

EGUZKILORE

Número 27.
San Sebastián
2013
43-63

APORTACIONES A LA CONSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA VICTIMAL

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Magistrado
Presidente Audiencia Provincial de Gipuzkoa
Doctor en Derecho*

Resumen: El trabajo pretende aportar determinados elementos de reflexión para la construcción de la justicia victimal. En concreto, su análisis se ciñe a tres aspectos nucleares: la elaboración probatoria del relato de la interacción disruptiva que involucra al victimario y la víctima; la incidencia del transcurso del tiempo en la declaración de la significación jurídico-penal de lo acaecido y, finalmente, las características predicables de un proceso justo para el victimario y la víctima.

Laburpena: Lanaren xedea da gogoetarako elementu jakin batzuk eskaintzea, biktimekiko justizia eraikitzeko. Zehazki, analisia hiru alderdi nagusitara mugatzen da: biktimarioa eta biktima tartean sartzen dituen interakzio disruptiboaren kontaketaen gauzatze frogagarria; gertutakoaren esanahi juridiko-penalaren aitorpenean denbora-igarotzearen gertakaria, eta, azkenik, biktimarioarentzat eta biktimarentzat bidezko prozesu baten ezaugarri predikagarriak.

Résumé : Le travail essaie de fournir certains éléments pour la réflexion dans la composition de la justice des victimes. Plus exactement, l'analyse se borne à ces trois aspects centraux: l'élaboration probatoire du récit de l'interaction disruptive qui enveloppe la victime et le victimaire; l'incidence du pas du temps dans la déclaration de la signification juridique-penal de ce qui est arrivé; et en dernier, les caractéristiques prédictibles d'un procès just pour le victime et la victime.

Summary: The aim of this work is to provide particular points of reference for the creation of the victimal justice. The analysis particularly refers to three main aspects: the probation performance of the disruptive interaction which involves the perpetrator and the victim; the incidence of the passage of time in the declaration of legal significance occurred; and finally, the predictable features of a fair process for the perpetrator and the victim.

Palabras clave: Justicia, víctimas, prueba, prescripción, dilaciones, proceso justo.

Gako-hitzak: justizia, biktimak, froga, preskripzioa, atzerapenak, bidezko prozesua.

Mots clef : Justice, victimes, preuve, prescription, délais, procès just.

Key words: Justice, victims, proof, requirements, delays, fair process.

Hay una relación profunda entre justicia y humanidad,
como entre injusticia y barbarie

Reyes Mate

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Juicio probatorio: la declaración de que se ha producido un hecho injusto.
- III. El juicio de culpabilidad por el hecho injusto: la influencia del tiempo en su formulación.
 - III.1. La prescripción.
 - III.2. Las dilaciones indebidas.
- IV. El juicio justo: marco común para el acusado y la afirmada víctima.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las víctimas es la designación en clave constitucional –artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante, CE)– de la justicia victimal, es decir, de la justicia debida a las víctimas¹. Dentro de la panoplia de temas que este modelo de justicia plantea, la presente reflexión se circunscribe a tres temas:

- El primero, la disímil posición del victimario y la víctima en el cuadro probatorio que se pone a disposición del Juez o Tribunal para que formule la declaración factual.
- El segundo, la significación que tiene el tiempo transcurrido entre el hecho y su enjuiciamiento en la formulación del juicio de responsabilidad penal.
- El tercero y último, las características que tiene que tener el proceso para satisfacer las exigencias del juicio justo para la afirmada víctima y el acusado.

II. JUICIO PROBATORIO: LA DECLARACIÓN DE QUE SE HA PRODUCIDO UN HECHO INJUSTO

La vigencia del derecho a la presunción de inocencia –una conquista irrenunciable en un Estado de Derecho propio de una sociedad democrática– provoca que en el desvelamiento de lo ocurrido –el terreno de los hechos–, no exista en el proceso penal una igualdad entre la persona a quien se le imputa haber cometido un hecho injusto constitutivo de delito y la persona que afirma haber sido víctima del mismo. El derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio² impone a la Acusación la carga de la prueba de los hechos que conforman la imputación, tanto los que justifican positivamente su existencia como los que impiden, excluyen o enervan

1. M. REYES MATE, “La práctica de la Justicia Victimal y el valor público del testimonio de las víctimas del terrorismo”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 26, 2012, p. 194.

2. Reconocido como derecho fundamental en los artículos 24.2 CE, 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) y 48.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE).

su presencia (artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante, LECrim³). Por ello, un juicio de culpabilidad plausible únicamente puede asentarse en una prueba de cargo concluyente, entendiendo como tal la que no deja espacio para la duda fundada en razones. Entre la inocencia, como verdad interina de inculpabilidad, y la declaración de culpabilidad del acusado no cabe admitir una categoría intermedia a modo de semi-culpabilidad o semi-inocencia. La inocencia solo puede ser sustituida por una declaración de culpabilidad; de lo contrario permanece intacta o incólume. La ausencia de pruebas es, por tanto, equivalente a su insuficiencia, pues en ambos casos opera la presunción de inocencia. Es por ello que la presunción de inocencia justifica que la sentencia sea absolutoria cuando concurre alguna de las siguientes variables:

- La hipótesis acusatoria no está corroborada por el rendimiento lógico del cuadro probatorio. Es decir, no hay prueba que valide la propuesta de hechos ofrecida por la acusación. Es un caso de vacío probatorio.
- La hipótesis acusatoria está refutada por el rendimiento lógico del cuadro probatorio. Es decir: existe prueba que contradice la propuesta de hechos ofrecida por la acusación. Es un caso de prueba contraria a la tesis de la acusación.
- La hipótesis acusatoria está corroborada por el rendimiento lógico de una parte del cuadro probatorio pero existe otra parte del cuadro probatorio que, mediante un rendimiento igualmente lógico, ratifica la hipótesis exculpatoria. Es un caso de prueba de cargo insuficiente, campo propio de la duda fundada o asentada en razones⁴.

Por lo tanto, el derecho a la presunción de inocencia introduce una significativa diferencia entre el acusado y la afirmada víctima en el tratamiento del cuadro probatorio, dado que toda ponderación jurisdiccional que conduzca a la duda fundada se solventará en términos favorables al acusado, para evitar injerencias abusivas en su libertad por parte del Estado⁵. Y ello con un carácter absoluto, pues cualquiera que sea la imputación (incluida, por lo tanto, el delito más abyecto o aberrante que se pueda contemplar) debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales para que resulte justificada una sentencia condenatoria (así, STS 230/2010, de 19 de marzo).

3. El artículo 2 LECrim establece que 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 favorables al presunto reo. La STS 1360/2011, de 16 de diciembre, dispone que la duda sobre la veracidad de una afirmación de hechos ha de traducirse siempre –se trate de hechos de una u otra naturaleza– en una decisión de sentido favorable al acusado.

4. Para que la hipótesis acusatoria pueda darse por acreditada es necesario que concorra un grado de probabilidad que pueda calificarse de muy elevado y que, por otro lado, permita descartar toda hipótesis fáctica alternativa favorable para el acusado por inverosímil, no razonable o improbable.

5. Así, M. PEREZ MANZANO, “Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda”, *Revista Jueces para la Democracia*, 67, 2010, p. 58. Esta reflexión parece contradecir el *in dubio pro víctima* que el maestro BERISTAIN propugnó en sus múltiples aportaciones victimológicas. Sin embargo, la contradicción es más aparente que real pues el maestro no se refería al discurso probatorio sino, más bien, al algo mucho más trascendente y vertebral: la consideración de las víctimas como piedra angular de la Justicia. De forma gráfica consideraba que la Dogmática penal hodierna pretende colocar en el centro a las víctimas, a la sanción reparadora y dignificadora de las víctimas, sin merma, añadida, de las garantías del delincuente. A. BERISTAIN IPIÑA, *La dignidad de las macrouvíctimas transforma la justicia y la convivencia (in tenebris, lux)*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 143-144.

