

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA *vs* DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS, DILACIONES INDEBIDAS, PRESCRIPCIÓN E INDULTOS

Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA

Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Resumen: A partir del concepto de justicia victimal, se revisa la posición de la persona imputada en el proceso penal, más protegida que el resto de los protagonistas del proceso penal, repasando los diversos derechos que le asisten en exclusiva. Frente a ello, en el caso de la víctima su derecho a la tutela judicial efectiva no supone un derecho a obtener la condena, sino a que sus pretensiones reciban respuesta razonada y razonable por parte de los órganos jurisdiccionales, tal y como han puesto de manifiesto diversas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Laburpena: Biktimekiko justiziaren kontzeptutik abiatuta, prozesu penalean egotzitako pertsonaren jarrera berrikusten da, prozesu penaleko gainerako protagonistak baino gehiago babestua, eta, halaber, berak bakarrik dituen hainbat eskubide errepasatzen dira. Horren aurrean, biktimaren kasuan tutoretza judicial eraginkorrerako duen eskubideak ez dakar berarekin kondena lortzeko eskubidea; aldiz, bere uziek erantzun arrazoitua eta zentzuzkoa jasotzea dakar organo jurisdikzionalen eskutik, Auzitegi Konstituzionaleko eta Auzitegi Goreneko hainbat sententziak adierazi duten moduan.

Résumé : En partant du concept de justice des victimes, on revoit la position de la personne imputé dans le procès penal, plus protégée que les autres protagonistes du procès penal, tout en revisant les différents droits qui l'assistent en particulier. Face à cela, dans le cas de la victime, son droit à la tutelle judiciaire effective ne présuppose pas le droit à obtenir la condamnation, mais le droit de que ses prétentions aient une réponse raisonnée et raisonnable de la part des organismes juridictionnels, comme il a été manifesté dans certaines sentences du Tribunal Constitutionnel et du Tribunal Suprême.

Summary: Based on the concept of victimal justice, a revision is done on the position and rights of the person concerned at the criminal proceeding, who is more protected than the rest of the persons involved in the same. Compared with this, and as several sentences have shown, the victim's right to obtain effective help does not mean the right to obtain the conviction, but for his claims to receive a reasonable answer from the Spanish Constitutional Court and Supreme Court.

Palabras clave: Justicia victimal, proceso penal, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo.

Gako-hitzak: biktimekiko justizia, prozesu penala, Auzitegi Konstituzionala, Auzitegi Gorena.

Mots cles : Justice des victimes, procès penal, Tribunal Constitutionnel, Tribunal Suprême.

Key words: Victimal justice, criminal proceeding, Constitutional Court, Supreme Court.

I. INTRODUCCIÓN

La historia del Derecho Penal ha transitado desde una absoluta conceptualización del mismo al de su progresiva personalización.

En efecto, en una primera época el Derecho Penal se vertebraba en los conceptos de delito y pena, abstracción hecha de la persona que cometía el delito y de la posible víctima de la agresión. Tanto el primero como el segundo eran un ente, sin rostro. El primero sujeto activo del delito, la segunda sujeto pasivo.

El descubrimiento del delincuente vino de la mano de la escuela positiva italiana, sus estudios sobre el hombre delincuente personificaron al sujeto activo de la acción delictiva, ya no era un ente sino una persona concreta debiéndose estudiar sus circunstancias a la hora de determinar su responsabilidad.

El siguiente paso supuso la incorporación a esta trilogía de la víctima, del sujeto pasivo del delito, sujeto corporal y distinto de la abstracta agresión al ordenamiento jurídico que hasta entonces era el delito y cuya reparación era exclusivamente la pena, quedando en un total olvido la víctima corporal que había recibido directamente el daño. De hecho, la víctima ni siquiera aparecía así denominada en los textos ni legales ni doctrinales.

La irrupción de la víctima surge en el I Congreso de Victimología celebrado en Jerusalén en 1973, y fue consecuencia del estupro y del horror mundial que supuso el exterminio judío sistemáticamente organizado por el sistema nazi.

