

JUSTICIA VICTIMAL. CONTRIBUCIONES Y RETOS

Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA

*Magistrado de la Sala Segunda
Tribunal Supremo*

Resumen: La pena de cárcel, como única respuesta al delito, no constituye ninguna solución para el hecho delictivo. No es solución para la víctima porque queda en el más profundo de los desamparos. No es solución para el infractor porque la cárcel no sólo no rehabilita sino que puede generar más delincuencia, como lo acredita el alto índice de reincidencia. Finalmente, no es una solución para la Comunidad por los altos costes, no sólo penitenciarios. Sólo integrada con otras respuestas no carcelarias, la respuesta prisional permite un abordaje sensato de la delincuencia. Se aboga, por ello, por una justicia que reconozca la existencia de otras instancias reparadoras como: la mediación, el arbitraje, el diálogo víctima - agresor, etc.

Laburpena: Espetxe-zigorra, delituaren aurkako erantzun bakar gisa, ez da konponbidea delitu-ekintzarako; ez da irtenbidea biktimarentzako, babesik gabe geratzen baita; ez da konponbidea arau-hauslearentzat, espetxeak ez birgaitzeaz gainera, delinkuentzia gehiago ere sor baitezake, delitua berriz egiteari buruzko tasa altuak egiaztatzen duen moduan, eta, azkenik, ez da konponbidea komunitatearentzat, kostuak handiak direlako (ez soilik espethekoak). Espetxearen arloko erantzunak espetxeari ez dagozkion beste erantzun batzuekin batuta soilik ematen du bide delinkuentzia zentzuz lantzeko. Hori dela-eta, beste erantzun konpontzaile batzuk badaudela aitortzen duen justizia baten alde egiten da: bitartekotza, arbitrajea, biktimaren eta erasotzailearen arteko elkarriketa...

Résumé : La peine d'emprisonnement, comme la seule réponse à la délinquance, ne constitue pas une solution face au délit. Ce n'est pas une solution pour la victime parce qu'elle reste dans le plus profond des oublis. Ce n'est pas une solution pour l'infracteur parce que la prison non seulement ne réhabilite pas au délinquant mais encore peut générer plus de délinquance, comme le prouve le fort taux de récidence. Enfin, ce n'est pas une solution pour la Communauté à cause des coûts élevés, et pas seulement pénitentiaires. La réponse pénitentiaire seulement permet une approche raisonnable de la criminalité en intégrant cette réponse avec d'autres non carcérales. Pour cette raison, l'auteur défend une Justice qui comprend d'autres mesures réparatrices comme la médiation, l'arbitrage, le dialogue entre la victime et l'infracteur, etc.

Summary: Imprisonment, as the only response to a crime, is no solution for acts of delinquency. It is no solution for the victim because it only leaves that victim in the most complete abandonment. It is no solution for the offender because not only does prison not serve as a form of rehabilitation, it generates further crime, as can be gleaned from the high degree of habitual offenders. And finally, it is no solution for the Community, because of the high costs, not only penitentiary costs. Only if it goes hand in hand with other responses beyond prison sentencing will imprisonment prove to be an effective way of dealing with the problem of crime. Hence our advocating the idea that justice should recognise the existence of other vehicles towards reparation: mediation, arbitration, dialogue between victim and aggressor, etc.

Palabras clave: Prisión, Justicia victimal, infractor, víctima, mediación.

Gako-hitzak: espetxea, biktimekiko justizia, arau-hauslea, biktima, bitartekotza.

Mots clef : Prison, Justice victimale, Infracteur, Victime, Médiation.

Key words: Victimal Justice, justice for criminal offences, crime, victim, mediation.

I. INTRODUCCIÓN

Un recuerdo al hombre que nos ha reunido.

Conocí a Antonio en aquel “*tiempo de silencio*” de la dictadura de Franco. Su voz, alta y clara, resonaba como un grito de libertad en las aulas deustenses donde estudiaba en la década de los sesenta.