No termina aquí la asimetría. También el derecho de Defensa provoca diferencias entre el acusado y la afirmada víctima en su rol procesal. La declaración del acusado constituye, fundamentalmente, una manifestación del derecho de autodefensa⁶, en la medida que se configura como una opción de posicionamiento del acusado ante la pretensión penal ejercitada frente a él. De ahí que su declaración en el juicio sea un derecho que le asiste, pudiendo, por lo tanto, negarse a emitir la misma, o, mostrándose favorable a deponer, configurar su testimonio en los términos que estime más adecuados para su exculpación, no confesándose culpable y eligiendo si contesta a todas o a parte de las preguntas que se le formulan, sin que, en caso alguno, sus respuestas estén imbuidas por el deber de ser veraz (artículos 24.2 CE y 520.2 LECrim). Ello no impide, sin embargo, que su declaración, de producirse, sea también un elemento que integre el cuadro probatorio, lo que permite sostener que, en estos casos, además de una manifestación del derecho de defensa personal, su testimonio es una fuente de prueba. Sin embargo, la adquisición, en tales supuestos, de la condición de fuente de prueba, no difumina el carácter esencial de su declaración como expresión del derecho de defensa, lo que explica cuatro consecuencias fundamentales:

- Que la confesión no sea una prueba suficiente para construir un juicio de culpabilidad, tanto respecto al propio acusado –autoinculpación– como en relación a otros acusados –heteroinculpación–. En el primer caso, es necesario, conforme a lo establecido en el artículo 406 LECrim, que el contenido narrativo ofrecido por el acusado sea validado por elementos procedentes del resto del cuadro probatorio; en el segundo, es preciso que la imputación a otro acusado, además de no obedecer a motivos torticeros, como la exoneración o un trato punitivo benevolente, sea mínimamente corroborada por fuentes de prueba exógenas (por todas STS 488/2012, de 13 de junio).
- Que la negativa del acusado a contestar a todas o algunas de las preguntas no pueda tener un significado incriminatorio⁷. El que calla, por lo tanto, no otorga. Cuestión distinta es que pierda la oportunidad de ofrecer una lectura alternativa a un contexto indiciario que justifica una inferencia incriminatoria lógica y concluyente, pues, en su ausencia, el silencio no actúa como un elemento de incriminación dado que todos los datos inculpatorios se obtienen de fuentes de prueba ajenas al acusado (por todas, STC 9/2011, de 28 de febrero).

6. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha definido el derecho de autodefensa como una garantía autónoma y propia del derecho de defensa con el alcance de dar posibilidad al acusado de contradecir o someter a contraste todo el proceso probatorio, añadiendo lo que la persona concernida estime pertinente para una mayor defensa (por todas, STC 13/2006). Y es que, como señala la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, STEDH de 16 de noviembre de 2010, asunto Vaquero Hernández y otros c. España), las pruebas deben en principio ser practicadas ante el acusado en audiencia pública, tras un debate contradictorio.

7. Desde esta perspectiva tiene indudable importancia la idoneidad de la información que se ofrece a la persona imputada desde el mismo momento de la imputación. En este punto, la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales (que tendrá que ser transpuesta al ordenamiento jurídico de los Estados miembros antes del día 2 de junio de 2014) pone el acento en la calidad de la información sobre la imputación para, entre otros, ejercer el derecho a no responder a todas o a algunas de las preguntas que le formulen.

- Que el silencio del acusado en el juicio no puede ser contrarrestado por la incorporación de su pretérita declaración sumarial. Y ello porque cuando se opta por el silencio, nada se afirma o niega, dado que no existe relato, lo que impide sostener que concurra una contradicción con lo declarado en el sumario, única hipótesis que, ex artículo 714 LECrim, permite la lectura de lo declarado en la instrucción a los efectos de que la fuente de prueba confiera explicación de la contradicción y permita, de esta manera, al tribunal calibrar su credibilidad y, consecuentemente, ponderar la fiabilidad probatoria de lo que declara en el juicio. Además, en tal caso, no cabe hacer uso del artículo 730 LECrim, dado que este último precepto únicamente permite la incorporación al cuadro probatorio de lo declarado en el sumario por una fuente de prueba no disponible por razones no imputables a la parte –tales como fallecimiento o residencia desconocida una vez agotados los esfuerzos públicos para su localización–, supuesto que no está presente cuando la fuente de prueba está ante el tribunal y ejerce un derecho reconocido en sede constitucional (en los términos referidos, por todas, STS 629/2009, de 10 de febrero).
- Que los datos inveraces que aporte el acusado no integren un elemento incriminatorio pues, no existiendo a su cargo una obligación de decir la verdad, el no decirlo no supone para él gravamen alguno (así, STS 892/2012, de 15 de noviembre).

Diferente es la posición de la afirmada víctima. Es parte contingente en el proceso penal (a diferencia del acusado que es parte necesaria), en la medida que su consideración como tal precisa una manifestación expresa en tal sentido (artículos 110, 761, 776 LECrim), y, con independencia de su voluntad, es fuente de prueba sobre el suceso que constituye el objeto de enjuiciamiento (por todas, STS 665/2012, de 12 de julio). Sin embargo, es una fuente de prueba peculiar dado que no es un tercero que percibe lo que ocurre –no es, por tanto, el testigo de un hecho ajeno– sino alguien que relata una experiencia que se dice vivida. Y ello hace que el sistema institucional de Justicia sea sumamente cauteloso en su apreciación⁸. Atinadamente, REYES MATE⁹ indica que el testimonio que interesa a la justicia tiene que ver con el *testis* –el tercero– pero no con el *superstes* –la víctima–, dado que este último es sospechoso de contaminación y el primero proviene de alguien menos implicado y, por lo tanto, desde esa lógica, más imparcial. Quizás por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha desarrollado un cuerpo de doctrina específico para ponderar el testimonio de la afirmada víctima, que contiene elementos discursivos más intensos que los ofrecidos con carácter general para los testigos. En concreto, tras afirmar, sin ambages, que la declaración de la afirmada víctima es hábil para desvirtuar el derecho

8. Es más, se ha calificado jurisprudencialmente como situación límite de riesgo para el derecho constitucional a la presunción de inocencia la pergeñada en torno a un cuadro probatorio en el que la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. Incluso se ha definido este riesgo de extremo si la supuesta víctima ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador, y, por ello, basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. (véase a este respecto la STS 360/2009, de 30 de abril).

9. M. REYES MATE, *Tratado de la injusticia*, Anthropos, 2011, Barcelona, p. 196.

a la presunción de inocencia, ha aquilatado una serie de criterios para calibrar su credibilidad como fuente de prueba así como para ponderar la fiabilidad de lo narrado por ella (por todas, SSTS 542/2012, de 21 de junio y 962/2012, de 30 de noviembre). A saber¹⁰:

- La credibilidad de la fuente de prueba se vincula a la ausencia de móviles espurios que priven a la fuente de la aptitud subjetiva necesaria para generar certidumbre, así como a la existencia de una persistencia en la incriminación que, dada la ausencia de contradicciones injustificadas o ambigüedades extremas, refleje un discurso que responde a patrones externos de veracidad. En el plano de la credibilidad subjetiva no es predicable la neutralidad, dado que es legítimo que quien afirma haber sufrido una victimización tenga una sensación de rechazo hacia quien considera su agresor, teniendo, incluso, interés en su condena, ejerza o no la acusación. En tal sentido, la jurisprudencia ha reiterado que la lógica animadversión de la víctima derivada del hecho criminal es irrelevante para poner en duda su versión en cuanto no resulta de causas de resentimiento ajenas al delito (por todas, STS 238/2011, de 21 de marzo), concluyendo que la indiferencia respecto al desenlace del proceso no es un presupuesto *sine qua non* para proclamar la credibilidad de un testigo (así, STS 511/2012, de 13 de junio). En el orden de la persistencia en la incriminación, lo relevante es la univocidad del relato, sin que sea preciso, por incompatible con las máximas de experiencia, que la persona emplee los mismos términos para narrar lo ocurrido (en tal sentido, STS 265/2010, de 19 de febrero). Para perfilar la credibilidad subjetiva de la fuente de prueba, los Tribunales pueden contar con el apoyo de expertos en Psicología del Testimonio. El dictamen de credibilidad constituye una prueba pericial singular dado que los conocimientos científicos que aporta tienen como objeto la delimitación de los estándares de veracidad de una prueba personal –es decir, es una prueba sobre la prueba–. Su función es estrictamente instrumental –aportar al proceso conocimientos validados por la ciencia sobre estándares de veracidad de los testimonios– y, con tal carácter, puede constituir un medio hábil para la valoración judicial de determinadas declaraciones (por todas, SSTS 785/2007, de 3 de octubre y 1049/2010, de 29 de noviembre). Su vocación no es, en caso alguno, sustituir al juez o tribunal sentenciador en su indeclinable función de juzgar delimitando qué considera probado y por qué lo considera acreditado (por todas, SSTS 1289/2009, de 14 de diciembre y 1102/2009, de 5 de noviembre). Consecuentemente, son pericias que trasladan una información contrastada respecto a la sinceridad de la fuente de prueba, sin extender su conocimiento a la veracidad de lo narrado. En otras palabras: pueden indicar que la afirma víctima es subjetivamente creíble porque su testimonio no es inducido –es decir, determinado o sugerido por otras personas– o fabulado –creado por su imaginación– y, además, presenta parámetros externos de veracidad.

10. Un examen más exhaustivo de los mismos, M. FERNÁNDEZ, “La valoración judicial de las pruebas declarativas”, *Revista Jueces para la Democracia*, 64, 2009, pp. 105 y ss.

- La fiabilidad de lo narrado precisará una especificidad en los datos ofrecidos (huyendo de ambigüedades, generalidades o vaguedades) así como una validación externa de los mismos a través de otras fuentes de prueba¹¹. La aportación narrativa de extremos fácticos específicos que se integren de forma armónica en un discurso común con los elementos procedentes de otras fuentes de prueba conferirá un sólido asidero a la veracidad de lo relatado.

El testimonio de las afirmadas víctimas puede, en el caso concreto, carecer de la energía probatoria precisa para enervar la presunción de inocencia, ora porque recoja un relato inverosímil (vacío probatorio), ora porque refiera un relato verosímil no demostrado o acreditado (insuficiencia probatoria). Para fijar el peso probatorio de lo declarado por las afirmadas víctimas hay que insertar lo declarado en un contexto específico –el conformado por el cuadro probatorio– que permite contrastar la calidad de lo narrado a la luz de la información procedente del resto de las fuentes de prueba. En ningún caso será suficiente, como si de una prueba legal tasada se tratara, verificar la concurrencia de los criterios implementados en sede jurisprudencial (credibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y corroboración periférica) para calibrar la fiabilidad de lo relatado por las afirmadas víctimas. Por lo tanto, no es que una testifical que supere este triple filtro deba ser tenida como válidamente inculpatoria. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado *a limine* como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos (así, STS 417/2012, de 30 de mayo).

A modo de conclusión: en la delimitación de lo sucedido, el juicio probatorio está presidido por la vigencia, indeclinable en un Estado de Derecho, de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la defensa, lo que introduce justificadas diferencias entre el acusado y la afirmada víctima¹². El acusado no tiene la carga de probar su inocencia, pues la misma se presume, y, además, al no constituir una fuente de prueba necesaria para desvelar lo ocurrido, no tiene el deber de trasladar información sobre lo sucedido ni, en el caso de aportar un conocimiento sobre lo acontecido, está sujeto a la obligación legal de ser veraz en su discurso. Por el contrario, la afirmada víctima, al ser una fuente de prueba necesaria para

11. La exigencia de una corroboración como criterio de validez de lo declarado se extiende de forma progresiva en el Derecho probatorio. J. ORTEGA, “El control de los hechos en el juicio de apelación”, *Revista Jueces para la Democracia*, 66, 2009, p. 111.

12. Como sostiene J. GIMÉNEZ, sin perjuicio del principio de igualdad de partes en todo proceso, el estatus de todo imputado en el juicio probatorio es superior al resto de partes, incluida la víctima. J. GIMÉNEZ, “Justicia Victimal. Contribuciones y retos”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 26, 2012, p. 71. En términos idénticos, la STC 201/2012, de 12 de noviembre señala que en cuanto que puede sufrir la intervención punitiva del Estado, el acusado goza de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes en el proceso, afirmando que esta asimetría se justifica plenamente por la trascendencia de sus intereses en juego, pues al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal–, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del acusado y en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales.

conocer lo acontecido, tiene, salvo excepciones muy tasadas¹³, el deber de declarar y la obligación de ser verídica en su testimonio. Además, dada la fuerza jurídica que tiene el derecho a la presunción de inocencia, su aportación cognitiva tiene que ser concluyente, pues todo estado de duda o incertidumbre se solventará en los términos más favorables al discurso del acusado. En otras palabras: el inculpado tiene un especial rol en el juicio penal, dado que entra inocente en el plenario y, en virtud de la prueba de cargo que se practique en ese acto, podrá resultar declarado culpable.

III. EL JUICIO DE CULPABILIDAD POR EL HECHO INJUSTO: LA INFLUENCIA DEL TIEMPO EN SU FORMULACIÓN

El tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo es una variable importante para el enjuiciamiento en la Justicia penal. En el plano procesal, porque debilita la calidad de la prueba (fallecimientos o graves enfermedades de los testigos, desaparición de documentos, eliminación de vestigios; en definitiva, eliminación o deterioro de las fuentes de prueba¹⁴). En el orden sustantivo, porque puede difuminar y, en algunos casos, neutralizar, la necesidad de imponer una pena¹⁵.

La cuestión, y a ella ceñimos nuestra reflexión, es si es factible una exégesis de la prescripción delictiva en términos compatibles con las exigencias de la justicia victimal¹⁶ que, entre otros extremos, reivindica como postulado el valor de la verdad, cuyo respeto exige conocer los hechos, sus causas y sus responsables¹⁷. De forma complementaria, analizaremos porqué la dilación indebida tiene en el orden penal efectos únicamente predicables del acusado, sin extenderse a las víctimas, sin que ello conlleve, necesariamente, una depreciación de los postulados propugnados por la justicia victimal.

13. Los artículos 416 y 707 de la LECrim reconocen el derecho de dispensa legal a las víctimas y testigos que tienen determinadas relaciones de consanguinidad o afinidad con la persona acusada o al abogado defensor respecto a los hechos desvelados por su defendido.

14. La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la prescripción como una causa de no perseguibilidad, razón por la cual permite un cierre anticipado del proceso por prescripción a través de artículos de previo pronunciamiento (artículo 675 LECrim) o de cuestiones previas (artículos 786.2 y 802 LECrim).

15. De ahí que, el artículo 130.1.6º del Código Penal (en adelante, CP) contemple la prescripción del delito como causa de extinción de la responsabilidad criminal y el artículo 21.6ª CP reconozca como circunstancia que atenúa la responsabilidad criminal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

16. Parte de esta reflexión se encuentra en I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, "La justicia a las víctimas del terrorismo", *Iter Criminis, Instituto Nacional de Ciencias Penales*, nº 3, noviembre-diciembre 2011, pp. 123 y ss.

17. J. B. METZ refiere que el interés de la justicia pertenece a las premisas de búsqueda de la verdad, y en tal interés tiene el conocimiento de la verdad su fundamento práctico; en el radica el poder crítico y liberador de la verdad. J. B. METZ, *Por una cultura de la memoria*, ed. Anthropos, Barcelona, 1999, p. 105.