Desde entonces, la víctima ha ido apareciendo progresivamente en el drama penal hasta asumir su puesto de un verdadero protagonista, por ser en definitiva quien recibe el daño, bien en su vida, en su integridad o en sus bienes causado por el autor del delito.

Se pasa en este sentido del terrible principio *fiat iustitia pereat mundus* al más humano del *fiat iustitia ne pereat mundus* que sitúa al sistema de justicia penal no en un fin en sí mismo sino en un medio para reparar los prejuicios derivados del delito entendiendo este como un ataque a la convivencia humana que debe de ser reparada mediante la reintegración tanto de agresor como víctima a la *civitas* porque en no pocas ocasiones uno y otro necesitan ser reincorporados a la sociedad, aquél una vez acreditada su capacidad de vivir en libertad sin lesionar a los demás, ésta para eliminar la victimización y marginación que con frecuencia se deriva de su condición de víctima.

Es precisamente desde esta perspectiva penal victimológica desde la que se habla de la justicia restaurativa como concepto superador de la justicia retributiva.

Si para la justicia retributiva el crimen aparece definido como un ataque al ordenamiento jurídico en el que lo relevante es establecer la culpa del actor en clave de enfrentamiento con el Estado, quedando al margen la comunidad civil en la que se ha producido el hecho, existiendo un única relación entre el agresor y el Estado en clave de imposición de pena por el delito cometido, mirando fundamentalmente al pasado y no al futuro, para la justicia restaurativa el planteamiento es distinto.

Para la justicia restaurativa el crimen es definido como un ataque a la libertad de otra persona y por tanto un ataque a la pacífica convivencia social, ello supone tratar

de resolver la situación con un diálogo, no siempre fácil, entre agresor y agredido en el que la justicia obviamente tiene un rol pero no tanto para sancionar por lo hecho sino para impedir actividades semejantes en el futuro y en este sentido se reconoce el protagonismo de la comunidad involucrada, en definitiva, el delito ya no es un mundo aparte que concierne solo a policías, jueces, fiscales y prisiones, sino es una parte del mundo porque el delito es un hecho social en el que es muy relevante junto con la responsabilidad por lo hecho pacificar el conflicto y restablecer la convivencia dañada, reintegrando a la comunidad tanto al agresor como a la víctima.

En la justicia retributiva lo relevante son los aspectos públicos derivados del delito quedando olvidado todas las relaciones privadas, en la justicia restaurativa se reconoce las consecuencias sociales del delito, el protagonismo de la víctima y se apuesta por vías de resolución alternativas entre agresor y víctima, singularmente en delincuencia no grave, vía mediación.

Esta reparación de las víctimas de carne y hueso es uno de los fines fundamentales de la justicia restaurativa, reparación que no tiene porque ser exclusivamente económica sino que también es muy relevante la reparación simbólica efectuada por el agresor en forma de reconocimiento del daño causado y expresión del dolor por lo realizado ante la víctima. De alguna manera este diálogo, ciertamente difícil, y con frecuencia inexplorado supone un desafío que vale la pena afrontar porque con ello se consigue la re-personalización de unos y otros.

Este planteamiento supone un giro radical en el sistema reactivo/retributivo del sistema de justicia penal que apuesta exclusivamente para atacar el problema de la delincuencia en la utilización de un criterio de intensificación de la respuesta punitiva, traducida en la exigencia de más policías, más jueces, penas más graves y cárceles más grandes, ya que el final de este planteamiento es que haya más personas privadas de libertad.

¿Es esta una buena estrategia de política criminal?