Me reencontré con Antonio, aquí, en San Sebastián en el año 1986. Su voz seguía siendo alta y clara en aquel “*tiempo de destrucción*” que azotaba a Euskadi y España por obra del terrorismo de ETA.

In tenebris lux.

Sus singladuras fueron siempre por mares poco transitados: los menores, los drogadictos, los emigrantes, el mundo carcelario, las minorías ...las víctimas de delitos.

Recuerdo mi primera intervención sobre las víctimas de la justicia penal: año 1987. Cuadernos de Extensión Universitaria nº 23, editados –obviamente– por el IVAC-KREI... Y recuerdo mi inicial sorpresa cuando me propuso el tema Antonio, pues fue entonces cuando me di cuenta que la “*víctima*” era un agujero negro en los textos legales y en gran parte de la doctrina científica, y por supuesto en la práctica judicial ...en la que llevaba yo unos cuantos años.

La víctima era la gran ausente de la justicia penal.

Obviamente no siempre había sido así. En los inicios, la víctima, más exactamente la familia de la víctima lo era todo. El Estado permanecía ajeno, y correspondía a la familia de la víctima ejercer la venganza, generalmente mediante la fórmula ojo por ojo y diente por diente.

En un momento posterior, el Estado toma carta en el asunto, interviene y la pena viene a tener el valor de una venganza institucionalizada.

Poco a poco el Estado va ocupando todo el espacio del drama penal y paralelamente se va difuminando la figura de la víctima hasta quedar reducido el delito a una relación exclusivamente entre el Estado y el Infractor, sin presencia de la víctima.

El derecho penal clásico se asentaba sobre dos conceptos fundamentales: el delito y la pena, ambas entidades como categorías abstractas más que conceptos concretos. Fue mérito de la Escuela Positiva la de anclar el derecho penal con la realidad tangible a través de la figura del delincuente.

Delito, Pena y Delincuente fue la trinidad en la que se encerraba todo el saber penal a principios del siglo XX.

Ha sido la Criminología y más concretamente la Victimología las que han completado el cuadro que cierra todo el entramado de relaciones que surgen alrededor del hecho delictivo.

Esta figura es la de la víctima, primera y principal paciente de la acción delictiva, y paradójicamente la más olvidada de los manuales de Derecho Penal y desde luego, de la práctica judicial.

II. CONTRIBUCIONES

Es, relativamente reciente el descubrimiento de la víctima. Hay que recordar que el Primer Congreso sobre Victimología tuvo lugar en Jerusalén en Septiembre de 1973 y allí, ya se acuñó el principio rector de las víctimas en el proceso penal.

“La víctima debe ser el primer beneficiario de la sanción impuesta al condenado”.

Ha tenido que pasar tiempo para que este principio anidara en los textos legales y en la práctica judicial.

Ha sido preciso que el sistema de justicia penal tomara rostro humano, que el delito no fuera solo y exclusivamente una vulneración del ordenamiento jurídico, y la pena de justa retribución por tal vulneración, a imponer al infractor... y la víctima solo el presupuesto previo para la aplicación del *ius puniendi* del Estado. Sin duda, ha sido mérito de la Criminología y de la Victimología el haber contribuido a dar un rostro humano a la justicia penal.

En esta corporización del derecho penal, el delito ya no es un concepto abstracto, sino una situación social que no solo concierne a los operadores del sistema de justicia penal, sino que interpela a toda la sociedad.

El delincuente no es solo el infractor de la norma penal, el sujeto activo de la acción típica, sino una persona concreta de carne y hueso, y la víctima ya no es el objeto-presupuesto para la investigación criminal, sino la principal lesionada con la acción del agresor.

En este escenario, la pena, ya no es la justa reparación o compensación a la vulneración del ordenamiento jurídico, sino que debe tender a reparar y superar el drama penal.

La pena, *versus* cárcel, como única respuesta al delito no es solución al hecho delictivo. No es solución para la víctima porque queda en el más profundo de los desamparos. No es solución para el infractor porque la cárcel no solo no rehabilita sino que puede generar más delincuencia, como lo acredita el alto nivel de reincidencia. Finalmente, no es una solución para la Comunidad por los altos costes penitenciarios, un juicio de faltas, tres por un hurto de menos de 400 €, tiene un costo para el sistema penal tres veces superior a ese importe. Solo la respuesta carcelaria, integrada con otras respuestas no carcelarias permite un abordaje sensato de la delincuencia.