III.1. La prescripción

La prescripción del delito puede analizarse desde una perspectiva procesal o material, con efectos potencialmente disimiles en uno y en otro caso. Si se considera la prescripción como un óbice de la persecución penal, la apreciación de los elementos fácticos (el hecho presunto) y jurídicos (su tipicidad) que constituyen el *prius* de la determinación del plazo de prescripción, conlleva el cierre anticipado del proceso ora sin juicio ora con un juicio que no contenga una declaración de hechos probados¹⁸. Si se estima, por el contrario, que la prescripción delictual constituye un supuesto fáctico normativo que desapodera al Estado de su potestad para imponer una pena, su apreciación no excluye el juicio ni impide, de forma ineludible, la declaración probatoria.

La doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 63/2005, de 14 de marzo y 195/2009, de 28 de septiembre) refiere que la prescripción constituye una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que toma en consideración la función preventiva, general y especial de la pena y el derecho del inculpado a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal. En concreto, se argumenta que “ (...) la existencia de la prescripción del delito supone que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión”, estipulando que “Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas”, y concluyendo que, transcurrido el plazo de prescripción, “ (...) la imposición de una pena carecería de sentido por haberse perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona¹⁹”.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es conteste a la hora de reseñar que la prescripción es una institución que pertenece al derecho material penal y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria (así, STS 25/2007, de 26 de enero). El fundamento de su existencia radica, en “ (...) poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la aminoración, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el padecimiento de la resonancia anti-jurídica del hecho ante el efecto invalidante del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación”. Todos estos elementos debilitan al máximo la necesidad de la pena, dado que, transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y especial” (así, también, SSTs 383/2007, de 10 de mayo, 803/2009, de 17 de julio, y 1294/2011, de 21 de noviembre).

18. Se indica, incluso, que en aquellos casos en los que con claridad aparezca debidamente perfilada la calificación del hecho delictivo presunto, deberá declararse la prescripción operada, evitando la prosecución del enjuiciamiento, pues, incluso, una declaración fáctica inculpatoria pudiera, en tales casos, contravenir el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio del acusado.

19. En idénticos términos las SSTC 29/2008, de 20 de febrero y la 147/2009, de 15 de junio.

La exégesis de la doctrina general del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo respecto a la significación jurídica de la prescripción permite obtener tres conclusiones:

- Respecto a su naturaleza jurídica, se tilda la prescripción como una institución de derecho sustantivo²⁰. Por lo tanto, se fundamenta la misma en razones preferentemente materiales (aunque no exclusivamente materiales, como puede atisbarse por la referencia a la dificultad de pergeñar el cuadro probatorio por el largo tiempo transcurrido).
- Se esgrimen como fundamento de la prescripción razones que tienen como referentes subjetivos a la comunidad (prevención general) y al presunto victimario (prevención especial), sin mención a las víctimas.
- Se afirma, respecto a las consecuencias jurídicas, que la prescripción del delito trata de impedir la “exigencia de responsabilidades” o la “imposición de una pena”.

A partir de estas inferencias conclusivas, pudiera plantearse, por lo tanto, que la prescripción del delito –a diferencia, por ejemplo, de la muerte del imputado– no excluye que se “declaren las responsabilidades” (determinando que el acusado ha cometido un hecho injusto y culpable), sino, más bien, lo que impide es que, dado el tiempo transcurrido, se exijan esas responsabilidades imponiendo una pena. El fundamento de esta inexigibilidad punitiva sería que la imposición de una pena –como mal que se añade a la declaración de culpabilidad por el hecho injusto– no permitiría el cumplimiento de la finalidad de reafirmación del orden jurídico como parámetro regulador de la convivencia social (prevención general positiva), tampoco posibilitaría el objetivo de la disuasión de cometer delitos (prevención general negativa) ni, finalmente, facilitaría la tarea de reinsertar al condenado (prevención especial).

Sin embargo este criterio hermenéutico ha sido rechazado por la STS 101/2012, de 27 de febrero²¹. La referida sentencia toma como premisa de su discurso la siguiente afirmación: “El sistema español diseñado en la Ley procesal penal se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático”. Por ello, queda extramuros del proceso penal “(...) la pretensión relativa a los denominados juicios de la verdad, esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre una hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad

20. Por ello, las leyes penales que regulan la prescripción del delito están sujetas a la regla de irretroactividad de la ley penal desfavorable contenida en el artículo 2.2 CP. Así, STS 885/2012, de 12 de noviembre.

21. El proceso tenía su origen en unas denuncias presentadas por Asociaciones para la recuperación de la memoria histórica. En las mismas ponían en conocimiento de la autoridad judicial la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento, y solicitaban la tutela judicial para la exhumación e identificación de los cadáveres y así poder honrarlos y homenajearlos.

de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal, por muerte, prescripción o amnistía (...)” pues, en estos casos, “(...) los denominados juicios de la verdad pretenden una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado”, siendo así que el proceso penal requiere estructuralmente “(...) un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo”. Se afirma, también, que “No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena”.

Sin embargo, a diferencia del supuesto de muerte del reo –artículo 130.1.1^o CP–, que impide un proceso con garantías, dado que el fallecido no puede defenderse de la pretensión entablada frente a él, en los casos de prescripción del delito tal defensa es posible, dado que el imputado está vivo, y, consecuentemente, no existe el riesgo de convertir el proceso penal en un juicio de la verdad que pretenda una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado, que es lo que nuestro sistema procesal impide. En otras palabras: en los casos de prescripción delictual concurren los dos elementos estructurales que, tal y como destaca la mentada STS 101/2012, conforman el objeto del proceso penal: un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo. Por lo tanto el derecho a un proceso con todas las garantías o al juicio debido, que resulta inviable cuando se desarrolla un procedimiento respecto a un imputado fallecido, dado que no puede defenderse de la imputación, no sufre merma cuando tiene como destinatario subjetivo de la pretensión penal a una persona viva. Consecuentemente, el modelo constitucional de proceso penal no impone que la prescripción del delito impida el nacimiento y desarrollo del proceso, situación que, por el contrario, no es predicable de los supuestos de imputado fallecido, lo que hace que ambas hipótesis no sean equivalentes en su tratamiento. Por otra parte, asignar a la prescripción el efecto de un cierre anticipado del proceso conlleva atribuir a la misma la naturaleza de óbice procesal cuando la jurisprudencia, de manera conteste, ha reseñado, tal y como ha quedado referido, que es una institución que pertenece al derecho material y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria. Finalmente, ceñir los efectos de la prescripción delictual a la deslegitimación del Estado para imponer la pena, sin cercenar su legitimidad para declarar que se ha cometido un injusto penal reprochable, es conciliable con la concepción de tal institución como una autolimitación del Estado que impide exigir responsabilidades imponiendo una pena. Es más, es la única exégesis compatible con el valor Justicia pues, como indica GARAPON, cuando la pena resulta vana y la sanción parece inútil, la justicia conserva al menos su función primera, que es un acto de nominación, un decir público²². A mi juicio, este decir público de la Justicia abarca los siguientes planos:

- Desaprobar públicamente el delito comunicando que constituye una alternativa ilegítima al orden jurídico. Toda norma penal es, para el infractor, una norma de prohibición y, para la víctima, una norma de protección, de manera que la desaprobación pública por el Juez o Tribunal del delito cometido es una forma de atribuir la culpabilidad a quien ejecuta lo prohibido y, coetáneamente, de

22. A. GARAPON, *Juez y democracia*, ed. Flor del Viento, 1997, p. 168.

“des-culpabilizar” a quien resulta damnificado²³. Asimismo reafirma la vigencia de la norma como instrumento válido de regulación social.

- Declarar que el daño sufrido por las víctimas ha sido injusto y debe ser reparado y nominar que la reparación del daño injusto compete a la persona o personas declaradas responsables.

