o citación policial en calidad de denunciado), el artículo 795.1 exige la concurrencia de alguna de las circunstancias que a continuación estudiaremos.

Antes de ello, interesa subrayar, que lo que se exige es que concurra cualquiera de ellas, tratándose por tanto de requisitos alternativos y no acumulativos.

De esta forma, se deduce del propio tenor literal del precepto ("... además, concurra cualquiera de las circunstancias siguientes") y de la propia explicación que de ello hace la Exposición de Motivos, en donde, categóricamente se afirma: "Además, junto a lo anterior, dentro del genérico ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, este procedimiento especial, queda circunscrito, en su aplicación ,en virtud de las tres circunstancias siguientes, cualquiera de las cuales funda su aplicación".

Analizando dichas circunstancias, y destacando, que se adolece de una desestructuración evidente, podemos englobar las siguientes:

A) El tratarse delitos flagrantes: Dispone el art. 795.1,1º que a estos efectos "se considera delito flagrante el que se, estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto", y añade "se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen.

[593] Por todas, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 17311997, de 17 de octubre, donde se resume la doctrina al respecto.

También, se considerará delincuente *in fraganti*, aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él".

Partiendo de la idea ,que el denominador común ,del sugerente concepto de flagrancia, capaz de definir en una sola voz prácticamente todas las posibilidades imaginables de detención de los presuntos autores de los delitos, se recupera ,en gran parte, la definición de delito flagrante contenida tradicionalmente en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta su reforma operada por la L0 7/1988, siguiendo, lo que se ha venido en llamar, teoría de la percepción , teoría seguida por el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre 93 (referida al art. 21.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana-Ley Corcuera) que ,definió la flagrancia, como "aquella situación fáctica en la que queda excluida la autorización judicial precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención", declarando que se debe reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como "la situación fáctica en la que el delincuente es sor prendido -visto directamente o percibido de otro modo - en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito". La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha señalado que la flagrancia requiere las siguientes notas características: a) La inmediatez de la acción delictiva, o lo que es igual, que la misma se esté realizando o se haya realizado momentos antes; b) Inmediatez personal, es decir, presencia del delincuente en relación todavía con el objeto o los instrumentos del delito; c) Necesidad urgente de intervención, ora para evitar que se siga cometiendo el delito, ora para detener al delincuente, ora para obtener pruebas de las que razonablemente se puede suponer que desaparecerán,

B) Tratarse de unos determinados delitos- Estos delitos son: a) Delito de lesiones , coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 153 del Código penal; b) Delitos de hurto; c) Delitos de robo; d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos, y e) Delitos contra la seguridad del tráfico. Muchos autores proclamaban la necesariedad de ampliar dichos supuestos y ver garantizada de alguna forma la ejecución de la resolución judicial que se dictare.

No prosperó, la enmienda nº 22 presentada en el Congreso por el Grupo Izquierda Unida que pretendía ,la incorporación de un apartado f) referido a delitos flagrantes contra la salud pública. A este respecto ,una matización. La pretendida inclusión, en la circunstancia 2ª Del

art. 795. 1 Ley de Enjuiciamiento Criminal a la referencia de flagrancia[594] era ,de todo punto superflua, ya que, como hemos visto, anteriormente, la flagrancia es sólo una de las circunstancias que permite fundamentar la tramitación de un juicio rápido, apuesta ésta del legislador que se separa de cierta opinión doctrinal y expresiones del Derecho comparado (caso del llamado juicio directísimo de los artículos 449 y siguientes del Código de Procedimiento Penal italiano o del proceso sumario portugués de los artículos 381 y siguientes del Código luso) que hacen pivotar, la virtualidad de este tipo de procesos a la existencia de flagrancia delictiva. Y, en cuanto a los delitos contra la salud pública, estos podrán tramitarse por el procedimiento que comentamos, siempre que se den alguna de las otras circunstancias (flagrancia o presunción de instrucción sencilla) pero, siempre y cuando se trate del tipo básico del artículo 368, referido a sustancias ,que no causan grave daño a la salud (drogas blandas), que está castigado, con penas de uno a tres años de prisión, ya que el referido a drogas duras, al tener previstas penas ,de hasta nueve años, excede del tope penológico de los cinco años de privación de libertad ,previsto en el artículo 795.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, recordemos, se alza como una frontera infranqueable.

Se intenta con ello, la correlación con la inmediatez del delito cometido, del sujeto con los efectos objetos o instrumentos del mismo, ampliamente criticado por la Doctrina, ya que habría sido más sencillo, introducir, un supuesto más en las lista de modalidades delictivas investigables mediante le enjuiciamiento rápido ,y no lograr, artificialmente ,el concepto de flagrancia ,pues la propia correlación, así definida, permitiría junto con la identificación del, presunto delincuente y la ocupación en su caso de los efectos, vestigios o instrumentos del delito, categorizar el delito, apto para su tramitación inmediata.

b) Que se presuma que la instrucción será sencilla: Se trata éste de un concepto excesivamente amplio. El concepto de instrucción, presumiblemente sencilla, deja realmente perplejo a cualquier jurista; quien acudiera, a un Diccionario Jurídico para buscar la voz “sencillez de tramitación” difícilmente, encontrará respuesta alguna. Evidentemente, la noción de sencillez, nada tiene que ver, con la estructura o contenido típico, del delito objeto de investigación y si, con el propósito, de que las diligencias, que son precisas, para el esclarecimiento de los hechos y permitir la realización del juicio de credibilidad, podrán culminarse, con la celeridad suficiente

[594] Como también pretendía erróneamente el Grupo Socialista en su enmienda nº 124 que, asirnismo, incluía una referencia a los delitos contra la salud pública, vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, n.º 223-7, 23 de mayo de 2002, pp.67.

como, para integrarse, dentro del ámbito temporal ,del servicio de guardia. Por ello al Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 de 24 de Octubre, apartado II párrafo IV, se utiliza la expresión "facilidad instructora" que se define ,con aquel supuesto de hecho en que "… las circunstancias del caso permitan presumir que la investigación será sencilla y que por tanto podrá terminarse en breve plazo.". Si en el primer bloque de supuestos de enjuiciamiento rápido, es la decisión de legislador, la que con más o menos acierto define, *ministerio lege*, categorías de delitos, que siempre, y en todo supuesto, habrán de ser de tramitación especial, en el ámbito del servicio de guardia, y en segundo lugar, la elección ,se basa , en la conjunción de indicios, que apuntan, a la fácil imputación del delito investigado, junto con razones de política criminal, en esta última tipología será la posibilidad de aprovechar las propias potencialidades investigadoras del servicio de guardia la que justifique su inclusión junto a las restantes modalidades de procedimientos de enjuiciamiento rápido. El legislador ,es consciente, de la posibilidad que tiene, determinados hechos, de ser investigados con gran celeridad ,cual sucederá, con una investigación policial completa, con claras evidencias contra el encartado, que reconociera, en sede policial, parcialmente, los hechos y, por ello, fuerza las potencialidades de los servicios de guardia, mediante la inclusión de una cláusula abierta. Esta fue precisamente la razón por la que el Grupo Parlamentario Mixto presentara en el Congreso la enmienda nº 85, por la que se pretendía que esta circunstancia se redactase añadiendo una acotación: "Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que sea sencilla, y no se requieran informes médicos complejos, pruebas periciales que hayan de solicitarse a instituciones externas, testigos de difícil localización, o comparecencia, etcétera".

Dejando a un lado, los problemas de estilo y de técnica normativa (como el incluir un etcétera en lo que se pretende que sea una norma), la justificación estaba clara, al entender que, resulta demasiado indeterminada, una regla de atribución de competencia para el enjuiciamiento rápido, basada, simplemente, en la previsibilidad ,de que la instrucción será sencilla.

Es posible, que una interpretación correcta de este concepto jurídico indeterminado, pase por una exégesis próxima a la que se dio al término "evidencia" a que se refería el texto derogado del artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, como es sabido, se entendió, como facilidad de prueba del hecho punible, si bien, lógicamente, vinculado a su reflejo en una instrucción simple.

Como requisitos negativos, esto es, aquellos cuya concurrencia determina la no posibilidad de tramitar las causas como juicio rápido, el artículo 795 señala dos:

-El procedimiento regulado en este Título, no será de aplicación, a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que, con otro u otros delitos, no comprendidos en el apartado anterior (artículo 795.2)

No se aplicará este procedimiento, en aquellos casos, en que sea procedente acordar, el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido, en el artículo 302 (articulo 795.3).

-Incidencia en los menores de los Juicios Rápidos.

La Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero reguladora de la responsabilidad penal del menor, regula un procedimiento único penal único, tanto para los delitos, como para las faltas cometidos por menores de edades comprendidas entre los 14 y 18 años, que a la vista de los plazos legales de algunos de sus trámites inexcusables, en la tramitación del llamado expediente (art. 27 del citado Texto Legal),permite que en caso de infracciones penales a las víctimas de sencilla investigación una pronta conclusión y celebración de audiencia o juicio en un tiempo inferior a un mes.

En principio, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ,que tanto ha afectado a las víctimas de otros delitos, cometidos por mayores de edad, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del Procedimiento abreviado operada por LO 8/2002 de 24 de Octubre a pesar de la Disposición Final primera de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, declara como supletorio a la LECrim., y ,en particular, lo dispuesto para los trámites del Procedimiento Abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma ,no tiene con carácter inicial vocación de afectar al procedimiento penal de menores por dos motivos: a) Porque el procedimiento penal de menores tiene, una regulación expresa, y sólo en caso de regulación no prevista en su propia Ley Orgánica ,entraría en juego, el Derecho supletorio.

b) Porque ,el procedimiento penal de menores, responde a la filosofía del legislador de rapidez de la justicia, que arranca de un antecedente decimonónico (art. 324 LECrim.) y ha tenido como antecedente más reciente el mismo procedimiento abreviado introducido por LO 7/1988 de 28 de Diciembre y el anterior procedimiento para delitos dolosos, menos graves y flagrantes regulado por LO 10/1980 de 11 de Noviembre.

Teniendo en cuenta, que el llamado "Juicio rápido" ha sido una aspiración legal importante, [595]entonces el Juez de instrucción ,si consideraba que existían elementos suficientes para formular acusación por haberse practicado las diligencias a que se refiere el ap. 3º del art. 789 de la LECrim. en el marco del procedimiento abreviado (art. 779 a 799) podía efectuar, de forma inmediata, el traslado de las actuaciones ,al Ministerio Fiscal y a las partes acusadoras. Lo que se obtenía ,era una pronta aplicación de la Justicia, que en primera instancia era lo que demandaba, la víctima del delito.

En este contexto, el último párrafo del ap. 1º del art. 790 de la LEcrim. permitía al Ministerio Fiscal, en atención a las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos alarma social producida, detención del imputado o el aseguramiento de sus puesta a disposición judicial, presentar su escrito de acusación y solicitud ,de inmediata apertura de Juicio oral y simultánea citación para su celebración.

La desigualdad en la aplicación de este precepto, condicionado ,en buena medida, al voluntarismo del Ministerio Fiscal, supuso una general ineficacia del mismo que ha llevado al legislador a reforzar con la nueva reforma el mismo espíritu de rapidez y reparación de la víctima pero en términos más imperativos para las llamadas "Diligencias urgentes" que se insertan, en una modalidad del mismo Procedimiento Abreviado llamado "enjuiciamiento rápido para determinados delitos" (art. 797 a 799 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).,las cuales, tienen que practicarse, de forma inexsorable, durante el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción.

El nuevo art. 800.2 en relación con la preparación del Juicio oral por el Juez de guardia resulta, mucho más imperativo, permitiéndose ,dictar sentencias de conformidad.

En el procedimiento de menores, los papeles del Ministerio Fiscal y del Juez tal y como se entienden en el procedimiento abreviado, no son, en modo alguno ,coincidentes, ya que el Fiscal instruye (art. 16.1 y 23 de la LO reguladora de la responsabilidad penal del menor) y el Juez, es un juez de garantías, durante la instrucción, al tiempo, que un Juez de enjuiciamiento penal, reservándose ,sólo algunas actuaciones instructoras, cuando se trata de limitación de derecho fundamentales.

De ahí que gran parte de la regulación del procedimiento abreviado y de su modalidad urgente sea en mi opinión, claramente inaplicable, por regularse específicamente el procedimiento penal de menores en su propia Ley Orgánica, aunque podría aplicarse en la

[595] Se venía aplicando en la provincia de Lleida en una experiencia pionera en toda España y auspiciada

regulación de las cuestiones de competencia (art. 759) las facultades judiciales, en los hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor (art. 765), en este caso, se podría fijar una pensión provisional para el perjudicado y la autorización para salir del territorio nacional, si bien, será el juez de menores y no el Ministerio fiscal, el que tenga estas facultades.; y la regulación de los recursos (art. 766), la asistencia letrada (art. 767, 768 y 796) desde el primer momento, de exploración del menor ,aunque no sea detenido o se trate de faltas en virtud del art. 118 de la LECrim. ,con un criterio extensivo, del derecho recogido en el apartado b) del art. 22 de la Ley Orgánica de la responsabilidad penal del menor.

Si bien es cierto, que el expediente de reforma ,lo incoa el Fiscal en virtud del art. 16.3 del citado Texto Legal y que en las fases previas a este expediente, bien en actuaciones policiales, bien en diligencias preliminares del propio Fiscal no nos encontramos ante un expediente en el que se reconocen ,los derechos del art. 22 de la Ley citada, en la práctica, se ha optado, por extremar las garantías del derecho de defensa de los menores, requiriendo esa asistencia letrada, desde un primer momento, lo que, para algunos autores, supone un excesivo hipergarantismo, y que ,en ocasiones, no facilita ,de modo alguno, lograr ese reconocimiento del hecho delictivo, ni tampoco, una protección mayor de la víctima.

Ahora bien, la artificiosa designación de letrado, prevista en el art. 22.2 de la Ley anterior por el Secretario del Juzgado de menores ,una vez recibido el parte de incoación del expediente del Fiscal, ha causado, como era previsible, numerosos problemas al concurrir en muchos caos designaciones de letrados en sede de Fiscalía, antes de incoar el expediente, con letrados en sede del Juzgado, una vez incoado el mencionado expediente.

El nuevo art. 767, puede ayudar, a dar fundamento, a lo que la práctica ha ido imponiendo, es decir, que el Letrado designado en sede de Fiscalía, prosiga las actuaciones hasta Sentencia.

E incluso, puede postularse, que el Letrado designado en fase policial, aunque se trate de menores no detenidos pero si explorados en concepto de denunciados, si bien tecnicamente no gocen de la cualidad de imputado judicial, como tampoco, gozan de dicha cualidad cuando so explorados en la Fiscalía de Menores (art. 779.4 LECrim.)

Asimismo, se deberá tener en cuenta, lo preceptuado en el art. 772 del aludido Cuerpo legal, que recoge el amplio catálogo de actividades que realiza la Policía Judicial

---

por la Fiscalía de la Audiencia Provincial

Para las faltas, aunque, en el procedimiento de menores no se distingue entre delitos y faltas, habría que tener en cuenta los art. 962 y 963 de la LECrim. en la medida que los mismos, propician un enjuiciamiento inmediato de las mismas ,adaptadas, convenientemente a la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, aplicándose de esta forma, los principios que imperan, en el proceso penal.

Finalmente y en lo referente a las Diligencias Previas (art. 774 a 779) si bien, es un procedimiento de investigación a cargo del juez de Instrucción, y todos los preceptos están orientados a este postulado, es bien cierto que en algunos de sus preceptos variando la posición del Juez por la del Fiscal de menores instructor, podrían aplicarse, al proceso de menores.

El principal inconveniente, para la aplicación de los juicios rápidos en menores, es el derivado de la necesidad de contar, en todo caso ,para formular escrito de alegaciones, con un informe del equipo técnico, acerca de las circunstancias personales, familiares, psicológicas sociales y educativas del menor, a los efectos de la valoración de la medida a imponer.(art. 27 LO Responsabilidad Penal del menor), lo que podría suponer, indefensión para el perjudicado por el hecho delictivo cometido por aquel.

Ahora bien, el hecho de que el informe, pueda consistir, en una actualización de los ya hechos y el que la mayoría de los casos el juicio rápido o inmediato está pensado, para reincidentes, con los requisitos del art.795 de la LECrim.

Para el rápido, fundamentalmente delitos flagrantes, delitos de lesiones, coacciones, amenazas, violencia física o psíquica habitual cometidos contra las personas a las que se refiere el art. 153 del Código Penal , delitos de hurto y robo de vehículos a motor, delitos contra la seguridad del tráfico y aquellos ,cuya instrucción, sea presumible que será sencilla, o del art. 801 para los inmediatos, permite pensar que ya existen informes anteriores del menor y que por tanto, no será necesario, consumir los plazos máximos legales del art. 27 de la L.O. de la Responsabilidad Penal del menor, sino, que pueden, darse estas actualizaciones del informe en la propia Guardia**.**

Cuestión especialmente debatida, en la instauración del enjuiciamiento rápido de delitos operada por la Ley 10/1992 fue la referida ,a la determinación de la naturaleza jurídica de esta primera manifestación de los juicios rápidos, y cuyas consecuencias, todavía no han sido solventadas con esta nueva reforma procesal con evidentes defectos sustantivos y de fondo en relación con la víctima del delito.

Pese a la clara dicción de la Exposición de Motivos de aquélla, en donde calificaba a estos juicios como "mecanismos de agilización", afirmando ,expresamente, que "las reformas que se introducen, ni son, propiamente, un nuevo procedimiento, ni suponen siquiera la creación de mecanismos automáticos", un cierto sector doctrinal, se manifestó abiertamente, como partidario de considerar al juicio rápido, como un proceso penal nuevo y especial, diferenciado del abreviado, al entender que se exigía la concurrencia de unos presupuestos específicos para su aplicación (supuestos en los que el presunto delincuente es sorprendido in fraganti y en los que existe, carga probatoria suficiente ,para proceder sin dilaciones a su enjuiciamiento) y un procedimiento con características propias (carencia de instrucción propiamente dicha y simplificación en grado sumo de la fase intermedia)[596]

Frente a esta opinión, otro grupo de autores[597] apostó, por entender, que se trataba sólo de unas medidas adicionales que perseguían imprimir celeridad, en determinados casos, al procedimiento abreviado, señalando, que la directa aplicación, de la normativa reguladora de éste, evidenciaba, claramente ,que no estábamos a presencia de un procedimiento especial distinto al abreviado.

Pues bien, todas estas dudas, han quedado despejadas, en la nueva regulación de los Juicios rápidos efectuada por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre,, ya que la misma, ha reservado todo un Título del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ,al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos", por lo que, mientras el Título II de dicho libro queda ahora reservado para el procedimiento abreviado[598], el Título III lo es a este nuevo procedimiento, el cual viene regulado detalladamente en cada

[596] De esta opinión: ALMAGRO NOSETE, J. «Instituciones de Derecho Procesal…ob.cit.ant.,pp. 68: DEL OLMO DEL OLMO, JA "Los llamados juicios rápidos" ob.cit ant pp. 359 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V. "La prueba en el Proyecto…", ob. cit.ant.,pp. 189; GIMENO SENDRA, V. "Nota urgente a la reforma… ",ob. cit.ant., pp. 261 y 265; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N..,"La reforma procesal… ",ob. cit.ant., pp. 129; PÉREZ-CRUZ MARÚN, A.J. "Primeras reflexiones sobre la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal", en La Ley, 1993-1, pp. 867; VÁZQUEZ SOTELO, J. L. "La reforma del proceso penal" ob. cit. ant. pp. 278.

[597] Así, CID CEBRIÁN, M. "La reciente reforma del proceso penal",ob. cit. ant.pp. 139; MARÚN Y MARTÍN, José Antonio, "La reforma procesal penal de la ley 10/1992, de 30 de Abril: anotaciones en tomo ala misma", en Actualidad Penal, nº' 5, 1 a 7 de 73 p, 68; MONTÓN REDONDO, A, en MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M; GOMEZ COLOMER, J. L, y MONTÓN REDONDO, A, Derecho Jurisdiccional, tomo III, Barcelona, 1993, p. 619; M0RENO CATENA, V, en GIMENO SENDRA, V; MORENO CATENA, V,y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Lecciones de Derecho Procesal penal", ob cit. ant. pp. 521; SÁNCHEZ PURIFICACION, JM, "Juicios rápidos: dos años después", ob cit.ant, pp. 617; TASENDE CALVO, Julio José, "Comentario a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal", en Actualidad Penal, nº 36, 5 al 11 de octubre de 1992, p. 369; VIVES ANTÓN, T. S. "Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes"ob. cit ant., pp. 171 y ss, MUERZA ESPARZA,J. "La reforma del procedimiento abreviado"Ed. Aranzadi, Pamplona 2003.

[598] Este Título estaba dedicado tradicionalmente al llamado antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal de Jueces y Magistrados, procedimiento que quedó derogado por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del tribunal del Jurado, por lo que la regulación del procedimiento abreviado se modifica de forma sustancial.

una de sus fases, siendo, las normas del abreviado de aplicación no ya directa, como ocurría en la Ley 10/1992, sino supletoria, según dispone el artículo 795.4 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así pues, autonomía sistemática al atribuirle un título, regulación propia y detallada y remisión sólo supletoria a las normas del procedimiento abreviado avalan el que estemos a presencia de un procedimiento especial[599] , al tener un ámbito de aplicación propio que va más allá del mero criterio cuantitativo de la gravedad del delito enjuiciado[600].

Con ello, se resucita, en cierta medida, la opción legislativa que ya figuraba en la originaria Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que, como ya expuse al principio de este apartado, regulaba un procedimiento especial, para los casos de flagrante delito. La propia dicción inicial del artículo 795. 1, al expresar "Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales…"abona esta conclusión.

Al ámbito de aplicación de este procedimiento especial, se destina ,el artículo 795.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual comienza con el siguiente tenor. "Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía... ".

Esta primera delimitación del ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, suscitó cierta polémica ,durante la tramitación parlamentaria del citado precepto.

Y es que la delimitación objetiva por la pena con la que el Código penal conmina el delito que va a ser enjuiciado por un juicio rápido, siempre ha sido un tema controvertido.

---

[599]Es más, así lo explicita la propia Exposición de Motivos,.al comenzar su apartado II: "En primer lugar, se crea un proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos …". A pesar de ello, el Senador Sr. Molás I Batllori, del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, todavía en la sesión plenaria que aprobó las Proposiciones de Ley en el Senado, afirmaba que el juicio rápido es una especialidad del procedimiento abreviado, sin que se trate de un procedimiento especial (vid. Diario de Sesiones del Senado, VII Legislatura, año 2002, nº 102, sesión del Pleno de 25 de septiembre, pp. 6141).

[600] ARAGONESES MARTINEZ Y TOMÉ GARCÍA califican de procedimientos ordinarios aquellos que, pensados para hipótesis generales, responden a un criterio cuantitativo, cual es el de la gravedad de la pena con la que el delito está castigado en la ley sustantiva, calificando de especiales los que, por contraposición a aquéllos, atienden a circunstancias específicas, generalmente a la persona del encausado o al tipo de delito. DE LA OLIVA SANTOS, A; ARAGONESES MARTINEZ S; HINOJOSA SEGOVIA, R; MUERZA ESPARZA, J, y TOMÉ GARCIA, J A, Derecho Procesal Penal, 4º ed., Madrid, 1999, pp.302

Acuérdese, que en el primigenio procedimiento, para casos de delitos fragrantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su versión de 1882, tal enjuiciamiento abarcaba los delitos castigados con la entonces llamada pena de prisión correccional, esto es, la que tenía una duración de seis meses y un día a seis años (o sea, lo que luego pasada a denominarse prisión menor).

Sin embargo, el ya conocido antecedente directo de los juicios rápidos, representado por la reforma efectuada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, extendió los juicios rápidos los delitos cuyo enjuiciamiento correspondía al procedimiento abreviado, o sea, en principio a aquellos castigados con pena de hasta prisión mayor (doce años de prisión), y luego de la promulgación del nuevo Código penal de 1995 a los castigados con hasta nueve años de prisión y, por tanto, pudiendo seguirse este tipo de juicios tanto en los Juzgados de lo Penal como en las Audiencias Provinciales.

Esta extensión, fue criticada en la época ,por desmesurada, y sin embargo, curiosamente, es la que seguía fijando la primera versión de la Proposición de Ley origen de la Ley 38/2002, insistiendo, por tanto, en hacer coincidir, el ámbito objetivo de los juicios rápidos con los del procedimiento abreviado, o sea, enjuiciamiento de delitos castigados con hasta nueve años de prisión.

Fue, como ya hemos aludido, durante la tramitación parlamentaria cuando varias enmiendas en el Congreso al artículo 795.1 intentaron y consiguieron la rebaja. La enmienda nº 19 presentada en el Congreso por el Grupo Federal Izquierda Unida, reiterada en la nº 35 en el Senado, pretendió que el tope penológico se situara en los tres años, propuesta que no prosperó .

Si lo hizo, en cambio, el criterio sostenido en las enmiendas 124, 154 y 188 presentadas en el Congreso, todas ellas favorables, a fijar ,el ámbito objetivo, de los juicios rápidos en los delitos castigados con pena de hasta cinco años de privación de libertad o cualesquiera otras de otra naturaleza de hasta diez años de duración. La enmienda 124, presentada por el Grupo Socialista proponía la limitación del enjuiciamiento rápido a los delitos cuyo conocimiento es de la competencia de los Juzgados de lo Penal (o sea, los castigados con pena de hasta cinco años de privación de libertad o cualesquiera otras de otra naturaleza de hasta diez años de duración, ex art. 14 tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que justificaba por el hecho de que este enjuiciamiento rápido, por su propia naturaleza, y aunque el mismo pueda ser considerado compatible con la protección de los derechos del

imputado, no proporciona ,iguales oportunidades de defensa, que el procedimiento abreviado.

Por su parte, el Grupo Catalán-CIU, en la enmienda 154 , y el Popular en la propusieron el texto que finalmente resultó aprobado, señalando ésta última en su justificación que "Teniendo en cuenta el esquema general de los procesos penales diseñados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual, el ámbito objetivo de cada procedimiento se determina en función de la duración de la pena, parece conveniente que hechos delictivos castigados con pena de prisión superior a los cinco años sean enjuiciados, en atención a la gravedad de las consecuencias punitivas, de acuerdo con las reglas generales del procedimiento abreviado , pues ello redunda en mayores garantías para el imputado"

La fijación del ámbito objetivo del juicio rápido en los delitos castigados con penas de hasta cinco años coincide con el tope previsto en la legislación francesa para este tipos de juicios (art. 395 del Código de Procedimiento Criminal), si bien. supera los tres años fijados en el Código de Procedimiento Penal portugués (art. 38 1. 1) o el año fijado en el alemán (§ 212 b. ap. 1º de la Ordenanza Procesal Penal). De este requisito cuantitativo pudiera deducirse, *prima facie*, que estamos a presencia de un proceso ordinario, al ser criterio definidor de este tipo de procesos, como ya he expuesto, la duración de la pena que corresponde al delito enjuiciado.

Sin embargo, nada más alejado de la realidad, pues si seguimos con la lectura del art. 795.1 observaremos que no todos los delitos castigados con las citadas penas son susceptibles de ser enjuiciados por el procedimiento rápido sino sólo aquellos en los que concurren, acumulativamente, ciertas circunstancias y que dejan nuevamente sin colmar lagunas que en aras a la protección de este perjudicado por el delito se podían haber solucionado con la reforma procesal actual.

En primer lugar, es necesario que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial, según expresamente reconoce el art. 795. 1, con lo que aquellos iniciados por denuncia, querella o de oficio.

La enmienda nº 5 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos pretendió suprimir este requisito, justificándolo en que si el hecho se denuncia ante el Juzgado de Guardia y, citado a declarar el imputado, éste se reconoce autor del hecho, ¿qué dificultad existe en aplicar este procedimiento?

En la misma línea, la enmienda 31 de los senadores de Izquierda Unida pretendió que se introdujera que, en cualquier caso, y sin perjuicio de las funciones de la Policía judicial, el procedimiento de los juicios rápidos fuera de aplicación en los casos que proceda de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, al entender que tal y como está redactado el precepto queda casi al libre albedrío de la Policía judicial la aplicación de este procedimiento, cuando, entendían, que esta decisión debería estar, en todo caso y "*ex constitututione*", en manos de la jurisdicción.

En segundo lugar, además de lo anterior, es necesario que la Policía Judicial, bien haya detenido y puesto a disposición judicial, a la persona, contra la que se seguirá el juicio, bien, aun no habiéndola detenido, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de Guardia por tener la calidad de denunciado ,en el atestado policial (art. 795.1 in fine).

Esta calidad de denunciado, es consecuente con el hecho de que, como es de sobra conocido, el atestado tiene únicamente valor de mera denuncia, como se desprende de la lectura del art. 297 Ley de Enjuiciamiento Criminal y como se ha preocupado de subrayar reiteradamente la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Supremo, y salvados los supuestos en los que elementos objetivos del mismo puedan luego tener valor probatorio si son introducidos en el juicio oral y sometidos a debate contradictorio, como [601]también ha reconocido nuestra Jurisprudencia.

Con esta regulación, se despejan las dudas, que suscitó el antiguo artículo 790 en relación a si la detención era una circunstancia necesaria o contingente para la tramitación de los juicios rápidos.

Ahora, la cuestión, está resuelta, al exigirse, expresamente ,bien la detención con puesta a disposición judicial bien la citación policial para que comparezca judicialmente en calidad de denunciado.

Además de las circunstancias expresadas hasta ahora (inicio mediante atestado y detención o citación policial en calidad de denunciado), el artículo 795.1 exige la concurrencia de alguna de las circunstancias que a continuación estudiaremos.

Antes de ello, interesa subrayar que lo que se exige es que concurra cualquiera de ellas, tratándose por tanto de requisitos alternativos y no acumulativos. Ello se deduce del propio tenor literal del precepto ("... además, concurra cualquiera de las circunstancias siguientes")

[601] Por todas, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 1731/1997, de 17 de octubre, donde se resume la doctrina al respecto.

y de la propia explicación que de ello hace la Exposición de Motivos, en donde categóricamente se afirma: “Además, junto a lo anterior, dentro del genérico ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, este procedimiento especial queda circunscrito en su aplicación en virtud de las tres circunstancias siguientes, cualquiera de las cuales funda su aplicación”.

Analizando dichas circunstancias, podemos englobar las siguientes:

a) El tratarse delitos flagrantes: Dispone el art. 795.1,1º que a estos efectos, "se considera delito flagrante el que se, estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto", y añade "se entenderá sorprendido en el acto, no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras, el delincuente, no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen.

También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él." Como vemos, se recupera en gran parte la definición de delito flagrante contenida tradicionalmente en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta su reforma operada por la L0 7/1988, siguiendo lo que se ha venido en llamar teoría de la percepción , teoría seguida por el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre 93 (referida al art. 21.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana-Ley Corcuera) que definió la flagrancia como “aquella situación fáctica en la que queda excluida la autorización judicial precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención", declarando que se debe reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como "la situación fáctica en la que el delincuente es sor prendido -visto directamente o percibido de otro modo - en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito". La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la flagrancia requiere las siguientes notas características: a) La inmediatez de la acción delictiva, o lo que es igual, que la misma se esté realizando o se haya realizado momentos antes; b) Inmediatez personal, es decir, presencia del delincuente en relación todavía con el objeto o los instrumentos del delito; c) Necesidad urgente de intervención, ora para evitar que se siga cometiendo el delito, ora para detener al

delincuente, ora para obtener pruebas de las que razonablemente se puede suponer que desaparecerán.

b) Tratarse de unos determinados delitos. Estos delitos son: a) Delito de lesiones , coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 153 del Código penal; b) Delitos de hurto; c) Delitos de robo; d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos, y e) Delitos contra la seguridad del tráfico. Muchos autores, proclamaban la necesariedad, de ampliar dichos supuestos, y ver garantizada de alguna forma la ejecución de la resolución judicial que se dictare.