Por decirlo en palabras de otro de los impulsores de la figura de la víctima en el sistema de justicia penal, y que obviamente, ha intervenido esta mañana Raúl Zaffaroni. Tomo de su libro *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediar 2005, p. 7”.

En el proceso penal, el Estado dice que el lesionado es él, y la víctima, por más que demuestre que la lesión la sufre en su cuerpo, o que el robo lo sufre su patrimonio, es ignorado.

Y continúa, por si quedaba alguna duda.

“En otras palabras, si alguien me rompe la nariz y el Estado se digna tomar en cuenta mi denuncia....el sistema penal después de un largo y complicado trámite, se limita a imponerle una pena al que me rompió la nariz, con el argumento de que debe resocializarlo, asustar a los que nunca rompieron narices o reafirmar la confianza pública en el propio Estado....pero el sistema penal....no hace caso de mis protestas si acudo al juez y le expreso mi interés como víctima, como persona lesionada en que me recompongan la nariz”.

La conclusión de este sistema es clara.

El sistema de justicia penal no resuelve los conflictos derivados del delito y la víctima en la mayoría de los casos queda en un total desamparo. Este planteamiento despersonalizado de la justicia penal, nos lleva al terrible brocardo romano: *Fiat iustitia, pereat mundus*.

¿Una justicia que es un fin en sí mismo, al margen del ser humano que es su destinatario? ¿O la justicia debe tener naturaleza medial / instrumental?, en el sentido de que la justicia solucione el fracaso de la convivencia que es el delito y fundamentalmente una justicia que repare a las víctimas.

Una justicia que reconozca la existencia de otras instancias reparadoras del conflicto: la mediación, el arbitraje, el diálogo víctima - agresor.

Esta concepción, llena de personas a la justicia penal y tiene por finalidad repersonalizar tanto al agresor como a la víctima, porque *ambos* necesitan reintegración social.

- a) El agresor por su voluntario apartamiento de las reglas de convivencia y derechos de la víctima, necesita ser reintegrado a la comunidad de la que voluntariamente se separó.
- b) La víctima, porque la agresión que ha sufrido (piénsese en las de tipo sexual) también le ha estigmatizado socialmente y necesita reintegrarse a la Comunidad.

El descubrimiento de la víctima y su protagonismo en el drama penal ha humanizado el propio sistema de justicia, y ha opuesto al *“Fiat iustitia pereat mundus”*, el más cálido y sensato de *“Fiat iustitia mundus ne pereat”*.

El sistema de justicia penal debe ser considerado como una parte del mundo y no como un mundo aparte.

Hay una cierta corresponsabilidad social en el hecho delincuencial y fruto de ello es la idea de solidaridad con las víctimas de delitos violentos que se ha traducido en normas legales.

En España hay que referirse a la *Ley 35/1995* de 11 de Diciembre de ayuda a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual.

Retengo este párrafo de la Exposición de Motivos:

“...La pretensión punitiva del Estado debe acercarse al problema social y comunitario en que el delito consiste para prevenirlo y recuperar al infractor, desde luego, pero además para reparar en lo posible el daño padecido por la víctima....”.

Directiva 2004/80 Comunidad Europea de 29 de Abril 2004.

Art. 1

“Los Estados miembros garantizarán que, cuando se haya cometido un delito doloso violento en un Estado miembro distinto del Estado miembro en donde el solicitante de una indemnización tiene su residencia habitual, éste tendrá derecho a presentar la solicitud ante una autoridad o ante cualquier otro organismo de este último Estado miembro”.

Es el principio de la solidaridad para las víctimas dentro de la Unión Europea, para cualquier víctima de delitos dolosos violentos.