Pienso que cualquier estrategia de política criminal digna de tal nombre debe tender a reducir la actividad delictiva, a que la justicia no pierda su rostro humano y a que haya menos personas en prisión y para ello resulta absolutamente indispensable que junto con la respuesta prisonizada que hoy por hoy es insustituible, se articule otras respuestas no prisonizadas que consigan la efectiva reinserción de los infractores y la reducción de daños. Ya es un lugar común decir que la prisión en no pocas ocasiones son centros de delincuencia violenta, escuelas del crimen y de reincidencia, ya que se parte de una contradicción inobjetable como es la de aprender a vivir en libertad en un clima de no libertad, todo ello sin perjuicio de reconocer que el fin represivo que tiene toda respuesta penal es legítimo pero lo que no puede ser es que sea el único y exclusivo.

II. EL RETO DE LA JUSTICIA VICTIMAL

Se debe a nuestro querido Antonio Beristain el concepto de justicia victimal que pone el acento en la víctima como núcleo duro de la reflexión criminológica. Ahora bien, el verdadero reto que supone este concepto es el de no erosionar el núcleo del proceso debido.

El proceso penal, y esto hay que recordarlo con claridad, se vertebra alrededor de una serie de principios y garantías que sitúa en un lugar preeminente al inculpado, al imputado, sea cual sea el delito cometido. Todo imputado necesita una especial protección cuando la maquinaria del Estado se pone en funcionamiento frente a él para exigirle responsabilidades por el hecho delictivo que se le pueda imputar.

Esto supone que el imputado/acusado está en una situación ciertamente asimétrica, y más fortalecida que el resto de los protagonistas del proceso penal.

El núcleo del proceso debido tiene tres claves:

1º Derecho al juez imparcial

Que situado entre la acusación y la defensa y en la contradicción que supone todo proceso penal, que en síntesis es un decir y un contradecir, valorando todas las pruebas de cargo y de descargo y motivando su decisión resuelve el caso en su fallo.

2º Existencia de una acusación y traslado de la misma al acusado

Acusación que ejercida de modo independiente normalmente por el Fiscal como representante de la sociedad, a la que también puede acumularse la víctima e incluso cualquier persona en el ejercicio de la acción popular, imputa con claridad hechos específicos al acusado proponiendo las pruebas correspondientes de todo lo cual hay que dar traslado al propio acusado para que pueda defenderse eficazmente.

3º Derecho de defensa para el acusado

Este derecho tiene como presupuesto el derecho de confidencialidad en las relaciones abogado/cliente, espacio que no puede ser intervenido en modo alguno, ya que sin el no habría derecho de defensa, en este sentido hay que citar la STS 79/2012 de 17 de Enero –Caso Garzón– en la que se razona *in extenso* sobre tal confidencialidad en las relaciones cliente –que además estaba en prisión– y su Letrado. Retenemos este párrafo:

“...Los devastadores efectos que ocasiona en el núcleo de la estructura del proceso penal, en las condiciones en que lo hizo [la quiebra de la confidencialidad]. Es decir, mediante la escucha y grabación de las conversaciones reservadas que mantuvieran los imputados con sus letrados defensores en los locutorios específicos del centro penitenciario donde se encontraban en prisión provisional, y sin disponer de ningún dato que pudiera indicar mínimamente, en una valoración razonable, que la condición de letrado y ejercicio de la defensa se estaban utilizando como coartada para facilitar la comisión de nuevos delitos...”

Tal situación constituyó en palabras de la sentencia una “*laminación*” del derecho de defensa, es decir una quiebra esencial del proceso debido.

Esta posición asimétrica y más beneficiosa del acusado está expresamente reconocida en las leyes y en la práctica jurisprudencia.

Retenemos de la STC 149/2006 de 8 de Mayo el siguiente párrafo:

“...El imputado y acusado gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes del pro-

ceso..... desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes acusadoras y acusadas una notable diferencia...”.

Y añade en relación al hecho de que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y pruebas, que en relación al acusador y al acusado:

“...No importa, en fin que sean iguales en garantías, pues ni son iguales los intereses que arriesgan en el proceso ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de conflictos entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado...”.