No prosperó la enmienda nº 22 presentada en el Congreso por el Grupo Izquierda Unida que pretendía la incorporación de un apartado f) referido a delitos flagrantes contra la salud pública. A este respecto una matización. La pretendida inclusión en la circunstancia 2.º del art. 795. 1 Ley de Enjuiciamiento Criminal ,a la referencia de flagrancia[602] era de todo punto superflua, ya que, como hemos visto anteriormente, la flagrancia es sólo una de las circunstancias que permite fundamentar la tramitación de un juicio rápido, apuesta ésta del legislador que se separa de cierta opinión doctrinal y expresiones del Derecho comparado (caso del llamado juicio directísimo de los artículos 449 y siguientes del Código de Procedimiento Penal italiano o del proceso sumario portugués de los artículos 381 y siguientes del Código luso) que hacen pivotar la virtualidad de este tipo de procesos a la existencia de flagrancia delictiva. Y en cuanto, a los delitos contra la salud pública, estos podrán tramitarse por el procedimiento que comentamos siempre que se den alguna de las otras circunstancias (flagrancia o presunción de instrucción sencilla) pero siempre y cuando se trate del tipo básico del artículo 368 referido a sustancias que no causan grave daño a la salud (drogas blandas), que está castigado con penas de uno a tres años de prisión, ya que el referido a drogas duras, al tener previstas penas de hasta nueve años, excede del tope penológico de los cinco años de privación de libertad previsto en el artículo 795.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, recordemos, se alza como una frontera infranqueable.

c) Que se presuma que la instrucción será sencilla: Se trata éste de un concepto excesivamente amplio.

Esta fue precisamente la razón por la que el Grupo Parlamentario Mixto presentara en el Congreso la enmienda nº 85, por la que se pretendía que esta circunstancia se redactase

[602] Como también pretendía erróneamente el Grupo Socialista en su enmienda n.' 124 que asirnismo incluía una referencia a los delitos contra la salud pública, vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, n.º 223-7, 23 de mayo de 2002,pp.67.

añadiendo una acotación: “Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que sea sencilla, y no se requieran informes médicos complejos, pruebas periciales que hayan de solicitarse a instituciones externas, testigos de difícil localización o comparecencia, etcétera”.

Dejando a un lado los problemas de estilo y de técnica normativa (como el incluir un etcétera en lo que se pretende que sea una norma), la justificación estaba clara, al entender que resulta demasiado indeterminada una regla de atribución de competencia para el enjuiciamiento rápido basada simplemente en la previsibilidad de que la instrucción será sencilla.

Es posible, que una interpretación correcta, de este concepto jurídico indeterminado, pase por una exégesis próxima a la que se dio al término “evidencia” a que se refería el texto derogado del artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, como es sabido, se entendió como facilidad de prueba del hecho punible, si bien, lógicamente, vinculado a su reflejo en una instrucción simple.

Como requisitos negativos, esto es, aquellos cuya concurrencia determina la no posibilidad de tramitar las causas como juicio rápido, el artículo 795 señala dos:

a) El procedimiento regulado en este Título, no será de aplicación, a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que con otro u otros delitos, no comprendidos en el apartado anterior (artículo 795.2).

b) No se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302 (articulo 795.3) del citado Texto Legal.

E- Las actuaciones de la Policía judicial en los “Juicios rápidos” promovidos por la reforma procesal. Posición de la víctima del delito.

Sin duda alguna una de las claves del éxito de los juicios rápidos pasa por una diligente actuación policial, y así lo ha entendido la reforma efectuada, por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre al dedicarle un capítulo (el segundo del Título III) a las actuaciones de la Policía Judicial, Capítulo integrado ,por un único, pero extenso artículo 796.

El art. 796, establece una serie de actuaciones de la Policía judicial específicas para la preparación del juicio rápido. Se trata, de actuaciones realizadas, sin perjuicio de las

previsiones contenidas en las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 105, actuaciones que, según señala expresamente el 796.1 deben realizarse en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención. Este perentorio límite temporal y el propio contenido de las diligencias, como ahora veremos, vacía de sentido la propuesta que realizó en el Congreso el Grupo Parlamentario Izquierda Unida en su enmienda n.º 23, que pretendía que la práctica de las mismas se realizara bajo la dirección del Juez o del Ministerio Fiscal. Las diligencias policiales específicamente previstas son las siguientes:

a) Solicitud de copia del Informe de asistencia sanitaria.: Según señala el artículo 796. 1.Iª, y sin perjuicio de la recabación de auxilio del facultativo o personal sanitario que fuere habido para prestar los oportunos auxilios al ofendido, a que se refiere, el artículo 770.1 , la Policía judicial solicitará del facultativo o personal sanitario que atienda al ofendido copia del informe relativo, a la asistencia prestada, que unirá al atestado policial.

b) Solicitud de la presencia del Médico Forense: Asimismo, la Policía judicial solicitará la presencia del Médico Forense cuando la persona que tuviere que ser reconocida no pudiera desplazarse al Juzgado de Guardia ,dentro del plazo previsto en el artículo 799. La redacción de este precepto, en lo referido a su último inciso, procede de las enmiendas nº 131 y 152 presentadas en el Senado por los Grupos Catalán y Popular 108 justificadas en razones organizativas y una mejor realización de las actuaciones periciales del Médico Forense que, según ellos, avalan la solución relativa a que quienes hayan de ser reconocidos por él se desplacen, como norma general al Juzgado de Guardia, para la práctica de tal reconocimiento, salvo supuestos de imposibilidad que son los que justifican la solicitud de la presencia del Forense realizada por la Policía judicial. Hasta dicha redacción, el precepto preveía tal presencia "cuando fuere necesario su informe pericial, siempre y cuando el examen no requiera de instalaciones médicas para el reconocimiento".

Para el Grupo Parlamentario Catalán CiU está previsión debía desaparecer, por entender, que el Médico Forense debe realizar siempre su informe sólo a instancia de la Autoridad Judicial competente o del Ministerio Fiscal. Sin embargo, ha de tenerse presente que el artículo 497.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Médicos Forenses «en el curso de las actuaciones procesales, en las que tomen parte ,como consecuencia de las funciones de asistencia técnica que le sean encomendadas, estarán a las órdenes de los Jueces, Magistrados, Fiscales y encargados del Registro Civil, en los términos que reglamentariamente se establezcan, sin perjuicio de su dependencia del Director del Instituto

de Medicina Legal correspondiente». Ahora parece, que dichos funcionarios, también están a las órdenes de la Policía judicial. Sin embargo entendemos que para salvar la legalidad, la solicitud a que se refiere el artículo 796 deberá realizarla la Policía judicial a través del Juzgado de Guardia que será quien ordene tal asistencia.

Así, el problema, entendemos, no es tanto de quien realice la solicitud al Médico Forense sino que, realmente exista, infraestructura adecuada como para que tal asistencia pueda realizarse. Las dudas sobre ello fue, precisamente, lo que llevó en el Congreso a que el Grupo de Colación Canaria, en la enmienda nº 43, propusiera la adición de un párrafo a cuyo tenor, "no obstante ello, una vez observadas las circunstancias concurrentes y atendiendo al mejor fin de las diligencias, el informe también podrá solicitarse a facultativos o personal competente de la sanidad pública, acertada propuesta, no fructificada, que pretendía prevenir situaciones probables de escasez o ausencia de medios, principalmente humanos, por la amplia y necesaria dotación de estos puestos, a disposición de la Policía judicial ". Quizás el legislador entendió, no necesaria tal salvaguarda, por creer suficiente la previsión contenida en la Disposición Adicional 1º, apartado b), según la cual, en el plazo de seis meses desde la publicación de la Ley, el Gobierno, deberá adecuar, la estructura del Cuerpo Médico Forense a las previsiones de la Ley. El tiempo lo dirá, pero mucho me temo que no hubiera estado de más que el texto del artículo 796.1.1º hubiese incorporado la propuesta de Coalición Canaria.

Siguiendo con las cautelas, decir que la desaparecida prevención de que la intervención del Médico Forense, lo fuera "siempre y cuando el examen no requiera de instalaciones médicas para el reconocimiento", se debía a la acertada enmienda nº 86 presentada en el Congreso por el Grupo Mixto, que entendía ,que en caso contrario, habría que habilitarse unas dependencias médicas adecuadas en las Comisarías.

-Información del Derecho de asistencia letrada: El artículo 796.1.2 impone, a la policía judicial el deber de informar a la persona que se le atribuya un hecho delictivo aun en caso de que no se procedas a su detención del derecho que le asiste de comparecer ante el juzgado de guardia asistido de abogado. Si el interesado, no manifestare, expresamente, su voluntad de comparecer asistido de Abogado, será la Policía judicial la que recabará del Colegio de Abogados, la designación de un Letrado de oficio. Para el Grupo Parlamentario Vasco EAJ-PNV ,este precepto, no cumplía la exigencia básica, no ya sólo de informar del derecho de asistencia letrada, sino de los propios hechos delictivos, que se le imputan, por lo que en la enmienda 68 presentada en el Congreso solicitaban que se incluyera tal

información, la cual sería por escrito si así lo solicitaba el interesado, argumentando al respecto que ello era coherente con la redacción dada al artículo 962.2 donde, para el juicio de faltas se establecía la información, de ambos aspectos (información de los hechos imputados, y del derecho de asistencia letrada) . Si ello es verdad, no debemos olvidar, no obstante, que ,el inexcusable deber de informar ,de los hechos delictivos, que se le imputan a una persona, que no es detenida ,viene impuesto a la Policía judicial en el artículo 771.2º en donde expresamente, se señala, que en el tiempo imprescindible "informará en la forma más comprensible al imputado no detenido de cuales son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá, de los derechos reconocidos, en los apartados a), b), c) y e) del artículo 520.2".

-Citación del no detenido para que comparezca en el Juzgado de Guardia en calidad de denunciado Ya se ha expuesto, que uno de los presupuestos necesarios, para la tramitación de los juicios rápidos era bien la detención del sujeto, bien su citación policial para que comparezca en el Juzgado de guardia en calidad de denunciado. Pues bien, el artículo de referencia, no hace, sino, imponer a la Policía judicial, el deber de realizar esta citación, en los supuestos de no detención, añadiendo, la necesidad ,de que se le aperciba de las consecuencias de su incomparecencia, y ,que se concretan, en la emisión de una orden de detención dictada por el Juez ex artículo 487.

En la enmienda 106, el Grupo Izquierda Unida propuso en el Congreso la necesidad de que la Policía ,realizase la citación, de acuerdo con los turnos preestablecidos por los Juzgados Decanos de cada localidad, (debe pensarse para el caso de que exista más de un Juzgado de Guardia), al objeto de evitar, que la Policía, pueda elegir el Juzgado, que ha de conocer un hecho concreto lo que afectaría, al derecho constitucional ,al Juez predeterminado.

-Citación de testigos, ofendidos y perjudicados: Igualmente, la Policía judicial deberá citará a los testigos, a los ofendidos y perjudicados por el delito (la víctima en la mayoría de los supuestos), para que comparezcan ,en el Juzgado de guardia, en el día y hora que se les indique. En el caso de los testigos, la Policía les apercibía, de las consecuencias de no comparecer a la citación policial realizada, que con la nueva redacción dada al artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre, se concreta en la posibilidad de que el Juez de guardia, ex artículo 797.1.4 le imponga multa de 200 a 5.000 euros si no se concurre al primer llamamiento y en caso de reiteración, la posibilidad de deducir testimonio, por delito de obstrucción a la Justicia, tipificado en el artículo 463.1 del

Código penal. Motivada por una inquietud parecida a la que subyacía en la enmienda 106 antes vista, en la 126 de las presentadas en el Congreso, el Grupo Socialista proponía que el texto, incorporase la salvaguarda, de que la citación, se haría para el día y hora que se les indique y, en cualquier caso ,dentro de los tres días siguientes, en los días y horas predeterminados a estos efectos por los Decanatos que deberán ser notificados con la antelación suficiente para poder realizar las citaciones.

De cómo se ha pretendido garantizar que la Policía judicial, no puede realizar citaciones interesadas, esto es, escogiendo el Juzgado de guardia, que ella estime conveniente, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, que antes hemos analizado, con el consiguiente perjuicio a las víctimas del delito que en muchos casos con esta forma de actuar, vendrían condicionados a la voluntad de estos Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

-Citación de las empresas aseguradoras: También se citará para el mismo día y hora la entidades aseguradoras a las que se refiere el artículo 117 del Código Penal, en el caso de que conste su identidad (art 796.1.5º Ley de Enjuiciamiento Criminal), previsión que tendrá especial relevancia, en los supuestos, de delitos relacionados con el Tráfico Vial.

- Remisión de las sustancias intervenidas para su análisis: La Policía judicial remitirá al Instituto de Toxicología, Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas, cuyo análisis resulte pertinente. Estas entidades procederán de inmediato al análisis solicitado y, remitirán el resultado al Juzgado de guardia,. por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora en el que se hayan citado a las personas indicadas en las reglas anteriores (art. 796.1ª6ª). Lógicamente para ello, la Policía debería indicar, en el oficio de remisión ,la fecha y hora, a los que se ha citado a ofendidos, perjudicados, denunciados y testigos. No obstante, cuando no sea posible la remisión del análisis en dicho plazo, la Policía judicial, podrá practicar por sí misma, dicho análisis, sin perjuicio del debido control judicial del mismo (art 796.1.6.º in fine).

La posibilidad de que la Policía judicial, realiczara por sí ,los análisis levantó algunas suspicacias en los Grupos Parlamentarios, llegando el Grupo Mixto a pedir llanamente la supresión de todo el artículo 796.1.6º, y el Socialista a afirmar que ello no le parecía razonable al entender que ello sería una fuente de conflictos que producida retrasos procesales. Desde luego, en nuestra opinión, no entendemos dicha aptitud, puesto que los retrasos procesales de evidentemente no deviene de un art. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. sino que son un conjunto global de factores que en última instancia dejan

indefensos al perjudicado por los delitos. Al final, con buen sentido, se mantuvo dicha posibilidad, si bien, siguiendo la enmienda nº 24 del Grupo Izquierda Unida en el Congreso, se incorporo la previsión del debido control judicial de estos análisis, sin que, desgraciadamente, se haya especificado más, en que deba consistir dicho control, pudiendo interpretarse que la Policía, deberá informar al Juzgado de las técnicas realizadas para el mismo y procedimiento realizado, al objeto, de que el Juez pueda observar lo adecuado del mismo. Realmente, esta solución pese a ser correcta legalmente, no va sino a provocar suspicacias e imprecisiones.

- Práctica de controles de alcoholemia y requerimiento al personal sanitario que realice análisis: E1 art 796-1-7º señala que la práctica de controles de alcoholemia se ajustará a lo establecido, en la legislación de seguridad vial. No obstante, cuando se practicare un análisis de sangre u otro análogo, se requerirá, al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores. Ningún comentario, merece la remisión a la legislación de Seguridad Vial respecto ,de la práctica de los controles de alcoholemia, no así en lo referido a los análisis de sangre, orina o análogos. Este tipo de análisis, como sabemos, caen dentro de lo que se ha venido en llamar "intervenciones corporales" , habiendo señalado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que su admisibilidad pasa por la concurrencia de tres requisitos, cuales son, la previsión legal, la autorización judicial y el juicio de necesidad y proporcionalidad. Es por tanto, exigible, la resolución judicial previa para -la extracción de sangre[603], salvo, lógicamente, cuando el sujeto se somete voluntariamente a la misma, por lo que, la previsión del artículo 796.1.7º, no puede entenderse que habilita a la policía a realizarlos sin dicha autorización, con lo que, en principio, en estos casos deja de tener sentido la norma que comentarnos, pues producida la autorización judicial mediante el correspondiente Auto, lo lógico, es que el personal que realice el análisis comunique ,directamente el resultado, a la autoridad judicial que lo ha ordenado. Con ello, se evitarían dilaciones innecesarias, que, en muchos casos, alterarían el discurrir normal del proceso y, por ende, alargarían, la espera victimal.

- Solicitud de la presencia de un perito : Termina el artículo 796.1 estableciendo que si no fuera posible la remisión al Juzgado de guardia, de algún objeto que debiera ser tasado, se solicitará, inmediatamente, la presencia del perito o servicio correspondiente para que lo

[603] Así lo entiende el Tribunal Constitucional en su sentencia 103/1985.

examine y emita informe pericial, informe que podrá ser emitido oralmente ante el Juzgado de guardia. La enmienda nº 90 presentada por el Grupo Mixto en el Congreso quiso acotar tal posibilidad ,solamente los casos, en los que la inmediata peritación fuese imprescindible para la ulterior calificación de lo hechos[604], y es que, efectivamente, la principal labor tasadora del perito en este trámite será determinar si el valor del objeto (por ejemplo sustraído) rebasa o no la frontera de los 300,51 euros afín de poder calificar el hecho como delito (tasación en 300,52 euros o más) o como falta (hasta 300,51) y darle la tramitación oportuna.

Como he recogido anteriormente, todas estas diligencias, específicamente previstas, para los Juicios rápidos no solapan las que, en virtud de las normas generales la policía judicial está obligada a realizar, tales como el requerimiento[605] de facultativo (art. 770.1), la recogida y custodia de instrumentos o pruebas del delito (art. 770.3.), la retirada de cadáveres que interrumpen el tránsito (art. 770.4.), la toma de datos personales, dirección y otros datos de contacto de quienes se encuentren en el lugar del delito (art. 770.5.), la intervención de vehículos y retirada de carnet a los imputados (art. 770.6.) la información a las victimas (art. 77 1.l.), o la lectura de derechos tanto al detenido (art. 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal) como al no detenido (art. 771.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Finaliza, el artículo 796 con los apartados 2 y 3 en los que se recogen dos previsiones referidas a la forma de realizar las citaciones que debe efectuar la Policía judicial en virtud de lo señalado en el artículo 796. 1, y que acabamos de ver.

Por un lado, señala que para dichas citaciones, la Policía judicial fijará comparecencia coordinadamente con el Juzgado de guardia. Con ello, se pretende dar respuesta a las inquietudes antes señaladas, manifestadas por diversos Grupos Parlamentarios en sus respectivas enmiendas presenta das en el Congreso, en relación al peligro de que ello supusiera la facultad de que la Policía pudiese elegir el Juzgado de Guardia[606] o de que sean realizadas, sin certeza, de que realmente el Juzgado, va a poder atender a los comparecientes. En este último sentido, es bastante significativa la enmienda nº 67 presentada en el Congreso por el Grupo Vasco EAJ-PNV que recomendaba establecer en el

[604] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B Proposiciones de Ley, nº 223-7, 23 de mayo de 2002, pp. 55.

[605] Obsérvese que se utiliza en el Texto Legal el término "requerimiento" como forma del acto de comunicación, lo que contradice lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en su ordinal 4º alude al requerimiento como un acto de comunicación del Tribunal para ordenar, conforme a la ley, una conducta o actividad. Se trata pues de un acto de comunicación de los órganos judiciales no de la Policía judicial.

artículo referido algún mecanismo para que la policía sepa a qué día, hora y Juzgado ha de citar al denunciante, denunciado, testigos y peritos, justificando ello en que no se comprende muy bien cómo la Policía, va a poder citar ,a las indicadas personas un determinado día y a una determinada hora para que comparezca, ante un determinado Juzgado, sin saber si ese Juzgado tiene espacios libres en la indicada fecha y hora, imponiéndose por tanto la exigencia de un mecanismo de coordinación Policía-Juzgado so pena de correr el riesgo de que los citados a presencia judicial sean despachados con- el conocido "vuelva usted mañana"[607], frase, de la que formulan innumerables protestas, los ciudadanos que han sido víctimas de una acción delictiva y que coartan, en forma notable, las garantías constitucionales que se derivan de nuestra Norma Fundamental.

Para que sea efectiva, la citada coordinación, el artículo 796.2 añade: "a estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos, para la ordenación de los servicios de guardia de los Juzgados de Instrucción ,en relación con la práctica de estas citaciones, coordinadamente con la Policía judicial".

Si la urgencia lo requiere, las citaciones, podrán hacerse por cualquier medio, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido (art. 796.3 del referido Texto Legal).

Sobre su posibilidad, el Consejo General del Poder Judicial manifestó sus recelos, al afirmar que: "La omisión de la exigencia de firma del interesado y la ausencia de cualquier forma de constancia lleva a cuestionar, seriamente, no sólo la ejecución de la citación en sí, sino también la prueba misma de haberse practicado; extremos éstos de capital importancia si se repara en las consecuencias penales y procesales que pueden derivarse"[608],lógicamente provocando indefensión a muchas personas, que en la mayoría de los casos, no conocen el mundo judicial ni tampoco las consecuencias procesales de ello.

E.1- Las actuaciones de la Policía judicial en el Derecho Comparado: Análisis particularizado del Derecho Ingles.

---

[606] Así las enmiendas 106 del Grupo izquierda Unida y la 126 del Grupo Socialista ya citadas.

[607] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, n.º 223-7, 23 de Mayo de 2002, p. 49.

[608] CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe a la Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado, ant cit..

Pasaremos, a exponer, un proyecto sobre violencia doméstica llamado igual que el distrito policial inglés en el que se está aplicando: Killingbeck en West Yorkshire.

El proyecto, ha suscitado mucho interés y acción en las fuerzas policiales británicas. Un equipo de investigadores ha estado trabajando con la policía y otras agencias locales de esta área para probar un nuevo enfoque en la lucha contra la violencia doméstica. Los hallazgos de los primeros seis meses del proyecto son enormemente alentadores, indicando que el proyecto está teniendo un impacto positivo.

Pero primero, analizaremos el contexto: Su trasfondo de este proyecto, es sobre la victimización repetida.

-La Unidad de Vigilancia y Reducción del Crimen.

En Gran Bretaña, a diferencia del caso español, es el Ministro de Interior el que tiene la principal responsabilidad de combatir y prevenir los delitos. Su papel incluye la supervisión de las fuerzas policiales y otros servicios, que tratan con delincuentes.

La Unidad de Vigilancia y Reducción del Crimen fue creada dentro del departamento, el Ministerio del Interior, en 1.992 para llevar a cabo y gestionar investigaciones relevantes para el trabajo de la Policía.

-Metas y Objetivos

Se trata de identificar la" buena práctica" y poderla llevar a cabo en todo el país.

Mediante una prevención adecuada, y mediante personal especializado, para cada uno de los delitos que se cometen de forma más habitual mediante la elaboración de informes continuados al objeto de dar conocimiento de los logros e intentar una prevención adecuada

-Una década de investigación y desarrollo

Una parte fundamental de este trabajo, se ha ocupado de la victimización repetida. Centrarse en prevenir la victimización repetida puede suponer importantes reducciones en el número de delitos. Hace un uso efectivo de recursos limitados, previniendo y detectando los delitos y ayuda a mejorar la calidad del servicio a las victimas.

-¿Que es la Victimización repetida?

La delincuencia, no se distribuye de forma homogénea. Algunas personas, propiedades y lugares la sufren de forma desproporcionada. Los análisis del Informe Británico de la Delincuencia, han mostrado que el 4% de las victimas sufre el 44% de los delitos.

-Definición de la Victimización repetida.

Se ha demostrado , que el modelo de incidentes repetidos, se da en una amplia gama de delitos. Estos incluyen: los robos en domicilios y comercios, delitos asociados a automóviles, daños a la propiedad, atracos a mano armada, ataques racistas, intimidaciones y violencia doméstica.

Ahora , está ampliamente reconocido que la violencia doméstica es un clásico delito de repetición. Se estima que sólo el 10% de los casos de violencia doméstica contra las mujeres son casos aislados y que el restante 90% incluye palizas sistemáticas, a menudo asociadas con una escalada de la violencia.

-Características de la Victimización repetida

En primer lugar, es predecible. Una vez agredidos, una persona o lugar tienen más probabilidades de sufrir otra agresión que aquellos que no han sufrido ninguna.

En segundo lugar, el riesgo aumenta cuantas más veces una persona o lugar han sido agredidos. Por ejemplo, si un comercio ha sufrido cuatro robos, tiene más riesgo de volver a sufrir otro robo que uno que ha sufrido dos o incluso tres robos. De la misma forma, cuantas más veces una mujer ha sido atacada, más probabilidades tiene de ser atacada de nuevo.

Así una estrategia policial que identifique dónde tienen lugar esos delitos repetidos y que desarrolle una respuesta efectiva, será muy útil , tanto para proteger a las víctimas como para crear una elevada tasa de éxitos policiales. Esto crea motivación y compromiso.

¿Cómo se pueden establecer estos factores? Lo ideal sería ,que antes de atender una llamada, el agente pudiera comprobar cuántas veces la policía había sido llamada con anterioridad. Pero en realidad, muchos sistemas informáticos de las fuerzas policiales no lo permiten. E incluso si lo hicieran, quedaría el asunto de que no se denuncian ni se registran todos los delitos.

Este problema es más agudo en unos delitos que en otros. Los robos, por ejemplo, presentan tasas de denuncia bastante elevadas, mientras que las investigaciones sugieren que una mujer sufre una media de 35 agresiones antes de contactar a la Policía. Por lo tanto, los registros oficiales pueden subestimar la extensión de la victimización repetida.

Un modo de evitar esto es preguntar a la víctima. Ahora, muchos policías preguntan a las víctimas de forma rutinaria sobre su experiencia con los delitos en los últimos doce meses.

Esto puede ayudar a identificar en qué podría consistir una respuesta efectiva. Por ejemplo, las víctimas con una experiencia más crónica con la delincuencia pueden necesitar una respuesta más intensiva por parte de la Policía y otras agencias.

En tercer lugar, sabemos que la repetición de la victimización puede darse pronto.

-El transcurso del tiempo en la violencia doméstica.

Se analizó, el tiempo transcurrido, entre una llamada de la víctima a los efectivos policiales y la siguiente agresión victimal.

Así, después de un primer incidente, el 35% de los hogares sufrió un segundo incidente en el plazo de cinco semanas; después de de un segundo incidente, el 45% de los hogares sufrió un tercer incidente en el plazo de cinco semanas.

(Este periodo de mayor riesgo para los que ya han sufrido una agresión, también es válido para otros delitos como, por ejemplo, los delitos en las escuelas, los robos, los ataques racistas, etc.)

El hecho de que la repetición, tenga lugar, de forma rápida, significa, que hay que aplicar rápidamente las medidas de prevención de delitos. Puesto que el periodo de riesgo disminuye, las medidas pueden ser provisionales. Así, se hacen viables más opciones caras de alta tecnología como, por ejemplo, las alarmas móviles, que pueden reasignarse a medida que el riesgo disminuye.

-Características de la Victimización repetida.

En el caso inglés y de la experiencia de la Policía judicial, sabemos que la victimización repetida , es una característica particular , de las áreas con una tasa criminal elevada. Un estudio demostró que en estas áreas hay casi tres veces más delitos que en áreas con una tasa criminal baja.

No es que haya más víctimas en estas áreas, sino, que son las mismas personas las que sufren los delitos una y otra vez.

Por ello, la concentración en las repeticiones nos llevará automáticamente a las áreas que más necesitan la atención de la Policía (y donde más merece la pena en términos de prevención).

¿Cómo contribuirá esto a reducir la violencia doméstica?

Lo expuesto demuestra, que centrándonos en la victimización repetida podemos saber dónde y cuándo puede ocurrir un futuro delito. Y ello, a su vez, nos puede ayudar a reducir la delincuencia y mejorar la calidad del servicio a las victimas.

Una serie de proyectos, muchos de ellos financiados por el Ministerio del Interior, han mostrado las ventajas que se obtienen, previniendo la victimización repetida. Por ejemplo, un proyecto redujo los robos en domicilios en un 72% a lo largo de tres años y el robo repetido cayó a cero en seis meses; otro proyecto, redujo los ataques racistas en un barrio de East London en un 12%.

Las expectativas de actuaciones satisfactorias medibles, crean entusiasmo y motivación en las fuerzas policiales y son buenas noticias para la lucha contra la violencia doméstica.

Ahora la mayoría de las fuerzas del orden de Inglaterra y Gales tienen una estrategia para la victimización repetida. Para apoyarlas y alentarlas, el ministro de Interior ha creado un Indicador de Actuaciones Clave, referido ,específicamente, a la victimización repetida. Habrá más impulsos a esta iniciativa, a través del programa nacional de reducción de la delincuencia, con un presupuesto de aproximadamente 250 millones de libras.

-Evaluación de la situación en el país de referencia

Se centra dicho análisis, en la explicación del concepto aludido, por varias razones:

En primer lugar, para subrayar que las fuerzas policiales británicas han entendido rápidamente que concentrarse en la victimización repetida es una estrategia que se puede aplicar a muchos tipos diferentes de delitos. Esto puede ser útil a la hora de elaborar el perfil de la violencia doméstica, que, tradicionalmente, ha recibido menos atención que otros delitos como, por ejemplo, el robo.

De forma intencionada, el Indicador de las Actuaciones Clave del Ministerio de Interior para la Policía no especifica qué delitos deben combatirse. La idea es que las fuerzas policiales identifiquen aquellos delitos que suponen un problema particular en su ámbito local. En las primeras fases, la mayoría de las fuerzas policiales eligió centrarse en los robos, probablemente, porque tienen una tasa de denuncias relativamente alta. Por ello, a la Policía le resulta más fácil comprender la extensión del problema a partir de sus datos rutinarios.

Es alentador que, a medida que ha ido pasando el tiempo y las fuerzas policiales se han familiarizado con los principios, han empezado a entrarse en otros delitos, incluidos los de violencia doméstica y ataques raciales.

La segunda razón es, para acentuar que , mientras está ampliamente reconocido y es evidente que la violencia doméstica es un "delito de repetición ", el uso explicito de nuestros conocimientos sobre repeticiones , para elaborar, estrategias de prevención aún es un proceso en curso y queda algún camino por recorrer .

-El proyecto Killingbeck

Este proyecto, ha supuesto para la policía inglesa, uno de los mayores logros en el ámbito de protección víctima y ayudas globales:

-Se han creado ocho unidades de violencia doméstica y protección del menor

-Una base de datos independiente (el Índice de Violencia Doméstica).

-Nuevos módulos de formación para los agentes.

-Inclusión en grupos interagenciales .

-Política policial

La premisa que sigue éstos cuerpos del Estado según el proyecto al que hemos hecho referencia anteriormente son las siguientes: Detener siempre que sea posible, reunir pruebas como en cualquier otro delito y garantizar la seguridad de la victima.

El proyecto Killingbeck se basa en esta política. Fue creado en 1996 y tiene como objetivo reducir la repetición de los incidentes de violencia doméstica. Incluye graduar las respuestas a los incidentes de violencia doméstica según el número de veces que la policía ha intervenido el año anterior. Esto refleja el hecho de que el riesgo de una nueva agresión aumenta con cada agresión. La idea de una respuesta graduada, ha sido adoptada de otro proyecto eficaz de West Yorkhire , financiado por el Ministerio de Interior , para combatir la repetición de robos y robos de coches .