Y es que, como sostiene REYES MATE, la justicia tiene que responder a la injusticia mientras no sea satisfecha, sin que pueda eludir esta primordial función acudiendo a remedios como la prescripción o el indulto²⁴. Por lo tanto, no es posible conseguir un mínimo de justicia si *ad limine litis* se declara que el delito ha prescrito y de esta manera se cercena que un juez o tribunal examine y, en su caso, declare si existió la injusticia, dado que el acto injusto sigue vigente mientras no se le haga justicia²⁵. Y sin ese mínimo de justicia se debilita al máximo la confianza en el sistema judicial, con los deletéreos efectos que ello genera en su legitimidad, e, incluso, se priva al presunto infractor de la opción real de instar un pronunciamiento de inculpabilidad, sin que, a tales efectos, baste con una declaración de prescripción previa al juicio de fondo. El alegato en tal sentido de GARDNER²⁶ es elocuente: “Y mi punto es que deberíamos ver la lucha en la sala de audiencias como un sitio con valor intrínseco así como instrumental. Así, incluso, si por alguna razón abolimos el completo aparato de condenas penales y reparaciones civiles, todavía deberíamos pensarlo dos veces antes de abolir los juicios en sí mismos. De hecho, una importante razón (aunque no suficiente) para tener el aparato de condenas penales y reparaciones civiles es motivar los juicios en sí mismos. Esto es, poner a las personas bajo presión instrumental extra para que den una explicación decente de sí mismos, con el conocimiento de que al hacer esto normalmente las ayudará a eliminar o reducir la carga de responsabilidad por las consecuencias con las que, de otro modo, podrían cargar”. Y es que, como concluye RICOEUR²⁷, la voz de la justicia penal establece las responsabilidades y coloca a cada protagonista, al agresor y a la víctima, en una relación de justa distancia.

Por ello, la institución de la prescripción del delito tiene que tener una lectura armónica con la Justicia, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, tal y como estipula el artículo 1.1 CE. Y equiparar prescripción con evitación del juicio supone, en sí mismo, una injusticia al añadir al mal físico que se afirma causado por el delito no enjuiciado el daño hermenéutico que conlleva su invisibilización y consiguiente declaración de insignificancia de lo sucedido²⁸. Esta poderosa razón

23. J. TAMARIT, “La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de Justicia Penal”, *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, ed. Comares, Granada, 2012, p. 64.

24. REYES MATE, *cit.*, p. 219.

25. REYES MATE, *cit.*, p. 227.

26. J. GARDNER, “El sello de la responsabilidad”, *Ofensas y defensas*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 210-211.

27. P. RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 617.

28. REYES MATE sostiene que las estrategias teóricas que fundamentan los modelos de olvido han logrado ocultar durante siglos que todo crimen físico necesitaba doblarse en crimen hermenéutico para ser eficaz., *cit.*, p 217

explica que la justicia victimal se desmarque de los modelos de olvido y haga del deber de memoria de lo ocurrido uno de sus baluartes fundamentales.

Una exégesis de la ley que armonice con la significación que la Constitución confiere a la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico justifica admitir que cuando la ley penal estipula que un delito es prescriptible, traslada que el transcurso de determinado tiempo desde la comisión de la infracción hace innecesaria la imposición de la pena, pero no excluye²⁹ que el Juez o Tribunal, tras el juicio y si existe fundamento probatorio para ello, emita una sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

- Una expresión de lo sucedido y, si existe fundamento probatorio para ello, una descripción de los elementos que justifican su ponderación como injusto y la atribución de su pertenencia jurídica a la persona acusada³⁰.
- Una declaración pública de reproche por el injusto causado, afirmando que el daño no viene motivado por el azar o por culpa de terceros o de la propia víctima, sino única y exclusivamente por un comportamiento antijurídico del victimario.
- Una consignación expresa de las personas que han sufrido la victimación, lo que permite su constitución efectiva como víctimas así como su indeclinable individualización.
- Un pronunciamiento explícito de que el daño causado fue injusto y que, consecuentemente, las víctimas tienen derecho a ser reparadas por el victimario. Sería perfectamente factible que, de la misma forma que el Código Penal permite pronunciamientos atinentes a la reparación del daño sin declaración de

29. La consideración de la prescripción como un óbice del enjuiciamiento tendría sentido si el CP concibiera la prescripción como una causa de exclusión de la responsabilidad criminal (es decir, como un supuesto en el que no es posible declarar la existencia de una responsabilidad penal) y no, como lo hace, como una causa de extinción de la responsabilidad penal (como un caso en el que se extingue la responsabilidad criminal declarada). Por lo tanto, la ley procesal reconoce la prescripción como un obstáculo procedimental que impide una decisión judicial sobre el injusto culpable del autor. De esta manera cercena el derecho de las víctimas y el interés de la comunidad en obtener, si hay fundamento probatorio para ello, una declaración pública, emanada de la autoridad dotada de neutralidad institucional, de que los daños causados fueron injustos y culpablemente causados por una o varias personas y, consecuentemente, excluye un pronunciamiento de que los mismos deben ser reparados por quienes los provocaron.

30. La STS 1136/2010, de 21 de diciembre, analizar los problemas que plantea la redacción de los hechos probados en una sentencia que aprecia la prescripción. En concreto, indica las siguientes posibilidades: Identificar en la declaración probatoria el *iter* procesal de la interrupción de la prescripción, haciendo constar exclusivamente el contenido indiciario de los hechos imputados en la denuncia o querrela, sin ningún tipo de declaración de probados de tales hechos; relatar los elementos del tipo objetivo del delito, sin entrar a consignar ni declarar probados los correspondientes al tipo subjetivo del mismo, calificando de esta manera la conducta y estudiando, a continuación, la prescripción; hacer constar como probados aquellos elementos fácticos que sean imprescindibles, sean objetivos o subjetivos, para la calificación jurídica y operar a continuación con los plazos de prescripción y, finalmente, realizar un relato general y completo de los hechos que han quedado probados, en todos sus componentes normativos y descriptivos. La STS se inclina por la tercera opción, considerando que la misma contiene los elementos imprescindibles para la calificación jurídica de la conducta y consiguiente valoración de los plazos de prescripción.

culpabilidad por el injusto penal cometido³¹, la ley penal estipulara que, declarada la culpabilidad por el delito cometido y no siendo factible la imposición de una pena por prescripción, se condenase al autor a la reparación del daño causado³².

En este sentido, la declaración del injusto culpable no seguida de pena (por prescripción) pudiera ser suficiente, en casos de transcurso de un largo período de tiempo desde la comisión del hecho, para satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia y el interés de la comunidad en conocer lo acontecido³³. Desde esta perspectiva, tiene pleno sentido la propuesta del maestro BERISTAIN de diferenciar en el proceso penal dos fases distintas: la primera, denominada *conviction*, tiene por objeto declarar la culpabilidad o inculpabilidad del acusado; la segunda, designada como *sentencing*, se circunscribe, en el caso de veredicto de culpabilidad, a determinar si procede imponer una pena y, en caso afirmativo, cuál es la clase y extensión de la misma, ayudado, a tal efecto, de expertos en ciencias criminológicas y victimológicas³⁴. A este modelo (sin el aporte transdisciplinar referido) se adscribe la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal de Jurado, cuando atribuye al Jurado, conformado por nueve ciudadanos, la competencia para emitir el veredicto de culpabilidad o inculpabilidad –artículo 60– y, en el caso de que el mismo sea de culpabilidad, difiere al Presidente del Tribunal la competencia para, previa audiencia a las partes, decidir cuáles son las consecuencias jurídicas que se asignan al veredicto emitido –artículo 68–.

De esta manera, se diversifican dos perspectivas claramente diferenciadas: el juicio de reproche por un hecho injusto debidamente probado, que tiene por objeto desaprobar la conducta, y el juicio de penalidad, que tiene por finalidad la selección e imposición de una pena que se reputa necesaria.