Por ello, resulta claro que el acusado tiene un status diferenciado como lo acredita los siguientes derechos:

1. Derecho a la Presunción de Inocencia

Todo imputado entra inocente en el juicio, y será en el, cuando a la vista de las pruebas practicadas a instancia de la Acusación, y en su caso, de la defensa, podrá el Tribunal estimar que dicha presunción debe decaer ante la contundencia y fuerza de las pruebas de cargo.

En todo caso este derecho supone un desplazamiento de la carga de la prueba a la Acusación. El acusado no debe acreditar su inocencia.

2. Principio In dubio pro reo

Es un principio que tiene un valor interpretativo tanto de la actividad valorativa del Tribunal como de la norma jurídica. En su vertiente normativa exige que de las interpretaciones de la norma debe escogerse la que sea más favorable al acusado.

En su vertiente procesal y como regla juicio supone que si el Tribunal duda ante las pruebas de cargo y de descargo, y por tanto no puede alcanzar el axiomático canon de *“certeza más allá de toda duda razonable”*, debe optar por la absolución o por la más beneficiosa calificación para el acusado.

3. Ius tacendi

Tiene derecho a guardar silencio, a no auto-incriminarse, y obviamente nadie puede ser condenado por el ejercicio de tal derecho.

4. Derecho a contradecir la prueba

Y por tanto a contra-interrogar por sí o a través de su Letrado. Este derecho es una consecuencia de la dialéctica en la que se desarrolla el proceso penal que es un decir y un contradecir, y solo y desde la contradicción se puede alcanzar la verdad.

5. Derecho a la última palabra

Se trata de una manifestación del derecho a la autodefensa ejercida al final del juicio. La Ley quiere que lo último que oiga el Tribunal sea la voz del acusado.

6. Derecho a la segunda instancia

Es un derecho exclusivo para las sentencias condenatorias reconocido en los Tratados Internacionales. El art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, reconoce que:

“... Toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior conforme a lo previsto en la Ley...”.

En nuestro derecho la segunda instancia está reconocida para las sentencias condenatorias y absolutorias, pero ello no obsta a que se recuerde que la obligación internacional de la doble instancia *solo está exigida para las sentencias condenatorias*, lo que refuerza la especial situación de todo acusado en el proceso penal.

III. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA

Uno de los derechos fundamentales del proceso debido reconocido en el art. 24 de la Constitución, es el derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, el derecho a obtener una respuesta fundada, es decir, motivada, razonable y no arbitraria sobre todas las cuestiones fácticas y jurídicas que fueron objeto de debate en el juicio. El Juez es ante todo un razonador, por lo tanto la expresión de sus razones a la hora de dictar sentencia es una exigencia ineludible.

Tutela judicial efectiva no es lo mismo que acierto judicial ni obtención de la respuesta deseada. La verdad judicial solo se obtiene a través de la contradicción, todo juicio es un decir y un contradecir, por eso la solución dada por el Juez debe ser explicada y explicitada en la resolución, por ello como recuerda la STC 82/2001:

“... Solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irracionalidad o error que, por su evidencia y su contenido, sea tan manifiesto y grave que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho, carece de toda motivación o razonamiento...”.

Al respecto hay que recordar que el art. 9-3º de la Constitución: sanciona la interdicción de la arbitrariedad, lo que constituye un mandato de especial vinculación al poder judicial en la medida que sus resoluciones puedan afectar a derechos tan relevantes de las personas como el de la libertad.

Ahora bien, se acaba de decir que solo en la contradicción, solo en la dialéctica de prueba de cargo y prueba de descargo, se puede alcanzar la verdad judicial. Esta no puede entenderse como derecho a que se coincida con las tesis de cualquiera de las partes del proceso penal.

Por eso, desde la perspectiva de las víctimas, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva solo exige una resolución fundada y motivada que apoye y fundamente la decisión final, sea esta de la condena del acusado o la de su absolución.

De ahí se deriva que la víctima *no* tiene derecho a obtener una condena, solo una respuesta razonada y razonable a sus pretensiones, sea esta ya de condena o de absolución. Ambas satisfacen el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva.