Es la primera vez que la respuesta graduada se aplica a la violencia doméstica.

Investigaciones anteriores de la violencia doméstica han sugerido que en los casos en los que se ha llamado a la Policía desde la misma casa una y otra vez, la calidad de su respuesta puede decaer de una visita a otra. Puede que la Policía haya tenido la impresión

de que ya no había nadas más que pudiera hacer. La estrategia adoptada en el proyecto Killingbeck tiene como objetivo cambiar esta actitud y práctica.

El concepto es que un aumento de los incidentes provoque un aumento en la actividad de la Policía y otras agencias. Esta actividad se dirige tanto a las victimas como a los delincuentes.

-El modelo Killingbeck

El modelo, reconoce la diferencia de situaciones de las mujeres, que viven con su agresor y aquellas que están separadas del mismo. Los delitos se dividen en Derecho consuetudinario y Derecho penal.

Existen tres niveles de respuestas posibles, según el número de veces que la policía ha intervenido durante los doce meses anteriores. En su nivel más sencillo, una primera intervención policial elegirá la respuesta del nivel 1, una segunda intervención el nivel 2 y una tercera el nivel 3.

No obstante, al evaluar el nivel inicial de respuesta, se revisan todos los registros policiales junto con información de la mujer sobre agresiones anteriores no notificadas.

Puede que haya que empezar en niveles más altos, por ejemplo, si existen agresiones anteriores no notificadas o si el primer incidente es una agresión especialmente grave.

La naturaleza exacta de las medidas, dependerá, de los instrumentos localmente disponibles y la respuesta graduada es un modo sencillo de utilizarlos de forma sistemática y planificada y de reservar las medidas de alta tecnología más caras como, por ejemplo, dispositivos de pánico o alarmas, para las personas que sufren un mayor riesgo.

El objetivo de Cocoon Watch consiste, en crear un dispositivo de protección, para ayudar y apoyar a la víctima. Incluye pedir a los vecinos, familia y agencias relevantes que avisen inmediatamente a la Policía si hay más incidentes. El Cocoon Watch solamente se aplica con el consentimiento de la víctima y el delincuente es informado y esta acción.

El Police Watch supone una presencia policial visible tanto para la victima como para el delincuente e incluye patrullas policiales en las proximidades del incidente dos veces por semana durante periodo inicial de seis semanas , inmediatamente después de incidentes repetidos el periodo de tiempo que supone un mayor riesgo para la mujer .

El proyecto tuvo un importante lanzamiento en los medios de comunicación en noviembre de 1.996, con la asistencia de un secretario de Interior y el jefe de la Policía. El

objetivo era enviar un mensaje contundente, tanto a la opinión publica como a todos los agentes de Policía de la división , de que la violencia doméstica es un delito grave y que la Policía y otras agencias están comprometidas a dar prioridad alta a su prevención .

El procedimiento básico es que un agente de patrulla atiende una llamada y aplica la política de actuación frente a la violencia doméstica (por ejemplo , detener si es posible, reunir pruebas y garantizar la seguridad de la víctima). Su principal responsabilidad reside en enviar información adecuada a la sala de control de la Policía: por ejemplo, detalles del delito, número de ataques previos no notificados, etc. Después, los dos agentes de violencia doméstica recogen esa información, deciden que nivel de intervención se aplica y supervisan su aplicación.

La formación es una parte fundamental de la estrategia. Desde el principio se reconoció que, por muy buena que pareciera la estrategia sobre el papel, sólo podría tener éxito si se ganaba el apoyo de los que tienen responsabilidad de aplicarla in situ. .

La formación inicial se vio complementada durante el año para eliminar cualquier problema y mejorar su eficacia. Además se ofrecía información en reuniones y, de vez en cuando, a través de informes de progresos impresos.

Los investigadores han supervisado el proyecto entero y este año hemos publicado los hallazgos de los primeros seis meses del proyecto.

Para evaluar la efectividad del modelo, se comparó el nivel de llamadas de violencia doméstica durante el proyecto con un periodo trimestral antes del inicio del mismo.

Los primeros hallazgos muestran una reducción en las llamadas repetidas. A lo largo de un periodo de seis meses, el 83% de los hombres que habían entrado en el nivel 1 no fue objeto de otra intervención policial.

Nivel de entrada por periodos de tiempo**.**

De dicho proyecto a nivel práctico la policía concluyó que se han reducido significativamente desde que comenzó el proyecto, lo que implica que los delitos reincidentes ha supuesto una notable bajada criminal.

Los asuntos incluidos en el informe analizado serán el efecto del proyecto en intervenciones repetidas, el periodo de tiempo entre dos llamadas, entrevistas con una muestra de mujeres (y esto es una parte vital de la información), entrevistas con agentes de policía y otras agencias para explicar sus experiencias y opiniones del proyecto.

Se deducirán las implicaciones de la buena práctica para informar a otras áreas que deseen elaborar estrategias similares. El proyecto ha recibido mucha atención e interés -por parte de otras fuerzas policiales, el gobierno y los medios de comunicación- y únicamente-al igual que el caso español cuanta más publicidad e información se efectúe de un tema más se incrementa la conciencia social y es mas sencillo lograr una prevención adecuada y dar unos cauces que aseguren la posibilidad de aplicación de una medidas globales para las víctimas de los delitos.

-Elementos fundamentales

El proyecto se centra tanto en la víctima como en el delincuente.

Involucra a todos los agentes: tomar en serio la violencia doméstica es un trabajo que corresponde a cada uno de los agentes de policía, no sólo a un número reducido de agentes especiales.

-Costes adicionales reducidos: distribuye los recursos existentes de manera más efectiva y eficiente.

Trabajo conjunto: refuerza las relaciones existentes y desarrolla relaciones nuevas con otras instituciones dedicadas a trabajar con víctimas y delincuentes.

F- Las Diligencias Urgentes tras la Reforma operada por Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la ley de enjuiciamienito Criminal sobre procedimiento para le enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado.

Realizado todo lo anterior, es decir, formulado el atestado policial con el contenido visto y practicadas por la Policía judicial todas las actuaciones a las que nos hemos referido anteriormente, ésta remitirá al Juzgado de Guardia todo lo actuado en la fase preliminar del proceso[609] (atestado acompañado de los informes y, en su caso, de los objetos, instrumentos y pruebas del delito -art. 770.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal-, a la vista de lo cual el Juzgado, si procede, incoará lo que ahora la Ley llama "Diligencias urgentes" (art. 797. l), esto es, la fase de instrucción, propiamente dicha, del Juicio rápido (como evidencia el art. 796 del citado Texto Normativo). En relación con el atestado policial recuérdese lo prevenid en los art. 292 a 294 y 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[609] Fase preliminar que a diferencia de otros procedimientos penales de nuestro ordenamiento es aquí siempre necesaria, ya que el juicio rápido ha de iniciarse, como sabemos, siempre, mediante atestado policial.

Incoadas las Diligencias urgentes, el Juez de Guardia, y sin perjuicio de las demás funciones que como Juez instructor tiene asignadas, podrá ordenar la practica de una serie de diligencias, "con la participación activa del Ministerio Fiscal" (art. 797.1 párrafo inicial).

La previsión de la participación activa del Fiscal fue introducida rnor a las enmiendas nº 157 y 189 presentadas en el Congreso, respectivamente, por los Grupos Catalán CiU y Popular[610], ambas con la misma justificación: "La presente enmienda se introduce con la finalidad ,de llevar a cabo, una regulación, más precisa, técnicamente, de la intervención del Fiscal en este procedimiento, dando paso al mismo tiempo a mayores posibilidades de utilización de Nuevas Tecnologías en el ámbito del proceso penal".

La verdad, es que no alcanzamos a comprender, que tiene que ver la potenciación de las Nuevas Tecnologías con la participación activa del Ministerio Público, la cual, dicho sea de paso, ya podía haber circunscrito a aquellas diligencias en las que tal participación tiene sentido (y no así en todas, como por ejemplo la petición de antecedentes penales, las citaciones o la información de derechos al ofendido).

En cambio, y por el contrario, no prosperaron las enmiendas presentadas en el Congreso por los Grupos Vasco, Mixto, y Socialista[611] referidas a la necesidad de que la práctica de las diligencias se realizase no sólo con la participación del Fiscal sino también ante las demás partes, en virtud de los principios de contradicción e igualdad de partes. No obstante esta omisión, que podría vulnerar en muchos casos los derechos de las víctimas, hay que tener presente que el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena que las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.

Las diligencias que puede ordenar el Juzgado de guardia, amén, de las generales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (por ejemplo las del art. 762, en virtud de la regla supletoria prevista en el art. 795.4), son específicamente:

a) Solicitud de los antecedentes penales: El artículo 797 1.1º señala que el Juez de Guardia recabará por el medio más rápido los antecedentes penales del detenido o persona imputada.

[610] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, n.º 223-7, 23 de mayo de 2002, pp. 80 y 94.

[611] Enmiendas n.º 69, 92 y 127, vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp. 50, 56 y 68.

b) Diligencias necesarias para la calificación del hecho: Si ello fuera necesario para la calificación jurídica de los hechos, el artículo 797.1.2º señala que el Juez de Guardia:

-Recabará de no haberlos recibido, los informes periciales solicitados por la Policía Judicial.

-Ordenará, cuando resulte pertinente y proporcionado, que el Médico Forense, si no lo hubiese hecho con anterioridad, examine a las personas que hayan comparecido a presencia judicial y emita el correspondiente informe pericial.

-Ordenará la práctica por un perito de la tasación de bienes u objetos aprehendidos o intervenidos y puestos a disposición judicial, si no se hubiese hecho con anterioridad.

c) Toma de declaración del imputado: Tomará declaración al detenido, puesto a disposición judicial o ,a la persona que, resultando imputada por los términos del atestado, haya comparecido a la citación policial, en los términos previstos, en el artículo 775.

Ante la falta de comparecencia del imputado a la citación policial, ante el Juzgado de Guardia, podrá éste aplicar lo previsto en el artículo 487 (Art. 797.1.3). Con esta diligencia se da cumplimientos a las exigencias impuestas por la Jurisprudencia Constitucional desde la celebérrima Sentencia 186/1990, de 15 de noviembre[612], en la que se subraya la exigencia de una previa imputación judicial durante la fase instructora que fundamente la posterior acusación e impida las proscritas acusaciones sorpresivas[613] y que, precisamente su

[612] Luego reiterada por otras muchas posteriores: sentencias 21 y 22/1991. de 31 de enero, 54/1991, de 11 de marzo, 124/1991, de 3 de junio, 128 y 129/1993 de 19 de abril, 152/1993, de 3 de mayo, 273/1993, de 20 de septiembre.

[613] El Fundamento Jurídico 4 de la citada Sentencia es altamente clarificante: "Por lo que respecta a la intervención del imputado en la fase de instrucción preparatoria del procedimiento abreviado, ésta tiene un doble significado. En primer término, la intervención se produce, siempre, en la obligada comparecencia e interrogatorio judicial del imputado que ordena el artículo 789.4 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta comparecencia ante el Juez instructor, que consagra una de las garantías básicas que deben concurrir en todo proceso penal cual es la asunción formal del status de imputado y su interrogatorio judicial antes de haberse formulado acusación en su contra, la impone expresamente la Ley, en esta fase del proceso, con independencia de que se haya practicado investigación preliminar, e incluso cuando en el atestado consten la comparecencia del imputado y sus declaraciones prestadas con las formalidades y las garantías legalmente establecidas, y que, como consecuencia de ello, el Juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no lleve a cabo la instrucción preparatoria en los términos antes dichos. En esta primera comparecencia el Juez informará al imputado de sus derechos, de entre los que se destaca la obligación judicial de la ilustración de la imputación a su sujeto pasivo (artículo 789.4 en relación con los artículos 118.2 y 520.2) y de la totalidad de los derechos que posibilitan su defensa privada y pública, y le hará saber la advertencia y requerimiento establecidos en dicho precepto". Y en el Fundamento Jurídico 7º palmariamente se concluye: "… la acusación no puede, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora". Sobre la doctrina sentada por esta trascendental sentencia, por todos: FAIRÉN GUILLÉN, V. "El procesamiento o imputación formal en la reforma procesal de 1988 (doctrina del Tribunal Constitucional,

incumplimiento fue una de las principales críticas que se realizaron a los Juicios rápidos introducidos por la Ley 10/1992[614]

Actualmente, desde nuestro punto de vista, la cuestión queda aclarada. El Juez de Guardia deberá practicar la toma de declaración al detenido o al denunciado compareciente durante la fase de Diligencias urgentes, realizando una imputación judicial formal, a través de la información, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan, previa información de sus derechos suministrada por el Secretario, permitiéndole que, tanto antes como después de prestar declaración, pueda entrevistarse reservadamente con su Abogado (art. 775). Si el denunciado no detenido que fue citado policialmente no compareciese ante el Juzgado de Guardia podrá éste librar orden de detención (art. 487).

d) Toma de declaración a testigos: Tomará declaración a los testigos citados por la Policía judicial que hayan comparecido, y, ante la falta de comparecencia podrá aplicar las prevenciones dispuestas en el artículo 420, esto es, imponer multa de 200 a 5000 euros, si persistiere en su comparecencia., ordenar que los agentes de la autoridad lo traigan a su presencia y deducir testimonio por posible delito de obstrucción a la Justicia. Entendemos que esta genérica remisión, que el artículo 797.1.4 hace al artículo 420, no es del todo correcta, pues no parece lógico que, en un proceso que pretende tramitarse lo más rápidamente posible, la orden a los agentes de la autoridad para que éstos traigan al incomparecido sólo se pueda realizar una vez que previamente se haya citado nuevamente al testigo y éste, de nuevo ,haya desoído la citación, pudiendo volverse ,nuevamente, a situaciones anteriores ala reforma procesal con la consiguiente indefensión victimal que vería nuevamente alargados los plazos procesales. . Hubiese sido más correcto, establecer en el propio artículo 797, que si el testigo, citado policialmente ,no comparece sin causa justificada, el Juez, sin más, ordenara, que los agentes de lo autoridad lo traigan a su presencia.

e) Información al ofendido o perjudicado: Dispone el artículo 797.1.5º que el Juez de Guardia "llevará a cabo las informaciones previstas en el artículo 776". Estas informaciones, como es sabido, hacen referencia a las que se realizan de sus derechos al ofendido y

---

Sentencia 186/1990, de 15 de noviembre", en La reforma procesa1 penal (1988 1992), Madrid, 1992, pp. 309 y ss.; RODRIGUEZ RAMOS, Luis, ¡Muerte al juez inquisitivo! (comentario a la Sentencia 186/1990, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional y algo más) en La Ley 1991, pp. 1089 y ss.

[614] Así lo manifestaron entre otros; ALMAGRO NOSETE, José, y TOMÉ PAULÉ, José, Instituciones de Derecho Procesal, ob.cit ant., pp. 69; GIMENO SENDRA, Vicente, "Nota urgente a la reforma procesal penal urgente" pp 266, GONZALEZ CUELLAR SERRANO, Nicolás; DANUAN MORENO, Juan, y

perjudicado y de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la Legislación vigente, si bien, curiosamente, en el 776 tal información está conferida no al Juez sino al Secretario Judicial[615], con lo que el principio de inmediación, que henos analizado en el presente trabajo, carecería de justificación legal.

f) Reconocimiento en rueda: También ordenará el Juez, de resultar pertinente y haber comparecido el testigo (o víctima, obviamente), el reconocimiento en rueda del imputado. Respecto a la pertinencia de la diligencia de rueda de reconocimiento habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 368 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que debe entenderse que procederá, tanto si el Juez como los acusadores o el mismo imputado, conceptúan fundadamente precisa, la práctica de la misma. Es fundamental que se garantice a esa víctima sensación global de protección, dado que por mi experiencia en órganos jurisdiccionales muchas de ellas están aterrorizadas con la posibilidad de que el victimario les pueda reconocer y , ni siquiera, cuando están en dependencias policiales o judiciales, dependiendo donde se encuentren dichas instalaciones, se muestran reacios a colaborar, pese a haber identificado, en muchas ocasiones, sin ninguna duda, al delincuente por otras diligencias (Reconocimientos fotográficos).

g) Práctica de careos: Si el Juez lo considera necesario, también ordenará el careo entre testigos, entre testigos e imputados o, entre imputados entre sí (art. 797.1.7.a del citado Texto Legal). No debemos olvidar aquí, que pese a la dicción del precepto, la ordenación del careo por el Juez de Guardia, deberá tener presente, las notas que ,reiteradamente, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia, atribuyen a esta diligencia; a saber, su instrumentalidad[616] y, sobre todo, su subsidiariedad y excepcionalidad deducidos del artículo 455 Ley de Enjuiciamiento Criminal[617], es complicado ,sobe todo cuando se está investigando sobre

---

GARBERI LLOBREGAT, José, La reforma procesal civil, penal..; SERRA DONINGUE7, Manuel, "Notas en tomo al Anteproyecto de Ley Medidas Urgentes de Reforma Procesal".

[615] Sobre esta curiosa atribución expondré al deponer sobre la reforma del proceso penal abreviado.

[616] Es reiterada la Jurisprudencia que insiste en que el careo más que una diligencia de prueba propiamente dicha, es un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas, por lo que su denegación es una facultad discrecional del Juez o Tribunal a quien se le solicita, que, como tal, no puede ser sometida al control casacional (Sentencias del la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 12 de febrero y 7 de octubre de 1986,4 de abril de 1987, 31 de enero de 1989, 8 de junio y 13 de diciembre de 1994, 12 de diciembre de 1996, 18 de marzo y 8 de mayo de 1997, 4 de marzo y 18 de julio de 1998, 13 de febrero y 9 de julio de 1999...). Por su parte, el Tribunal Constitucional, apoyándose en la falta de autonomía de esta diligencia y su carácter instrumental frente a otras pruebas, ha declarado que su denegación no vulnera el derecho fundamental a la utilización de medios de prueba pertinentes para la defensa contenida en el art. 24.2 de la Constitución española (Sentencia 55/1984, de 7 de mayo).

[617] Dispone el art 455 Ley de Enjuiciamiento Criminal que no se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados. No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial Este carácter subsidiario (reiterado por la

determinados delitos a los que hemos referenciado con anterioridad que la víctima del delito se pueda enfrentar con le victimario y ello, conlleva, en muchos casos, a recalcar, nuevamente, las declaraciones contradictorias entre ambos aun a pesar de encontrarse en presencia jurisdiccional.

h) Nuevas citaciones: El Juez ordenará la citación, incluso verbal, de las personas que considere necesario que comparezcan ante él (art. 797.1.8ª). Especial problemática en la práctica, puede ocasionar, las citaciones verbales realizadas por el Agente judicial. sobre todo lo relativo a la necesaria dejación de constancia documental de que la misma se ha realizado[618] a fin, de que se cumpla, con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional de que se trate de una comunicación efectiva, cierta y real, de tal modo que conste la seguridad o certeza de la recepción[619].

---

jurisprudencia: Sentencias de la Sala 2º del Tribunal Supremo de11 de junio y 7 de octubre de 1986, 16 de marzo de 1987, 8 de abril de 1991, 19 de enero de 1993, 13 de diciembre de 1994, 12 de diciembre de 1,496, 10 de febrero, 4 de marzo y 18 de julio de 1998) ha sido fundamentado por la doctrina (en DE LA OLIVA SANTOS, A; ARAGONESES MARTINEZ S. HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA J., y TOMÉ GARCIA. J.A" Derecho Procesal Penal", ob.cit.ant. pp. 371) en el hecho de que el careo, por lo común, suele ser violento, si bien no faltan autores (RAMOS MÉNDEZ .F, El proceso penal (sexta lectura constitucional), Barcelona. 2000, p. 135) que apuestan por entenderlo como una diligencia más de averiguación instructora, sin que las reticencias que pretenden justificar su subsidiariedad o excepcionalidad tengan fundamento alguno.

[618] Véase, sobre la importancia de este tema. la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/1994, de 23 de mayo, y recuérdese que el artículo 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pese a autorizar las notificaciones realizadas por medios técnicos, lo supedita a que éstos permitan la constancia de su práctica y de las circunstancia: esenciales de las misma según determinan las leyes procesales (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1995, de 16 de enero).

[619] Como es sabido, nuestro Tribunal Constitucional, ha sentado una importante doctrina jurisprudencial sobre los actos de comunicación. sobre todo en lo relacionado con la proscripción de la indefensión. De ahí que se resalté la necesidad de que la comunicación judicial llegue efectivamente al ~ de su destinatario para que pueda éste ejercitar el derecho de defensa (Sentencia 141/1991 de 20 de junio), una comunicación efectiva, cierta y real, de tal modo que conste la seguridad o certeza de la recepción (Sentencia 97/199 1, de 9 de Mayo), con tiempo. de antelación suficiente para preparar la defensa (Sentencia 155/199 1, de 10 de Julio). Y es que el derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el artículo 24 de la Constitución garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en un procedimiento en el que se respeten los principio de contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación que asegure que, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la posibilidad de defensa y evitando la indefensión (Sentencias 167/1992, de 26 de Octubre; 103/1993, de 22 de Marzo; 316/1993 y 317/1993, ambas de 25 de Octubre; 334/1993, de 19 de Octubre; 108/1994, de 11 de Abril; 82/1996, de 20 de Mayo). En este sentido, se entienden. como requisitos para apreciar la vulneración constitucional de¡ derecho de defensa por defecto de citación o notificación (Sentencia 178/1995, de 11 de Diciembre): Iº Que la decisión fue efectivamente adoptada inaudita parte, siendo indiferente que tal indefensión se haya producido sólo en segunda instancia, pues también en ésta ha de preservarse el derecho constitucional de defensa (Sentencias 102/1987, de 17 de junio y 196/1992_de 17 de noviembre); 2º Que ello no ocurrió por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al destinatario de la comunicación (Sentencias 112/1987, de 2 de julio y 66/1988, de 14 de abril, entre, otras muchas). 3ª Que la ausencia de posibilidad de defenderse le deparó un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos (Sentencia 376/1993, de 20 de diciembre, por todas 4ª Por último, que el destinatario no tuviera conocimiento del objeto de la comunicación por otros medios (Sentencia 227/1994, de 18 de julio), bien entendido que no le es exigible que pruebe dicha ignorancia, dada la imposibilidad de probar un hecho negativo (Sentencia 56/1992, de 8 Abril).

i) Otras diligencias Por último, el 797.1.9º señala que el Juez ordenará la práctica de cualquier diligencia pertinente que pueda llevarse a cabo en el acto o dentro del plazo establecido en el artículo 799. A este precepto, la enmienda n-º 127, presentada en el Congreso por el Grupo socialista, pretendió que se precisara cualquier diligencia "solicitada por el Ministerio Fiscal que no sea inútil o injustificada, o que solicitada por las partes haya declarado pertinente"[620], propuesta que, curiosamente, parecía excluir la posibilidad de su acuerdo de oficio por parte del Juez., con lo que podía pensarse, en una reducción de sus funciones en esta fase del proceso.

El artículo 797.2 reconoce, la necesidad de que el Juez, en los casos en que una diligencia no va a poder ser reproducida en el juicio oral, practique aquellas diligencias que constituyan, lo que se viene, a denominar, prueba preconstituida y anticipada. La delimitación conceptual entre prueba anticipada y prueba preconstituida no aparece con la debida nitidez en la Doctrina ni en la Jurisprudencia, como antes se ha hecho referencia, hasta el punto ,de que, en ocasiones, se utilizan ambos conceptos de forma indistinta- Para la mejor doctrina[621], la prueba preconstituida[622] hace referencia a aquellas diligencias realizadas en fase sumarial que, dada su propia naturaleza de irrepetibles en el juicio oral (por ejemplo inspección ocular, registro domiciliario...), se preconstituyen en aquella fase, es decir se revisten de ciertas garantías conferidas para el Ordenamiento jurídico para que después puedan ser introducidas en el juicio oral mediante la lectura sanadora del artículo 730. En cambio, la prueba anticipada ,es una prueba que por su propia naturaleza, de ordinario, debería practicarse en el juicio oral (por ejemplo la testifical), pero que excepcionalmente, por razones de urgencia (por ejemplo el temor de que el testigo muera, o que sea fundamental para el desarrollo del juicio y que se tiene la previsión de que no acuda por diferentes motivos) se anticipa, esto es se practica antes del comienzo de las sesiones del juicio oral, si bien sometida, a los mismos principios y garantías, que las que se practican en el juicio oral (por ejemplo, el propio Tribunal, el Ministerio Fiscal y las partes son las que se desplazan al domicilio del testigo enfermo).

---

[620] Boletín oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp. 68.

[621] CALDERÓN CEREZO, Á y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., "Derecho Procesal Penal" .Madrid, 2001, pp. 342 y 354. (Obra del autor).

[622] Cuya invención, según nos recuerda PEDRAZ se la atribuye BENTHAM, en su Tratado de las pruebas judiciales, si bien haciendo referencia a un tipo de prueba documental del Proceso civil vinculada a la prueba legal y a su formación previa al proceso, vid. PEDRAZ PENALVAE, "La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituída", en AAVV. (Dir. Martinez Arrieta), "La instrucción del Sumario y las diligencias previas" (monográfico de Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1998, pp. 49 y ss.

Ambos tipos de pruebas deberán practicarse, lógicamente, cumpliendo con los requisitos que tanto la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional como del Supremo vienen exigiendo[623], que en muchas ocasiones, no se cumplen ,de forma efectiva y se vulnera, en cierta medida, lo establecido por la doctrina de nuestro Alto Tribunal, dejando en una posición especial a la víctima del delito.

En este sentido, la dicción actual del artículo 797.2, procedente de la enmienda nº 153 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado[624], es la siguiente: "Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por cualquier otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Guardia practicará inmediatamente la misma asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia, deberá documentarse, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración ,como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar, en el juicio oral, la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730". Este precepto ha sido enarbolado como la solución para poder juzgar a los autores de delitos realizados sobre víctimas extranjeras y que, por lo tanto, llegado el momento del Juicio oral no se encuentran en nuestro país para poder ir a testificar al Juzgado correspondiente.

De no efectuarse de esta manera, provocaría, en la mayoría de las ocasiones, una suspensión del juicio y una indefensión de la víctima ,que, en muchas ocasiones, comparece ante la autoridad judicial después de muchos sinsabores, lo que en última instancia,

---

[623] La jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 2. de 21 de abril de 1997 y 8 de mayo de 2000) como del Tribunal Constitucional (por todas, Sentencias 303/1993, 108/1995 y 209/2001), han precisado los requisitos que estas diligencias deben de tener para ser consideradas pruebas y poder fundamentar una sentencia condenatoria: a) Requisito material: que se traten de diligencias que sean imposibles de reproducir en el momento del juicio oral; b)Requisito subjetivo: que se realicen con la intervención o bajo el control del Juez de instrucción; c) Requisito objetivo: que se observen todas las garantías trasplantables de su práctica en el juicio oral: contradicción, igualdad y defensa. Se pierden, no obstante la inmediación y la publicidad, compensables, sin embargo, por la vía de entrada en el proceso y su contradicción ante el órgano sentenciador. En este sentido, se subraya la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible se ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha diligencia sumarial; d) Requisito formal: que se documenten a efectos de su acceso al plenario, permitiendo su lectura contradictoria por las partes (art. 730), quienes podrán hacer uso de todos los medios de prueba requeribles para acreditar o confirmar su contenido, y e) Requisito de la eventualidad únicamente podrá acceder al juicio oral y ser judicialmente apta para su valoración, tras su contradicción por las partes, si persistiere la imposibilidad de reiterar la actuación documentada a través del especifico medio de prueba en la vista.

[624] Vid. Boletín Oficial del Senado, VII Legislatura, serie IIb, nº 8c, 17 de septiembre de 2002, pp. 76 y ss

produciría, la incomparecencia, ante el órgano jurisdiccional y se dejaría, a este, sin una de la pruebas importantes para dictar una resolución ajustada a Derecho.

Todas estas diligencias, que integran la denominada fase de Diligencias urgentes, deberán ser adoptadas y practicadas[625], según ordena el artículo 799, durante el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción, previendo que en aquellos partidos judiciales en los que el servicio de guardia no sea permanente y tenga una duración superior a las veinticuatro horas este plazo podrá ser prorrogado por el Juez por un período adicional de setenta y dos horas siempre que el atestado se hubiera recibido dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la finalización del servicio de guardia.

En la redacción originaria de la Proposición de Ley se fijaba un triple plazo:

a) Durante el servicio de guardia en aquellos partidos judiciales en que el mismo tiene una duración de veinticuatro horas;

b) Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la recepción del atestado, en aquellos partidos judiciales en que el servicio de guardia tiene una duración superior a las veinticuatro horas.

c) Dentro de las setenta y dos horas siguientes a la recepción del atestado, en aquellos partidos judiciales en que el Juzgado se encuentra de guardia de forma permanente. Diversas enmiendas manifestaron su preocupación por la perentoriedad de estos plazos[626], siendo el texto final el resultado de la enmienda número 191 presentada en el Congreso por el Grupo Popular, señalando, como justificación, el hecho de que resulta más adecuado a la organización judicial hacer coincidir el plazo máximo de duración de las diligencias de instrucción con el período de tiempo al que se extienden los servicios de guardia de los diferentes órganos judiciales, arbitrando, al mismo tiempo, formulas que limiten el plazo de instrucción cuando el procedimiento, se inicia, en un momento próximo, a la finalización del servicio de guardia[627].

---

[625] Obsérvese la redacción del artículo 799.1 que habla de practicadas y adoptadas cuando la lógica recomendaría una redacción inversa

[626] Así, enmienda 44 (Coalición Canaria), 70 (EAJ PNV), 107 y 108 (Izquierda Unida), vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de Mayo de 2002, pp. 43, 50, 60 y 6 1. Ya en el Senado, la enmienda nº 39 presentada por Izquierda Unida (Grupo Mixto) pretendió que en los Juzgados con guardias superiores a las veinticuatro horas las diligencias se realizaran dentro de los siete días siguientes a la recepción del atestado. Vid. Boletín Oficial del Senado V II Legislatura serie IlIb, nº 8 de 17 de septiembre de 2002, pp. 39.

[627] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp. 94.

Una vez practicada las diligencias antes vistas, se entra, en el momento procesal de conclusión de las diligencias urgentes, para lo cual el Juez oirá a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la resolución a adoptar al respecto y sobre las solicitudes que éstas puedan realizar sobre la adopción de medidas cautelares (sin perjuicio, lógicamente, de las que ya se hubieran adoptado anteriormente), y adoptará, alguna de las siguientes resoluciones (art. 798):

a) Si el Juez considera suficientes, las diligencias practicadas, dictará auto ordenando seguir el procedimiento. La peculiaridad de este Auto, es que se trata, de una resolución oral, sin que ello suponga obviar la necesidad de motivación y la subsiguiente documentación del mismo. Se trata de un Auto similar ,al que en el procedimiento abreviado, se denomina auto acordando seguir el trámite del procedimiento abreviado (o conversión de Diligencias previas en procedimiento abreviado), y que como éste, debe de contener la determinación de los hechos punibles y la designación de la persona o personas imputadas. Contra este auto no cabe recurso alguno[628].