En España, como *precedentes* anteriores a la Ley 35/1995 podemos citar dos:

- Las indemnizaciones a las víctimas del síndrome tóxico del aceite de colza de los años 70.
- Las indemnizaciones acordadas con motivo de la explosión de gas en las Escuelas de Ortuella –Bizkaia– en los primeros años de la década de los 80.

Ambos casos no fueron hechos dolosos sino imprudentes.

III. DOS CASOS CONCRETOS

Unas reflexiones sobre las *víctimas menores de edad*, de delitos sexuales y las *víctimas del terrorismo*.

Víctimas menores

Es obligada la referencia a la Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

Retengo el art. 8-4º:

“Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su derecho”.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - Gran Sala, de 16 Junio 2005.

Caso Pupino: Se trataba de una profesora que castigaba corporalmente a niños de corta edad de su clase y que por tanto eran víctimas de malos tratos. El juez italiano planteó una cuestión de prejudicialidad al Tribunal de las Comunidades Europeas ya que en el art. 392 del Código procesal penal italiano estaba previsto medidas de protección de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual de manera que la declaración fuera extramuros de la audiencia pública y antes de su celebración para salvaguardar los derechos del menor, pero esta situación solo estaba prevista en casos de delitos contra la libertad sexual y no en casos de malos tratos y se interesaba un pronunciamiento sobre el valor de la Decisión Marco de 15 de Marzo 2001.

La decisión del Tribunal fue la de estimar que las normas del derecho interno, en este caso las de Italia, debían interpretarse a la luz de la letra y finalidad de la expresada Decisión Marco con la finalidad de salvaguardar los derechos del menor, lo que suponía en definitiva reinterpretar el art. 392 para extender la protección que dicho artículo brinda a los menores, también en casos que no fueran víctimas de delitos contra la libertad sexual.

En relación al derecho español, nos referiremos simplemente al actual art. 448 de la LECriminal en la redacción dada por la Ley 13/2009 de 3 de Noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la oficina judicial y que con gran amplitud en relación al tema que nos ocupa establece en su último párrafo que:

“...La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba...”.

Es evidente que tratándose de menores de edad el ordenamiento jurídico debe de prever todas las medidas necesarias para evitar una segunda victimización de los menores víctimas a consecuencia de su presencia en el proceso penal, y es obvio que hoy hay una gran posibilidad de acceder a ello dados los medios técnicos, tales como videoconferencia, etc. etc. etc., para sin merma de las garantías del proceso debido y de los derechos del imputado, el menor no sufra las consecuencias de su presencia en el proceso penal en el que ha sido víctima.

Víctimas del Terrorismo

De entrada hay que recordar que en pocos casos como en el terrorismo es tan patente que hay un doble tipo de víctimas: hay una víctima corporal y concreta referida a la persona que ha sufrido la agresión, así como a su familia, pero también hay una macrovíctima que es toda la sociedad en la que actúa el grupo terrorista, que queda macrovictimizada por el miedo y por el terror que producen las acciones del grupo terrorista y por la capacidad de intimidación que genera.

El terrorismo supone el más grave ataque que pueden sufrir los derechos humanos y constituye un verdadero desafío para el Estado, que debe ser eficaz en su lucha pero respetando los derechos del proceso debido para los imputados de delitos de terrorismo sin que en este sentido puedan existir atajos ni excepciones, ni de derecho sustantivo ni de derecho procesal.

Ciertamente el terrorismo es un ataque excepcional a la Sociedad Democrática pero la respuesta debe ser desde el respeto a los principios que se dicen defender, sin ningún decaimiento en el sistema de las garantías propias del proceso debido.

Esas son las rayas rojas que en modo alguno pueden traspasarse, pues si se traspasan se produce la deslegitimación del propio Estado de Derecho y paradójicamente produce el robustecimiento del discurso terrorista que trata de maquillar la atrocidad de sus delitos bajo la pantalla de una pretendida “delincuencia política” que se justifica por la violencia institucional.

En definitiva, a mi juicio, uno de los peores efectos del terrorismo es el contagio de su discurso maniqueo: o se está con el grupo o se es enemigo del grupo y al enemigo previa su cosificación se le extermina.