Por las mismas razones, la víctima no tiene un pretendido derecho a una presunción de inocencia invertida.

Tal derecho solo le corresponde al acusado, y es reiterada la doctrina jurisprudencial que niega tal pretendido derecho de presunción de inocencia “invertida” a favor de las víctimas.

A vuelapluma, se pueden citar diversas sentencias tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala II del Tribunal Supremo.

STC 141/2006 de 8 de Junio

“No existe una especie de derecho a la presunción de inocencia invertida de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas (en la tesis de tal acusación)”.

Y añade:

“La presunción de inocencia en favor del acusado es, tal vez, la principal manifestación de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada”.

SSTS de la Sala II:

258/2003 de 25 de Febrero

“La Constitución no incluye un principio de presunción de inocencia invertida, que autorice al Tribunal casacional a suplantar la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia que ha presenciado personalmente la prueba”.

650/2003 de 9 de Mayo

“En el caso de sentencias absolutorias no es posible fundar un recurso de casación en la presunción de inocencia invertida”.

827/2007 de 8 de Octubre

“La presunción de inocencia invertida que autorizaría al Tribunal de casación a suplantar la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia, no se recoge en nuestra Constitución, pues cuando la sentencia absolutoria se fundamenta, precisamente, en el derecho fundamental a la presunción de inocencia, la acusación no puede invocar dicho derecho en perjuicio del reo para obtener una nueva valoración probatoria en sentido condenatorio”.

118/2008 de 14 de Abril

“Darle la vuelta a la presunción de inocencia e invocarlo como un derecho abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto de un derecho fundamental que solo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo”.

72/2011 de 15 de Febrero

“El motivo incide en lo que esta Sala viene calificando como presunción de inocencia invertida. Esta cuestión ha sido abordada y analizada en distintos pre-

cedentes jurisprudenciales del que nace un cuerpo de doctrina que rechaza ese pretendido derecho a favor de la Acusación”.

10/2012 de 18 de Enero

“No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado”.

SSTS de 4 de Marzo de 2004 y 411/2007, en idéntico sentido 241/2008 de 14 de Mayo; Auto Inadmisión de 22 de Marzo de 2007. Recurso 1625/2006.

Por ello, tampoco puede dársele la vuelta al principio *in dubio pro reo* para convertirlo en *“in dubio pro victima”* que trastocaría irremediabilmente la posición del acusado a favor de la víctima.

IV. LAS DILACIONES INDEBIDAS

Se trata de un derecho reconocido tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos como en el art. 24 de la Constitución.

Según el art. 6-1º del Convenio Europeo, todo acusado tiene derecho a que su causa *“...dentro de un plazo razonable...”*.

Según el art. 24 de la Constitución, se reconoce el derecho a ser enjuiciado sin dilaciones indebidas. Su reconocimiento en la legalidad ordinaria fue en la L.O. 5/2010 de Reforma del Cpenal en cuya violación puede dar lugar a la aplicación de la atenuante 21-6º del Cpenal, según el cual constituye una circunstancia atenuante *“la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento siempre que no sea imputable al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”*.

Hasta entonces, la efectividad de tal derecho tuvo un reconocimiento puramente jurisprudencial, se pueden encontrar tres periodos en la doctrina jurisprudencial coincidentes con tres Plenos no Jurisdiccionales de la Sala II.

El Primer Pleno fue el de 2 de Octubre de 1992, y en el se acordó que la concurrencia de dilaciones indebidas podría justificar o bien la concesión de un indulto o una indemnización por funcionamiento anormal de la Justicia.

El Segundo Pleno fue el de 29 de Abril de 1997, volvió a reiterar la concesión de indulto y suspensión del cumplimiento de la condena entre tanto.

El Tercer Pleno fue el de 21 de Mayo de 1999, optó por la tesis de estimar la aplicación de una atenuante analógica y de esta manera tener en cuenta tal violación compensándola con una penalidad inferior.