La Jurisprudencia, referida al auto de conversión de las Diligencias previas al procedimiento abreviado, y que, entendemos aplicable, al Auto de conclusión de las Diligencias urgentes, señala que no es función de esta resolución, el suplantar la función acusatoria del Ministerio Fiscal, anticipando, el contenido fáctico y jurídico de la calificación acusatoria, sino que ,su función ,es la de conferir el oportuno traslado proceso para que esta calificación pueda verificarse, así como, expresar el doble pronunciamiento, de conclusión de la instrucción y prosecución del procedimiento en la fase intermedia[629]Todo ello conduce a una mayor rapidez en la tramitación ,máxime como hemos visto, por que no cabe la interposición de recurso alguno, dando garantías a la víctima del delito de celeridad procesal.

Si en el Auto oral por el que se acuerda la continuación del procedimiento, se adoptase resolución concerniente a las medidas cautelares, de las que antes en el presente trabajo he analizado ampliamente, en el mismo acto el Juez oirá al Ministerio Fiscal y a las partes sobre dicha adopción, resolviendo ante ello, también en auto oral irrecurrible (art. 800. 1,

[628] En la enmienda n.º 26 el Grupo Izquierda Unida en el Congreso proponía suprimir esta irrecurribilidad, "señalando que parece ciertamente exagerado el que las partes no puedan recurrir el auto por el que se acuerda continuar el procedimiento (de juicio rápido). Para el acusado es un atropello y para el Ministerio Fiscal puede ser también perjudicial especialmente si no ha tenido la oportunidad de practicar las necesarias diligencias para el acopio del material acusatorio". Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, pp. 39.

por remisión del 798.3 del referido Texto Legal). Se logra, por tanto, seguridad procesal y celeridad con aplicación clara del principio de oportunidad.

c) Si, por el contrario, el Juez considera insuficientes las diligencias practicadas, ordenará, que el procedimiento continúe como Diligencias previas del procedimiento abreviado, debiendo señalar en este Auto de conversión, de forma motivada, cuáles son las diligencias cuya práctica resulte necesaria para concluir con la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible Esta resolución, que adoptará la forma de Auto[630], será recurrible, potestativamente en reforma, y en apelación (art. 218 y 766 aplicable ex 795.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal). No es exigible aquí el cambio de Instructor, y entiendo, que las diligencias practicadas han de tener plena validez pese al cambio de procedimiento. Por otra parte, hemos de recordar que el Tribunal Constitucional ha calificado de irregularidad procesal el defecto consistente en que no se notifique el cambio de procedimiento al imputado, debiendo estar en cada caso para ver si la citada irregularidad afecta o no a derechos fundamentales[631].

d) Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda, esto es libre o provisional, notificando dicha resolución, a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se haya mostrado partes en la causa. Si, aún estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo (art. 779.1.1.)[632].

e) Si reputare falta el hecho a que hubiere dado lugar la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento (art. 779.1.2.)[633].

---

[629] Vid., por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 186/1990, ya citada, y la de la Sala 2ª del Tribual Supremo de 2 de Julio de 1999.

[630] Acertadamente, en mi modesta opinión, la enmienda nº' 25 presentada por el Grupo Izquierda Unida proponía que en todas las ocasiones en las que en el artículo 798.2 se habla de resolución o resolución oral motivada debería decirse auto, a fin de "añadir algo de seguridad jurídica a un precepto minado de peligros para el justiciable". Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura. serie B: Proposiciones de Ley, n.º 223 7, 23 de Mayo de 2002,p p. 39.

[631] Vid., Sentencia 33/1992, de 18 de Marzo.

[632] Sobre la novedad de esta precepto respecto a su predecesor (art 789.5) y la solución de la polérnica en tomo al archivo de las diligencias, nos remitimos a lo que diremos en el capítulo dedicado al estudio de las reformas operadas en el procedimiento abreviado.

[633] Sobre el problema de la contaminación en que puede incurrir el Juez de Instrucción que ha practicado Diligencias urgentes para enjuiciar las faltas, nos remitimos a lo que diremos a lo largo de la presente exposición.

f) Si el hecho estuviere atribuido a la Jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los imputados fueren menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de responsabilidad Penal del Menor (art. 779.1.3.).

g) Asimismo, el Juez ordenará, si procede, la devolución de objetos intervenidos.

Especial interés, presenta la cuestión ,de la adopción de las medidas cautelares y su recurribilidad, que varía ,de forma notable, con relación a la regulación que se ha expuesto en el presente trabajo, El diseño que en este tema hace la Ley pivota sobre la resolución en donde las medidas cautelares se adopten. Si en el Auto oral por el que se acuerda la continuación del procedimiento se adoptase resolución concerniente a las medidas cautelares, en el mismo acto el Juez oirá al Ministerio Fiscal y a las partes sobre dicha adopción (incluidos a los perjudicados por el delito) resolviendo ante ello, también en auto oral irrecurrible (art. 798.3 in fine, remitiendo al art. 800. l). Esta, es la única explicación que tiene tal remisión, pues de lo contrario, es decir, entender que contra el Auto cabe recurso bastaría haberlo incluido en la previsión de recursos que el artículo 798.3 contiene. Es más, la remisión al artículo 800.1 lleva a que sea aplicable la previsión de que el auto oral de apertura del Juicio oral (en el que se acuerde, lógicamente, la medida cautelar), es irrecurrible totalmente, a diferencia del auto homólogo del procedimiento abreviado, en el que el artículo 783.3 (heredero del antiguo artículo 790.7) se preocupa de subrayar que contra dicho auto no cabe recurso alguno "excepto en lo relativo a la situación personal".

En cambio, en los supuestos contemplados en las letras c), d) y e) antes vistos, el artículo 798.3 establece que el auto que adopte la resolución que proceda también acordará lo concerniente a la adopción de medidas cautelares contra el imputado, o en su caso, contra el responsable civil, cabiendo contra este pronunciamiento recurso de reforma y subsiguiente apelación, por expresa remisión del citado artículo al 766 del citado Texto legal.

G- EL Juicio Oral: Sentencia e impugnación de la resolución judicial. Posición victimal.

Sentado lo anteriormente expuesto en líneas generales y centrándonos en la nueva reforma procesal, pocas, muy pocas, son las especialidades que en la fase del Juicio oral, la sentencia y la impugnación de la misma presenta la regulación de los juicios rápidos, y más aún en relación con las víctimas del delito. No obstante ello, existen algunas dignas de mención.

En cuanto al Juicio oral, el artículo 802.1[634] parte de una remisión expresa, en lo relativo a su desarrollo, a la regulación general que de esta fase procesal se realiza para el procedimiento abreviado en los artículos 786 a 788, lo que es lógico si tenemos en cuenta que toda la regulación que la Ley de Enjuiciamiento Criminal realiza de éste es, como sabemos, supletoria de la de los juicios rápidos por mandato expreso del artículo 795.4. Así pues, la posibilidad de enjuiciamiento en ausencia, la conformidad antes de la prueba, la práctica de ésta, etc.,. Y como reglas especiales tenemos:

a) En el caso de que por motivo justo no pueda celebrarse el juicio oral en el día señalado o de que no pueda concluirse en un solo acto, el Juez (de lo Penal) señalará para su celebración o continuación el día más inmediato posible y en todo caso dentro de los quince días siguientes, haciéndose saber a los interesados (art. 802.2).

b) La sentencia se dictará dentro de los tres días siguientes, a la terminación de la vista, en lugar de los cinco que prescribe el art. 789.1 (art. 802.3).

Respecto a la impugnación de la sentencia el artículo 803 señala que frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal podrá interponerse recurso de apelación, que se sustanciará conforme a lo previsto en los artículos 790 a 792, con las siguientes especialidades:

1) El plazo para presentar escrito de formalización será de cinco días. El Informe del Consejo General del Poder Judicial, entendía recomendable, ampliar el plazo y tanto en éste como para el resto de plazos recogidos en el precepto se entendía conveniente que se especificara que se trata de días hábiles, a fin de evitar ,interpretaciones contradictorias[635].

2) El plazo para de las demás partes para presentar escrito de alegaciones será de cinco días. En la redacción primigenia de la Proposición de Ley este plazo era de tres días, aumentado a cinco en virtud de la enmienda nº 73 presentada en el Congreso por el Grupo

[634] El artículo 802 no recibió ninguna enmienda durante su tramitación parlamentaria (la enmienda nº 67 del Grupo Mixto presentada en el Senado, aunque habla del artículo 802 en verdad se refiere al 801, vid. Boletín Oficial del Senado, VII Legislatura, serie IIIb, n.º8c, 17 de septiembre de 2002, pp. 46 y s.).El tenor literal del artículo es el siguiente:" Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento dl art. 787,el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar este sentencia de conformidad, remitiéndose entonces todas las actuaciones al juzgado de los Penal que corresponda para ala ejecución de la sentencia…"

[635] Vid. Consejo General del Poder Judicial, Informe a la Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado, cit. p. 49.

Parlamentario Vasco que lo justificó, en el principio de igualdad de fuerzas, entre parte recurrente y parte recurrida[636].

3) La sentencia, habrá de dictarse, dentro de los tres días siguientes, a la celebración de la vista, o bien dentro de los cinco días siguientes a la recepción de las actuaciones, si no se celebrase vista, en lugar de los cinco y diez días que, respectivamente, el artículo 792.2 prevé para el recurso de apelación en el procedimiento abreviado.

4) La tramitación y resolución de estos recursos de apelación tendrá carácter preferente. La enmienda nº 96 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Mixto (y reiterada luego en el Senado en la nº 68) pretendía incluir la salvaguarda, "debiendo fijarse fecha para la vista o resolución dentro del plazo de los quince días", justificando la misma en que «los plazos fijados para la sustanciación del recurso son imposibles de llevar a la práctica (se fijan plazos más cortos que para el Juzgado de Guardia) ,salvo que se constituyan Secciones de Guardia, ya que no tendría sentido acortar tanto los tiempos con lo que de limitación de derechos puede conllevar, y que después el plazo quede al albur de la agenda de señalamientos de la Audiencia"[637].

En materia tanto de sentencias dictadas en ausencia del acusado y de ejecución de sentencias, los números 2 y 3 del artículo 803 se limitan a remitir a lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 793 y 794.

Con relación a lo anterior, si que nos gustaría recalcar, que se ha producido un desdoblamiento orgánico de las funciones de enjuiciamiento y ejecución al atribuir a un órgano judicial distinto del que ha dictado la sentencia, la ejecución frente al sistema que rige en nuestro Derecho procesal en general y en especial en el procedimiento penal consagrado en el art. 9 de la LECrim, conforme al cual los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer, una causa determinada, lo tendrán también para todas sus incidencias y para la ejecución de la sentencia, como regulan los art. 984 y 985 de la LECrim.[638]

---

[636] Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº' 223 7, 23 de Mayo de 2002, p. 51.

[637] Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, nº 223 7, 23 de mayo de 2002, p. 57 y Boletín Oficial del Senado, VII Legislatura, serie IIIb, n.º 8c, 17 de septiembre de 2002, p. 47.

[638] Fue el Grupo parlamentario de Coalición Canaria (enmienda nº 45 en el trámite del Congreso de los Diputados) el que propuso la remisión de las actuaciones una vez dictadas sentencia de conformidad al Juzgado de lo Pena, para evitar el colapso en los órganos de instrucción por la sobrecarga que el sistema de enjuiciamiento rápido acarrea. Enmienda que fue aceptada como transaccional nº 12 en la Comisión de Justicia e interior del Congreso (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 24 de Junio de 2002,nº 529).

Tal modificación y, en consecuencia, la definitiva redacción del precepto en esta cuestión se entiende desde nuestro punto de vista acertada ya que de lo contrario los Juzgados de instrucción, no podría asumir ,la carga de trabajo, que conlleva la normativa procesal y en concreto la tramitación de las ejecutorias penales, derivadas de las sentencias de conformidad dictadas por los propios juzgados de instrucción ,con el inevitable retraso y perjuicio sobremanera a los perjudicados por el hecho delictivo que tiene, pleno derecho, a ser resarcidos del hecho que ha dado origen al procedimiento en el cual de ha dictado resolución judicial.

Conectado con lo anterior, el legislador parece referirse, al Juzgado de guardia ,como un órgano judicial de los contemplados en el Título IV del Libro I e la LOPJ dedicado a la composición y atribución de los órganos jurisdiccionales, cuando no debemos olvidar que propiamente, no existen, orgánicamente, tales Juzgado sino que es el Juzgado de instrucción o el de primera instancia e Instrucción cundo la Ley de Demarcación y planta judicial no establezca órganos distintos de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción que por turno corresponda, si son varios en el partido judicial el que además de las materias cuyo conocimiento tienen atribuidas debe asumir las funciones que en régimen de guardia están previstas e los art. 40 y 41 del reglamento nº 5/1995 de 7 de Junio. De Aspectos Accesorios de las Actuaciones judiciales cuyo ámbito ,es amplísimo, y son múltiples las incidencias que se producen en la practica diaria y como viene a reconocer la propia norma pues de una forma genérica y abierta después de enunciar una serie de materias prevén que constituya el objeto del servicio de guardia " en general la practica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazables entre las que la ley atribuye a los juzgados de instrucción" siendo el servicio de guardia donde se resuelven cuestiones tan transcendentales como la regularización de los detenidos, la puesta en libertad, los procedimientos de Habeas Corpus

CAPITULO IV

LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

A- Consideraciones generales en relación con la víctima del delito.

La ejecución en el proceso penal está regulada de forma dispersa en nuestro Ordenamiento Jurídico. Actualmente, la ejecución de la sentencias dictadas en el procedminieto abreviado, se rige por las normas generales de los art. 983 a 998 de la LECrim..

Entre las fuentes legales de carácter superior, deben tenerse en cuenta las normas contenidas en la Constitución Española (art. 25.2 y 117.3); los Tratados Internacionales Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5 y 9, Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, art. 3 y 5, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 7, 9 y 10 ; el Convenio de Estrasburgo sobre traslado de personas condenadas de 21 de Marzo de 1983 así como las Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el, ámbito de los problemas criminales.

De la ejecución de las penas y medidas de seguridad que expondremos a continuación se ocupan las normas de los capítulos II y III de Título IV del Libro I del CP: también la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene disposiciones relativas a la ejecución de sentencias en su Libro VII.

Asimismo,hay que tener en cuenta lo establecido en la LOPJ reformada por LO 4/1987 de 15 de Julio, 7/1988 de 28 de diciembre 16/1994 de 8 de noviembre, 6/1998 de 13 de Julio en los en los artículos 26 y 94 y Disposición Adicional Quinta, La ley orgánica 1/1979 de 26 de Septiembre, General Penitenciaria así como su Reglamento penitenciario aprobado por RD 190/1996 de 9 de febrero que dispone en su Disposición Derogatoria única la derogación del RD 120/1981 de 8 de Mayo y del RD 787/84 de 26 de Marzo, y la reforma dada por LO 14/1999 de 9 de Junio, a la que dedicaremos capítulo independiente en el presente trabajo por su incidencia sustancial en un tema social tan importante como es el maltrato a las mujeres.

También habrá que mencionar el Decreto de 2 de febrero de 1956 en los términos que establece quedando vigentes los art. 108, 109, 110, 111 y 124.1 del anterior Texto Legal.

B- Concepto de ejecución.

Siguiendo a MUERZA ESPARZA, podemos definir a la ejecución en el proceso penal, como el "conjunto de actos atribuidos a los órganos del Estado facultados legalmente para ello que tienden a dar cumplimiento dentro de los límites establecidos por la ley y los reglamentos a los pronunciamientos contenidos en el fallo a parte dispositiva de las resoluciones judiciales ejecutables recaídas en un proceso penal .Cuando se trate de la ejecución de penas privativas de libertad se debe tener en cuenta que estas están orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados."

Dicha ejecución, y aplicando lo analizado en el presente trabajo, se incardina dentro de los principios de legalidad (Art. 990 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 6 LOPJ y 3 del CP), que puede dar lugar a una transformación del objeto de la ejecución por imposibilidad de cumplimiento específico (art. 53 del CP) o la sustitución de las penas privativas de libertad.

Asimismo, imperará, en principio, la iniciación de oficio por el órgano jurisdiccional competente. Esta circunstancia, en opinión de. MUERZA ESPARZA, ha llevado a considerar que toda ejecución de una sentencia penal, es ejecución forzosa.

-Cabe el abono de las medidas cautelares.

Esta premisa debería explicarse a la víctima el delito, atendiendo al significado de los art. 58 y 59 del Código Penal.

También en materia de ejecución se procede a ejecutar la sentencia sin dilación no estándole permitido diferir ni de oficio ni a instancia de parte el cumplimiento de la pena salvo en los casos de suspensión legalmente previstos, como se analizará en ese trabajo

C- El Título de ejecución que puede articular la víctima del delito.

Por regla general el título de ejecución para proceder a esta ejecución penal, es la sentencia condenatoria.

Debe considerarse que la firmeza para la ejecución de la pena y ver garantizados los derechos del perjudicado por el delito, no deben regir, en mi opinión para el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil, pues es posible la ejecución provisional

de la condena a reparar daños y perjuicios ocasionados por los hechos delictivos siempre que se den los presupuesto generales de la Ley de enjuiciamiento civil.

D- Las partes de la ejecución. Especial incidencia en la víctima del delito.

D.1- Ministerio Fiscal.

Su función es velar por el cumplimiento de las Sentencias penales y resoluciones que afectan al interés público (art. 3 y 4 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).[639]

-Sujetos de la ejecución penal.

Sujetos pasivos, son el condenado civil y penal o en su caso el responsable civil directo o subsidiario, que deberá responder, de la reparación del daño causado, a la víctima del delito que será sujeto activo de esta.

El victimario en la sentencia, puede intervenir en su ejecución, conservando durante la misma el derecho de defensa y asistencia de abogado ante cualquier incidencia que pudiera producirse y que resultare de su interés.

También puede intervenir en el cómputo de la pena en los casos de concurso real de delito ,pues el Juez o tribunal que hubiere dictado la última sentencia de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a las reglas contenidas en el CP, recabando la hoja histórico penal del condenado del Registro Central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio público..

D.2- Órganos de ejecución.

Se atribuye al Juez o Tribunal que hubiera dictado la sentencia en única o primera instancia, debiendo devolver al órgano de la apelación o de la casación los autos originales con certificación de la sentencia.

En lo reseñado se tendrá en cuenta lo preceptuado en nuestra Ley Procesal penal (art. 795 y 984) y las disposiciones de la LGP.

-Perdón del perjudicado por el delito.

Este requiere ser expreso anterior a la ejecución de la pena y audiencia del ofendido y es una de las principales manifestaciones en la ejecución de la víctima del delito.

[639] Convendrá traer a colación la Ley 14/2003 de 26 de Mayo de modificación de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

En los delitos o faltas contra menores o incapaces previa audiencia de los aludidos, deberá ser oído el ministerio fiscal que podrá oponerse al mismo.

Procede en los delitos privados de calumnias e injurias (art. 215.3 del CP) así como en algunos delitos semipúblicos tales como delito de daños por imprudencia grave (art. 267.3) faltas perseguibles a instancia de parte (art. 639.3) como son las amenazas, lesiones por imprudencia o muerta por imprudencia leve y alteración de términos o lindes de utilidad inestimable o que no excedan de 300´51Euros.

Antes de expones el cumplimiento de las penas y su incidencia victimal, convendrá tener en cuenta, las tantas veces incomprendidas para la víctimas del delito, tema de la prescripción, aludiendo a los art. 130 y l31 del CP

Para la prescripción de la pena ,se empezará a contar, tanto desde la fecha de la sentencia firma como desde el quebrantamiento de condena, si hubiera empezado a cumplirse.(art. 130.6 y 134)

Los plazos de prescripción de las medidas de seguridad ,se especifican en el art. 135 antes referido, computándose desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o en caso de cumplimiento sucesivo desde que debió empezar a cumplirse.

Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuera posterior a la de la pena el plazo se computará desde la extinción de esta.

E- Responsabilidad civil y costas procesales. La posición victimal.

La responsabilidad civil derivada de los hechos delictivos, comprende la reparación del daño causado a la víctima y la indemnización de los daños y perjuicios (art. 110 del Código Penal)

Hay que recalcar, que procede la restitución, siempre que el objeto de la infracción sea una cosa específica y determinada, cuando se trate, de una cosa genérica deberán aplicarse las normas generales del Código Civil (art. 1096.2 CC) y si se trata de cantidad dineraria igualmente se seguirán los cauces genéricos de la ejecutoria civil dineraria.

Habrá que advertir, a la víctima del delito, que cuando la cosa no sea posible entregarla por haber perecido o ser irreivindicable (art. 11.1 Código Penal) la responsabilidad civil de restitución se transforma en el sustitutivo de una indemnización de daños y perjuicios.

El resto de las responsabilidades civiles derivadas del ilícito penal, han de ejecutarse según las normas del proceso civil ,con lo que la víctima del delito, se podría ver nuevamente encaminada a entablar otro proceso judicial en vía diferente y que, en muchas ocasiones, se alarga en demasía en el tiempo.

Por ello, el Código Penal establece que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo ala naturaleza de aquel y a las condiciones personales o patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por el mismo o pueden ser ejecutadas a su costa..

La indemnización que percibirá la víctima por perjuicios tanto materiales como morales comprenderá no sólo los que se le hubieran causado sino también los que se hubiesen irrogado a sus familiares o terceros (art. 112 y 113 del Código Penal)

En lo que afecta a las costas del procedimiento, que se imponen a los criminalmente responsables de todo delito o falta o a los querellantes particulares o actor civil, cuando resultare de las actuaciones, que hayan obrado con temeridad o mala fe, una vez aprobadas o reformadas la tasación y regulación por medio de resolución del órgano jurisdiccional, se harán efectivas por la vía de apremio establecida en la Ley de enjuiciamiento civil.(art. 245 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.)

Para el caso de que ,los bienes del victimario no fueran suficientes y para no dejar insatisfecho a la víctima del delito el art. 126 del Código Penal establece que dichas responsabilidades ese satisfarán por el orden siguiente:

-La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.

-Indemnización al Estado `por los gastos hechos por su cuenta en la causa.

-La costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago.

-Las demás costas procesales incluso las de defensa del procesado sin preferencia entre los interesados, es decir, a prorrata.

-La multa .Cuando el delito causado a la víctima hubiere sido de los que sólo pueden pereguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado.

F- Cumplimiento de las penas. Medidas alternativas a las mismas. La posición victimal.

F.1- La suspensión de la ejecución de la pena

a) Reglas de conducta

Para abordar el tema que nos interesa, considerando la limitación expositiva que hemos marcado, por la que no nos es dable examinar el ámbito de aplicación de esta figura, plazos, sus requisitos o condiciones, limites, etc., tenemos que tomar como punto de partida el art. 83 del Código Penal, en cuanto que permite condicionar tal suspensión a la imposición de unas obligaciones. Específicamente establece:

"...En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1º Prohibición de acudir a determinados lugares.

2º Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

3º Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

4º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

5º Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal Sentenciado, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas".

En primer lugar se ha de resaltar que sólo se pueden imponer estas obligaciones o deberes cuando la pena es de prisión, por lo que no resulta aplicable al resto de las penas privativas de libertad contempladas en el art. 35 del Código Penal, esto es, arresto de fin de semana y responsabilidad subsidiaria por impago de multa.

Sentado que sólo se puede establecer si la condena es de prisión, el art. 83 del citado Texto Legal, fija, como indicamos, una serie de deberes u obligaciones que el Juez o Tribunal puede imponer al condenado para su observancia durante el período de suspensión.

A la regulación de las consecuencias del incumplimiento de estas condiciones de la remisión definitiva se dedica el art. 84.2 del Texto punitivo, al que luego nos referiremos.

Es de resaltar que aquel precepto no impide, o mejor dicho faculta al Juzgador para que se le puedan imponer al mismo tiempo varios de estas obligaciones, con lo que su eficacia disuasoria, al objeto de lo que expondremos, puede ser mayor.

En principio, aunque estas obligaciones están pensadas desde la perspectiva del delincuente, con el fin de lograr su rehabilitación o reinserción social, esto no es óbice para que valoremos su aplicación atendiendo los intereses de la víctima, y específicamente el menor, en la medida que sometiéndose a su cumplimiento se evita que la conducta criminal vuelva a incidir sobre la misma.

En este sentido, La Memoria de la Fiscalía General del Estado recoge precisamente la propuesta de la Fiscalía de Lleida, en la que se señala (en relación fundamentalmente al maltrato a mujeres, pero sería igualmente aplicable a los niños) que "para el supuesto de suspensión de la pena privativa de libertad, convendría pedir que se impongan reglas de conducta restrictivas al penado/ a suspenso/a que dificulten la repetición de los malos tratos. Medidas de prohibición de acudir a determinados lugares..., cumplir los demás deberes fijados y convenientes para la rehabilitación social". En igual sentido se pronuncia la Circular 1/98 de la Fiscalía General del Estado.

Igualmente en el Protocolo que se ha acordado en Girona en relación con la violencia doméstica se prevé que, en el caso de suspensión de la ejecución de la sentencia, se pueda instar por el Fiscal y se pueda acordar por la autoridad judicial el condicionamiento de ésta al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83 del Código Penal.

Entiendo que esta visión de estas reglas de conducta es tan relevante como la que toma en consideración tan sólo al infractor, y nosotros, precisamente, vamos a contemplar aquéllas, en atención a los intereses del perjudicado.

Las dos primeras "obligaciones", es decir, la prohibición de acudir a determinados lugares y la prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida, resultan ser muy semejantes a la pena que se puede establecer conforme al art. 57 del Código Penal, aunque también creemos que pueden ser complementarias, pues éste autoriza la prohibición de acudir al lugar de comisión del delito o donde resida la víctima o su familia, es decir, podría castigarse el ilícito con esta pena accesoria, y además, si se estimara positivo para el menor también se le podría prohibir que acudiera a determinados lugares al

reo (por ej. establecimientos de bebidas alcohólicas) o reforzar ese deber de no acercarse a la víctima con la prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

La comparecencia personal ante el Juzgado o Tribunal y más específicamente ante un servicio de la Administración que éstos señalen (art. 83.1.4º), normalmente servicios sociales, para informar de las actividades y justificarlas puede ser muy interesante también en ciertos casos para el menor.

Sobre el apartado cuarto del art. 83.1 Código Penal SÁNCHEZ YLLERA ha señalado que "la participación en programas específicos relacionados con la actividad delictiva cometida que se prevé en el apartado 4.º de este precepto, acerca la suspensión de la pena a la institución anglosajona de la "*probation*". Los Jueces y Tribunales van a poder decidir no sólo si imponen una pena susceptible o no, no sólo si suspenden o no la pena previamente impuesta, sino también qué tipo de actividad mínima, qué esfuerzo debe realizar el penado durante el período de suspensión. La nueva regulación permite, aún diría más, obliga al Juez a alejarse de los automatismos que hoy rigen la condena condicional, y posibilita acomodarla a las características personales del sujeto, individualizando la aplicación de la pena incluso cuando se acuerda su no cumplimiento. Para que ello sea posible es necesario que durante la fase de investigación, y en el propio juicio oral, se analice no sólo la eventual participación del imputado en el hecho delictivo, sino también las motivaciones de su actuación y sus características personales. En definitiva es preciso contar con un perfil criminológico que además será el que permita al Juez valorar la peligrosidad criminal del penado"[640].

En relación con estos programas, creo interesante reseñar que algunas instituciones públicas y también privadas, están poniendo en marcha servicios o programas de atención a maltratadores en el hogar, en principio ideado para el maltrato a la mujer, pero que no excluye el ataque lesivo a los niños.

El propio Consejo General del Poder Judicial en el informe que ha enviado al Ministerio de Justicia sobre el anteproyecto de ley que reforma la regulación penal de los malos tratos incluye la petición al Gobierno de que la futura ley refuerce la terapia a los autores de estos delitos. En el proyecto de informe ya se sugerían "fórmulas de tratamiento y reeducación de

[640] SÁNCHEZ ILLERA, I., en su comentario al art. 83 del CP en la obra dirigida por VIVES ANTÓN, T., Comentarios al Código Penal de 1995, pp. 485.

los responsables de malos tratos, incluso con carácter complementario, alternativo o sustitutivo de las propias penas legalmente previstas".

Según el Consejo General del Poder Judicial, se debe posibilitar a los jueces que suspendan la pena, si los autores de malos tratos, se someten, a terapias adecuadas para reformar su conducta; decisión ésta que creemos, como hemos defendido, se puede establecer en la actualidad, mediante el precepto arriba transcrito.

Concretamente en el País Vasco, y de manera especial en Álava (también en Vizcaya), la Diputación Foral desde el mes de marzo ha iniciado un Servicio de Atención Psicológica a maltratadores en el hogar, cuyo objetivo general es prevenir posteriores de maltrato e impedir, si no se ha producido, la extensión del maltrato a las hijas e hijos. Se trata de un programa de tratamiento breve y específico para hombres maltratadores, centrado específicamente en los factores individuales más significativos que inducen al maltrato: incapacidad de control de los impulsos, celos patológicos, ideas machistas respecto a la inferioridad de las mujeres y otras.

En esa puesta en marcha se tuvo en cuenta precisamente a los órganos judiciales, pues se prevé que algunas de las personas beneficiarias de este Servicio puedan venir derivadas por los Juzgados, como "alternativa a sentencias condenatorias"; previsión que parece referirse a supuestos como el analizado de la suspensión de la ejecución de la pena u otros que estudiaremos posteriormente.

Aunque estos tratamientos de psicoterapia con agresores no alcanzan todo lo buenos resultados que todos quisiéramos, lo cierto es que algunos[641] cambian su manera de actuar, por lo que esto de por sí justifica la adopción de las medidas.

En relación a la necesidad de contar con un perfil criminológico, a que alude SÁNCHEZ YLLERA, creemos oportuno señalar que en estos casos, si cabe con mayor importancia que en otros, sería conveniente que efectivamente el Juzgador tenga a su disposición los informes oportunos, en orden a la valoración de la conducta del infractor. De igual forma que indicábamos que, antes de tomar cualquier decisión en relación al menor, en la fase de instrucción, sería adecuado que el Juez cuente con el debido asesoramiento, el conocimiento de las circunstancias del agresor puede ser muy importante para la adopción de estas reglas

[641] Según datos proporcionados por el Servicio que está en funcionamiento en Bilbao, la mitad no termina la terapia, pero el 90% de la otra mitad se cura. En Estados Unidos y Gran Bretaña los datos son parecidos, aunque llevan ya varios años realizando este tipo de terapias, hasta el punto que en Estados Unidos los jueces pueden seleccionar cuatro o cinco tipos de terapias.

de conducta. A veces, un complemento del informe solicitado respecto de la situación del menor puede ser suficiente para ponderar la decisión concerniente al sujeto activo, en la medida que se haya examinado el contexto familiar y éste sea precisamente el acusado.

No podemos pasar por alto, por otro lado, en esta línea, que la Disposición Adicional Duodécima del Código Penal prevé un informe relativo al menor infractor, en ocasiones, imputado en este tipo de hechos que estamos analizando, y que ese informe puede ser el cauce adecuado para "ayudar" al menor, mayor de 16 años y menor de 18 años, imponiéndole una obligación, al mismo tiempo que se le suspende la ejecución de la medida.