En aquellos casos en los que la ley penal declara que la infracción penal es imprescriptible (los delitos de lesa humanidad, genocidio, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo determinadas excepciones, y los de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona, según el artículo 131.4 CP), la norma traslada el mensaje de que, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde su comisión, el Juez y Tribunal, si existe fundamento probatorio para ello, además de desaprobar públicamente el delito cometido –neutralizando de esta manera su

31. El artículo 118 CP estipula que la exención de responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, estado de necesidad, miedo insuperable o error no comprende la de la responsabilidad civil, indicando, a continuación, las reglas jurídicas aplicables en tales casos.

32. En el CP vigente no se contiene esta previsión, lo que impide que la sentencia que declare la prescripción del delito condene al acusado a la reparación del daño o perjuicio causado por el mismo. Véase, en tal sentido, la STS 1169/2011, de 11 de noviembre.

33. No debe obviarse que muchos de los que propugnan la imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos no parecen pretender tanto el castigo efectivo cuanto la necesidad de reafirmación jurídica de la dignidad de la víctima como ser humano. Ello podría no impedir la aceptación de la prescripción, siempre y cuando ésta no apareciera como un obstáculo procesal que impidiera un pronunciamiento sobre el injusto culpable del autor.

34. A. BERISTAIN, *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 105.

significado hermenéutico como espacio de dominación de otro— tiene necesariamente que imponer una pena para reafirmar la vigencia de la ley, poner fin al estado antijurídico creado por el delito y crear las condiciones mínimas para su reconstrucción en términos compatibles con los derechos de las víctimas³⁵. Por ello, en tales casos, además de los pronunciamientos anteriormente referidos, se fija la pena imponible.

III.2. Las dilaciones indebidas

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas impone a los Estados organizar su sistema judicial de modo que sus órganos jurisdiccionales puedan garantizar a todos el derecho a obtener una resolución definitiva en un plazo razonable (véase, STEDH de 20 de marzo de 2012, *asunto Serrano Contreras c. España*). La noción de tiempo razonable integra un concepto jurídico indeterminado cuya concreción precisa de un análisis holístico de variables que tienen que ver con la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (por todas, STEDH de 27 de septiembre de 2011, *caso Ortuño Ortuño contra España*). La dilación indebida —un *aliud* respecto a la respuesta tardía— constituye la vulneración de uno de los derechos fundamentales que integran el arquetipo de juicio justo o proceso debido³⁶. Por lo tanto, es un derecho predicable de los sujetos procesales³⁷, tanto el acusado, como la víctima, en este último caso, ora cuando se muestra parte mediante su constitución como acusación particular (artículos 110, 761 y 776 LECrim) como cuando, sin ejercer este derecho, residencia en el Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones de reparación que como afirmada víctima le asisten (artículos 108 y 773 LECrim).

Sin embargo, en el orden penal la lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas únicamente tiene efectos para el acusado, dado que se contempla como una atenuante, artículo 21.6 CP, la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa³⁸.

35. Una reflexión sobre la justicia reconstructiva, M. E. RODRÍGUEZ PALOP, “Justicia retributiva y Justicia restaurativa (Reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción”, *Justicia para la convivencia*, Universidad de Deusto, 2012, pp. 24 y ss.

36. Así, el artículo 24.2 CE reconoce a todas las personas el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; el artículo 6.1 CEDH y 48 CDFUE explicitan que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial.

37. La STS 282/2012, de 18 de abril, admite que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se reconoce a las partes procesales, si bien el Código Penal únicamente reconoce sus efectos a favor del acusado.

38. El artículo 21.6º CP exige, tal y como explicita la jurisprudencia, por todas, STS 794/2011, de 8 de julio, para la apreciación de la atenuante la concurrencia de cuatro requisitos: a) una dilación indebida en la tramitación del procedimiento; b) que esa dilación sea susceptible de ser calificada como extraordinaria; c) que no sea atribuible al propio inculpado y d) que el retraso no guarde proporción con la complejidad de la causa.

La regulación legal no impide colmar el significado de algunos conceptos jurídicos indeterminados —como el carácter indebido, la naturaleza extraordinaria de la dilación y la propia complejidad de la causa— cuya fijación no puede establecerse de forma apriorística, siendo preciso analizar las circunstancias del caso concreto.

...

La existencia de un tratamiento penal específico para el acusado no puede fundamentarse, sin más, en la producción de un perjuicio que se anuda a la pendencia de un proceso³⁹, dado que los efectos emocionales dañinos que se derivan de la duración excesiva de un proceso (la angustia o ansiedad vinculada a la incertidumbre) lo sufren tanto el acusado –que sabe que sobre él pesa una imputación penal– como la afirmada víctima –que conoce que va a tener que prestar testimonio en el juicio narrando lo padecido y aportando claves informativas que pueden fundamentar una condena⁴⁰–. Por lo tanto, el tratamiento de las dilaciones indebidas como una respuesta específica para el acusado ni anida en el carácter de derecho fundamental del derecho a un juicio en un plazo razonable, dado que tal derecho lo comparten todos los sujetos procesales, incluida la afirmada víctima, ni radica en los perjuicios anímicos que una dilatada duración de un proceso causa al acusado pues, el mismo tipo de perjuicio se causa a la víctima. Su justificación tiene que encontrarse en razones que únicamente afectan al acusado y las mismas, a priori, pueden radicar bien en una compensación de la culpabilidad por el hecho injusto debido al mal infligido por la excesiva duración del procedimiento o bien en un debilitamiento significativo de las necesidades preventivas de la pena. Ambas justificaciones han tenido presencia en la jurisprudencia: así, se señala que en estos casos el acusado ha tenido que padecer un sufrimiento innecesario e injustificado a consecuencia de la excesiva duración del proceso, lo que justifica compensar ese sufrimiento con una reducción de la pena de parte de la culpabilidad ya asumida con el mal dimanante de la excesiva duración procedimental (así, SSTS 518/2010, de 17 de mayo y 659/2010, de 18 de junio); pero también se afirma que la dilación indebida de un proceso debilita de forma significativa la necesidad de la pena lo que, en términos de estricta proporcionalidad punitiva, justifica una reducción de la extensión de la pena que se impone (por todas, SSTS 202/2009, de 3 de marzo, 470/2010, de 20 de mayo y 659/2010, de 18 de junio).

A mi juicio es la menor necesidad de la pena para atender a las exigencias de autoafirmación normativa (prevención general) y de desarrollo vital en términos compatibles con la ley penal (prevención especial) lo que justifica que la dilación indebida tenga un tratamiento penal específico que únicamente abarque al acusado sin extenderse a la afirmada víctima, ello a pesar de que, desde una perspectiva constitucional, una duración excesiva del proceso constituye una lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas que asiste a todos los sujetos procesales. Cuando

...

Existe dilación extraordinaria en la tramitación del procedimiento cuando la tardanza sea severa, al superar notablemente los márgenes de duración estándar de procesos similares, sin que pueda tildarse de proporcionada a la complejidad de la causa –pluralidad de partes, multitud de pruebas, necesidad de acudir a la cooperación jurisdiccional internacional etc.–

La dilación es indebida cuando obedece a un deficiente funcionamiento del sistema institucional de Justicia, siendo atribuible al propio inculpaado cuando protagoniza actuaciones procesales directamente encaminadas a prolongar de forma injustificada el procedimiento–.

39. Sin embargo, se refieren a este perjuicio para fundamentar la aplicación de la atenuante las SSTS 1583/2005, de 20 de diciembre, 258/2006, de 8 de marzo y 929/2007, de 14 de noviembre.

40. A este respecto son interesantes las aportaciones de la justicia terapéutica respecto al impacto emocional que el proceso judicial puede producir en los sujetos procesales. Un desarrollo más amplio, I. J. SUBIJANA/I. PORRES, “La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico”, pendiente de publicación.

concorre una dilación indebida existe una menor necesidad de pena, dado que se debilita el interés comunitario en la ratificación de la vigencia de la norma y se diluye la opción rehabilitadora del acusado, lo que legitima una reducción de la intensidad de la reacción punitiva⁴¹. En concreto, se produce una minoración de su extensión temporal que ordinariamente, como atenuante, conllevará la fijación de la misma en la mitad inferior del marco penal legalmente previsto para la infracción cometida (artículo 66.1.1º CP) y, excepcionalmente, cuando tenga el carácter de cualificada y no conviva con ninguna agravante, supondrá una pena inferior en uno o dos grados a la legalmente prevista, atendida su entidad (artículo 66.1.2º CP).

La atenuante, así concebida, no menoscaba las exigencias de la justicia victimal. Primero, porque permite la declaración de culpabilidad del victimario y la imposición al mismo de una pena –exigencias ineludibles para mostrar públicamente la desaprobación por el hecho injusto cometido y la reprobación de su autor–. Segundo, porque justifica la degradación de la pena imponible por la gravedad del hecho atendiendo a razones de necesidad punitiva vinculadas a los objetivos preventivos de la pena.

IV. EL JUICIO JUSTO: MARCO COMÚN PARA EL ACUSADO Y LA AFIRMADA VÍCTIMA

La justicia procedimental confiere especial significación a la justicia como proceso que conduce a una resolución. De ahí que atienda más a cómo se produce la decisión que al contenido de la misma. La percepción de que la resolución se tomó de forma justa, además de poner de manifiesto que se han salvaguardado los derechos e intereses de los sujetos procesales concernidos por lo decidido, incrementa la sensación de confianza de los ciudadanos en las instituciones judiciales, con la consiguiente ganancia en términos de legitimidad y credibilidad. La justicia procedimental convierte en valor el modo y manera en el que se adoptan las decisiones, entendiendo que ahí radica la sensación comunitaria de justicia. Además, y se trata de una perspectiva filosófica⁴², en la articulación del procedimiento se plasman unos valores comunes

41. La STS 665/2012, de 12 de julio, arguye que la reducción del interés social de la condena que haga que la misma resulte desproporcionada es un elemento a ponderar en esta circunstancia pues si los hechos perseguidos no revisten especial gravedad el ingreso en prisión más de una década después de la comisión del hecho resulta constitucionalmente injustificado, tanto desde la perspectiva de la prevención general como de la especial, mientras que cuando los hechos revisten una especial gravedad, por ejemplo, un grave atentado terrorista, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, que puede resultar subsistente en su entidad.

42. Se señala que la conciliación entre la autonomía del individuo y la universalidad no puede encontrarse en la justicia sustantiva, pues existe una pluralidad de visiones y de proyectos de vida que, si no se edifican sobre el menoscabo de la dignidad humana, deben ser respetados. Únicamente la justicia procedimental, se dice, puede permitir un consenso pacífico sobre el modo en el que se deben de tomar las decisiones. Y tal consenso debe cimentarse en una idea nuclear: debe garantizar la participación de todos los involucrados en la toma de decisiones desde la libertad y permitir que quien decide lo haga desde la independencia y la imparcialidad. Sin embargo, la perspectiva procedimental tiene que complementarse con la sustantiva pues, en caso contrario, la justicia únicamente nos ofrecerá criterios para evaluar lo justo o injusto de las situaciones reales que se producen sin ofrecer criterios que determinen si una situación dada es justa o no. Y esta perspectiva complementaria la ofrece la justicia restaurativa que, reconociendo la vigencia de la injusticia pasada y, consecuentemente, el desajuste que ello provoca en el orden vital preexistente, exige el reajuste para el restablecimiento de la armonía y el equilibrio roto por la injusticia. De forma más extensa, REYES MATE, *Tratado de la injusticia*, Anthropos, Barcelona, 2011, pp. 104 y ss.

para sus diferentes protagonistas al posibilitar un marco dialógico en el que unos, las partes, exponen, libremente, las razones contrapuestas que asientan sus peticiones de tutela y otro, el juez o tribunal, resuelve de forma independiente e imparcial y, además, ofrece los argumentos que justifican su decisión.

En el sistema dialogado –entendiendo como tal el integrado por las técnicas restaurativas de mediación, grupo círculo y paneles– la justicia procedimental transita por el pleno respeto a la autonomía de los intervinientes –infractor, víctima y, en su caso, comunidad–. Para ello es preciso que el espacio restaurativo sea un ámbito de comunicación participativa e inclusiva lo que precisa la presencia de:

- Una persona competente como mediadora y facilitadora.
- Un consentimiento informado del infractor y la víctima que no esté condicionado y pueda ser retirado en cualquier momento sin explicación adicional ni justificación específica.
- Una confidencialidad en lo tratado, de forma que ni el facilitador ni los intervinientes en el proceso restaurativo pueden declarar ni aportar información documentada sobre lo tratado, salvo que todas las partes intervinientes de forma expresa dispensen del deber de la confidencialidad⁴³.

En el sistema adversarial, la justicia procedimental está encarnada en el proceso debido o justo, en el que se integran una vertiente institucional –cuyo referente subjetivo es el juez–, otra garantista –cuyo referente subjetivo es la persona acusada–, otra protectora –cuyo referente subjetivo es la afirmada víctima–, y, finalmente, una vertiente simbólica que tiene que ver con el juicio como espacio escénico.

En la **vertiente institucional** el juicio es justo cuando el juez cuando resuelve:

- Está desvinculado de cualquier estructura de poder que condicione o influya en el sentido de su decisión –*valor de la independencia*–;
- Carece de vínculos comprometedores con alguna de las partes –*valor de la imparcialidad subjetiva*–;
- Está ayuno de cualquier interés en lo que se debate o no presenta prejuicios aparentes por su previo contacto jurisdiccional con las fuentes inculpatórias en fases previas al juicio –*valor de la imparcialidad objetiva*–,

43. El artículo 12.1 e) de la Directiva 2012/29, estipula que los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior. Por su parte el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles, disciplina, como excepciones a la confidencialidad de la mediación y de su contenido, al consentimiento expreso y escrito de las partes y cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal. La excepción vinculada a la existencia de un interés público superior plantea problemas exegéticos severos. A nuestro juicio, tiene que diferenciarse la obtención de información sobre delitos cometidos en el proceso de mediación de la captación de información sobre delitos desvelados en el proceso de mediación. Únicamente la primera opción dota de contenido a la excepción, no así la segunda que, de admitirse, pudiera legitimar usos espurios de la mediación, tales como provocar el reconocimiento de la comisión de hechos aparentemente delictivos para, ulteriormente, postular la traslación de lo admitido al ámbito penal.

- Ofrece una justificación idónea y suficiente de lo que decide –*valor de la argumentación*– y
- Decide conforme a las pretensiones promovidas por las partes procesales –*valor del debate*–.

Conforme a estas premisas el juez tiene que ser neutral –es decir, un tercero–, sus resoluciones tienen que contener una motivación racional –es decir, no arbitraria–, y desenvolverse dentro de los términos de lo planteado por las partes –es decir, de forma congruente–.

En la **vertiente garantista** el juicio es justo cuando al acusado:

- Se le presume inocente hasta que un tribunal, tras un juicio público, no declare su culpabilidad fundándose en prueba de cargo suficiente para justificar su convicción –*valor de la presunción de inocencia como regla de juicio*–.
- Es informado, de forma inmediata y comprensible, de la acusación formulada frente a él –*valor de la acusación conocida*–.
- Puede defenderse de la acusación formulada, asistido para ello de un abogado de su elección o, en su defecto, de un abogado de oficio –*valor de defensa*⁴⁴–.
- Puede interrogar a los testigos y peritos de cargo así como practicar, en las mismas condiciones, el interrogatorio de los testigos de descargo –*valor de la contradicción*– y
- Está facultado para recurrir la sentencia que declare su culpabilidad tras un juicio oral y público –*valor de la revisión por un Tribunal distinto*–.

En la **vertiente protectora**⁴⁵, la afirmada víctima tiene derecho a:

- Ser asistida mediante servicios de apoyo especializados e integrales para, entre otras tareas, facilitar la transmisión de la información a las víctimas, la prestación de apoyo a la misma en función de sus necesidades, el acompañamiento durante el proceso y la atención de la misma una vez finalizado el mismo (*el valor de la atención*).
- Ser informada, de forma adecuada, de los derechos que le asisten en el proceso tales como el asesoramiento jurídico, psicológico o social al que puede acceder, de la protección que se le puede dispensar, del derecho a la reparación del daño, de las actuaciones que se ejecutan en el proceso tales como fecha de juicio, contenido de la sentencia, medidas de ejecución de lo resuelto (*el valor de la información*).

44. Como afirma la STC 91/2000, la defensa técnica es un complemento de la autodefensa.

45. En el plano de la Unión Europea destaca la Decisión Marco del Consejo 2011/220/JAI, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001, y la reciente Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En el plano interno, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene las siguientes previsiones: protección (artículos 13, 503, 544bis, 544ter, 680, 713, 731 bis, 759, 773), información-participación (artículos 109, 110, 280, 281, 642, 742, 761, 771, 776, 782, 785, 789, 791, 792 y 797).

- Tener la opción real de participar en el proceso judicial, pudiendo ser oída en las fases de investigación –aportación de fuentes de prueba–, enjuiciamiento –diseño del cuadro probatorio– y ejecución –materialización de lo resuelto– (*el valor de la participación*).
- Ser protegida, evitando contextos favorecedores de la victimación secundaria (reiteración de interrogatorios, ejecución de los mismos evitando el contacto visual directo con el acusado), especialmente si se trata de víctimas vulnerables (creando un espacio de acogida para los menores de edad), así como neutralizando un riesgo definido para la vida, integridad y la privacidad de las víctimas directas e indirectas (*el valor de la protección*).

La **vertiente simbólica** del juicio oral ha sido descrita de forma exquisita por HERNÁNDEZ GARCÍA⁴⁶ en los siguientes términos: “La realización del proceso justo y equitativo, como paradigma de adecuación tanto del acto procesal como de la decisión que le pone fin, depende tanto de la regla aplicada como de la forma en que ésta se aplica. Pocos escenarios como el del juicio oral sirven para patentizar la profunda dependencia de la decisión del modo en que se haya desarrollado el rito que la precede y pocas veces, también, como en el plenario puede observarse con tanta claridad la relevancia del comportamiento de los operadores, en especial de los jueces”. De hecho, que el espacio arquitectónico de la Sala de Justicia traslada una definición ostensiva, dado que su percepción permite diferenciar dos espacios: el activo, denominado estrado, en el que unos actores cualificados desarrollan una tarea pública y el pasivo, destinado al público, en el que los espectadores presencian el juicio⁴⁷. Al hilo de estas reflexiones, cabe sostener que la justicia procedimental, en su vertiente simbólica, tiene que atender, como mínimo, a las siguientes variables:

- La configuración de la Sala de Justicia como un espacio en el que se ejerce una justicia democrática, lo que sitúa en pie de igualdad escénica, tanto a quienes ejercen el poder jurisdiccional, a los destinatarios del mismo y a aquellos en cuyo nombre se ejerce⁴⁸. Por ello, parece escasamente compatible con los valores constitucionales una Sala de Vistas en la que la zona de estrados está más elevada que el espacio asignado a los ciudadanos, pues transfiere un mensaje visual de que el Poder Judicial no sólo está desvinculado de su fuente de legitimación –la comunidad cívica–, de ahí su separación, sino que, además, tiene supremacía sobre él –de ahí su ubicación por encima de él⁴⁹–.
- La ubicación del acusado en la Sala de Justicia que denote que es un sujeto procesal que es tratado como un inocente –no como alguien sospechoso al que se coloca en un lugar específico que lo identifica como tal, el banquillo, creando lo que se ha denominado como una predicción social de culpabilidad, que alcanza

46. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, *84 cuestiones sobre la dirección y publicidad del juicio oral*, Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2011, p. 20.

47. E. PÉREZ LUÑO, “La tarea de juzgar en el Estado Constitucional”, *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá, 2010, p. 82.

48. El artículo 1.2 CE dispone que la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado y el artículo 117.1 CE declara que la justicia emana del pueblo.

49. En palabras de HERNÁNDEZ GARCÍA, refleja una percepción de las relaciones entre ciudadano y poder público marcadas por intensos trazos de verticalidad y de distancia. “84 cuestiones ...”, *cit.*, p. 17.

un máximo potencial difusor con las imágenes del juicio que pueden ofrecer los disímiles medios de comunicación social–, que se defiende de una imputación por sí mismo y el complemento ineludible, en nuestra legislación, de la asistencia técnica de un abogado –con el que, por lo tanto, tiene que tener la opción real de comunicarse en todo momento durante el juicio, tarea no factible si está situado a metros de él–, y que puede hacer interrogar a los testigos de cargo y de descargo y dirigirse en último lugar al tribunal –lo que precisa que, si no conoce el idioma en el que se desarrolla el juicio, tenga un intérprete que le traslade el contenido de lo declarado por testigos y peritos, sin limitarse a ser un medio para que el tribunal conozca los términos de lo declarado por el acusado–.

- El tratamiento de la víctima en el juicio en términos compatibles con su dignidad, con especial mención a las condiciones específicas de acogida-atención y apoyo, atención y protección para las víctimas especialmente vulnerables, en especial los menores de edad⁵⁰.

50. Un desarrollo de esta perspectiva, I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “El proceso penal: los menores de edad en el debate probatorio”, *Revista del Poder Judicial*, 85, 2007, pp. 427 y ss. En el plano legal, a través de lo previstos en los artículos 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim es posible dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, y que sea grabada para una posterior utilización, y asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes. Es legítimo, también, que la exploración se realice evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin puede acudirse a la videoconferencia o sistema técnico similar. En el plano jurisprudencial, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, en sentencia de 16 de junio de 2005, C-105/2003, *Caso Pupino* declara que los artículos 2, 3 y 8 apartado 4 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal debiera interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta; la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso *A.S. contra Finlandia* señala que quien es sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior; la STC 174/2011, de 7 de noviembre, indica que cuando la víctima es menor de edad resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazando su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral. Por lo tanto, la protección de las víctimas menores de edad o especialmente vulnerables justifica evitar la reproducción de interrogatorios que pueden alimentar una victimación secundaria, acudiendo a la grabación de su primera declaración judicial, así como preservar que la misma se realice con la ayuda de expertos o especialistas que eviten daños adicionales derivados del modo de efectuar el interrogatorio. Pero, de forma coetánea, el derecho de defensa del acusado exige que tenga la opción de interrogar, directamente o través de persona interpuesta, a la víctima menor de edad o especialmente vulnerable. Por ello, en los casos en los que la víctima no ha declarado en ninguna fase del procedimiento y ha existido condena acudiendo a testimonios de referencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado que la condena se ha obtenido con vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio (así, SSTS de 20 de septiembre de 1992, 14 de marzo de 2006, 10 de diciembre de 2009, 27 de mayo de 2010 y 10 de noviembre de 2010. Por el contrario, se ha estimado que no ha existido la referida vulneración cuando se reprodujo en el juicio la grabación de la declaración sumarial de la menor realizada ante el Juez de Instrucción, en presencia del Ministerio Fiscal y el Letrado del imputado en la SSTS de 10 de marzo de 2009, 10 de diciembre de 2009 y 9 de enero de 2013. Finalmente, el artículo 24 a) de la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre estipula que, entre otras medidas, los Estados miembros garantizarán que todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en los procesos penales.