En relación a las víctimas, las dilaciones indebidas tienen una especial afectación cuando se trata de casos de terrorismo.

Es frecuente que en delitos de terrorismo cometidos por pluralidad de personas, la investigación y sobre todo la captura de los presuntos autores se suele producir en épocas sucesivas, encontrándose en situación procesal de rebeldía hasta que son habidos y puestos a disposición de las autoridades judiciales españolas, que en fases

distintas, van celebrando los juicios y dictando las sentencias de los que están a su disposición. Ello tiene por consecuencia que en ocasiones se van realizando los sucesivos juicios en años diferentes en la medida en que son puestos a disposición los presuntos autores, que con frecuencia se encuentran huidos o cumpliendo penas en el extranjero.

Obviamente estas demoras en el enjuiciamiento no dan lugar a apreciar las dilaciones indebidas ya que las mismas han sido debidas al a propia actuación de los concernidos que huyeron y fueron declarados en rebeldía, pero este “goteo” de juicios incide –y negativamente– en las víctimas que se ven –en ocasiones– forzadas a acudir varias veces a juicio para declarar, lo que les supone una sucesiva victimización al tener que volver a recordar y revivir aquellos momentos dolorosísimos.

La situación no tiene solución, no existiendo medio de evitar este “goteo” de declaraciones que será imprescindible en los concretos casos en que sea preciso una identificación o la aportación de datos necesarios desde la perspectiva de la acusación.

V. PRESCRIPCIÓN DELITOS

El fundamento de que los delitos prescriben cuando durante un tiempo determinado por la Ley no han sido esclarecidos es diverso pero complementario.

De entrada, la prescripción supone un límite al poder punitivo del Estado, que se reconoce solo cuando se ejerce dentro del periodo previsto por la Ley, pasado el mismo desaparece tal posibilidad de ejercerlo.

Consecuencia de ello, es una protección del individuo que no puede verse constreñido indefinidamente a que se le exija una responsabilidad penal. Si el Estado, con todo su poder no es capaz de presentar pruebas de cargo dentro del plazo legal, ya no puede presentarlas. Por lo tanto, la prescripción delictiva constituye también una manifestación del derecho a la seguridad jurídica de todo ciudadano.

Junto con ello, también se alega que el transcurso del tiempo dificulta extraordinariamente la búsqueda de pruebas de cargo, y, junto con ello, también se dice que el transcurso del tiempo contribuye al olvido social del hecho delictivo, por lo que se incrementa la dificultad de la investigación con el transcurso del tiempo por encima del legalmente previsto, y se produce un paulatino olvido del delito.

No faltan en la doctrina científica autores –Beccaria y Bentham– que destacaban el peligro que podía representar la institución al considerarlo como un estímulo para los delincuentes por la impunidad que producen, lo que en todo caso, puede conjurarse con la fijación de plazos prescriptivos proporcionados a la gravedad del delito.

Hoy en definitiva, tanto por *razones de política criminal* relacionadas con el principio de mínima intervención y límite al poder sancionador del Estado y paralela seguridad del ciudadano, como por *razones de prevención delictiva tanto especial como general*, lo que se conecta con el olvido del delito e imposibilidad de cumplir los fines de la pena por el tiempo transcurrido, como por *razones de naturaleza procesal* conectadas con la imposibilidad de avanzar la investigación y encontrar pruebas, la

prescripción es una institución reconocida en todos los sistemas de justicia penal con la excepción de los delitos expresamente declarados imprescriptibles dada la enormidad de los mismos que exige una permanente memoria de ellos y, por tanto, una posibilidad de investigación sin límites temporales: el único límite es la muerte de la persona concernida.

Como excepción al principio de prescriptibilidad de los delitos hay que citar la Convención sobre la imprescriptibilidad de los delitos de crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio fue aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas de 26 de Noviembre de 1968. Su precedente fue el Convenio de 9 de Diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio.