Se suele esgrimir que la falta de voluntariedad de la participación en este tipo de programas, en cuanto que el sujeto pasivo es obligado a ello por el Juzgado, es un obstáculo para el éxito de los mismos. Ahora bien, como suelen señalar los expertos o técnicos en el tratamiento, si bien esta ausencia de consentimiento es un óbice, se puede salvar por la pericia del psicólogo, en el primer momento del programa o tratamiento, que va a trabajar las motivaciones y va a posibilitar que la voluntad rebelde, al final, por lo menos, pueda ser una voluntad que asume la conveniencia o, incluso necesariedad del tratamiento.

En cierta manera esta situación se puede parangonar con la que muchas veces ha sucedido con los delincuentes drogadictos que empezaron los tratamientos de deshabituación como medida de seguridad alternativa, a veces con resultados exitosos, porque les pendía la "amenaza" del cumplimiento de una pena privativa de libertad.

La quinta de las posibilidades se perfila con un cierto grado de indeterminación, lo que si bien puede criticarse, con respecto a la materia que examinamos, estimamos que es positivo en cuanto que pueden producirse casos en que los expertos en las ciencias sociales (trabajadores sociales, psicólogos, criminólogos etc.) sugieran deberes o pautas de conducta para la rehabilitación social del penado (y en el reverso de la moneda para la protección de la víctima), que no están previstos específicamente en el Código, pero que puede resultar positivos.

Para que los Jueces de lo Penal o las Audiencias Provinciales puedan imponer este tipo de obligaciones es preciso que tomen contacto con los servicios sociales o Administraciones públicas bien directamente o a través de instituciones situadas en los propios Juzgados (por ej. el Instituto de Reinserción Social o IRSE, que funciona en las tres capitales vascas) para que se conozcan, pues muchas veces, como antes comentábamos, las Administraciones

Públicas tienen este tipo de cursos o programas y simplemente no se conocen por los órganos judiciales.

Cualquiera de éstas Administraciones podría ser competente para informar al Juzgado, en los términos del art. 83.2 del Código Penal.

Como indica MANZANARES SAMANIEGO[642], "La referencia a la Administración competente se explica por las transferencias operadas a favor de alguna Comunidad Autónoma. El problema radica en determinar cuáles sean esos servicios correspondientes de la Administración, sin los cuales el seguimiento de las reglas de conducta quedarían en papel mojado".

Nosotros pensamos que en relación a la materia que nos afecta estos servicios sociales, pueden ser los de las Comunidades Autónomas, en razón de la competencia que se les ha transferido sobre la Protección del menor y servicios sociales, pero pueden ser los Ayuntamientos o demás entidades locales que dispongan de estos programas. También puede ser competente la Administración Central. El principio de colaboración que establece el art. 118 de la Constitución Española abona la tesis de que cualquier Institución pública debe prestar su auxilio, si así se lo requiere la Administración de Justicia.

Podría ocurrir, si se imponen varias obligaciones, que sean varias las Administraciones o distintos Departamentos de una Administración (por ej. Interior y Servicios sociales) los que tengan que informar al órgano judicial.

F.2- Revocación de la suspensión

De acuerdo con lo preceptuado en el art. 84 del Código Penal:

"..Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos:

a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.

c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado".

[642] MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Código Penal de 1995. Doctrina y Jurisprudencia, dirigida por Conde Pumpido, pp. 1.268.

Antes de analizar este precepto, se ha de señalar que hemos prescindido de la revocación por reincidencia, que es obvia, y concordante con el Código Penal vigente antes del 26 de mayo de 1996, precisamente por los límites marcados anteriormente a la exposición de esta ponencia.

Para que sean efectivas las reglas de conducta, y específicamente estos programas o tratamientos, el condenado ha de conocer que puede ser obligado al cumplimiento de la pena privativa de libertad en caso de que incumpla reiteradamente el programa.

Aquí radica la importancia de estas pautas, en cuanto es la forma de que el reo, en principio, no dispuesto a someterse a ningún tipo de comportamiento, ante la circunstancia de poder ingresar en prisión, cumpla lo que se ordene. Esto es, en determinadas personas, no delincuentes habituales, suele tener una fuerza disuasoria bastante grande, y se ha de aprovechar precisamente para buscar el interés del menor, en la medida que sea posible, potenciando que no entre en prisión el condenado, pero al mismo tiempo, imponiéndoles obligaciones específicas que traten de evitar conductas reincidentes para la víctima.

Será difícil que cuando se produzca un cumplimiento reiterado pueda sustituirse la regla de conducta impuesta por otra distinta, ya que si no se satisfacen los requerimientos del programa difícilmente tendrá eficacia otra regla de conducta que pretenda ese mismo fin resocializador-protector de la víctima o la prórroga del plazo de suspensión, sin ese objetivo rehabilitador-amparador del menor.

Si el reo ha cumplido durante cierto periodo con la obligación o deber y posteriormente quebranta aquélla, ciertamente será de aplicar alguna de las consecuencias previstas, sin que sea posible un posible cumplimiento parcial del tiempo de suspensión, pues, como ha puesto de relieve SÁNCHEZ YLLERA, "no ha querido el legislador prever el posible abono -al menos parcial- del tiempo de suspensión, lo que en ocasiones puede dar lugar a situaciones en las que dilatados plazos de suspensión -hasta cinco años- con incumplimientos en la fase final del plazo provocan en definitiva el sometimiento durante un plazo muy extenso a control penal", lo que tampoco puede ser excesivamente malo desde la perspectiva de la víctima.

Como conclusión de todo lo expuesto, podemos afirmar que creemos que es un instrumento jurídico que puede dar resultados positivos en la evitación de nuevos delitos contra el menor, aunque somos conscientes que es preciso que se proporcionen por las Administraciones públicas todos los recursos necesarios para conseguirlos.

F.3- Sustitución de las penas privativas de libertad.

Esta es una de las principales novedades del sistema penológico del nuevo Código Penal, y tiene como objetivo fundamental la reinserción del penado (prevención especial positiva), y, por tanto, puede ser también un mecanismo de protección del menor.

No podemos entrar, como ya señalamos anteriormente en lo que se refiere a la suspensión, en todos los aspectos de este precepto por lo que nos limitaremos a los que nos puedan servir para el fin de nuestro trabajo.

A tal fin resulta conveniente recordar que, conforme al art. 88 del Código Penal:

"1. Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes... las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa... En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83 de este Código.

Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años... En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos...establecidos en el párrafo anterior.

2. También podrán los Jueces o Tribunales... sustituir las penas de arresto de fin de semana por... trabajos en beneficio de la comunidad".

Existe un problema, que ha puesto de relieve la doctrina referente a la falta de previsión sobre las consecuencias de la infracción de esas reglas de conducta, a diferencia con lo que ocurre con la suspensión en el citado art. 84.

Distintas han sido las soluciones que se han propuesto en la doctrina: desde la del cumplimiento remanente de la pena inicial (SÁNCHEZ YLLERA) a la de inexistencia de consecuencias, lo que ciertamente cuestionaría su calificación como deberes, pasando por la que de que se aplique la previsión contenida en el art. 84.2 a), esto es, la sustitución de la regla de conducta impuesta por otra distinta (MANZANARES SAMANIEGO).

Cabe plantearse si, con arreglo a lo dispuesto en aquella norma, se puede hacer protección del menor, a través de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad[643],

[643] Éstos se definen y reglamentan fundamentalmente en el art. 49 del Código Penal, y según el mismo aquéllos obligan al penado "a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública". Por su parte el Real Decreto 690/ 1996 en los artículos 1 a 11complementan aquél régimen jurídico. En el art. 1 de este Real Decreto se dice que "a los efectos de lo previsto en el art. 49 del Código Penal se considerarán trabajos en beneficio de la comunidad la prestación de la cooperación personal no retribuida en

en aquellos casos en que "las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen"(art. 88.1 CP)[644][645].

Si, conforme preceptúan el art. 49 del Código Penal[646] y art. 1 del Real Decreto 690/ 1996, el trabajo en beneficio de la comunidad consiste en una cooperación voluntaria no retribuida en actividades de utilidad pública, con fines educativos, cabe pensar que ciertas actividades del ámbito público, fundamentalmente en la administración sanitaria. podrían ser encuadradas en este campo[647].

Ciertamente, después de varios años de la entrada en vigor del Código Penal, la Administración penitenciaria (salvo que conozcamos en la Comunidad Autónoma de

---

determinadas actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal y no supeditada al logro de intereses económicos".

[644] Dicho artículo dispone; 1. Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, 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. Cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana; y cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código.
Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior. 2. También podrán los Jueces y Tribunales, previa conformidad del reo, sustituir las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo. 3. En el supuesto de quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión o de arresto de fin de semana inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con las reglas de conversión respectivamente establecidas en los apartados precedentes.
4. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

[645] Sobre una aplicación novedosa de esta institución introducida en el Código Penal DOLZ LAGO, M.J. "Los programas de educación vial ante los delitos contra la seguridad del tráfico. una alternativa eficaz", en Revista de Actualidad Penal, núm. 12, semana del 23 al 29 de marzo de 1998, pp. 270-273.

[646] El referido artículo establece que: Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes: 1.ª La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez o Tribunal sentenciador, que, a tal efecto, podrá requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios 2.ª No atentará a la dignidad del penado.3.ª El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin. 4.ª Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social. 5.ª No se supeditará al logro de intereses económicos. Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley penitenciaria (RCL 1979\2382 y ApNDL 11177), cuyas disposiciones se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código.

[647] Por recurrir a un ejemplo muy utilizado, piénsese que el infractor podría, con su conformidad, según establece la Ley, realizar trabajos en una sección de pediatría de un hospital, atendiendo niños con enfermedades o lesiones ocasionadas por distintas razones.

Cataluña[648]) no ha suscrito los oportunos convenios con las Administraciones públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública o social (art. 2 del Real Decreto citado), y se hace difícil su aplicación práctica.

Por eso, se podría explotar la posibilidad que ofrece, con carácter excepcional, el art. 2.2 del Real Decreto, para que, en caso de inexistencia de convenio, el penado pueda proponer un trabajo concreto, aun cuando no esté convenido con la Administración penitenciaria, para que ésta, a su vez, emita un informe al órgano judicial sentenciador, en el que valorará la misma, a fin de que aquél se adopte la decisión correspondiente.

Si los Juzgados penales disponen de algún apoyo de trabajadores sociales, que gestionen la búsqueda de un trabajo en beneficio de la comunidad, se le podrían sugerir al penado ese trabajo que luego propondría a la Administración penitenciaria; hipótesis ésta que no creo que se haya utilizado mucho, pero que no se puede desdeñar, siempre que resulte beneficiosa para el reo y el menor perjudicado, a quien se debe tener en cuenta, por mor de lo dispuesto en el propio Código Penal.

F.4- Medidas de seguridad

Tampoco en este caso vamos a ser originales, pues en la Memoria de la Fiscalía que tantas veces hemos mencionado en este trabajo se indica, en relación a la Fiscalía de Lleida, que "hemos analizado las medidas de seguridad aplicables durante la ejecución (tanto como semieximente del 20.1.2.3 (art. 104) (art. 105), entre las que destacan: la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares, y la obligación de residir en lugar determinado", y, en relación a la Fiscalía de Girona, que luego se plasmó en el protocolo mencionado de esta ciudad, se comenta que en fase de ejecución de sentencia, los Fiscales, en los supuestos de eximentes completas e incompletas de los artículos 20, números 1, 2 y 3 del CP[649] y 21 número 1[650], en relación con los anteriores, han de tener un especial control

[648] Concretamente la Consellería de Justicia de la Generalitat de Cataluña, la Asociación Catalana de Municipios, y la Federación de Municipios de Cataluña firmaron el pasado día 21 de julio de 1998 un convenio marco de colaboración para que los ayuntamientos participen masivamente en la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que mientras la Generalitat aportará los recursos técnicos y económicos, los ayuntamientos que se adhieran al acuerdo pondrán a disposición los servicios municipales de ámbitos sociales, de salud o cultura, entre otros, además de los equipamientos necesarios.

[649] Dicho artículo dispones: Están exentos de responsabilidad criminal:1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión 2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consuno de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su

"tanto en el cumplimiento de las medidas de seguridad, privativas de libertad como de las no privativas de libertad que se hayan impuesto o sustituyan a las anteriores, instando especialmente, cuando proceda, la aplicación del art. 105 del Código Penal".

Por tanto, nos hallamos ante otra posibilidad legal que, de hecho, se está aplicando (o cuya virtualidad se ha contemplado como factible) en ciertas partes del territorio nacional por parte de Fiscales y Jueces.

La Circular de la Fiscalía 1/1998 ya citada recoge esta medida como un resorte legal que permite la reeducación de los causantes de los malos tratos.

Concretamente el art. 105 del Código Penal prevé en lo que a nosotros nos interesa lo siguiente:

"En los casos previstos en los artículos 101 a 104[651], el Juez o Tribunal podrá acordar razonadamente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia, la imposición de la observancia de una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.

b) Obligación de residir en un lugar determinado.

c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

d) Prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas.

e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quién la ejercerá en relación con el Juez

---

dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad

[650] El art. 21.1 del Código Penal establece que: Son circunstancias atenuantes:1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

[651] En estos preceptos se regula la aplicación de las medidas de seguridad privativas de libertad, tanto en los supuestos de la declaración de exención de responsabilidad criminal por enajenación mental o trastorno mental transitorio; por intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o por sufrir alteraciones en la percepción, como en los casos de eximente incompleta.

de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

a) La privación de la licencia o del permiso de armas.

b) La privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración Autonómica informarán al Juez o Tribunal sentenciador sobre el cumplimiento de estas medidas".

Como nos indican los datos socio-criminológicos sobre la violencia infligida a los menores no será extraño que, en algunos supuestos, el sujeto activo sea declarado inimputable o semiimputable, por su adicción a las drogas, al alcohol o por padecer alguna anomalía o alteración psíquica.

En estos casos, se puede imponer la observancia de unas medidas que pueden resultar eficaces para la protección del menor, aunque su primordial objetivo sea la prevención especial o individual, como ponen de manifiesto las modernas teorías sobre el fundamento de las medidas de seguridad.

En cuanto a su examen particular, algunas de ellas ya se han comentado al analizar las previstas en el art.83, pues son muy similares. Específicamente es de resaltar la relativa al sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares, cuya importancia ya indicamos en otro lugar de la ponencia.

Muy eficaz puede resultar la combinación de varias al mismo tiempo para la protección de la víctima[652]; fin que, como indicamos en otro lugar, no se puede desdeñar en el momento de ponderar su aplicabilidad, siempre, claro está, que se controle su cumplimiento, por los "servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración Autonómica" (art. 106 in fine), entre los que habría de incluirse los servicios policiales.

[652] Piénsese a modo de ejemplo, que se le imponga a una persona la obligación de residir en un lugar determinado y la prohibición de residir en un lugar o territorio que se designe, junto con la prohibición de acudir a ciertos lugares, y, además, que se someta a un tratamiento externo en un establecimiento y a programas determinados.

Tal vez, puede producir cierto desconcierto la medida de custodia familiar, que se prevé también como tal en el art. 17.3ª de la Ley Orgánica 4/ 1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de menores, aunque aquí se designa como acogimiento familiar.

Sin embargo, puede tener sentido cuando se trate de menores de 18 años o de personas muy cercanas a esta edad o incapaces, en cuanto que, en ocasiones, alguno miembro de la familia amplia de aquéllos, puede estar dispuesta a asumir esa carga y el control de la familia puede ayudar a los fines preventivos pretendidos.

Resulta difícil pensar que otra persona ajena al núcleo familiar puede asumir esa obligación, pero si existiera, por razones altruistas probablemente, ello no sería posible, ya que el citado art. 105 contempla sólo al familiar cómo aquél que puede realizarla, si bien se ha de interpretar este término en sentido amplio, favorable al reo, al no fijarse un límite al parentesco.

La designación de ese familiar puede hacerla el Juzgador, en atención al conocimiento que pueda tenerse de su situación familiar, por ejemplo a través del informe que establece la Disposición Adicional Duodécima del Código Penal, u otros que puedan obrar en las actuaciones o se soliciten, o bien el propio imputado sometido a medida, aunque, en cualquier caso, sería conveniente contrastar la idoneidad del pariente para el cumplimiento de su misión, tanteando su disposición a la aceptación de tal obligación; requisito sine qua non para su constitución.

Para reforzar esta medida (u otras de las previstas en el art. 105), el propio art. 106 del Texto punitivo establece que "El Juez o Tribunal sentenciador dispondrá de los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad". Si en los casos de acogimiento familiar institucional se suelen prever unas ayudas económicas para la familia acogedora, podría pensarse que también este caso sería dable tal prestación dineraria.

F.5- La libertad condicional

Para terminar este rápido repaso por distintas instituciones referentes a la ejecución de las penas, explotando las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico penal, sustantivo y

procesal, se ha tener en cuenta que el art. 90 del Código Penal[653] permite al Juez de Vigilancia penitenciaria que, al decretar la libertad condicional de los penados, pueda imponerles la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el art. 105 del presente Código, que hemos examinado anteriormente.

De nuevo en este caso, el Juez de Vigilancia puede establecer reglas o normas al sentenciado en que concurra el resto de los requisitos previstos en el art. 90 del Código Penal[654] para proteger a la víctima.

En este sentido tuitivo, se ha de considerar que, conforme al art. 93 del Texto punitivo[655] si en el periodo de libertad condicional, que dura hasta que llegue el día de extinción de la condena, el reo inobserva las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia ha de revocar la libertad concedida y el penado reingresa en prisión o grado penitenciario que le corresponda, por lo que se puede prever que el sujeto a este beneficio penitenciario, al menos en ciertos supuestos, va a ser escrupuloso en el cumplimiento de los deberes, por las consecuencias que le acarrea su no satisfacción.

F.6- Visión global de la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de Junio y su incidencia en la ejecución penal.

F.6.a. Antecedentes y origen de la Ley.

La problemática que ha generado la denominada violencia doméstica se acredita por la importancia de los acontecimientos que han venido sucediendo en los últimos tiempos y que, desgraciadamente, continúan produciéndose. Las estadísticas existentes al respecto son sencillamente escalofriantes. En todo caso, "...la sociedad española ha ido tomando conciencia no sólo de la gravedad de la violencia contra la mujer, sino también de la verdadera dimensión que este problema comporta. Hoy, la violencia contra la mujer ha superado la dimensión privada y ha pasado a ser considerada como un atentado hacia la

[653] Este precepto acuerda: "1. Se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes: 1.ª Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario. 2.ª Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. 3.ª Que hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes. 2. El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del presente Código."

[654] De éstos es de resaltar el relativo al pronóstico individualizado y favorable a la reinserción social emitido por los expertos que el Juez estime convenientes, en el que se ha de tomar en consideración una vez más la probabilidad de agresión al menor.

[655] El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquiere o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

propia sociedad, un ataque a la esencia de la democracia..." El problema no es nuevo; así, detectado ya hace años, el Gobierno comenzó a darle respuesta institucional a partir del año 1984, en el que el Ministerio de Interior inicia la publicación de cifras relativas a denuncias por malos tratos y se crea la primera Casa de Acogida para mujeres maltratadas; en 1986, la Comisión de Derechos Humanos del Senado crea la Ponencia de Investigación de Malos Tratos de Mujeres, que elaboró un informe sobre el tema en 1989. El Consejo de Ministros aprueba, en su reunión de 7 de marzo de 1997, el III Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres que incluye un área dedicada específicamente a la violencia. También, otras instituciones y poderes públicos, como la Fiscalía General del Estado, el Defensor del Pueblo, etcétera, han tomado iniciativas al respecto, dentro de sus respectivos ámbitos competenciales.

En Enero de 1998 el Consejo de Ministros aprobó una serie de medidas urgentes contra los malos tratos a mujeres. Finalmente, el Gobierno Central, mediante Acuerdo de 30 de abril de 1998, aprobó el denominado Plan de Acción contra la Violencia Doméstica 1998-2000, en el que han participado activamente, bajo la coordinación del Instituto de la Mujer del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, los Departamentos Ministeriales de Educación y Cultura, Interior, Justicia y Sanidad y Consumo, y que cuenta con un presupuesto de nueve mil millones de pesetas. Dicho Plan de Acción contra la Violencia doméstica, se articula en seis áreas de actuación, a saber: 1ª) Sensibilización y prevención; 2ª) educación y formación; 3ª) recursos sociales; 4ª) sanidad; 5ª) legislación y práctica jurídica, a su vez dividida en tres apartados: a) medidas legislativas, b) medidas judiciales, y, c) otras medidas; y, 6ª) investigación.

Dentro de las medidas legislativas del Gobierno, para combatir la violencia doméstica, se encuentra también la de impulsar los cambios legislativos necesarios para dar un mejor tratamiento normativo al problema expuesto. Entre estos cambios destaca la actualmente Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 10/06/1999), tras la accidentada tramitación parlamentaria de la anterior Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/19995, de 23 de noviembre (BOE 01/05/1999).

También, dentro de las medidas judiciales, insertas en el área de actuación legislativa y práctica jurídica, ha destacado lo relativo a la puesta en marcha de los juzgados especializados para conocer de asuntos relativos a malos tratos familiares y delitos y faltas

afines, experiencia piloto que se ha puesto en marcha en la provincia de Alicante con cierto éxito. De interés también está resultando la creación, en las Fiscalías, del denominado Servicio de Violencia Familiar, a cargo de uno o varios fiscales, creado por la Circular FGE 1/1998, de 21 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. Por su parte, los Colegios de Abogados han comenzado a crear turnos de oficio especializados en violencia doméstica, el Consejo General del Poder Judicial ha fomentado la mejora de la formación de los jueces contra la violencia doméstica; y, finalmente, el Ministerio de Justicia está haciendo lo propio, en materia de formación, en relación con los Fiscales, Secretarios Judiciales y Médicos Forenses, y resto de personal al servicio de la Administración de Justicia.

F.6.b- Principales novedades de la Ley

Las principales innovaciones contenidas en la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se agrupan en dos grandes bloques: a) En cuanto al Código Penal, se modifican los arts. 33, 39, 48, 57, 83, 105, 132, 153, 617 y 620; y, b) en cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se reforman los arts. 13, 14.1, 103, 104, 109, 448, 455, 544 bis, 707 y 713. En dichas reformas se contienen las novedades que se detallan a continuación.

F.6.b.1- Modificaciones en el Código Penal

a) Se reforman en profundidad los art. 48 y 57 CP 1995, con el sentido y alcance que se expondrá en un posterior epígrafe.

b) En la medida en que la reforma de indicados arts. 48 y 57 CP 1995, afectan a la clasificación de las penas, se retocan la letra g) del apartado 2 del art. 33, la letra f) del apartado 3 del art. 33 y se añade una letra b) bis al apartado 4 del art. 33, todos ellos del CP 1995; de modo que, con los comentadas reformas, se ajusta el contenido del art. 33 al de los nuevos arts. 48 y 57, consiguiéndose la deseada coordinación entre todos esos preceptos.

c) También, como consecuencia de la reforma de los arts. 48 y 57 CP 1995, se da nueva redacción a la letra f) del art. 39, de modo que se ajusta este artículo 39 CP 1995, en que se contiene la enumeración de las penas privativas de derechos, al nuevo contenido de la pena privativa de derechos definido en el art. 48 CP 1995.

d) Se amplían las reglas de conductas susceptibles de ser impuestas por el Juez en los supuestos de concesión de suspensión condicional de penas de prisión, incluyendo, en el art.

83.1. bis) CP 1995, la regla de conducta consistente en la "...prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otros personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos" .

e) Se reforma el art. 105 CP 1995, incluyendo entre las medidas de seguridad, en la letra f) del apartado 1 de dicho precepto la relativa a la "...prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otros personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos"; reforma que, en realidad obedece a la necesidad de vincular las posibles reglas de conductas que puede imponer el Juez de Vigilancia Penitenciaria al conceder la libertad condicional, con las medidas de seguridad, dada la remisión existente en el art. 90.2 CP 1995, al art. 105 CP 1995; remisión que denota una deficiente técnica legislativa, y hace que las medidas de seguridad no privativas de libertad funcionen, en relación con la libertad condicional, como reglas de conducta, cuando la naturaleza de ambas instituciones es bien distinta. Este dislate del legislador, que puede dar lugar a confusiones sobre la verdadera naturaleza jurídica de las medidas de seguridad previstas en el art. 105 CP 1995, pretendía ser corregido por el Proyecto de Ley Orgánica de Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de 1997, que proponía reformar, entre otros preceptos, el art. 90.2 CP 1995, efectuando tal remisión al art. 83 CP 1995, en que se contienen las reglas de conducta en relación con la suspensión condicional; remisión que parece más adecuada que la que actualmente se contiene al art. 105 CP 1995.

f) Se tipifica, en el art. 153 CP 1995, de forma especifica la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas, es decir contra el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al agresor de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro; se mantiene la tipificación de la violencia física ejercida con carácter habitual sobre indicadas personas próximas; y se reforma la habitualidad en el maltrato, tanto físico como psíquico, que, ahora con la nueva redacción, existirá cuando haya reiteración en la conducta sin necesidad de que exista sentencia judicial en procesos anteriores, atendiendo para la apreciación de la habitualidad al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el art. 153 CP 1995, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

g) De otra parte, las faltas del art. 620 CP 1995, cuando el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el art. 153 CP 1995, han dejado de ser faltas de carácter semipúblico, para ser consideradas como faltas públicas (nuevo párrafo final del art. 620 CP 1995 y nuevo art. 103 LECrim), salvo en el caso de las injurias leves, que continúan necesitando denuncia para su persecución. Y, tanto en las faltas del art. 617, como en las del art. 620 CP 1995, se adecua la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima.

h) Finalmente, se retoca el apartado 1 del art. 132 CP 1995, en relación con el inicio del cómputo de la prescripción, cuando la víctima sea menor de edad, para corregir defectos técnicos introducidos en la reforma de este mismo precepto operada por la LO 11/1999, de 30 de abril, ya citada, de modo que se corrige la referencia al homicidio, que se contenía en está última citada Ley, por la referencia a la tentativa del homicidio, pues era evidente, que si se supeditaba el inicio del cómputo de la prescripción del delito a la mayoría de edad de la víctima, esto era totalmente impracticable en relación con el delito de homicidio, pues en el mismo, precisamente la víctima menor nunca más alcanzará la mayoría de edad, al resultar muerta (confr. art. 138 y ss CP 1995). De modo que, ahora, "...en la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento"

F.6.b.2- Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

a) La reforma de los arts. 13, 544 bis y 109, trata de facilitar la inmediata protección de la víctima de determinados delitos (los del art. 57 CP 1995), dando respuesta jurídica, desde el respecto al principio de legalidad, a una necesidad planteada tanto por la doctrina como por los operadores jurídicos; de modo que se instaura en nuestro ordenamiento una nueva medida cautelar personal penal, de configuración atípica, por cuanto tiene como principal finalidad la de protección a la víctima (confr. art. 544 bis LECrim); estableciéndose, de otra parte, que "...en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad" (último párrafo del art. 109 LECrim).

b) La nueva reforma del apartado 1 del art. 14 (recuérdese que había sido reformado recientemente por la Ley 36/1998, de 10 de noviembre), pretende obtener una mejor

distribución de la competencia para el conocimiento de las faltas, redefiniendo la misma entre los Juzgados de Paz y los Juzgados de Instrucción.

c) Se reforma el art. 104 para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, eliminando, al propio tiempo, la obsoleta referencia que se contenía en el mismo sobre la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos o de los hijos respecto de los padres; en cuanto al art. 103 se pretende poner su redacción en consonancia con el Código Penal de 1995.

d) Finalmente, la reforma de los arts. 448, 455, 707 y 713, dando respuesta a una línea jurisprudencial especialmente nociva para los menores víctimas de abusos sexuales, pretenden evitar la victimización secundaria de la víctima menor de edad, en la medida en que se otorga cobertura legal necesaria para que, en las declaraciones testificales y careos, tanto producidas en sede sumarial, como en fase de juicio oral, no se produzca la confrontación visual entre aquéllos y el imputado o acusado, utilizando, incluso, los modernos medios audiovisuales, para tal fin; naturalmente, esta última prevención, quedará supeditada a que la Administración de Justicia cuente, de una vez por todas, con esos medios audiovisuales y de carácter informático, adecuados a los tiempos actuales.

F.6.c- Incidencia de la Ley Orgánica 14/1999 de 9 Junio en la ejecución penal.

F.6.c.1- En general

La incidencia de la reforma introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 14/1999, de 9 de Junio, comentada, en relación con la ejecución penal extiende sus efectos a varias de las penas y medidas de seguridad previstas en el actual sistema sancionatorio penal, en alguna de las cuales tal incidencia es transcendental, como p.ej., en lo que se refiere a la pena prevista en los arts. 48 y 57 CP 1995, y en otros supuestos tal incidencia es tangencial; pero, en todo caso, la consideración sistemática de tal incidencia en la ejecución penal, nos proporcionará un importante instrumento de ayuda para entender esta faceta de la lucha contra la violencia doméstica.

En otro orden de cosas, y con carácter previo, resulta imprescindible resaltar la importancia de la modificación producida en el art. 109 LECrim, en la medida en que se establece que "...en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad", precepto que estimamos también de aplicación a la ejecución penal, en que, en determinados supuestos deberá extremarse el celo en el cumplimiento de

esas obligadas notificaciones a la víctima, que nosotros estimamos que también debe de ampliarse, por el juego del art. 270 LOPJ, en su caso, a los demás familiares y asimilados a que se refiere el art. 153 Código Penal, y que, en cada supuesto, puedan verse afectados por las correspondientes resoluciones judiciales; e incluso, a otras personas, que mantengan otra clase de relación con la víctima y afines (ej. amistades); evidentemente, cuando se pretendan exceder los estrictos límites del nuevo párrafo del art. 109 LECrim, será preciso acordar en la resolución judicial de que se trate, la notificación a quien se refiera o pueda parar algún perjuicio, por exigencias del art. 270 LOPJ, ya citado.

F.6.c.2- En relación con la suspensión condicional

La suspensión condicional se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad durante un determinado plazo, en el cual queda sometido a prueba el delincuente primario -en el sentido legal del término (confr. art. 81.1ª CP 1995)- , y si no vuelve a delinquir durante el plazo de suspensión -que puede ser de tres meses a cinco años, según clase y duración de pena privativa de libertad -, y, en su caso, cumple determinadas reglas de conducta -que le pueden ser impuestas en el caso de penas de prisión- se tiene por remitida definitivamente la condena y mediante la aplicación de tal ficción jurídica se tiene por extinguida la condena; añadiéndose otros específicos requisitos para el caso de la suspensión condicional por drogadicción del artículo 87; y excepcionando alguno de los requisitos expuestos, en algunas especialidades de suspensión condicional.

El sistema diseñado por el Código Penal de 1995 contempla las siguientes modalidades de suspensión condicional: a) suspensión condicional ordinaria, prevista en los artículos 80 al 86, b) suspensión condicional para drogodependientes, regulada en el artículo 87; y, c) un régimen especial en caso de determinados enfermos incurables, a que se refiere el artículo 80.4 Código Penal .

En relación con la suspensión condicional, y su incidencia en el tratamiento penal de la violencia doméstica, destaca lo relativo a la posibilidad de imposición al penado al que se le concede la misma, de determinados deberes u obligaciones, también denominadas reglas de conducta, previstas en el art. 83 CP 1995. Pero, estas reglas de conducta tan sólo se pueden imponer en relación con las penas de prisión, no con las demás penas privativas de libertad. Su imposición podría ser muy eficaz, a los fines de reducir la violencia doméstica, siempre que existiera infraestructura adecuada para su control, pues entre ellas se encuentran la relativa a que el penado participe en programas formativos, laborales, culturales, de

educación vial, sexual y otros similares (art. 83.1.4º CP 1995), además de las introducidas por la reforma del Código Penal efectuada por la ya citada Ley 14/1999, que añade un subapartado 1º bis al apartado 1 del art.83 del Código Penal, con el siguiente sentido: "Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otros personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos" .