Recuerdo unas declaraciones de un terrorista de ETA que en relación a un atentado en el que había sido asesinado un funcionario policial dijo que no tenía nada personal contra él. Esta es la coartada justificadora del discurso terrorista, la persona a abatir es un enemigo y como tal está extramuros del microcosmos del mundo terrorista.

El terrorista cosifica al enemigo despojándole de su condición humana y desconociendo su condición de persona con la que, paradójicamente, comparte su misma naturaleza humana. Ignora que el enemigo es una persona a la que no conoce ni quiere conocer. Por ello, el reconocimiento de la condición humana de las víctimas es el paso previo del cambio de mentalidad terrorista.

Es curioso constatar que ha habido una respuesta en sintonía con este discurso perverso y que ha venido envuelta en un aparente cientifismo. Me refiero al derecho penal del enemigo. Enemigo es en esta concepción aquel delincuente que atenta contra los principios fundamentales en los que se asienta la sociedad democrática, está situado extramuros de la comunidad civilizada, extramuros de la polis, y por lo tanto, esta queda legitimada para articular una batería de medidas de excepción para atajar tan grave delincuencia.

Retengo de la STS 829/2006 de 20 de Julio, asunto Guantánamo el siguiente párrafo:

“...Este “derecho penal del enemigo” opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquéllos a los que se consideraría responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de Derecho...”.

“Precisamente esos ataques los convertiría en extraños a la “polis” a la comunidad de ciudadanos y como tal enemigos, es decir, excluido de la Comunidad y perseguidos si es preciso con la guerra. Por ello, las grandes líneas de esta singular construcción se encontrarían en:

a) Frente al derecho penal del hecho –hecho concreto–, propio de la sociedad democrática, el derecho penal del enemigo es un derecho de autor que se centra no en lo que éste haya hecho, sino en lo que pueda hacer en su condición de terrorista.

b) Hay un decaimiento generalizado o anulación de las garantías procesales propias del proceso debido.

c) Las penas previstas para esa actitud –que no los actos cometidos– pues el acento se pone en la puesta en riesgo, son de una gravedad y desproporción que desbordan la idea de ponderación, medida y límite anudados a la idea de derecho, y más concretamente de derecho penal.

Se trata de una construcción jurídica que parte de una contradicción en sus argumentos que contamina hasta la propia denominación de la doctrina. No se pueden defender desde el Estado los valores de la libertad, convivencia, pluralidad y Derechos Humanos, con iniciativas caracterizadas por la vulneración de los valores que se dicen defender”.

El derecho penal del enemigo no es derecho, simplemente es una reacción en clave de venganza, casi de ojo por ojo, que supone la más grave deslegitimación del Estado democrático, y como se ha dicho, tiene la virtualidad además de robustecer el discurso terrorista en la medida que los terroristas se ven confirmados en su condición de “delincuentes políticos”.

En este sentido estimo que reconociendo la excepcionalidad del ataque terrorista, ello puede justificar la existencia de un Tribunal especializado que no excepcional –Audiencia Nacional– ya que sus integrantes acceden al mismo por los mismos cauces que en el resto de los Tribunales y las normas procesales y sustantivas están en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal y no en ninguna Ley especial, Tribunal que concentre toda la delincuencia organizada, nacional o transnacional, y no solamente la de naturaleza terrorista.

Es evidente que en pocos casos como en los delitos de terrorismo se patentiza que la reinserción, es decir la reintegración de la persona a la sociedad, debe de abarcar tanto a la víctima como al agresor, la víctima ha sido marcada y apartada de la sociedad por el azote terrorista y durante mucho tiempo olvidada de la sociedad, el agresor se ha colocado voluntariamente extramuros de la sociedad democrática.

Ambos deben de ser reintegrados a ésta en un proceso largo, claramente individualizado, y como punto central, estimo debe de estar constituido por un encuentro, ciertamente difícil y doloroso entre la víctima y su verdugo, solo la petición de perdón y la compasión por el daño causado repersonaliza –término acuñado por Antonio Beristain– al verdugo y solo la aceptación de ello por la víctima la repersonaliza también permitiéndole, sin olvido, afrontar la vida con libertad, porque de alguna manera *solo desde la libertad se puede conceder el perdón solicitado*, pero en todo caso hay que reconocer que el proceso de cada víctima puede ser diferente y hay que respetar su decisión.