Las razones por las que se declaró la imprescriptibilidad de tales delitos se encuentra en el Preámbulo de la Convención citada. Estos crímenes constituyen los delitos más graves del derecho internacional y la efectiva represión de los mismos exige que no haya margen para su impunidad, por lo que pueden ser perseguidos *“cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”*. Se trata de delitos de Estado cometidos por los aparatos del Estado.

En relación a los delitos de terrorismo, el legislador español en la L.O. de reforma del Cpenal, L.O. 5/2010 declaró también imprescriptible los delitos de terrorismo con muerte. El actual art. 131-4º del Cpenal prescribe que:

“...Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo si hubiesen causado la muerte de una persona...”.

En la Exposición de Motivos de dicha Ley se justifica tal decisión de declarar la imprescriptibilidad en los siguientes términos, ciertamente lacónicos:

“...El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que representan las características del tipo mencionado...”.

Personalmente yo me pronuncié en contra de tal posibilidad en el artículo que publiqué en el nº 68 –año 2008– de la revista *Bake Hitzak* de *“Gesto por la Paz”*.

Mantengo mi opinión una vez que ha adquirido carta de naturaleza tal declaración.

A mi juicio, el delito de terrorismo con muerte no es un delito de lesa humanidad. Los delitos así estimados por la Comunidad Internacional son los recogidos en el art. 607 bis. del Cpenal.

En síntesis, los delitos imprescriptibles según la Comunidad Internacional, son delitos de Estado cometidos por los aparatos del Estado concernido, lo que obviamente no concurre en los delitos del terrorismo en general ni en los cometidos por Eta en particular –pues en ellos se está pensando–.

Tal extensión a los delitos de terrorismo con muerte operada supone, a mi juicio, una manifestación de la capacidad de expansión de todo lo excepcional. No es el mayor incremento de las penas o el rigor procesal las que pueden terminar con el terrorismo, sino la eficacia de la respuesta judicial desde el respeto

a las garantías del proceso debido y la seguridad del cumplimiento de la Ley, e igualmente, la apertura de procesos de reflexión individuales y colectivos de aquellos que justifican el terrorismo a fin de que con un planteamiento crítico sepan distinguir entre medios y fines, comprendiendo que la legitimidad de estos –como puede ser la opción independentista–, se encuentra en la legitimidad de los medios empleados para alcanzarla, porque la legitimidad de los medios certifica la legitimidad de los fines. Dicho de otro modo, el fin está ya en los medios como el árbol está ya en la semilla.

Por ello sigo pensando que la modificación legislativa que se comenta tiene más un efecto simbólico que práctico ya que al no estar reconocida la imprescriptibilidad del delito de terrorismo con muerte por la Comunidad Internacional, ante la hipótesis de que pudiera ser habido una persona en otro país, pasados los plazos de prescripción delictiva del país concernido, será más que probable que se opusiese a la extradición que solicitase el gobierno español.

Como ya he dicho el propio artículo 607 bis 1º del Cpenal relativo a los delitos contra la humanidad los define como “...*quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella...*”.

Y el mismo artículo 607 bis 1-1º 2º se refiere a “...*en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas...*”.

Es obvio que el tipo se está refiriendo a los llamados *estados terroristas*, es decir, aquellos que ocupando los poderes propios de un Estado, cometen tales hechos contra determinados colectivos, concepción que no es aplicable al terrorismo.

Normalmente la prescripción que se puede apreciar en cualquier momento del proceso, también durante la instrucción, e incluso de oficio por el Juez o Tribunal correspondiente impide tanto la declaración de culpabilidad como la pena.

La jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo en relación a la aplicación de la prescripción a través de los artículos de previo pronunciamiento del art. 666 LECriminal, tiene declarado que no se trata de una cuestión compleja, debe ser resuelta en sentencia, y por tanto después del Juicio Oral –SSTS 71/2004; 222/2002; 517/2007; 454/2008 ó de 21 Noviembre 2011–.