Como decimos, la eficacia de las reglas de conducta depende en gran medida de la necesaria infraestructura para su adecuado control, a que se refiere el art. 83.2 CP 1995. Al respecto es preciso comentar que ha sido necesario esperar más de tres años y medio desde la vigencia del actual Código Penal, para que se promueva la suscripción de los convenios de colaboración con la Administración, previstos en el mismo, y complementarios de una parte del sistema de ejecución de las medidas de seguridad y, de otra, del cumplimiento de las reglas de conducta que, en materias como suspensión condicional de penas privativas de libertad y de la libertad condicional, se prevén en el Código Penal.

En efecto, el Ministerio del Interior dictó la Orden de 10 de febrero de 2000, por la que se convocó subvención para la colaboración en la ejecución de las medidas de seguridad y demás obligaciones y reglas de conducta contempladas en el Código Penal y se establecieron las bases reguladoras de la misma (BOE de 22 de febrero de 2000). Con ello se pretendió dar respuesta a las previsiones normativas contenidas en los arts. 95 a 108 (medidas de seguridad), 80 al 87 (suspensión condicional de penas privativas de libertad) y 90.2 (libertad condicional), por el cauce previsto en el art. 182.3 del Reglamento Penitenciario 1996 .

F.6.c.3- En relación con la sustitución de penas privativas de libertad

Como ya hemos anticipado, la sustitución de penas privativas de libertad es una de las denominadas "alternativas a la prisión", que el Código Penal de 1995, novedosamente introduce y regula en el art. 88; para proceder a tal sustitución, deben cumplirse determinados requisitos, que pueden resumirse del siguiente modo: a) se exige la audiencia previa de las partes; b) no es necesario que el delito o falta prevea como castigo las penas sustitutivas; y, c) la sustitución podrá efectuarse hasta que se haya dado inicio a la ejecución de la sentencia, entendiendo por tal la denominada ejecución material de la pena. A tal sustitución ha de llegarse, obviamente, por petición de la parte; tras los trámites indicados, se resuelve el incidente así suscitado mediante el correspondiente auto.

No han de confundirse estas posibilidades de sustitución, previstas en el art. 88 CP 1995, con los mecanismos establecidos en el art. 53 CP 1995, cuando posibilita que el arresto sustitutorio se pueda cumplir alternativamente, bien en régimen de cumplimiento continuo, como tal arresto sustitutorio, bien en régimen de arresto de fin de semana, o, incluso, mediante trabajos en beneficio de la comunidad; pues el art. 53 CP 1995 no establece un sistema de sustitución de penas propiamente dicho, como el del art. 88 CP 1995, sino que en el art. 53 lo que se prevé son mecanismos diversos de extinción de una misma pena. Tampoco debe confundirse con la denominada sustitución obligatoria, regulada en el art. 71.2 CP 1995 .

En todo caso, en relación con la genuina sustitución de penas, prevista en el art. 88 CP 1995, deberá tenerse en cuenta que en el caso de sustitución de pena de prisión también puede el órgano judicial ejecutor, imponer al penado, la observancia de una o varias de las reglas de conducta prevista en el art. 83 CP 1995 en conexión, con la suspensión condicional, a que ya nos hemos referido, suscitándose una problemática similar a la ya expuesta. Es preciso insistir, en todo caso, que estas reglas de conducta tan sólo proceden en sustitución de penas de prisión, no siendo posible su adopción, en cambio, en relación con la sustitución del resto de penas privativas de libertad (arresto de fin de semana y arresto sustitutorio), pues el art. 88.1.I de CP 1995 es tajante al respecto.

F.6.c.4- En relación con la libertad condicional

La libertad condicional es el denominado cuarto grado, o última fase de cumplimiento de las penas privativas de libertad; se trata de una situación de semilibertad. El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falta al sujeto para cumplir su condena; es, en definitiva, una forma de cumplir la condena privativa de libertad; el penado que consigue la libertad condicional puede continuar cumpliendo la pena privativa de libertad que le reste al momento de la efectividad de la misma, sin estar privado de libertad, y así conseguir la definitiva extinción de esa pena.

Se regula en el CP 1995 dentro de las denominadas "formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad", en los artículos 90 al 93 de referido texto legal, que han de ser puestos en relación con el artículo 192 y siguientes del Reglamento Penitenciario de 1996, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero de 1996. Es preciso destacar que una vez concedida la libertad condicional, que es un derecho del penado, si reúne los requisitos establecidos en la Ley, el penado continúa en libertad cumpliendo la pena, para su preparación a la vida en libertad definitiva.

Y, también, es importante resaltar que en el caso de la libertad condicional, de conformidad con el art. 90.2 CP 1995, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es el competente para concederla, puede someter al penado a las reglas de conductas recogidas en el art. 105 del CP 1995 , que son muy similares a las del art. 83 CP 1995, ya analizado, encontrándose entre ellas la relativa a que el penado participe en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares [art. 105.1.f) CP 1995], además de las introducidas por la reforma del Código Penal efectuada por la ya citada Ley 14/1999, que añade una nueva letra g), al apartado 1 del art. 105 del Código Penal, con el siguiente contenido: "Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otros personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos" .

Finalmente, es realmente importante tener presente lo relativo al régimen de revocación de la libertad condicional, y de este modo, conforme al art. 93 del CP 1995, la misma tan sólo podrá ser revocada en dos supuestos: a) Cuando durante el período de libertad condicional el penado volviere a delinquir, a cuyo fin será preciso exigir, por mor del principio de presunción de inocencia, la existencia de sentencia firme; y, b) cuando el reo inobservare las reglas de conducta impuestas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Las reglas de conductas son las ya indicadas (las del art. 105 CP 1995, que operan, en este caso, como reglas de conducta; debiéndose tener en cuenta la nueva regla de conducta introducida por la Lo 14/1999, en el apartado g) del art. 105.1 CP 1995, ya comentada. En todo caso, la problemática que se suscita en este caso es la relativa a la escasa frecuencia con la que se fijan reglas de conducta, en muchos casos motivada tal situación por la falta de infraestructura necesaria para posibilitar la eficacia de tales reglas de conducta.

F.6.c.5- En relación con las penas privativas de derechos

Uno de los caballos de batalla de la lucha contra la violencia doméstica, de los últimos años, desde la aprobación del Código Penal de 1995 hasta la LO 14/1999, de 9 de junio, ya citada, ha sido el de ampliar las penas y correlativamente las medidas cautelares, que pueden incidir de forma directa sobre la aproximación, comunicación y convivencia de la víctima con el condenado por esos hechos -en el caso de las penas- o con el agresor y presunto autor -en el caso de las medidas cautelares-[656].

[656] Destacar en este punto la importante reforma operada por ley 272003 de 31 de julio reguladora de la Orden de protección de las victimas de la violencia doméstica que modifica el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y añade un nuevo art. 544 ter en el citado Cuerpo legal.

En cuanto a las medidas cautelares, ya nos hemos referido de forma exhaustiva, al nuevo art. 544 bis LECrim y a la reforma del art. 13 del citado Texto normativo.

Con relación a las penas, la respuesta que ofrecía el Código Penal de 1995, en su versión original, venía contenida en la pena privativa de derechos contenida en el art. 48 en relación con el art. 57 CP 1995, que se había mostrado claramente insuficiente en la práctica. Este estado de cosas ha cambiado ligeramente con la reforma operada mediante la LO 14/1999, de 9 de junio, ya citada; si bien, también fue retocada en la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, la reforma producida por esta última Ley fue parcial e imperfecta y debido al defectuoso trámite parlamentario, se trató de una reforma incompleta. Por tanto, la vigente redacción de indicados preceptos (art. 48 y 57 CP 1995), es la que se deriva de la citada LO 14/1999, de 9 de junio, que es la siguiente:

El tenor literal del art. 48 CP es el siguiente:

"La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas.

La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual".

El art. 57 CP establece:

"Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del período de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones:

a) La de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

b) La de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

c) La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente artículo, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620 de este Código".

La reforma de estos preceptos ha de ser puesta en directa relación con la reforma operada en los también siguientes artículos del Código Penal de 1995: art. 33.2.g), art. 33.3.f), art. 33.4.b) bis, y, art. 39. f), ya comentada.

F.6.c.6- Novedades en relación con la pena prevista en los arts. 48 y 57 CP 1995

Del juego de los preceptos transcritos y mencionados, resulta que las novedades introducidas por la LO 14/1999, de 9 de junio, en lo relativo a esta pena privativa de derechos son las siguientes:

a) Se amplia el contenido y efectos de la pena privativa de derechos analizada, de modo que ahora tiene un triple contenido: a) Interdicción domiciliaria: prohibición de residir o acudir a determinados lugares, que impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos; b) alejamiento o prohibición de aproximación a determinadas personas, que impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas; c) interdicción de la comunicación con determinadas personas, que impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. El contenido de cada una de estas prohibiciones se define con nitidez en el art. 48 del CP 1995 y que ya ha sido transcrito. De conformidad con el art. 57 CP 1995 es posible imponer alguno, algunos o todos estos contenidos de la pena analizada; no siendo preciso, necesariamente, imponer todos ellos.

b) Se mantiene el carácter de pena accesoria atípica con relación a determinados delitos, si bien se varía el contenido de esos concretos delitos en relación con los que se restablece tal vinculación; y así, manteniendo los delitos ya expresados en la original regulación del CP 1995, se añaden los delitos contra el derecho a la propia imagen y contra la inviolabilidad del domicilio; y se ajusta la nomenclatura de los delitos contra la libertad sexual a las exigencias de la LO 11/1999, de 30 de abril, ya citada, de modo que ahora se incluyen los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en expresión más adecuada que la anterior que tan sólo se refería a los delitos contra la libertad sexual; en relación con esta accesoriedad, la duración de la pena sigue siendo de un máximo de cinco años, y sin vinculación con la duración de la pena impuesta como principal por el delito correspondiente.

c) Se amplia su imposición en relación con determinadas faltas. Como novedad importante, se prevé esta misma pena privativa de derechos, pero con una duración máxima de seis meses, en relación con determinadas faltas, en concreto en relación con las faltas contra las personas previstas en los arts. 617 y 620 CP 1995. Configurando tal pena accesoria con el carácter de pena leve [art. 33.4. b) bis CP 1995], y suponiendo una importante excepción en relación con el resto de penas accesorias, pues las demás (arts. 54-56 CP 1995) tan sólo son susceptibles de imponerse por hechos constitutivos de delitos, al venir enlazadas o vinculadas a penas de prisión, que, al tener carácter de penas graves o menos graves, tan sólo proceden en condenas por hechos constitutivos de delitos.

d) Permanecen inalterables el resto de características de esta pena. En el resto de características continúa siendo de aplicación lo ya expuesto en relación con esta misma pena conforme a su redacción vigente con anterioridad a la citada reforma; en especial se mantiene el carácter facultativo en cuanto a su imposición. También se mantienen inalterables los criterios a tener en cuenta en relación con la adopción o no de tal pena accesoria, que se concretan en los dos siguientes: a) la gravedad de los hechos; y, b) el peligro que el delincuente represente (art. 57 CP 1995). Estimando, por otra parte, que no resultan de aplicación, en modo alguno, los demás criterios que se señalan para la adopción de la medida cautelar prevista en el art. 544 bis LECrim, de contenido similar a esta pena, y que son distintos a los expresados (vid párrafo tercero del art. 544 bis LECrim, citado).

F.6.c.7- Aspectos prácticos en relación con la ejecución

En cuanto a la ejecución de la comentada pena privativa de derechos, con los nuevos contenidos incorporados por la reforma efectuada por la LO 14/1999, se sigue manteniendo

el mismo esquema existente con anterioridad, e incluso, algunos problemas de control de tal ejecución se agudizan con esta nueva configuración de referida pena, sobre todo en lo que se refiere al control de la interdicción de la comunicación visual o verbal con determinadas personas. Así, un esquema de la ejecución de tal pena, con cualquiera de sus posibles contenidos, sería el siguiente:

a) Requerimiento al penado. Firme la sentencia, por el órgano judicial ejecutor se procederá a requerir al penado para que, a partir del día que se le señale se abstenga de residir o acudir a la población, lugar y/o sitio que se hayan fijado en sentencia, o de aproximarse o comunicarse con las personas que se hubiere señalado en sentencia y durante el tiempo de condena; apercibiéndole de que caso de incumplimiento, podrá incurrir en un posible delito de quebrantamiento de condena, previsto y penado en el art. 468 CP 1995.

b) Liquidación de condena. Se practicará la misma, tomando como fecha de inicio el día que se le haya señalado al penado para dar comienzo al cumplimiento de la pena; los demás trámites son comunes a los de las demás penas privativas de derechos: traslado al fiscal y a las partes y aprobación o rectificación por el órgano judicial.

c) Control de cumplimiento de la pena. Aprobada la liquidación de condena, se procederá a remitir oficio a las Comandancias de la Guardia Civil, Jefaturas de Policía, etc..., de las poblaciones , lugares y/o sitios objeto de condena, a fin de que vigilen el cumplimiento de la pena; y en su caso, levanten el correspondiente atestado para el supuesto de posible incumplimiento, por quebrantamiento, etcétera... Para el caso de la prohibición de acercamiento o de comunicación, se efectuará el control, en principio, del mismo modo, pero se suscitan interesantes problemas en lo relativo al control de comunicaciones a través del teléfono, correo electrónico o de internet: quizá deberá acudirse a oficiar al denominado servicio de llamadas maliciosas.

d) Nota de condena. Se remitirá al Registro Central de Penados y Rebeldes, generalmente al momento de anotar la pena principal; sin perjuicio de remitir las modificaciones, en su día y en su caso, que tengan eficacia a efectos de modificación de la correspondiente inscripción.

F.6.c.8 En relación con la pena de multa

La regulación que el Código Penal efectúa de la multa, en su consideración de pena (arts. 50 a 52 CP 1995), contiene importantes innovaciones en cuanto al sistema de determinación de la misma, acogiendo, principalmente, el denominado sistema de días-multa; en cambio,

en cuanto a su ejecución, la multa continua siendo una sanción penal pecuniaria, consistente en la obligación del penado a abonar, voluntaria o forzosamente, una cantidad de dinero, con destino al Tesoro Público.

Relacionado con la multa, se regula la denominada responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (también llamado arresto sustitutorio), que si bien no es una pena pecuniaria, si que es una consecuencia derivada de una pena pecuniaria, y que a pesar de tener consideración de pena privativa de libertad (art. 35 CP 1995), es obligado referirse al mismo al tratar sobre la multa, dada su íntima relación (art. 53 CP 1995). En los supuestos en que existiere la obligación de abonar otras cantidades, como indemnizaciones, costas, etcétera, ha de estarse al juego de lo establecido en el artículo 126 CP 1995, y al orden vinculante de imputación de pagos que en el mismo se establece.

La pena de multa, en ocasiones, sobre todo dada la necesidad de insolvencia para que se transforme su cumplimiento en forma de arresto sustitutorio (confr. art. 53 CP 1995), termina pagándose con cargo a los bienes gananciales, y por tanto, en caso de delitos y faltas relacionados con la violencia doméstica, muchas veces repercutiendo en el cónyuge que ha sido la víctima de los hechos.

Consciente de esta situación, el legislador trata de darla respuesta, si bien parcialmente, pues en la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, ya citada, se reforma el apartado 2 del art. 617 del Código Penal de 1995 estableciéndose lo siguiente:

"El que golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de integrantes de la unidad familiar"

En similar sentido se modifica el art. 620 CP 1995, retocando el párrafo final y añadiendo otro párrafo, ambos con el siguiente tenor:

"Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o multa de diez a veinte días, teniendo en

cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias"

Nótese que indicados preceptos tan sólo se refieren a las faltas previstas y penadas en los artículos 617 (falta de lesiones) y 620 (faltas de amenazas, injurias, coacciones y vejaciones injustas de carácter leve). En relación con el resto de posibles conductas ilícitas de las cuales pueden ser víctimas las mujeres -especialmente del delito de violencia física o psíquica habitual del art. 153 CP 1995-, nada se dice en el Código Penal ni en la comentada reforma operada por la Ley Orgánica 14/1999, sobre la imposición de la pena de multa y la posible repercusión económica que la misma pueda tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de la unidad familiar, lo cual nos hace entender que en relación con los hipotéticos demás ilícitos en los que la víctima pueda ser la mujer, continúa rigiendo el régimen general previsto en el Código Penal.

F.6.c.9- En relación con las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad son las consecuencias jurídicas derivadas de hecho ilícito a imponer en los casos en que se aprecia una eximente completa de las previstas en los números 1º, 2º y/o 3º del art. 20 del CP 1995, o bien una eximente incompleta prevista en el art. 21.1ª en relación con los anteriormente citados; y que, de conformidad con lo previsto en el art. 6 del CP 1995 se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Las mismas entrañan una novedad, en cuanto se regulan sistemáticamente en los arts. 95 a 108 CP 1995, siendo dos las notas características de las medidas de seguridad: a) Que tan sólo se imponen en caso de comisión de hechos previstos como delito; sin que proceda su imposición en el caso de las faltas, y, b) que tan sólo procede su imposición en caso de apreciación de una eximente completa o incompleta; debiéndose tener presente que no en todos los supuestos de hechos delictivos se puede apreciar tales circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad penal. Se prevén dos clases de medidas de seguridad, a saber:

a) Medidas de seguridad privativas de libertad, que consisten en un internamiento en un centro psiquiátrico, de deshabituación o centro educativo especial (arts. 101 al 104); y sólo proceden en aquellos casos en que la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido fuere privativa de libertad (art. 95.2 CP 1995) y su duración no podrá exceder de la

duración de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, sin exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (art. 6.2 CP 1995).

b) Medidas de seguridad no privativas de libertad (arts. 105 á 108), cuya imposición procederá tanto en caso de que el delito cometido prevea pena privativa de libertad como en caso que la que prevea sea de otra naturaleza. Será preceptiva su imposición en caso de que la pena prevista sea distinta a la privativa de libertad (art. 95.2 y 105). También puede accederse a ellas como sustitutivas de previas medidas de seguridad privativas de libertad, y tras agotarse los cauces previstos en el art. 97 CP 1995, en que se establece un procedimiento contradictorio, que denota la flexibilidad en la imposición y ejecución de estas medidas de seguridad. El contenido de estas medidas de seguridad se define en el art. 105 CP 1995, que como ya se ha expresado se ha visto afectado por la reforma LO 14/1999, de 9 de junio, añadiendo un nuevo apartado al art. 105.1 CP 1995, que viene a constituirse en la nueva letra g), con el siguiente contenido: "Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otros personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos" .

Finalmente, en relación con las medidas de seguridad no privativas de libertad, y el control de las mismas, destaca la necesidad de contar con la infraestructura adecuada que posibilite la intervención de los "servicios correspondientes" del Ministerio de Justicia o Interior o de la Administración Autonómica a que se refiere el art. 105.2 CP 1995, en cuyo sentido se hace preciso destacar la reciente actuación del Ministerio de Interior al aprobar la Orden Ministerial de 10 de febrero de 2000 (BOE de 22 de febrero de 2000), para posibilitar el cumplimiento de tales obligaciones, a que ya nos hemos referido al tratar sobre las reglas de conductas a establecer en caso de la suspensión condicional.

G- LA REPARACIÓN PENAL

Mientras que en épocas histórico-jurídicas anteriores (siglo XIX) constituía una tarea esencial del Derecho penal proporcionar al perjudicado y a su "Sippe" una compensación por los perjuicios sufridos, la moderna evolución jurídica rompió el lazo entre delincuente y víctima, convirtiendo al Derecho penal en una disciplina del Derecho público que se ocupa de la relación del Estado con el delincuente, de modo que la víctima aparece en el proceso penal, a lo sumo, como testigo; por el contrario, las relaciones entre delincuente y víctima se someten al Derecho civil, único al que incumben las pretensiones indemnizatorias .

En la actualidad con las modernas teorías funcionalistas, en el ámbito de la política criminal y del sistema penal, la victima es entendida como objeto de protección jurídica tanto en la búsqueda de su satisfacción moral o económica, como en la forma de concluir con esa satisfacción a una manera de mantener la paz social. Por lo que es estudiada de manera autónoma por la Victimología o más propiamente por la Victimodogmática .

De igual criterio es QUERALT al destacar que con la aparición de la Victimología se empiezan a formular una serie de consideraciones político criminales tendentes a desminuir los efectos de "estatuas de piedra" que a nuestro juicio se considera a las víctimas de delitos en los procesos, tales como la mediación y la reparación.

El sentido del presente apartado tiene por objeto analizar la institución de la reparación penal como parte de la Victimología, encuadrado en el Código Penal Español y si está cumple una finalidad preventiva general o especial, o si es sólo una medida alternativa a la pena privativa de la libertad. Así como considerar una posible tercera vía de sanción independiente a la pena privativa de la libertad y a las medidas de seguridad, poniendo atención al proyecto alternativo alemán sobre la reparación-*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* .

G-1- En el Código Penal Español

De la lectura del Código Penal Español, no aparece la reparación como una las consecuencias jurídicas del delito; es decir, desde ya se puede afirmar que no es una tercera vía de sanción, independiente a la pena privativa de la libertad, restrictiva de derechos y multa. Más bien esta tratada, como criterio político criminal, como un medio alternativo a la imposición de una pena y la ejecución de la pena privativa de libertad de poca gravedad principalmente.

Aparece como un sustitutivo, como una suspensión y atenuación a la pena, no sólo a la pena privativa de libertad. Para ello, es atendible tomar de referencia la sucinta anotación que hace SILVA SÁNCHEZ como: "Atenuante genérica (art. 21.5 C.P.); de atenuante específica y cualificada en diversos tipos, por ej, (art. 340 C.P.); o de eximente en los delitos contra la Hacienda y la Seguridad Social (art. 305. 4; 307.3; 308.3 CP). En la condición de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 81.3 C.P.), incluso para el caso de los drogodependientes (art. 87 C.P.); como sustitución que el articulo 88 del C.P., así como una sanción no muy original de obligación de reparación en el art. 321, 323, 339

del C.P. que es tratada en el titulo XVI donde el bien jurídico protegido es la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente".

G-2- Alternativas de solución favorable a la víctima

G.2.a- Sobre el concepto de víctima

1. Un mismo hecho criminal puede traer como consecuencia que varios sujetos sean los afectados. Algunos, pueden además ser objetos de la acción, sujetos pasivos o perjudicados simultáneamente. Esta conjunción de figuras penales se encuentra con mayor afluencia en los delitos contra la persona, como por ejemplo en el delito de lesiones, en donde la víctima es tanto el objeto material del delito como el sujeto pasivo y el perjudicado a la vez.

2. De manera, que la víctima lo constituye el que ostenta el derecho que es inherente al bien jurídico penalmente protegido, que ha sido dañado o puesto en peligro. En cambio el sujeto pasivo siempre es el titular del bien jurídico protegido. Con un ejemplo aclaramos este panorama. En el delito de hurto a una señorita que lleva consigo una cartera de alto valor, que es de propiedad de su hermana. La víctima, a modo ejemplificador, es la señorita a la que se le ha hurtado la cartera. El sujeto pasivo de dicho delito es la hermana, quien es la propietaria del bien jurídico patrimonio, quien a su vez es la perjudicada económica de ese hecho.

3. En términos generales el perjudicado, es aquel sujeto que se ve afectados con el delito, pero que no es titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Por ejemplo, el dueño que presta su automóvil a un amigo, que se lesiona gravemente a consecuencia de un choque con otro vehículo. Es perjudicado por los daños a su propiedad.

4. Como bien anota MIR PUIG, haciendo referencia a ANTOLISEI "sujeto pasivo es el titular del interés cuya ofensa constituye esencia del delito. Agrega que según esto "el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción, ni con el perjudicado".

5. Conforme lo hemos indicado líneas arriba, estamos de acuerdo en esta concepción. Toma como ejemplo, el siguiente: Engañando a un dependiente de una joyería, alguien se hace entregar por él unas joyas con las que desaparece. El sujeto pasivo no es el dependiente sino el propietario de la joyería, agregaría al ejemplo empleado por MIR, que la víctima es el dependiente, en quien recayó la acción típica de estafa. En algunos casos no es tan sencillo hacer esta diferenciación, ya que el concepto de víctima puede llegar hasta grados muy amplios; porque tan víctima puede ser una persona individual o un ente colectivo.

6. Se dice que en todo delito, a parte del individuo que es afectado directamente, también la sociedad es víctima. Por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente. Y hasta en el homicidio, en donde no sólo al afectar un bien jurídico individual, vida, se esta también afectando a la sociedad en sí, ya que dicho sujeto es parte de la misma. Pero se debe ser restrictivo en la utilización del concepto víctima.

7. Compartimos la apreciación de los penalistas que exigen que los tipos se expresen claramente, con el objeto de evitar problemas de interpretación procesal y penal, al querer entender cuales son las víctimas, más aún, cuando el tipo penal depende del principio *nullum crimen sine lege*.

BIBLIOTECA VIRTUAL

G.2.b- La mediación o conciliación

1. Se les suele señalar como sinónimos, pero no lo son. La mediación es un medio del cual se puede llegar a la conciliación. La mediación constituye una forma de intervención en un conflicto, un método, que consiste básicamente en facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas que posibilite la adopción de una acuerdo por ellas mismas; en cambio la conciliación implica el acuerdo entre sujetos que parten, en principio, de posturas discrepante o posiciones de intereses enfrentadas, sujetas a un arbitro o a un Juez.

2. Con la conciliación autor-víctima se caracterizan los esfuerzos por resolver los problemas, cargas y conflictos existentes entre los infractores y los perjudicados tras un hecho delictivo. Este arreglo de las consecuencias del hecho es conducido por un mediador que lleva a cabo conversaciones individualizadas con los afectados, estimula al autor y a la víctima a un encuentro personal, y modera el dialogo. El aspecto central de las conversaciones lo constituyen el tratamiento (*Aufarbeitung*) del hecho, de sus consecuencias, y el acuerdo sobre prestaciones reparadoras del autor a favor del perjudicado

3. QUERALT, sólo alude a la mediación, no teniendo en cuenta la conciliación. Esta situación, parece expresar que entiende por lo menos que son el mismo proceso, como la terminación anticipada del proceso penal .

4. Las ventajas de este sistema, como de cualquier otro que suponga una finalización anticipada del proceso penal o evitación, si ello es posible, de su inicio, viene determinadas por el hecho de que puede reducirse sensiblemente el número de causas criminales, descargando de modo relevante a la administración de justicia penal. Tiene, por otro lado, una ventaja de no poco interés: la víctima encuentra una solución al problema que le ha causado el delito sin necesidad de esperar el fin de un procedimiento regular, con la

consiguiente demora de tiempo, gastos judiciales relativamente elevados en no pocas ocasiones y sin necesidad de revivir en las diversas declaraciones previas al juicio oral y en este mismo acto al daño que el delito en su día le causó .

5. La mediación y la conciliación penal como medio alternativo a solucionar problemas sociales, tiene efectos psicologistas y de posible trasgresión al principio constitucional de inocencia y de la falta de un sometimiento voluntario del supuesto autor del delito. Contraviene la presunción de inocencia, afectando al sujeto activo del delito ya que no es sometido a un proceso en el que pueda probar su inocencia, y se somete, no creemos que voluntariamente en algunos casos a la mediación o conciliación por evitar el aspecto psicológico que sólo puede tener la "pena del banquillo".

6. Por otro lado, se puede ver afectado también el principio de igualdad ante la ley, en vista de que serán tratados indistintamente, de acuerdo a las posibilidades objetivas y materiales en relación a la víctima. De igual manera el ejercicio de la acción penal de parte de Ministerio Público se ve detenida con un previo arreglo prejudicial, denominado principio de oportunidad, que en el caso Español, de acuerdo al principio de jurisdiccionalidad el Juez, confirma, archivando la causa.

7. Con esto no negamos que la mediación pueda operar como institución penal, sino lo contrario que sí, siempre y cuando, tenga un fin político criminal, es decir orientadas a criterios de prevención general positiva.

G.2.c- La reparación

1. En un sentido amplio, reparar el mal causado por el delito comprendería la pena y la responsabilidad civil; la primera adquiere el significado de una reparación simbólica entre la víctima y la sociedad, y la segunda se dirige directamente a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima, como efecto jurídicamente obligado derivado del delito. La norma del art. 109.1 de nuestro C.P. así lo establece, detallándose en los artículos 110 y ss., el contenido y la forma de hacer efectiva dicha responsabilidad civil.

2. Antes de la elaboración del proyecto alternativo alemán sobre reparación , voces autorizadas en derecho penal y política criminal sólo consideraban a la reparación como una institución civil dentro del derecho penal, como una consecuencia accesoria, no negando su importancia para el resarcimiento o de igual similitud de la indemnización civil, no estaba considerada como una posible vía de solución de conflictos sociales ni muchos menos una tercera vía, a adoptar en lugar de la pena y medida de seguridad, es a partir de ROXIN con

sus planteamientos de una tercera vía y del acercamiento de la víctima a los criterios de política criminal con la aparición de la Victimodogmática que se viene discutiendo sobre el tema. Es de importante atención lo que señala ZIPF , no desmereciendo la importancia de la reparación, pero considera que no tiene carácter penal, citando a JESCHECK, manifiesta "la proximidad al derecho civil se expresa aquí en que la indemnización, según opinión mayoritaria no posee carácter penal, sino que, por su naturaleza jurídica, debe coordinarse con el derecho de daños del derecho civil".

3. Asimismo, negando la posibilidad que la reparación opere como tercera vía y como sustitutivo de pena se encuentra la opinión de CEREZO MIR y GRACIA MARTÍN , considera éste último que la reparación sí podrá dar lugar bajo determinadas condiciones a una atenuación de la pena, pero cree también, de acuerdo con un importante sector de la doctrina española y alemana, que al no ser un instrumento adecuado para cumplir la totalidad de los fines de la pena, no puede ser configurado como sustitutivo de la pena, en cambio considera que cumple un papel de prevención general. La reparación como sustitutiva de pena es una realidad en el Código Penal español, sólo basta anotar el artículo 88 del C.P., ahora que se aplique muy frecuente, eso no tiene que ver con criterios de política criminal ni dogmáticos sino sólo al dominio de los jueces y de los tribunales.

G.2.d- Criterios político criminales de abordar el problema

G.2.d.1- Criterio de prevención general

1. La mayoría de los penalistas esta de acuerdo que la reparación no opera correctamente como función preventivo general negativa, ya que al parecer no intimida; por el contrario puede generar efectos disfuncionales a la vista de que no todos pueden ser disuadidos con el efecto de la reparación.

2. SILVA considera que la reparación tiene la función preventivo general positiva o integradora y la especial, como criterio de resocializar a través de la responsabilidad por el hecho, y con la primera, señala que la reparación puede expresar, ciertamente, en determinados casos, el reconocimiento y consiguiente estabilización de la norma vulnerada suficientes para producir el efecto de confianza de la colectividad en el funcionamiento del ordenamiento jurídico.