Se han escuchado recientemente declaraciones de víctimas del terrorismo unas manifestándose dispuestas a perdonar tan pronto se lo pidiera el agresor y otras, que en ningún caso piensan perdonar. Hay que respetar ambas posiciones.

En todo caso, lo que me parece obvio es que solo el reconocimiento del dolor causado por los verdugos y por tanto la exteriorización del sentimiento de la compasión, les repersonaliza y les reintegra a la Sociedad de la que voluntariamente se apartaron.

IV. RETOS DE LA JUSTICIA VICTIMAL

A mi juicio, el más relevante, aunque prima facie pueda sorprender, se encuentra en no olvidar que el sistema de justicia penal, el proceso debido, se integra por una serie de garantías a favor, singularmente del imputado. De cualquier imputado.

También del acusado como autor de los más execrables delitos de terrorismo y hay que recordar con Von Liszt que el proceso penal es la Carta Magna del delincuente, y también del delincuente terrorista y en este sentido no hay ni atajos ni rebajas.

El discurso de que con las garantías del proceso debido, se nos escapan los terroristas, es claramente involucionista y supone una falta de fe en los valores democráticos.

Y hay que recordar que: –toda persona entra inocente en el juicio, y es en virtud de la prueba de cargo que allí se practique, salvo los supuestos de prueba anticipada, que podrá salir condenado. Y junto con ello también hay que recordar que todo imputado, toda persona sujeta a una investigación, sigue manteniendo su presunción de inocencia hasta que sea destruida en virtud de sentencia firme.

Por ello es inadmisibile el planteamiento de que “no se nos escape ningún culpable aunque condenemos a algún inocente”.

Para terminar, hay que recordar el conjunto de garantías que constituyen el proceso debido de una sociedad democrática y que patentizan que, sin perjuicio del principio de igualdad de partes en todo proceso, no se puede olvidar que el *status de todo imputado, también del delito de terrorismo, es superior al del resto de las partes* y ello se acredita por estos datos:

1. Todo imputado tiene derecho a guardar silencio y por tanto a no facilitar su condena y a no colaborar con el sistema de justicia en su propia condena.
2. Tiene derecho a contradecir toda la prueba de cargo.
3. Tiene derecho a la última palabra, es lo último que oye el Tribunal, antes de concluir el juicio oral, es lo que quiera decirle el condenado.
4. Tiene el derecho a la presunción de inocencia, es decir no debe de acreditar su inocencia sino que es la acusación la que tiene que presentar las pruebas de cargo.
5. Como regla de juicio y de valoración de la prueba, si el Tribunal no llega a una certeza sobre la incriminación de la persona concernida “*más allá de toda duda razonable*” debe de proceder a la absolución. Es el principio *in dubio pro reo*.

Respecto de este principio nuestro querido Antonio Beristain trataba de superarlo a favor del principio *in dubio pro victima*, es obvio que desde el cariño y del respeto que me provoca su figura no puedo compartir esa novación del principio y que estoy seguro que él la sostenía en clave dialéctica pero no hasta sus últimas consecuencias. No en vano una de las notas más características de Antonio fue su carácter de provocador impenitente.

6. Tiene derecho a la segunda instancia, es decir a que otro Tribunal distinto del que le enjuició y le condenó, verifique la culpabilidad y la pena impuesta de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 10.5º) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Protocolo 7º.

Este es, a mi juicio, el reto del derecho victimal, es decir, la línea roja que no puede sobrepasarse. Hay que situar a la víctima en el lugar que le corresponde en el drama penal pero sin trastocar y sin rebajar el status que tiene el imputado.

Recordando a Radbruch, el reconocimiento de la víctima del delito tal vez no sea suficiente para un derecho mejor que el penal, pero sin duda puede conseguir un mejor derecho penal.