Cuando la prescripción se aprecia *durante* la instrucción, no hay pronunciamiento sobre la culpabilidad ni por supuesto sobre la punibilidad, en tal sentido puede citarse la Causa Especial 20339/2009 (caso Garzón, conferencias en Nueva York) que terminó por auto de 13 de Febrero de 2012 dictado por el Instructor apreciando la prescripción y acordando el archivo.

Cuando la prescripción se aprecia *tras la celebración* del Plenario, cabe efectuar pronunciamiento sobre la culpabilidad pero no sobre la pena, por operar la prescripción.

Desde una perspectiva victimológica, es claro que la posibilidad de que se declarase la culpabilidad aunque no se impusiese la pena satisfaría un cierto sentido de justicia en la medida que la culpabilidad quedaría declarada, pero tal situación solo quedaría reservada a los casos en los que se hubiese celebrado el juicio.

VI. INDULTO

El indulto es una derogación del principio de legalidad que atribuye a los Jueces juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Se trata de una prerrogativa del Ejecutivo, originariamente residenciada en el Monarca, quien formalmente es el que indulta aunque la propuesta viene efectuada por el Poder Ejecutivo. En el art. 62 de la Constitución se le atribuye al Rey “...ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley...”.

La Ley de Indulto es de 1870 si bien fue modificada en alguno de sus extremos por la Ley 1/1988 de 14 de Enero.

La práctica de este derecho de gracia viene siendo efectuada con un total vacío de motivación, ya que solo se publica la decisión sin explicación alguna que pueda justificarla.

La Sala II del Tribunal Supremo ya ha llamado la atención sobre esta situación en el Informe de indulto de fecha 11 de Diciembre de 2012 –expediente 33/12–.

Retengo la siguiente reflexión que obra en dicho Informe:

“...En todo caso, el indulto, como manifestación de un Poder residenciado en el Ejecutivo, y que de alguna manera desactiva la eficacia de lo decidido por el Poder Judicial en la medida que acuerda la no ejecución o cumplimiento, debe ser una decisión que tiene que estar extramuros de toda arbitrariedad ex art. 9-3º de la Constitución, lo que supone un razonamiento justificador de la decisión, porque el poder, todo poder en una sociedad democrática debe ser justificado y explicado, es decir debe dar razón de sus decisiones como ya recordaba esta Sala en las SSTS 1090/2007 de 28 de Noviembre, 288/2008 de 14 de Mayo, 169/2010 de 2 de Marzo ó 144/2012 de 22 de Marzo...”.

La Ley previene la audiencia a la víctima, y el informe del Tribunal y del Ministerio Fiscal, pero en definitiva es el Gobierno quien decide libremente, de ahí la necesidad de una motivación justificador de la concurrencia de las razones de justicia, equidad o utilidad pública.

Obviamente que sea una facultad discrecional no del Gobierno no autoriza la arbitrariedad en su concesión. Discrecionalidad no equivale a arbitrariedad.

Desde una perspectiva victimológica, el indulto en casos de terrorismo debe ser respuesta meditada, justificada y teniendo muy en cuenta los informes del Tribunal y del Ministerio Fiscal. Especial relevancia puede tener la audiencia de las víctimas lo que nos lleva al tema de dar audiencia a las asociaciones de víctimas. Es tema muy delicado porque pueden no coincidir los intereses –legítimos– de las víctimas con los generales de conveniencia pública singularmente en casos de terroristas que hayan efectuado una severa autocrítica del dolor causado.

Es claro que las razones de conveniencia pública que pueda apreciar el Gobierno en casos como el expuesto pueden no convencer a las asociaciones de víctimas, pero ello no puede impedir que se de relevancia a los intereses generales, a los que se debe atender, frente a los particulares. En todo caso la motivación de la decisión constituiría su fundamento siendo al mismo tiempo un valladar contra toda decisión arbitraria por carente de motivación.