3. De igual manera, ROXIN considera que la reparación constituye una tercera vía, pero esta tercera vía, consiste en una prevención general positiva o de integración, siendo una forma de aquella, en vista al efecto de satisfacción que se alcanza cuando la comunidad

percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito. Considera que este aspecto, como la restauración de la paz jurídica, le corresponde a la reparación una tarea que ni la pena y la medida de seguridad pueden cumplir de igual forma. Ello es así porque con el castigo del delincuente la perturbación social que ha ocasionado no desaparece, en modo alguno, mientras que persista el perjuicio de la víctima. Agrega que sólo cuando ésta haya sido respuesta en sus derechos dentro de lo posible, dirán ella misma y la comunidad que el conflicto social ha sido resuelto correctamente y que el delito puede considerarse como eliminado.

4. Los criterios de prevención general con el instituto de la reparación tienen por finalidad no sólo satisfacer a la victima actual sino también a la potencial, en vista que ello es funcional para el sistema social en que se desarrolla la actual sociedad moderna o post industrial, que quiere cada vez más seguridad y confianza en los instrumentos de control social, en este caso el derecho penal.

G.2.d.2- Criterio de prevención especial

1. Otros de los efectos que genera la reparación son de índole preventivo general, en vista de que se dirige a la satisfacción de la víctima concreta, si es que realmente existe una reparación como satisfacción luego de haber sido objeto de un delito; en todo caso se dirige a paliar los efectos negativos del mismo; en ese mismo sentido, se dirige a resociabilizar al delincuente, sensibilizándolo con los actos de reparación, que en algunos casos no necesariamente tiene que ser actos concretos de reparación sino sólo con las simples disculpas y dispensas al ofendido, bastará en algunos supuestos para la satisfacción a la víctima.

2. ROXIN considera que la prevención especial juega un rol importante ya no entendida bajo la teoría del tratamiento sino en el acercamiento entre delincuente y víctima." Y ello, porque si se utiliza aquélla para un compromiso delincuente-víctima, o sea para una reconciliación entre delincuente y la víctima, se motiva al delincuente a enfentarse con el delito y sus consecuencias sociales. Este aprende a admitir como justa la reparación y ve en ello una prestación socialmente constructiva.

3. Si sobre la base de un eficaz compromiso entre delincuente y víctima, se le exime de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de la libertad y se le da la impresión de volver a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace probablemente más por su resocialización que con una costosa ejecución del tratamiento.

4. Como es natural, la exención de la ejecución de la pena privativa de la libertad sólo puede ser considerada en los delitos de pequeña o de mediana entidad, pero la inmensa mayoría de las penas privativas de libertad se imponen en este ámbito". Con este argumento ROXIN lo que hace es legitimar a nuestro entender el carácter utilitario de la reparación.

G.3- Conclusiones en torno a esta materia.

1. Bajo un análisis económico del Derecho penal podemos señalar que la reparación genera mayores beneficios que los costes que puede producir la imposición y la ejecución de penas privativas de libertad en delitos de escasa envergadura para los que esta diseñado, generaría una satisfacción a la víctima con el objeto de mitigar el mal causado por el delito, así como una resocialización en el autor, en vista de su acercamiento a la víctima, aceptando la responsabilidad del hecho, que desea reponer. Asimismo, propende una confianza en el sistema de derecho penal, ya que la sociedad vería positivamente que el derecho si restablece la paz social violentada por el delito.

2. Por otro lado, estar de acuerdo o no, con el término "que si la reparación es una tercera vía de sanción", no es lo más importante, sino por el contrario que es un medio adecuado a la solución de los conflictos sociales que genera el delito y su afectación a la víctima potencial y concreta.

3. No obstante, compartimos la opinión de ROXIN en considerar el carácter autónomo de la reparación como una tercer vía, en su configuración político criminal y en su carácter autónomo, basados en los principios aplicabilidad universal, la voluntariedad y la garantía de éxito, alejándose de la reparación civil de daños, constituyendo un componente del sistema jurídico penal de sanciones.

4. Al igual que SILVA, consideramos que la reparación es una vía para el cumplimiento de los fines clásicos del derecho penal, de protección y pacificación social a través de la prevención que se materializa en la vigencia de las normas penales.

CONCLUSIONES FINALES.

Después de exponer el trabajo que antecede y observando el estado actual del sistema penal, se advierte la existencia de una verdadera transición en el tratamiento de la víctima, dado que su situación, desde hace bastante tiempo, está siendo repensada y reelaborada.

Únicamente para poder cuantificar la magnitud de estos cambios si que conviene reseñar algunas precisiones:

Se advierte en un primer momento en el cual el Estado encomendó exclusivamente al ofendido la persecución penal, estableciendo, en consecuencia, que las acciones procesales emergentes de los delitos eran sólo privadas.

Considerando que muchas veces por desidia otras por miedo a veces por falta de capacidad etc… la víctima permanecía inactiva, se realizó un cambio fundamental con aquellos ilícitos que se entendían causaban alarma social. Para estos supuestos el Estado se hizo cargo de la acción por lo que esta pasó a ser ejercicio público. Ello originó un órgano específico encargado de su promoción y desarrollo: El Ministerio Fiscal.

Fueron muy variadas las posibilidades de actuación en torno a este tema. Se producía una verdadera confiscación por parte del estado en el conflicto de la víctima cuyas decisiones sobre las consecuencias penales del hecho que sufrieran eran absolutamente irrelevantes(por ejemplo ninguna importancia tiene que el ofendido quiera “retirar la denuncia”).

Por el contrario, en otras latitudes, el sistema se estructuró distinto, dándole una mayor importancia al consentimiento de la víctima y mayores facultades ala Fiscalía, la que podía utilizar para el ejercicio de sus funciones criterios de oportunidad.

Ubicándonos en nuestro sistema procesal penal, observamos, que la combinación de los delitos mayoritariamente de acción pública perseguibles de oficio, con una Fiscalía acotadas por el marco impuesto por el sistema de legalidad, generó una situación que en muchos casos es extremadamente gravosa para la víctima.

Ello se evidencia, en nuestra opinión, tanto cuando el ofendido esta muy interesado en la persecución penal como cuando, en otro extremo, entiende que lo perjudica, produciéndose lo que a lo largo del presente trabajo hemos denominado como revictimización (Primero víctima del delito y después víctima de la relación de Estado frente al delito.).

Evidentemente, en el complejo mundo de las relaciones interpersonales, se puede sostener que toda la Comunidad sufre las consecuencias de los delitos. Pero también es

cierto y aunque suene a evidencia que quienes son puntualmente víctimas d e estos delitos sufren mucho más que el resto.

A los intereses colectivos comprendidos en esta cuestión, los defiende el Ministerio Público, pero como hemos aludido en reiteradas ocasiones en esta Tesis, los intereses de la víctimas en muchos casos quedan desamparados, aún a pesar de contar con numerosos cauces legales y sociales que en la mayoría de los casos quedan, por completo, al margen de estos problemas.

Dando respuesta a lo propuesto se ha contestado, que es tarea del Ministerio Público, pero en un sistema como el nuestro, donde impera la "legalidad" (en lugar de la "oportunidad") y donde la designación del Ministerio Público se produce, lamentablemente sin ninguna participación del ofendido, se hace difícil sostener dicha posición ni siquiera se ha soleventado con la últimas reformas procesales (Ley 14/2003 de 26 de Mayo de modificación de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Basta que imaginemos, una serie de hipótesis para advertir que desprotegidos, cuando no literalmente, abandonados están los ofendidos. Supongamos que la víctima a quien el orden jurídico, le prohíbe, la justicia por propia mano, quiere -justa y legítimamente-la condena del agresor.

Imaginemos, también, que la Fiscalía interviene en la causa y no despliega una actuación procesal que satisfaga las expectativas del agraviado.

Pensemos, además, que las peticiones que éste formula son rechazadas o ignoradas.

Paralelamente a ello, a esa víctima cuyo consentimiento a favor o en contra de la persecución penal le es tan indiferente al Estado, se le exigen gravosas cargas públicas: testimoniar, enfrentarse a careos y reconocimientos… sin dejar de lado las demoras y cuando no los malos tratos, eventualmente ocasionados cada vez que deban participar en actos procesales concretos..

Enfrentarse en muchas ocasiones al doloroso recuerdo de lo vivido, dejar de trabajar, asumir situaciones de riesgo etc… son aportes que se le exigen a la víctima más allá de su voluntad, invocándose, que ello es necesario para "administrar justicia".

Pero a esas víctimas no se las atiende en sus deseos y pedidos por más razonables y justificados que sean. Es mas, ni se le informa del desarrollo de la causa, porque no es

“parte” (si es que asumió, como hemos analizado a lo largo del trabajo, un papel procesal concreto).

De todo lo anterior, si entendemos que la finalidad del sistema procesal penal, es en definitiva, lograr una sociedad más justa y pacífica y que la pena debe lograr repersonalización positiva de quienes transitan por ella, es imprescindible en muchas ocasiones revalorizar las situaciones interpersonales de los interesados y posteriores al delito.

La víctima del delito debe ser atendida en la doble acepción de la palabra, esto es ,”darle atención”, como servicio y “prestarle atención” en cuanto no prescindir de sus decisiones.

Lo anterior debe acontecer en un marco adecuado donde sea tratada con delicadeza - e incluso sutileza- que su crítica situación merece.

En nuestra opinión, habría que enlazar, tres grupos fundamentales de ideas:

-Catálogo de derechos.

Los modernos Códigos incorporan en su articulado verdaderos catálogos de derechos de aquellos que hayan sufrido en primera persona los efectos del delito, reconociendo el derecho a ser subsidiado en los gastos de traslado por su participación en la causa ,a ser protegido física y moralmente a ser informado de sus derechos, del estado del proceso que en la mayoría de los casos desembocan en un desconocimiento total y en consecuencia, en un agravamiento de la situación de padecimiento que sufre el ofendido por el delito sin que el Estado en ese primer momento, pueda paliar, aunque sea en parte el padecimiento de dicha persona

Conviene destacar que uno de los principios que más frecuentemente es reconocido es que a la “víctima se le de un trato digno y respetuoso por las autoridades competentes”.

Reflexionando sobre ello, advertiremos que parece sobreabundante que un código procesal como el nuestro lo disponga y que dicho principio sea reconocido por nuestros Tribunales de Justicia, tanto porque toda persona merece ese trato (sea víctima o no) como, porque esto excede la reglamentación del trámite (materia de los Códigos de ritos).

En esta circunstancia, a la manera de lapsus, exterioriza una realidad profunda y lamentablemente frecuente : las víctimas no son tratadas habitualmente en forma digna y respetuosa por las autoridades.

-Participación procesal.

En nuestro sistema procesal penal, para aquellas víctimas que quieran tomar parte en el proceso, los sistemas procedimentales tienden a darles legitimación adecuados ya sea como actores civiles, si sólo pretenden reparación del daño o su indemnización, o como querellantes si desean una pretensión punitiva.

Respecto a lo anteriormente aludido, hay que buscar como punto de equilibrio aquel que pasa por respetar todos los interese en juego: los de la Comunidad, a través del Ministerio Fiscal, quien es el actor penal por excelencia en aquellos delitos que trascienden de las cuestiones privadas, y los de la víctimas que si lo desea debe poder actuar como coadyuvante.

-Centros de Asistencia Integral a las víctimas del delito.

La experiencia práctica ha enseñado que ,en muchas ocasiones, por más loable que sea un reconocimiento normológico de derechos, no basta para cambiar la dura realidad que sufre el ofendido por el delito.

Se ha perdido la confianza en el Sistema Jurídico. Se produce un quiebro en las expectativas del ciudadano en el marco de la convivencia social. la sociedad y su red de relaciones intersubjetivas se nutre a cada minuto de la confianza que tenemos todos en que nuestro interlocutores se comporten respetando las reglas éticas y jurídicas. Sería impensable una sociedad construida sobre la base de la expectativa contraria: el delito. Frente a este trauma y sus consecuencias visibles, se debe reaccionar con un modelo eficiente de investigación de los ilícitos, con un fortalecimiento de los organismos de los cuales depende la justicia penal, con una agilización de los procesos.

La persecución de los delitos ni puede quedar en manos de un ciudadano que ha sido a su vez parte afectada en dicha cadena penal.

Se deben adecuar los objetivos instrumentales a las medidas de diversa índole que cubran las necesidades del perjudicado por el hecho delictivo, con un respeto máximo a su situación personal que debe alcanzar a todas las fases del procedimiento, intentando no confrontar bienes jurídicos protegibles y logrando una equivalencia entre ellos, dada su protección constitucional (art. 9.2,24.1,53 y 114.4) y judicial (LOPJ 7.3,11.3 y 238.3)

Se precisa, una coordinación adecuada, entre todos los organismo implicados: ,Justicia Servicios Sociales, Sanidad y Política Judicial cuyas iniciativas se plasmen en Instrumentos materiales de actuación (Protocolos, reformas legales, etc.), que exista una intervención específica de los Colegios de Abogados, creando a tal efecto un Turno de Oficio con una

especialización adecuada y fomentar acuerdos entre dichos Colegios y los de Procuradores para que los profesionales designados por le turno expresado sean los mismos para las dos jurisdicciones(civil y penal);que se refuercen los Equipos Técnicos y adecuar sus plantillas a las necesidades actuales, máxime con la instauración de los nuevos "Juicios Rápidos" que van a suponer un esfuerzo innegable a todos los niveles de todos los Órganos intervinientes.

Las sucesivas reformas procesales, de las que, ampliamente, hemos debatido a lo largo del presente trabajo, y particularmente ,la nueva Ley 27/2003 de 31 de Julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, , supone un nuevo marco protectoral, con posibilidad de adoptar medidas cautelares de naturaleza civil y penal, así como la inmediata activación de los instrumentos de protección social que tengan aprobadas todas las Administraciones. Sin embargo, y a nuestro entender, plantea numerosos problemas de aplicación y de integración y esperaremos las mejoras necesarias para que sea adaptado debidamente, a nuestra legislación procesal y al estado de nuestros Juzgados y Tribunales para que se consiga que las expectativas generadas por la promulgación de las nuevas medidas, no devengan en ineficaces, ante su difícil implantación.

Asimismo, sería deseable una regulación legal ,de forma más exhaustiva, de la figura del "mediador" familiar como piedra angular en la investigación de las causas de la violencia del agresor y su entorno, con el fin de proporcionar al instructor del proceso, los conocimientos precisos que puedan, determinar sus peligrosidad, ante la imposición de medidas cautelares, tanto de naturaleza penal como civil, durante el periodo de instrucción, y al acusador y Juzgador, los informes necesarios, para establecer una correcta individualización de las penas y las medidas, en fase de enjuiciamiento y ejecución.

Es, precisamente, en esta materia, donde resulta ,casi una evidencia, comentar, que es mínima la atención, aún a pesar, también como lo anteriormente expresado de su reconocimiento no sólo de nuestra Norma Fundamental, en el Convenio de Protección de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos el que se presta a la víctima o sujeto pasivo del delito, tanto desde un punto de vista legislativo como doctrinal.

Por otra parte, el derecho que se ha de reconocer al sujeto pasivo de la instrucción penal, en muchas ocasiones, se convierte en un complicado laberinto de fases , que al perjudicado le resulta difícil su comprensión, cuando lo único que pretende es una reparación del daño padecido.

Se ha legislado, como hemos analizado en el presente estudio de forma exhaustiva, a modo de ejemplo sirva la LO 14/1999 de 9 de Junio de modificación del Código Penal en materia de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ly 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la LECRim sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, la LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria del anterior Texto Legal, la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección a las víctimas de violencia doméstica,etc.

Tampoco se cumple, lamentablemente, con la Recomendación adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de Junio de 1985, máxime cuando la tan nombrada reparación, no aparece como una de las consecuencias jurídicas del delito, no es una tercera vía de sanción, sino que es tratada como criterios de política criminal, como un modo alternativo a la imposición de una pena y la ejecución de la pena privativa de libertad, de poca gravedad principalmente.

Tanto los procesalistas como los penalistas, están de acuerdo en que la reparación no opera como función preventiva general negativa ya que al parecer no intimida, y en mi opinión puede crear efectos disfuncionales a la vista de que non todos pueden ser disuadidos con dicho efecto de la reparación.

Se intenta resocializar al delincuente con una conveniente sensibilización de las consecuencias sociales, pudiendo generar mayores beneficios de los que puede producir la imposición y ejecución de las penas privativas de libertad.

Finalmente, el incremento de la criminalidad en nuestro entorno, la impunidad del delincuente, la inseguridad ciudadana, la falta de atención y consideración hacia le perjudicado directo por el delito, la inexistencia de una política criminal coherente, son situaciones con las que actualmente nos encontramos, esperando que el legislador perciba el clamor social en este sentido y vaya introduciendo con urgencia las reforma pertinentes para no obligar a la sociedad a utilizar fórmulas de autoprotección que si bien pueden resultar convenientes bajo determinados controles, también pueden acarrear peligros de los que no podemos sustraernos.

Queda, como mencionaría, con acierto, el lenguaje popular español “mucho camino por andar”, esperando que el sujeto pasivo del delito, gran olvidado por la Sociedad, vea

paliados los efectos de un sistema que padece y del que todavía no se encuentran, aún a pesar de la ingente normativa, soluciones realmente efectivas.

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* T.IV Madrid 1913, Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal, 2º ed. Madrid 1917.

AGUILERA MORALES, M. *La conformidad en el proceso penal español,* Ed. Cedecsa S.L.,Barcelona 1998.

ALAMILLO CANILLAS, F. *El Ministerio Fiscal español. Su organización y funcionamiento,* Ed. Edersa, Madrid 1995 pp 74 y ss.

ALBALADEJO M., y DIAZ ALABART. (Dirs), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales* T. 17 V.1, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid 1993.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N. *El allanamiento en el proceso penal,* Ed. Ejea, Buenos Aires,1962.

ANDRES IBAÑEZ,P., CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., FERNANDEZ ENTRALGO, J., PEREZ C., VARELA CASTRO, L. *La reforma del proceso penal,* Ed. Tecnos, Madrid 1990.

AAVV ALEXANDER P.C., MOORE S. Y ALEXANDER III ER (1991), *What is transmited in the intergeneration transmision of violence?* Journal of marriage and the family, Vol. 53 nº3 pp 657-668.

ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal penal,* Valencia 1992, pp 56 y ss.

ANDRES IBÁNEZ, *La función de las garantías en la actividad probatoria, en la restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal,* Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ, Madrid 1993

ALONSO PEREZ F., *Delitos contra la mujer en el Código penal,* Ciencia policial Marzo-Abril 1996, Dirección General de la Policía.

AMAT Y FURIO,S., *El enjuiciamiento criminal. Ley de 14 de septiembre de 1882,* Valencia, 1983.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASOCIATION, 1994 , *Diagnostic and stadistical manual of mental health discorder,* DSM Washington.

ANCEL M., *La defense sociale devant le probleme de la victima,* en Revie de Science Criminalle et Droit penal comparé, París 1978, pp 181 y ss.

ANDRES IBAÑEZ , J., *La reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento criminal,* La Ley nº 5639 Madrid 2002

ARAGONESES MARTINEZ, S., *Derecho procesal penal,* Ed. Madrid 1999.

ASENCIO MELLADO,J.M., *Derecho procesal penal,* Ed. Tirant lo blanc Valencia 1998.

ASENCIO MELLADO, J.M., *La prueba prohibida y prueba preconstituída,* RPJ; Madrid 1989.

ASENCIO MELLADO J.M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal* Madrid 1991 pp 91 y ss.

AUSTIN M.C., *Postraumatic stress disorder and chilhood abuise in batttered women* Journal of Consulting and Clinical Psychology, Cvd. 83,nº 2 pp 308 a 312.

BACIGALUPO ZAPATERO, E., *Descriminalización y prevención,* Revista del Poder Judicial, número especial II. 1999.

BARREIRO, S., *La prueba ilícita en el proceso penal,* en Recopilación de Ponencias y comunicaciones. Planes provinciales y terrritoriales de formación, año 1992 (Volumen II), CGPJ, Madrid 1993.

BAYARRI GARCÍA, *La prueba ilícita y sus efectos,* en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1993.

BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal,* Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ , Madrid 1993.

BAYO DELGADO, J.,*Una reforma no necesaria pero conveniente,* Rev. La Ley Noviembre 2002.

BLANCO GARCÍA, A.I., *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales,* Ed. Ministerio de Justicia y Asuntos sociales, 1999 T.I, pp 12 y ss.

BENNET L. Y LAWSON M., 1994, *Barriers to cooperation betweenm domestic violence and substance abuse programs families in society,* pp 277 a 286

BERISTAIN IPIÑA, A. *Proyecto de declaración sobre Justicia y Asistencia a las víctimas del delito* Estudios de Derecho Penal en homenaje al prof. Luis Jimenez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid .Monográfico 11, Madrid 1986, pp 189

BERISTAIN IPIÑA, A., *¿ La sociedad (judicatura) atiende a sus víctimas-testigos?* Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1993 pp166 y ss.

BERISTAIN IPIÑA, A., *Hoy y mañana de la política criminal protectora de los Derechos Humanos (La paz desde la Victimología)* Prensa, 1996.

BLOUNT WR. SILVERMAN IJ. SELLERES CS., SEESE RA.1994 *Alcohol and drugs use among abused women who kill, abused who dont and therir abusers. Special Issue, Drugs and crime revisited.* Journal of Drugs issues.V.24 pp 165 a 177.

BRIERE J., ZAIDI L. 1989, *Sexual abuse histories and sequelce in female psychiatric emergency room patients*. American Journal of Psychiatry 146, 1602 a 1606.

BROWN H., CRAIT A., *Thinking the unthinkable: papers on sexual abuse and people whith learning difficulties*. London , FPA Education,1989.

BROWN ,JB, LENT B, PEDERSON LL. *Development of women abuse tool for use in family practise,* Family Mediane 28.1996 pp 422 a 428

BOBBIO N., *Teoría General del derecho,* Madrid, 2º Ed. pp 200 y 201.

BUEREN RONCERO, J.L.,*Estudios sobre la violencia familiar y las agresiones sexuales*. Ministerio de Justicia y Asuntos Sociales, Ed.1999 T.I pp 125 y ss.

CABAÑAS GARCÍA, J.C., *El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada,* Revista de Derecho procesal, Madrid 1991-2.

CABEDO NEBOT, R., *El sobreseimiento y la tutela judicial efectiva* (I y II) Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante, 1991 (I) nº 4 y (II) nº 5.

CACHÓN VILLAR, *La prueba ilícitamente obtenida (Reflexiones en torno al art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,* Discurso leído el día 10 de diciembre de 1990 en el acto de sus recepción como académico de Número de la Real Academia de la Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid 1990.

CLIMENT DURÁN, *Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo , Sala segunda de 5 de Diciembre de 1990 ponente: Exmo. Sr. Marino Barbero Santos)* en Revista General de Derecho 1991, pp 35 y ss

CASAS I AZNAR, *Los niños en los procesos judiciales: ¿Qué nos pueden decir y cómo nos comunicamos con ellos? Bienestar y Protección Infantil*, Revista de la Federación de Asociaciones para la prevención del maltrato infantil, año 4 nº I pp 79 y ss.

CALDERON CEREZO A., *La reforma del procedimiento abreviado y el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas,* Ed. Dyckinson Madrid 2003.

CALVO SANCHEZ M.C., *La reforma del Proceso penal español,* Congreso de Derecho Procesal Castilla-León Madrid 1989 p 7 y ss.

CAMPBELL, R. *Women who used domestic violence shelters: Changes in depresion over time*. Psychology of women quartely 19, pp 223 a 225.

CARNELUTTI, *Eficacia directa y refleja de la cosa juzgada penal,* Cuestiones sobre le proceso penal (trad. Sentis Melendo) Buenos Aires 1961

CARRASCO GÓMEZ J., *Psicología del maltratador doméstico* ,Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid 1998.

CARBONELL MATEU, JC., GONZÁLEZ CUSSAC J.L., *Comentarios al Código Penal de 1995* V.I Ed. Vives Anton ed. Tirant lo Blanc Valencia 1996 pp 788 a 789.

CID CEBRIÁN, M., *La reciente reforma del proceso penal.* Ed. Boletín de información del Ministerio de Justicia, nº 1638 ,15 de junio de 1992, pp 3842 y ss.

CLARK N.G., MANAKER G.O, GRAY I., *Study of gross reflect in old age*. Lancent 1975, pp 366 a 368.

CLEMENTE DIAZ M., *La violencia simbólica: La televisión como socializadora del menor. Justicia con menores y jóvenes,* nº 17 Centro de estudios Jurídicos de la Administración de Justicia , Madrid 1999, pp 63 y ss.

CLIMENT DURÁN,C., *Sobre las dilaciones indebidas: el debate constitucional de una determinada resolución judicial .Comentario a la sentencia del TC 148/1994 de 12 de Mayo* .Revista General de Derecho, nº 598-599 1994, pp 7783 y ss.

COBO PLANA JP, *Manual de una actuación sanitaria policial y legal y sanciones frente a la violencia doméstica.* Guión de actuación y formularios. Barcelona, Ed. Masson 1998.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA, *La violencia ejercida contra niños adolescentes y mujeres y propuesta de la Decisión del Consejo de un Informe Comunitario, de 20 de Marzo de 1998.*

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe a la proposición de ley de grupos parlamentarios del congreso de los Diputados de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento criminal para le enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas del procedimiento abreviado pp 34.*

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia* , Madrid 1993 pp 238 y ss.

CONSELLERÍA DE BIENESTAR SOCIAL, DIRECCIÓN GENERAL DE LA MUJER DE LA GENERALITAT VALENCIANA, *La violencia de género: una respuesta institucional*, Memoria de 1996.

CORTÉS DOMINGUEZ V., *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1975.

CHOCLAN MONTALVO J.A., *Individualización judicial de la pena* Ed.Edersa, Madrid 1997 pp 187 y ss.

DRAPIN, I. *El derecho de las víctimas,* Anuario de Derecho penal y Ciencias penales Madrid 1974 pp 243 y ss.

DE LAS HERAS GARCÍA, M., *Tutela cautelar efectiva,* Ed. Aranzadi, TSJ-AP núm. 10, Pamplona, Octubre 2001.

DE LA OLIVA,A., *Sobre la conformidad del imputado y la negociación de la sentencia en el proceso penal español*, Revista del Ilustre Colegio de Abogados nde Madrid, Revista Jurídica General nº 3 Madrid Marzo-Abril 1992.

DE LA OLIVA-ARAGONESES-HINOJOSA-MUERZA-TOMÉ, *Derecho procesal penal* , Ed. Colex, Madrid 1993.

DE LA VEGA BANAYAS ,C, *Derecho Judicial español*, Ed. Edifos Madrid 1997 pp 215 y ss.

DE LEO, GAETANO y GONZALEZ ZORRILLA C. *La justicia de menores* Ed. Teide, Madrid 1995 pp 237 y ss.

DE LIEGE, M.P, *Victimas y Victimologie. La situacion francaise Reuve de scienmces Criminalles et Droit Penal compare,* Paris 1987 pp 757.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

DELGADO BARRIO, J., *El principio de oportunidad en el proceso penal español (aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)* Revista de Actualidad Penal, Madrid 1990-1.

DEL ROSAL BLASCO, B., *El concepto de flagrante delito en la Ley de seguridad ciudadana,* La Ley 1993 pp 877 y ss.

DEL MORAL GARCÍA A., *Estudio del art. 787 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Régimen de los recursos en el Procedimiento abreviado para determinados delitos,* Cuadernos del Poder Judicial nº 18, Madrid 1990 pp 55 y ss.

DE TORRES P., *La violencia en casa* Ed., Aguilar, Guias prácticas, Madrid 1999, pp 37 y ss

DE RIBACOBA M., *Elementos de la Criminología* Ed. Edeval, Valparaíso 1982 pp 251 y ss

DE PAUL, J.,OCHOTORENA y ARRUABARRENA MADARIAGA, *Manual de protección infantil,* Ed. Bosch, Barcelona 1996 pp 102 a 121.

DIAZ PALOS,F., *Constitución de la ley de Enjuiciamiento Criminal; indefensión y presunción de inocencia,* La ley nº 2 1983.

DIAZ ROCA R., *Naturaleza sustantiva de las dilaciones indebidas en el proceso penal,* Cuadernos de Derecho Judicial, Monográfico, Madrid 1995 pp 451 y ss.

DIEZ PICAZZO, PONCE DE LEÓN, L., *La teoría de los actos propios. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del tribunal Supremo,* Ed. Bosch Barcelona 1963.

DIEZ PICAZZO GIMENEZ, I., *Un pequeño gran problema: indefensión y sentencia firme,* Tribunales de Justicia, nº 5 1997.

DIEZ-PICAZZO, DE REVENGA TORRES E., *Las medidas cautelares. Jornadas de la Jurisdicción contencioso-administrativa,* Universidad de Murcia ,25 de Enero de 1999.

DIEZ PICAZO, GIMENEZ I., *El Derecho procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales , obra colectiva,* Ed. Aguilar ,Madrid pp 380 y ss.

DIEZ RIPOLLÉS J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte especial,* I Ed Tirant lo Blanc Valencia 1997 pp 325 y ss

DOHMEN M.L., *Perfil del hombre golpeador, Violencia masculina en la pareja. Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de, intervención* Ed. Paidós. Buenos Aires 1995 pp 56 y ss.

DUITON M.A., *Empanerinhg and healing battered women . Model of assement and intervention,* Nueva York 2000.

ECHÁNIZ MACIA I., *Las medidas cautelares en el borrador de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil* Ponencias Madrid, 2000 ,pp 503 y ss.

EHALICH F.,*Granny batering Aust Farm Psysician* 1995 pp 1385 a 1387.

ELLENBER H.F., *Relations psychologies entre le criminel et la victime* Reuve Internationales de Criminologie Paris 1964, pp 103 y ss.

ECHEVERÍA E. y CORRAL P., *Manual de Violencia doméstica* Ed. S. 21 de España Editores, Madrid 1998, pp 34 y ss.

ETXEBERRÍA GURIDI J.F., *La intervención corporal: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal,* Ed S.21 de España, Madrid 1999 pp 41 y ss

ESCUSOL BARRA E., *El proceso penal por delitos .Estudio sistemático del proceso penal abreviado LO 7/1988 de 28 de Diciembre.* Ed. Colex, Madrid 1990 pp 56 y ss.

ESCUSOL BARRA E., *Reflexiones sobre el proceso penal abreviado* Revista de Derecho canario nº 78, Las Palmas 1990 pp 19 y ss.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Estudios de Derecho procesal, civl, penal y constitucional. La reforma del proceso penal.* Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1992.

FAIREN GUILLEN V., *Proceso equitativo, proceso razonable* Granada 1996 pp 53 y ss

FAIREN GUILLÉN V., *Recursos frente a Autos en el procedimiento abreviado y Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria*. Cuadernos de Derecho Judicial nº 10 Madrid 1994 pp 151 y ss.

FATTAH E.A., *La victimologie: Quest elle et quel est avenir?* Reuve Internavionales de Criminologie et Police technique, Paris 1967 pp 113 y ss.

FENECH, *Derecho Procesal Penal* 4º ed. Madrid 1982 pp 35 y ss.

FREUDS ,S., *Totem y tabú.* O.C.V. Madrid Biblioteca nueva ,1912 pp 48 y ss.

FERNANDEZ BERMEJO, *El Fiscal en el Proceso Abreviado de la L.O 7/1988,* Cuadernos de Derecho judicial CGPJ nº IX Madrid 1992.

FERNANDEZ ENTRALGO, *La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora, consecuencia del derecho a un Juez imparcial,* Revista General de Derecho nº 534 Valencia 1989.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, *La prueba ilegítimamente obtenida,* La Ley 1990-1 en Revista general de Derecho, nº 493-494 año XLII 1995.

FERNÁNDEZ MARTÍN -GRANIZO,M., *El Ministerio Fiscal en España.* Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1997 pp 86 y ss.

FERNANDEZ –VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La dilaciones indebidas en el proceso español y su incidencia sobre la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social,* Cuadernos de Derecho Judicial nº 24 Madrid 1991 pp 37 y ss.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 6/1992 de 22 de septiembre, sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma efectuada por LO 10/1992 de 30 de Abril* , Boletín de Información del Ministerio de Justicia Suplemento nº 1660 de 25 de Enero de 1993, pp 23 y ss.

FLORES PRADA, *El valor probatorio de las declaraciones de coimputados,* Madrid 1997.

FLORS MATIES J., *Los recursos en la tramitación del procedimiento abreviado para determinados delitos* , Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, nº 18 Madrid 1990 pp 55 y ss.

FUENTES SORIANO, O., *La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales* Revista de Derecho Procesal nº11 Madrid 1996 pp 34 y ss.

AAVV GANZENMULLER ROIG C., ESCUDERO MORATALLA J.F. FRIGOLA J.L, *Violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar,* Ed. Bosch S.A. Barcelona, Diciembre 1999, pp 413 y ss

GARCÍA ANDRADE , J.A., *Lo que me contaron los muertos* Ed. Temas de hoy, Madrid 1994 pp 45 y ss.

GARCÍA ARÁN , M., *Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en el proceso penal español* Ed. Bosch, Barcelona 1983 pp 260 y ss.

GARBERI LLOBREGAT J., *La reforma del proceso civil ,penal y administrativo,* Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1992 pp 136 y ss.

GARCÍA DE PABLOS A., *Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores*. Cuadernos de Derecho Judicial nº 15 Madrid 1996, pp 253 y ss

GASSIN R., *Les ecoles en criminologie*, Reveu de science criminelle et droit penal compare, París 1988 p 220 y ss.

GELLES R.J., y HARROP J.W., *Violence battering and psychologicsl distresss among women* .Journal of intepersonal violence and victims ,Boston pp 400 a 420.

GIMBERNAT ORDEIG E., *El Tribunal Constitucional y la flagrancia, Ensayos penales* Madrid 1999 pp 159 y ss,

GIMENO SENDRA, V., *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas,* Justicia nº 2 Madrid 1986 pp 365 y ss.

GIMENO SENDRA, V., *Los procedimientos penales simplificados. El principio de oportunidad y el proceso penal.* Revista del Poder Judicial, número especial II, Madrid 1998

GIMENO SENDRA V., CONDE- PUMPIDO TOURÓN y GARBERI LLOBREGAT,J., *Los procesos penales* TIII, Barcelona 2000, pp 417.

GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V. y CORTËS DOMINGUEZ, *Lecciones de Derecho procesal penal* Madrid 2001 pp 417 y ss.

GOMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal* , Oviedo 1989, pp 67 y ss.

GOMEZ SANCHEZ, *Sobre las garantías parlamentarias,* Revista de Derecho Político, nº 23, 1986 pp 67 y ss.

GONZÁLEZ MONTES, J.L., *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el Derecho Constitucional a la prueba y sus límites)* en Revista general de Derecho, Madrid 1990.

GONZÁLEZ-VICENTE GUERRA-GIMENO, *Algunas notas sobre el sobreseimiento y el archivo de nuevo Procedimiento Abreviado, La reforma del proceso penal,* Madrid 1990, pp 454 y ss

GLEASON M.J., *Mented discorders in battered women :an empirical study violence and victims* V.8 Boston 1998 pp 489 y ss.

GRACIA MARTÍN L., *Las consecuencias jurídicas del delito,* Ed. Tirant lo Blanc Valencia 1996, pp 121 y ss.

GRACIA MARTIN ,L., *El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español,* Actualidad civil, 1988 pp 68 y ss.

GRANADOS PEREZ C., *Acuerdos sobre la pena de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para unificación de Jusiprudencia,* Ed Tirant lo blanc.,Valencia 2000 pp 34 y ss.

GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Estudios de Derecho penal,* V. II Ed. Bosch, Barcelona 1976 pp 377 y 378.

GONZÁLEZ POVEDA B.,*La jurisdicción voluntaria,* Ed. Aranzadi, Pamplona 1989 pp 57 a 64

GOPPINGER B., *Criminología y Derecho* ,Ed. Reus S.A. Madrid 1975 pp 362 y ss.

GOTNER E.,GALLAM J., JACOBSON N., *Psychological aspects or peetpetration of domestic violence and their relationship whith the victims* Ed. Psychiatrics Clinic of Northamerica V.20, Boston, 1997, pp 321 y ss.

GUASP, D., *La administración judicial en el Derecho privado,* Cfr. Derecho Procesal Civil, Ed Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1968 pp 946 y ss.

HAUDER ALBERT, R, *Perspectiva holandesa de algunos de los efecto de las sanciones alternativas,* Universidad Estatal de Leide (Holanda),1988 pp 75 y ss.

HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal,* Ed. Bosch , arcelona 1984 pp 92 y ss

HERRERO TEJEDOR, J.,*La primacía de libertad sobre eficacia,*en Estudios jurisprudenciales (Revista Colex) nº 8 Noviembre-Diciembre 1993.

HINOJOSA SEGOVIA, R., *El Derecho procesal penal,* 4º edición, Ed. Tecnos S.A.. Madrid 1999 pp 302 y ss.

HOFF, L.A., *Battered women aws survivers,* Ed London Routledge 1990 pp 57 y ss.

INFORME DE EXPERTOS DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE CRISIS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. Madrid 23 de Julio de 1997.

INFORME DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE TOLERANCIA ANTE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. Bruselas 6 de Marzo de 1997.

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Madrid, Septiembre de 1998.

INFORME DEL INSTITUTO DE LA MUJER SOBRE MALTRATO FAMILIAR. Madrid Octubre de 1997.

ITURBE, M.O., *La nueva Victimología: nuevo enfoque criminológico de la víctima del delito.* Revista Penal y Penitenciaria. Madrid 1958 pp. 199 y ss.

JAEN VALLEJO, M. ,*Los principios superiores del Derecho Pena,*. Madrid 1999, pp. 64 y ss.

JIMENEZ ASENJO, E., *El error judicial.*, Ed. Enciclopedia Jurídica Seix Barral. Tomo 8, Barcelona 1966 pp. 650 a 681.

JIMENEZ DE ASÚA, L.,*La llamada Victimología. Estudios de Derecho Penal y Criminología,* Bibliografía Ameba, Buenos Aires 1961 pp. 19 y ss.

JUANES PECES, *El principio de presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional. Especial referencia a si los Indicios pueden destruir tal presunción,* en Poder Judicial, Madrid 1995 pp 89 y ss.

JUNTER TAS, J., *Prevención de la delincuencia, justicia de menores y protección de los jóvenes.*Conferencia presentada en el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención de la criminalidad y trato al delincuente. Nueva Cork 1990.

KAISER, G., *Introducción a la Criminología.* Séptima Edición Ed. Dicción, Madrid 1988. pp. 25 y ss.

KHAN, WELCH T.L., ZILLNER E.A. *Profiles of battered women in transition,* Journal of Personality Assement, Nueva York 1993 vol. 60 pp.100 a 111.

KERNBERG, O. *La agresión en las perversiones y en los desórdenes de la personalidad* .Ed. Paidós Buenos Aires, 1994, pp.104 y ss.

KURZ, D. , *No so bining neglect: the medical response too battering* Conference about of feminist perspectives of wife abuse. Beberly Hills, 1988.

LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal* Ed. Bosch Casa Editorial S.A, Barcelona Octubre 1997 pp 442 y ss y 477 y ss.

LANDROVE DIAZ, L., *La Victimología,* Ed. Tirant lo blanc Valencia 1990, pp 27 y ss.

LAROUCHE G., *Agir contre la violence. Une option feministe a l^íntervention ampres de fumes battmes*, Ed Plaime Quebec, 1987 pp 35 y ss.

LARRIÓN J.L., *El síndrome del anciano maltratado,* Ed. Medi. Cin.,Barcelona 1994 pp 102 y ss.

LAZOS ROBLES,A.,*Los recursos contra las resoluciones interlocutorias en los procediminetos penales*. Estudio especial de los relativos a la situación personal en el procedimiento abreviado Ed. Actualidad Penal, 1999, pp 149 y ss.

LOPEZ AGUILAR J.F., *La Justicia y sus problemas en la Constitución* Ed.Técnos Madrid 1996 pp 94 y ss.

LOPEZ ORTEGA , *Prueba y proceso inquisitivo, aspectos actuales de la Jurisprudencia europea, en La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ,Madrid 1993 pp 75 y ss.

LOPEZ REY, J., *El valor procesal de la llamada tipicidad (Valor y contenido del auto de procesamiento),* Revista de Derecho Público, 1934 IV nº 29.

LOPEZ SANCHEZ F., *Efectos de los abusos sexuales de los menores* Ed. Servicio Central de publicaciones del Gobierno Vasco, San Sebastián, Noviembre de 1993 pp 39. y ss

LORCA MARTINEZ, A., *Nulidad de actuaciones en el Proceso Penal,* La Ley 1984 I

LORCA NAVARRETE L., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de Enero,* Ed. Técnos, Madrid 2001 pp 389 y ss.

LORENTE ACOSTA M., *La agresión a la mujer* Ed. Comares , Segunda edición,C.8 Madrid 1999, pp 191 y ss.

LOPEZ ORTEGA J.J., *Elementos esenciales de la noción de un proceso inquisitivo en el orden penal (Panorama de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)* Ed.Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid 2000 pp 303 y ss.

LOPEZ REY J., *Criminología y planificación de la política criminal,* Ed. Aguilar Madrid 1978 pp 145 y ss.

LUNA A., OSUNA E., *La violencia familiar, aspectos generales* Ed. Delgado Bueno S. Psiquiatría legal y forense, V.II, Madrid Colex ,1994 pp 941 a 996.

LUZÓN CUESTA, J.M., *Valor de las pruebas obtenidas en el proceso penal mediante registros domiciliarios efectuados por la Policía, con especial referencia a la exigencia de*

intervención del Secretario judicial en los realizados previo mandamiento judicial (síntesis de jurisprudencias) en RPJ, nº 24 Madrid 1991.

LUZÓN CUESTA J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial*, Madrid 1997 pp 108 y ss.

MACÍAS, M., *Aspectos psicosociales de los malos tratos a las mujeres*.Tesis doctoral dirigida por la Dra. Rosa Pastor Caballo, Universidad de Valencia ,1992

MADLENER, K., *La reparación del daño sufrido, por la víctima del delito*, Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al Prof. José Mª Rodriguez Devesa, Uned Madrid 1989 pp 12 y ss.

MAGALDI PATERNOSTRO, *Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1987 pp 94 y ss.

MAGRO SERVET, V., *La violencia contra las mujeres, situación actual y reformas propuestas. Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Trabajo y Asuntos sociales, Instituto de la Mujer, Madrid ,1998-1999 pp221 y ss

MAGRO SERVET,V., *El congreso rechaza las enmiendas del Senado a la reforma de malos tratos y reinicia la tramitación del proyecto de Ley inicial*, Ed Revista Jurídica la Ley nº 4811, Madrid 4 de Junio de 1999 y en la Reforma del art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 14/1999 de 9 de Junio y su incidencia en el ámbito de protección de las mujeres maltratadas, Ed. Revista Jurídica La Ley nº 4850 Madrid 29 de Junio de 1999.

MAGRO SERVET, V., *Análisis de la reforma procesal para la implantación de los nuevos juicios rápidos*, La Ley nº 5533 29 de Abril de 2002 pp7.

MALLO MALLO,J., *Algunas consideraciones sobre la conformidad en el procedimiento abreviado,*, Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ, Madrid 1992 nº IX:

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *EL Código Penal de 1995, Doctrina y Jurisprudencia* Ed.Civitas Madrid 1996 pp 268 y ss.

MANZINI,V., *Tratado de Derecho Procesal penal III (traducción de Sentís Melendo y Ayerra Redín)*, Buenos Aires ,1952 ,pp 193 y ss.

MARTIN DE LA LEONA ESPÌNOSA, *La nulidad de ectuaciones en el proceso civil*, Madrid 1991,pp 156 y ss.

MARTIN OSTOS ,J.,*Aspectos procesales de la Ley orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores,* Ed. Cuadernos de Derecho judicial nº 15 Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996 pp 43 y ss

MARTIN PALLÍN, *Momento procesal para pedir el suplicatorio en las causas contra diputados y Senadores,* Actualidad Jurídica Aranzadi nº 29, Pamplona 22 de Diciembre de 1991.

MASCARELL NAVARRO, S., *El sobreseimiento libre como alternativa a la apertura del Juicio oral en el proceso penal ordinario por delitos más graves,* Justicia 88 nº IV.

MEDINA J., *Perfil psicosocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar,* Personalidades violentas,C.8 Ed. Echeburna de Pirámide,Madrid 1994 pp 65 y ss.

MENDELSHON G.,*Une nouvelle branche de la science* La victimologie Revue International Criminologie et Police Technique , París 1956, pp 95 y ss.

MESTRE DELGADO,L., *Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia* ,en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales,Madrid 1995 pp 86 y ss.

MIRANDA ESTRAMPES, *Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal de Jurado,* en El Tribunal del Jurado, Consejo general del Poder Judicial Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1995.

MITTERMAIER,S., *Tratado de la prueba en materia criminal,* Madrid 1979

MITCHEL R. Y HODSON C.A,. *Coping an social rupport among battered women .An ecologial perspective* .Ed. Hobbol Massachusett, 1999 pp 345 y ss.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES *Estudios sobre la violencia familiar*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia , Ed. Solana e hijos, Madrid 1999 pp 89 y ss.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General,* Ed. Bosch Barcelona 1998 pp 198.

MONTALBAN HUERTAS, M.I., *Delitos contra la libertad sexual. Cuestiones prácticas* Jueces para la Democracia , Julio 1998 pp 277 y ss.

MONTAÑÉS PARDO, *Algunos aspectos constitucionalesl de Procedimiento Abreviado* Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ nº IX Madrid 1992.

MONTERO AROCA J , *El nuevo proceso civil a tenor de la Ley 1/2000 de 7 de Enero,* Ed Aguilar, pp 234 y 235.

MONTERO AROCA J, *Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal, Justicia 81, número especial.*

MONTERO AROCA, J , *El principio acusatorio. Un intento de aclaración concepual.* Revista de Justicia, Madrid, 1962.

MONTON REDONDO, A., *Derecho jurisdiccional TIII ,7º edición,*Ed. Tirant lo Blanc Valencia 1998.

MORENO CÁTENA ,V., *La Justicia penal y sus reformas,* Revista de Justicia, Madrid, 1988-2.

MONER MUÑOZ E., *Las lesiones .Concepciones jurisprudenciales de los resultados típicos.Loa criterios diferenciadores en los delitos contra las personas* .Ed. Codersa, Madrid 1999 pp 162 y ss.

MORA ALARCON , *El Procedimiento Abreviado y otros Procedimientos penales,* Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 1989.

MORENILLA RODRIGUEZ, *Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos,* en Justicia Penal, RPJ nº II especial, Madrid 1987.

MORENO CÁTENA, V., COSQUILLAT V., DE DIEGO DÍREZ, JUANES PECES, DE LLERA SURTEZ BÁRCENA, FLORES PRADA, *Doctrina Jurisprudencia y formularios, VIII, Fase Intermedia y Juicio Oral,* Ed.Tirant lo Blanc, Valencia 2000, pp 2055 y ss.

MORENO CÁTENA V., *El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal,* Revista del Poder Judicial, Madrid 1980.

MUERZA ESPARZA J., *Sobre el efecto reflejo de la prueba obtenida en vulneración de Derechos Fundamentales,* en Aranzadi Tribunal Constitucional, 1998.

MUERZA ESPARZA J. *Derecho procesal penal,* Cuarta edición Madrid 1997 pp 302 y ss.

MUERZA ESPARZA, J., *La reforma del proceso penal abreviado,* Ed. Aranzadi, Pamplona 2003.

MUERZA ESPARZA, J. , *El proceso penal abreviado,* Ed Aranzadi Pamplona 2002.

MUERZA ESPARZA,J.,DELA OLIVA,A.,ARAGONESES MARTINEZ, S. HINOJOSA SEGOVIA, R., TOMÉ GARCÍA, J.A., *Derecho procesal penal* ,Ed. Centro de Estudios Ramóm Areces S.A., Madrid 1994, 2º reimpresión a la 1º Edición y reimpresión a la segunda edición.

MORATALLA A.D., *Etica y ancianidad: entre la tutela y el respeto,* Ed. Gafo Universidad Pontificia de Comillas pp 67 a 94.

MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito* ,2º ed, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 1991, pp 123 y ss

MUÑOZ ROJAS, *Una síntesis del Proceso penal abreviado,* Actualidad penal nº 39-41 1989.

NACHT, S., *Le maschisime* Ed. PBP, París 1965 pp 234 y ss.

NEUMAN , *La victimología y sus aplicaciones* ,Ed. Universidad de Buenos Aires 1984 pp 22 y ss.

NOREÑA SALTO J.R., *El derecho a un proceso con todas las garantías* Ed. Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal nº V-2000 pp 119 y ss

O BRIEN, J. *Violence in divorce prove families*. Journal of marriage and the family V. 33 London 1999 pp 692 a 698.

ODILE DOT, J., *Agresividad y violencia en el niño y en el adolescente,* traducido por Marta Guastamino, Ed Grijalbo, Barcelona,1988 pp 49 y ss.

OCROSPOMAPELLA,*Reparaciónpenal*,Ed.http://www.derecho.com/boletín/artículoO1 51.htm,Septiembre 2002.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS DE VIENA *Informe sobre estrategias en la lucha contra la violencia doméstica: un manual de recursos* , Viena 1997.

ORAA GONZALEZ J.,*¿Qué recursos caben contra los autos de prisión o libertad dictados en diligencias previas del procedimiento abreviado?* Revista General de Derecho , Madrid 1992 pp 5129 y ss.

ORTELLS RAMOS,M., *El principio acusatorio. Los poderes oficiales del juzgador y el pincipio de contradicción. Una crítica en el cambio jurisprudencial sobre la correlación entre acusación y sentencia.* Revista de Justicia, Madrid 1991-4.

ORTEGA LLORCA, V., *La individualidad de la pena: conformidad del acusado y dilaciones indebidas del proceso*, Revista General de Derecho nº 573 Madrid 1993 pp 5129 y ss.

ORTEGA RUIZ, R., *Las malas relaciones interpersonales en la escuela*. Ed. Infancia y Sociedad nº 27, Madrid 1994 pp 94 y ss

ORTELLS RAMOS, J., *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial: estudio de los artículos 730 y 714*, en Separata de la Revista General de Derecho, Valencia 1979,

PAASCH F.R., *Problemes fundomentan et situation de la Victimologie,* Ed. Reveu Internationale de Droit Penal, París 1967 pp 126 y ss.

PAULÍ COLLADO, S., *La prueba ilegalmente obtenida,* en Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de formación ,año 1992 Vol. II CGPJ, Madrid 1993, pp 45 y ss.

PERRONE, R. *Violencia y abusos sexuales en la familia* Ed. Paidós, Buenos Aires, 1997 pp 56 y ss

PEDRAZ PANALVA, E., *Reforma procesal penal en la República Federal de Alemania,* Ed Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Bogotá, 1976 pp 678 y ss.

PEDRAZ PENALVA, E y GONZALEZ MACÍAS, *La introducción al proceso administrativo ordinario* Ed. Revista del Poder Judicial nº 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1998 pp 74 y ss

PEDRAZ PENALVA, E,. *La práctica probatoria anticipada : la denominada prueba preconstituída* Ed.Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1998, pp 49 y ss.

PEDRAZ PANALVA, E. *Derecho procesal penal* T.1 (Principios de Derecho procesal penal) Ed Civitas Madrid 2000 pp 299 y ss.

PEREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?* Ed. Casa Editorial, Granada 1999 pp 131 y 132.

PETERS, T., *Consideraciones teóricas sobre la Victimología,* Ed Eguzxilore, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología nº 2, 1998 pp 108 y ss.

PEREZ DEL VALLE, C.*¿Es lícito considerar la pena estatal como una expitación?*,Ed, Revista canaria de Ciencias penales, nº 3 Las Palmas, 1999, pp 178 y s

PIETRO-CASTRO FERRANDIZ, L., *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil.* Trabajo y orientaciones de Derecho procesal nº 1, Ed.Edersa, Madrid 1986, pp 601 y ss.

PODNIEKS, E., *National survey on the abused of elderly in Canada,* Ed Elder 1992 pp 58 y ss

PORTERO GARCÍA, REIG, MARCHENA GÓMEZ , *Comentarios a la reforma procesal penal de la LO7/1988 Procedimiento Abreviado,* Bilbao 1989, pp 231 y ss.

PUENTE SEGURA, L. *La conformidad en el proceso penal español,* Ed. Colex Madrid 1994.

QUERALT JIMENEZ, J., *Derecho Penal español* , Parte especial Tercera Edición Ed. Bosch, Barcelona 1998 pp 57 y ss.

QUERALT JIMÉNEZ ,J., *Víctimas y garantías : algunos cabos sueltos A propósito del proyecto alternativo de reparación* Ed. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, T. XLIX fascículo 1 ,MCMXVI 1996, pp 342 y ss.

RAMOS MENDEZ F., *El proceso penal, Sexta lectura constitucional,* Ed. Bosch Barcelona ,2000 pp 135 y ss

RECOMENDACIÓN 11 ADOPTADA POR EL 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

RECHEA C., BARDERET R., MONTAÑES J., ARROYO L. *La delincuencia juvenil en España Antiinforme de los jóvenes,* Ed Universidad de Castilla-La mancha Ministerio de Justicia e Interior, 1995 pp 94 y ss.

RIBOT IGUALADA, J., *Prevención de los malos tratos familiares ¿un papel en el Derecho Civil ?* Ed La Ley 12 de octubre de 2001

RHODES, N.R., *Comparison of MMPI Psychiatric Desviatesd scares of battered and nonbattered women.* Ed.Journal of Family Violence V.7 pp 297 a 307.

RIVERA BEIRAS, I., *La devolución de los derechos fundamentales de los recursos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría,*.Ed. Basol Barcelona 1997 pp, 79 y ss.

RIVERA LLANOS, A., *Victimología. Derecho Penal y cibernética,* Ed.Estudios de Derecho Penal en memoria del prof, D.Luis Zafra ,Cali 1981 pp 135 y ss..

ROBERT, N., *La victimologie des postulants criminologiques es sociologiques* Ed. Schuweizerische Zeitschurift fur Strafecht Bonn 1999 pp 228 y ss.

RODRIGUEZ MANZANERO,J., *La Victimología* Ed. Porrúa Méjico DF,1998 pp 4 y ss.

RODRIGUEZ RAMOS, L., *Muerte al Juez inquisitivo .Comentario a la Sentencia 188/1990 de 15 de Noviembre del Tribunal Constitucional y algo más*. La Ley 1991 pp 1089 y ss.

ROJAS MARCOS, L., *Las semillas de la violencia* Ed. Espasa Calpe Madrid,1995 pp 89 y ss.

ROMEO CASABONA, C., *El médico y el derecho penal,* Ed, Bosch Barcelona 1981 pp 134 a 137.

ROMERO COLOMA, *La prueba de confesión judicial y el interrogatorio del acusado. Una visión psicológica,* Ed, Bosch Barcelona 1989 pp 231 y ss.

ROSEMATER, L.B, *Battered of schizophenia: psychological test cant tell,* Ed. Ylli and Droged, Newbury Park, London, 1988 pp 453 y ss.

ROXIN ,C., *La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones Jornadas sobre reforma procesal penal alemana* Ed. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial Madrid 1991 pp 19 y ss.

RUIZ VADILLO, E., *La violencia física en el hogar,* Ed. Actualidad Aranzadi, Pamplona 1998 pp 456 y ss.

RUIZ VADILLO,E.,*La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales,* en La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1992 pp 64 y ss.

SAINZ CANTERO, J.P ,. *Lecciones de Derecho Penal Parte General Tercera edición* Ed. Bosch Barcelona 1990 pp 82 y ss.

SAINZ DE ROBLES, *Presunción de inocencia : prueba indiciaria y convicción judicial.* Ed. Tapia Madrid 1989, nº 44

SCHNEIDER, H.J,.*Kriminologie,* Walker de Gruyker Berlinh 1987 pp 787 y ss.

SCHULZ, H,. Kriminologie und strafrenchtilde Bermerkinge zur Bezienlung Zwische Tater un opter en Sachweizersde Ed. Zeitsschrift fur Strufrench Berlin 1956 pp 171 y ss.

SANCHEZ ILLERA, I., *Comentario al art. 83 del Código Penal* Ed. Edersa Madrid 1995 pp 415 y ss

SANGRADOR, J.L., *La Victimología y el sistema jurídico penal* Ed. Sicología social y sistema penal Alianza universal, Madrid 1986 pp 62 y ss.

SARASUA B., ZUBIZARRETA I. ECHEBURUA E., *Perfil sicológico del maltratador a la mujer en el hogar* Ed. Pirámide, Madrid 1996 pp 98 y ss.

SAN JUAN LÓPEZ, R,.*Intervención de la víctima en el proceso penal de menores,* Ed. http:// www.derecho.com/boletín/artículos/artículo0153.htm, Septiembre 2002.

SARARIEGO MORILLO, J.L., *Apuntes sobre las causas de la violencia doméstica* .Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1998, pp 47 y ss.

SAN MARTIN LARRIÑO, A.B., *La mediación como respuesta a algunos problemas politico-criminales,* Departamento de Justicia Economía y Seguridad Social del Gobierno Vasco 1996.

SELIGMAN, M., *Helpklessness on depresion development and death* Ed. Freeman. San Francisco 1999 pp 78 y ss.

SILVA SANCHEZ, J.M., *¿Consideraciones victimológicas en la Teoria jurídica del delito?Introdución al debate sobre la victimodogmática* Ed. Criminología y Derecho Penal Libro homenaje al prof. A. Beristiain, San Sebastián 1989 pp 633 y ss.

SILVA SANCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo,* Ed. Bosch Barcelona 1992 pp 48.

SILVA SANCHEZ, J.M , *La relevancia jurídico penal de los actos de reparación,* Ed. Bosch barcelona pp 183 y 184.

TAPIA PARREÑO, J.J., *Sobre los malos tratos que sufren las mujeres y su relación con la Administración de Justicia,* Ed. Boletín de Información de Jueces para la Democracia nº 21 de mayo de 1998 pp 12 y 13.

TASENDE CALVO, J.J., *Comentario a la modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal por la LO 10/1992 de 30 de Abril de medidas urgentes de reforma procesal* Ed. Actualidad Penal nº 36 de 5 a 11 de Octubre de 1992.

TIRADO ESTRADA, J., *La violencia en el hogar y las medidas cautelares en el proceso penal,* Ed. Boletín de Información del Ministerio de Justicia nº 1820 pp 5 a 83.

TOMÁS Y VALIENTE , *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia,* en Revista de Derecho Constitucional, nº 20, Madrid 1987 pp 32 y ss.

TOMÉ PAULÉ ,ALMAGRO NOSETE, J., *Instituciones de Derecho Procesal, Proceso penal,* Ed. Trivium Madrid 1994 pp 86 y ss.

TRIMPLEY ,M.L., *Self extrem and auxiety : keys issues in a abused women support group special issue.* Family ,violence.Issues in Menthal Health Nursing V.10 Nueva York, pp 297 a 308.

TORRES, P.y ESPADA, F.J., *La violencia en casa* Ed. Aguilar Madrid 1996 pp 46 y ss

TUBERTS, S., *Psicoanálisis, feminismo y postmodernismo* Ed. Género y psicoanálisis Paidós, Buenos Aires 1996 pp 89 y ss.

UNICEF, *Childen and violence* Ed. Revista Inocenti, Digest nº 2 Florencia 1997 pp 56 y ss.

URQUÍA GOMEZ, I., *El principio de legalidad y el principio de oportunidad en la reforma del proceso penal,* Segundo Congreso de Derecho procesal de Castilla-La Mancha, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Madrid 1989.

URRA, J., *El menor maltratado y maltratante: Justicia con menores y jóvenes* Ed. Cadarso Madrid pp 15 y ss.

VARELA CASTRO, L., *Consideraciones sobre la reforma del Proceso Penal,* La Ley 2466, Pamplona, 1990.

VAZQUEZ MEZQUITA ,B., *La violencia familiar y la agresión sexual como objeto de la pericia sicológica* ,Manual de Psicología Forense ,Ed. S. XXI, Madrid, 1993 pp 273 y ss.

VAZQUEZ MEZQUITA, B., *La problemátuca victimal* T. I, Ed. S. XXI, Madrid ,pp 91 y ss.

VAZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal,* Ed. Bosch Barcelona 1984, pp 211 y ss.

VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal,* Revista de Justicia, Madrid 1993.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

VELAZQUEZ, S. ,*Extraños en la noche* Ed. Género Psocoanálisis y subjetividad Paidós Buenos Aires 1997 pp 145 y ss.

VERGER, S., *La defensa del imputado y el principio acusatorio,* Ed. Bosch, Barcelona 1994 pp 134 y ss.

VIVES ANTON ,T.S., *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal,* en Justicia penal RPJ, nº II especial 1987.

VIVES ANTON, T.S. *Comentarios a la Ley de Medidas urgentes de reforma procesal La reforma del proceso penal,* Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 1992, pp 86 y ss.

VON HENTING, *Lur Psycologie der Esinzeldelitre III Der bretung Ed. Job Mohr (Penal Siebeck Tubigen 1957) Versión española : Estudios de Psicología Criminal* Ed. Espasa Calpe Madrid ,1964 ,pp 231 y ss.

WAITERS, E.A., *Trauma and survival:postraumatic and dissociative dissoders in women,* Ed. Norton Nueva York 1999 pp 127 y ss

WALKER, L., *The battered women* Ed. Harper Row Nueva York 1979 pp 48 y ss.

WERTHAM , F., *The show of violence* Ed. Doubleday, Nueva York 1989 pp 35 y ss.

WILFINGER, P., *Das gebot effective,Rechtsschutzes in Grudegesetz und Europaicher Menschenrechtskconvetic* Ed. Konkretisiernungsansatze zur Beshlenning Gerichtlicher Verharen ,Frakfurt 1995 pp 96 y ss.

YLLO, K., *Political and Methodological debates in wife abuses reseach* ,Ed. K.Ylo y Bogred, Newbury Park 1988 ,pp 102 y ss.

ZARZALEJOS NIETO, J., DE LA OLIVA SANTOS, A.VEGAS TORRES, GONZALEZ GARCIA, J.M., ARAGONESES MARTINEZ, S, *Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal,* Ed. La Ley, Madrid 1989.

ZIMRING FRASE, R.S. *The criminal justice system. Material of administration and reform of the criminal* ,Ed. Little Brown and Co.,Boston and Toronto,1980.

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES