

La protección de las víctimas en el sistema penal

Josep M^a Tamarit Sumilla

Catedrático de Derecho penal (Universidad de Lleida)

Trabajo publicado en “Estudios de victimología”- Actas del I Congreso español de victimología, ed Tirant lo blanch, Valencia 2005.

1. La hora de la victimología

La realización del Primer Congreso español de victimología constituye una buena ocasión para preguntarnos una vez más si es la hora de las víctimas. Treinta años después del I Simposium de Jerusalén, sigue siendo válida la mirada hacia la víctima y la advertencia contra el riesgo de olvidarla o contra la tentación de utilizarla, de manipularla o de, incluso, descargar sobre ella frustraciones o maniobras enderezadas a evitar la vivencia de la culpa.

La figura de la víctima es una rica fuente de paradojas. A la vez que somos objeto de su poder de atracción, ella nos incomoda e interpela. Nos exhorta a desarrollar nuevas sensibilidades y a abandonar la seguridad de ciertos discursos académicos demasiado monolíticos.

Los tiempos que corren son propicios para pensar acerca de la relación entre victimología y memoria. En el esfuerzo por retrotraernos hasta el espíritu fundacional de esta todavía joven disciplina, nos enfrentamos ante el interrogante planteado por diversos pensadores a propósito del modo de hacer filosofía después de Auschwitz¹. A la vista de la conmoción producida por tan extrema experiencia de victimización colectiva y de la posterior evolución de las cosas una posible respuesta a esa pregunta era que no quedaba otra cosa que

¹ Vid. PASTRELLO, M., “Emmanuel Lévinas e l'ontologia della guerra”, en GATTI (ed.), “Il male politico”, Roma 2000, p. 73 ss; o JONAS, H., “Der Gottesbegriff nach Auschwitz. Eine jüdische Stimme”, 1984.

hacer victimología. Así parecen sugerirlo las raíces judías del movimiento victimológico.

Hoy la pregunta que nos asalta es cómo hacer victimología después del día 11 de septiembre de 2001 o, en España, después del atentado de 11 de marzo de 2004. Cuando una y otra vez el terrorismo trata de inocularnos el sentimiento de vulnerabilidad propio de la víctima, ¿cómo no ceder a la tentación de identificarnos con este icono que es el prototipo de víctima inocente, absolutamente fungible, sorprendida por la mala suerte en una estación de tren cualquiera? ¿Cómo no hacerlo en una sociedad reacia a asumir que ciertos hechos no son más que comprensibles como desgracia y que en tanto que tal deben ser “gestionados”? Me pregunto si no es entonces cuando cobra valor esa llamada a una pedagogía del sufrimiento que ha efectuado recientemente Joan Carles Melich en *La lección de Auschwitz*.

Hacer victimología en serio obliga a tomar conciencia también de otros riesgos, como la *tentación de la inocencia* a que ha aludido Pascal Bruckner², el exceso retórico y la victimofilia, que puede inducir reacciones de explotación de la condición de víctima. Tales riesgos no pueden ser rehuidos. Por respeto a las víctimas de verdad, por sentido de la justicia y de la profesionalidad, por consciencia del abismo moral que se abre ante una comunidad de personas infantilizadas que acaricien la idea de autodefinirse como comunidad de víctimas³. Ciertos discursos pro-víctimas pueden resultar contraproducentes para las mismas en la medida que puede favorecer el “etiquetamiento inverso” y por lo tanto la instalación en la victimización o, por otra parte, tener efectos socialmente nocivos si se transmite la sensación, fundada o no, de que sale a cuenta ser víctima. Por ello, en un momento en que algunas campanas que anuncian la hora de las víctimas pueden tener un eco de oportunismo o de

² El filósofo francés se refiere al infantilismo y a la “victimización” como manifestaciones de la “inocencia” entendida como enfermedad del individualismo contemporáneo: vid. BRUCKNER, P., “La tentación de la inocencia”, Barcelona 1996, p. 14-18.

³ Desde una perspectiva psicológica se ha puesto de manifiesto los riesgos de la adquisición y mantenimiento de un estatus de víctima, que puede otorgar al sujeto una identidad pasiva, impidiendo cualquier movimiento que pueda conducir a la salida de la situación. Vid en tal sentido SANCHEZ GONZALEZ, A., “La evaluación psiquiátrica de las víctimas”, en BACA / CABANAS, “Las víctimas de la violencia”, Madrid 2003, p. 124.

insensatez política, cuando no de proclama hostil, se hace preciso y urgente anunciar la hora de la victimología.

Una de las primeras tareas de la victimología, ya sea en el plano científico o en el deontológico, consiste en desvelar lo que subyace a toda llamada pública a las víctimas. Me parecen sugerentes de las múltiples dimensiones de la cuestión las declaraciones de *Nicole Guedj*, Secretaria de Estado de los derechos de las víctimas⁴, sobre el propósito al que obedece la creación de este Departamento en el Gobierno Raffarin: “La idea no consiste en establecer una *República de víctimas*, sino en la puesta en marcha de una política valiente y generosa a favor de las víctimas, corolario indispensable de toda política de promoción de la seguridad de los franceses”.

Estas palabras nos sitúan ante el binomio seguridad-víctimas, frente al que debemos evitar caer en la tentación de las respuestas evasivas. Son evidentes los riesgos inherentes a todo intento de maximizar la seguridad y el bienestar de esa comunidad de víctimas potenciales que somos. Pero el lógico temor que ello nos infunde no debe llevarnos a despreciar la oportunidad de dejar que la preocupación por la seguridad siga siendo patrimonio de las políticas criminales reaccionarias, de modo que estemos en condiciones de superar la etapa en que la criminología (ahí donde se ha autodefinido como crítica) ha dejado huérfana de programa político a una izquierda asediada por los embates del clásico discurso de la *ley y orden* y por las demandas crecientes de una sociedad integrada por gentes cada vez más adaptadas a los grandes o pequeños lujos que proporciona el milagro económico, social y tecnológico del Welfare State, por individuos dispuestos a anteponer sus necesidades consumistas y materiales a los nobles ideales de libertad y justicia. No menos digna de atención resulta otra orfandad, la provocada por una doctrina penal encerrada en la bola de cristal de un discurso dogmático de ribetes endogámicos o, en el mejor de los casos, centrada en una preocupación unilateral por las garantías del imputado y por la preservación del aristocrático privilegio intelectual de poder cultivar una rama del Derecho autobautizada como “Carta magna del delincuente”, como si hubiera

incompatibilidad en el hecho de atender simultáneamente a las diversas dimensiones del problema criminal.

2: Una política criminal orientada victimológicamente: ¿se abre paso una nueva cultura jurídica?

Una política criminal victimológicamente orientada, criminológicamente fundamentada y socialmente avanzada debe ser capaz de hallar los elementos de conexión existentes entre la preocupación por la víctima, por el infractor y por la sociedad. Me refiero tanto a los elementos criminológicos como a los valorativos. Entre los primeros, la victimología permite construir un mensaje integrador que levanta la voz contra los enfoques unilaterales y las dicotomías maniqueas, como las que encierran algunos discursos hoy al uso: por ejemplo, aquellos que proclaman la necesidad de asistir a la víctima *en vez de* tratar al delincuente, como si ambas cosas no formaran parte indisociable de un mismo programa con visión de futuro. La preocupación por las víctimas de hoy no puede hacer olvidar las víctimas potenciales de mañana. Esto es, además de seriedad científica, deontología victimológica, ya que supone preservar el principio de igualdad entre las víctimas y por ende impedir la consagración de clubs selectos de víctimas con capacidad para ejercer como *lobbys*.

A propósito del anclaje valorativo, procede indagar en la fundamentación constitucional del interés del sistema penal por la víctima. Para ello debemos arrancar de la posición preeminente que en la escala de valores ocupa la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, amén de apoyarnos en la posición intervencionista propia de un Estado social, al que no pueden ser ajenas las necesidades de sus ciudadanos. Se ha dicho con razón que las víctimas son además ciudadanos que han sufrido el fracaso del Estado en su obligación, derivada del contrato social, de ofrecerles protección. Por ello, dada que no pueden resultar indiferentes a la sociedad, la atención a las mismas es un mandato que afecta a todos los poderes del Estado. Tales consideraciones permiten rechazar los intentos de vincular decisiones favorables a la atención a las víctimas con políticas de liberalización o privatización del sistema.

⁴ Vid. *Le Monde* de 23 de agosto de 2004.

Hay por lo tanto motivos para sostener la necesidad de un enfoque global y profesional, de racionalizar la demanda social y la exigencia constitucional de atender a los intereses de las víctimas. Frente a la dificultad de que éstas hablen con una sola voz, dispersas en su representación por cuanto diversas son las experiencias, los victimólogos debemos ser capaces de hilvanar un discurso sólidamente fundado científica y jurídicamente, lo cual nos demanda concedernos permiso para pensar. La mirada hacia la víctima reclama un cambio cultural, que siempre es de mayor profundidad que el *mero* cambio legislativo, pues induce una transformación progresiva de la “law in action”. Por ello, en la medida que estemos dispuestos a re-pensar las actitudes de las instituciones, debemos poner nuestro empeño ante todo en el cambio cultural, en la resocialización del jurista y de los distintos operadores del sistema. Al fin y al cabo la ley se interpreta y aplica sobre un “humus” cultural que nosotros podemos abonar. Desconfiemos de las modificaciones legislativas súbitas, de oportunidad. La ley ya cambiará y se adaptará, para lo cual analizaremos después la manera en que deberá hacerlo del modo técnicamente más adecuado.

Vamos a aclarar a que cambio cultural nos estamos refiriendo. No se trata de revisar el dogma de la neutralización de la víctima, sino de desentrañar su sentido profundo. Este se encuentra en la superación de la autotutela, la sublimación y racionalización de los instintos de venganza, la minimización de la violencia, la democratización de la seguridad y la voluntad de impedir la negación de la dimensión humana del infractor y, por lo tanto, los derechos del mismo y el *due process*, el derecho a un proceso justo, amén de la opción a la reinserción social. El sentido no radica en la perpetuación del aparato estatal. El Estado de Derecho, que ha sucedido históricamente al Estado absoluto, edificado sobre la centralización del poder y la conversión de las ofensas contra las víctimas en atentados contra la paz del Rey, debe encontrar contenidos sustanciales y axiológicos que vayan más allá de la monopolización de la violencia por parte del Estado y el argumento de consolución que se limita a apelar al mal menor que ello supone frente a la anarquía punitiva.

El desconocimiento o el desdén hacia esta dimensión pública, colectiva, del problema de las víctimas se basa a menudo en la ignorancia respecto a cuáles son las necesidades fundamentales de éstas, que no son en el mayor número de casos de orden económico, ni tampoco de sed de venganza. La investigación victimológica ha permitido hacer aflorar una gama compleja de expectativas, que varía según la clase de delito, las características de personalidad y la reacción del ambiente de la víctima. Si en ocasiones predomina el deseo de ser escuchadas o de recibir una petición de disculpa por parte del infractor, en otras se reclama simplemente el derecho de ser dejadas en paz. Ni siquiera puede decirse de modo empíricamente fundado que la víctima aspire en todo caso y circunstancia a la justicia a toda costa. Otra cosa es que se distorsione la realidad y se eleven a la condición de opinión pública las emociones desbordadas -quizás no debidamente acompañadas o asistidas- en momentos de tribulación. Una vez más se nos hace presente el riesgo de la adulación de la víctima como forma de manipulación de la misma.

Como primera conclusión podemos afirmar que el monopolio estatal de la violencia no cabe defenderlo ni ejercerlo como fin en si mismo, sino al servicio de la comunidad de víctimas reales y potenciales, la comunidad a cuyos intereses el Estado social de Derecho está llamado a servir. Ante ello la tarea de jurista victimólogo consiste en pensar qué cosas cabe hacer sin detrimento de los principios del Derecho penal, anclados constitucionalmente, y, en las fases previas a que haya recaído sentencia condenatoria firme, de los derechos del imputado, pues no podemos olvidar que esa es la posición del presunto agresor en el proceso, del mismo modo que por otra parte debemos hablar en tales fases de presunta víctima o, en su caso, denunciante.

Nos puede detener la consideración de que dar satisfacción a los intereses de la víctima no constituye el fin primario del proceso penal, pero tal constatación no impide negar que tales intereses sean del todo ajenos al mismo. No hay razón convincente para que la víctima del delito, pese a no ser titular del "ius puniendi", no sea vista como portadora de intereses legítimos distintos al de un por cierto discutido y discutible derecho a castigar. Así las cosas, uno se pregunta si cabe alguna explicación razonable al hecho que el

reconocimiento de una tal posición haya sido objeto de mayor desarrollo en el seno del procedimiento administrativo, en que se ha propiciado, con el impulso de la jurisprudencia del TC, el tránsito del concepto más restrictivo de interés directo al de interés legítimo⁵. La Ley 30/1992 (art 31) admite la existencia de sujetos con interés legítimo distintos a los promotores del procedimiento, pero además cabe recordar que, con carácter general, el art 7-3 LOPJ encomienda a los Jueces y Tribunales la protección de los “derechos e intereses legítimos”, lo cual abre un espacio para incorporar al proceso penal procedimientos y hábitos en los que la experiencia de otras disciplinas jurídicas puede resultar propicia.

3: Permeabilidad del Derecho vigente al discurso victimológico.

Una lectura en clave victimológica del Derecho vigente es posible, aunque con importantes limitaciones. Entre las virtudes de la centenaria LECrim e cuenta la de haber sido en su momento más sensible a los intereses de las víctimas que lo fueron otras leyes procesales del momento y así puede exhibirse como aspectos positivos de la misma, en comparación con las legislaciones del ámbito germánico, la recepción de la *action civil* francesa o la admisión de la acusación particular que rompe sabiamente el monopolio de la acusación del Ministerio Fiscal. A propósito de esta última cuestión, las experiencias de países latinoamericanos me han convencido de la ventaja de esta fórmula frente a la teóricamente más pura más arraigada en el ámbito germánico, dadas los riesgos de control del Ministerio público por parte del poder ejecutivo. También cabe anotar como virtudes las amplias facultades, discutidas a menudo, para el ejercicio de la acción popular e incluso el ofrecimiento de acciones y la encomienda al Ministerio Fiscal de la petición de indemnización a favor de los perjudicados (art 108 y 109).

Su célebre Exposición de motivos muestra una concepción decimonónica que configura el proceso penal como escenario de confrontación, noble, eso sí, pues alude a la “igualdad de condiciones de la lucha”, de modo

⁵ Vid CIERCO SEIRA, C., “La participación de los interesados en el procedimiento administrativo”, Bolonia 2002, p. 146-147.

tal que “el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos contendientes”. La concepción liberal del Derecho y el proceso penal se expresa en algunas frases reveladoras: “En materia penal hay siempre dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho a castigar, y el del acusado, que tiene derecho de defenderse”. En este contexto, la voluntariosa preocupación por la víctima queda ahogada por un sistema que no es capaz de establecer contrapesos suficientes al carácter absolutamente predominante de la persecución *ex officio*, característica técnica del proceso penal español cuya relación con la herencia del sistema inquisitivo es reconocida de modo explícito. Así, a tenor de la citada Exposición, si el sistema acusatorio vendría a ser una manifestación del carácter individualista del derecho, “el procedimiento de oficio o inquisitivo representa el principio social y se encamina preferentemente a la restauración del orden jurídico perturbado por el delito, apaciguando al mismo tiempo la alarma popular”, todo ello en una concepción idealista, en la que la restauración se presume, se da por automáticamente producida, de modo que parecería que el delito afecta más al Derecho como idea que a la convivencia humana como realidad.

Esa Ley centenaria, en su día encomiable en tantos aspectos, es ajena a la evolución social y al contenido axiológico inherente al Estado social y democrático de Derecho de nuestros días, en que el Estado ya no puede ser entendido bajo la presunción irrealista de que representa por sí mismo y de modo automático los intereses sociales a que sirve. No tiene en cuenta el conocimiento hoy existente respecto a la diversidad de intereses de las víctimas, fundamentalmente a los no económicos, y desconoce por completo los mismos en la fase de ejecución, como los desconoce casi la legislación penitenciaria, pese a ser mucho más moderna. Las reformas han sido escasas, muy fragmentarias y no inspiradas en un auténtico programa global. Por ejemplo, la LO 14/1999 introduce un nuevo párrafo en el art 109 LECrim, según el cual el Juez debe asegurar la comunicación a la víctima de determinados delitos de los “actos procesales que puedan afectar a su seguridad”.

También el Código Penal de 1995 admite una lectura victimológica, en mucha mayor medida de lo que hubiera sido posible en el Código anterior. Por

supuesto no me estoy aquí refiriendo a una dogmática victimológicamente orientada que se manifestaría en el ámbito de la interpretación de determinados tipos delictivos o de ciertos elementos del concepto de delito como la imprudencia o el consentimiento⁶, sino a aquellas normas de la parte general del Código que permiten conceder relevancia a la reparación o disminución del daño en la graduación de la pena imponible (art 21-5 CP) o a la hora de adoptar decisiones de gran trascendencia para el penado, como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art 81-3) o su sustitución (art 88). Los tres preceptos citados expresan el mayor avance producido por el CP 1995 en este terreno, que han permitido la puesta en marcha de programas de mediación, frecuentemente mediante la articulación del art 21-5 CP con las normas procesales sobre conformidad, y permitirían todavía un mayor desarrollo del que actualmente se ha dado en la dirección de incentivar la reparación del daño. Así, por ejemplo, la alusión a la disminución de los efectos del delito en el art 21-5 CP da pie a una praxis basada en una concepción amplia de reparación, abierta a prestaciones no dinerarias y a formas de compensación parcial o indirecta; amén de la posible inclusión de formas de justicia reparadora entre las reglas de conducta que cabe imponer en los supuestos de suspensión o sustitución, por la vía de la cláusula genérica relativa a “otros deberes convenientes para la rehabilitación social del penado que no atenten contra su dignidad como persona” (art 83-1,6º CP).

Pero las insuficiencias son también aquí considerables, si se compara el Código de 1995 con las reformas introducidas en otros Códigos penales, entre los que debe significarse el alemán, que, tras la reforma de 1994, ha incorporado una norma específica que faculta al Tribunal para no imponer las penas de prisión no superiores hasta un año si se ha producido compensación entre autor y víctima o reparación.

⁶ De ello me he ocupado ampliamente en “La víctima en el Derecho penal”, Pamplona 1998. Vid referencias a otros trabajos sobre victimodogmática en la doctrina española en BACIGALUPO/BONET/CANCIO/ GARCIA ÁLVAREZ/ TAMARIT, “Comentario a la sentencia nº 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo”, en Revista de Derecho y Proceso penal nº 4, p. 163-186, y DIEZ y GARCIA CONLLEDO / PAREDES CASTAÑÓN, “Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor”, León 2004.

Probablemente el olvido de la víctima es más patente en el ámbito penitenciario, aunque de ello nos ocuparemos con las reformas, que han paliado la situación existente aunque de un modo muy imperfecto⁷.

Vamos en este momento a referirnos a las tareas pendientes de desarrollo legislativo, para lo cual nos centraremos en los aspectos de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, a los que todavía no se ha dado debido cumplimiento en España.

4. La Decisión Marco de 2001: los derechos de las víctimas.

La referida Decisión Marco representa un importante paso adelante en la fijación de un standard común europeo para la protección de los derechos de las víctimas⁸. Estructuramos sus contenidos en cinco bloques que se corresponden con los derechos más relevantes: información, participación, asistencia, protección y reparación.

a) Información:

El derecho a la información sobre la evolución de la causa penal derivada del hecho ilícito sufrido, sobre sus posibilidades de participación en aquella y sobre las consecuencias que del mismo se puedan derivar constituye un derecho que debe gozar de una posición preferente desarrollado en el art 4. Diversas investigaciones han puesto en evidencia que si bien son pocas las víctimas desean asumir la carga de tomar parte en las decisiones que afecten al futuro del infractor, son mayoría las que desean ser informadas sobre las referidas decisiones en la medida que puedan afectarles⁹.

⁷ Me he ocupado con más detalle de la cuestión en Revista General de Derecho penal, nº 1, Iustel, 2004.

⁸ El concepto de víctima de la Decisión Marco es restrictivo, pues se define en su art 1 como la persona física que ha sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la ley penal de un Estado.

⁹ Vid. WILLIAMS,B., "Working with Victims of Crime", London 1999, p. 55.

La posibilidad de que la víctima no esté interesada en recibir información o de que ésta pueda resultar contraproducente para el proceso de elaboración psíquica del hecho no es argumento válido para negar el derecho a la información. Ello ha sido tenido en cuenta por la Decisión Marco, que prevé de modo explícito la dimensión negativa del derecho, eso es, el derecho a no recibir información (art 4-4).

Los amplios contenidos del art 4 DM están en su mayor parte huérfanos de un suficiente desarrollo legislativo. Con todo, nos encontramos ante uno de los ámbitos en los que resulta más factible proyectar las nuevas sensibilidades en el Derecho vigente anticipándose a la reforma del mismo. La Ley no impide adoptar acuerdos entre la Fiscalía y las administraciones de las que dependen los Servicios de atención a las víctimas para que sean éstos los que informen a la víctima en el modo y momento más conveniente. Algunas actuaciones pueden efectuarse desde la propia Administración de Justicia, como las comunicaciones de decisiones que suponen la excarcelación o la salida temporal del centro penitenciario o el levantamiento de medidas de control sobre el infractor, así la concesión de la libertad provisional, la suspensión de la ejecución de penas de prisión, permisos penitenciarios, la progresión a tercer grado o libertad condicional, o las correspondientes decisiones en orden a la imposición y ejecución de las medidas de seguridad. El art 4-3 DM prevé la información a la víctima de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada al menos en el caso que pueda existir riesgo para la misma, pero entendemos que lo procedente, lo que debe sostenerse es la necesidad de establecer un trámite inicial en el que la presunta víctima, previamente asesorada, manifieste si desea o no ser informada, de modo que en el momento oportuno pueda actuarse en consecuencia.

b) Participación:

Los derechos de participación se manifiestan en diversas exigencias. En primer lugar, el art 3-1 DM establece el derecho de audiencia y el derecho a facilitar medios de prueba, derechos cuya realización efectiva puede articularse a través del derecho a mostrarse parte y a constituirse en acusación particular,

en los amplios términos en que ello aparece contemplado en la legislación española.

Más allá de este genérico reconocimiento, el art 3-2 DM impone a los Estados el deber de adoptar medidas a fin de garantizar que la víctima sea interrogada tan sólo en la medida necesaria para el proceso penal. Ello constituye un mandato mucho más exigente en relación con uno de los objetivos de mayor calado en esta materia, la reducción de la victimización secundaria. En este punto, el Derecho español se halla muy lejos de lo previsto en otros Ordenamientos. La reforma de 14 de junio de 1999 se quedó corta al prever la posibilidad de adoptar medidas que impidieran la confrontación visual entre el imputado y la presunta víctima o el careo en caso que ésta sea mayor de edad. En este ámbito cabe mejorar los medios existentes para sacar todo el provecho de esta reforma pero otras realizaciones, como la posibilidad de acordar que la declaración de las víctimas especialmente vulnerables no se reproduzca en el juicio oral si ello, oídas las partes, no se estima necesario para los fines del proceso, exigen una reforma legal¹⁰.

El art 5 DM se refiere asimismo a la reducción de las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del proceso por parte de la víctima, como garantía de participación de la misma. Esta es uno de los contenidos de más difícil concreción de la norma y afecta a exigencias tales como la información en un modo que sea comprensible y la asistencia y asesoramiento, pero tiene también mucho que ver con el cambio de actitud que reclama la cultura victimológica en los operadores del sistema.

Un capítulo fundamental en el referido cambio cultural tiene que ver con el desarrollo de la justicia reparadora. La DM dedica su art 10 a la manifestación hasta el momento más divulgada de este nuevo paradigma, cual es la mediación penal, aunque éste es uno de los aspectos en que la norma europea muestra una actitud más tímida, como refleja el aplazamiento de su entrada en

¹⁰ Vid. sobre la cuestión TAMARIT / VILLACAMPA, "La protección del menor víctima de abusos sexuales en el proceso penal", en TAMARIT, "La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual", Pamplona 2002, p. 138 ss.

vigor hasta marzo de 2006. El diálogo restaurativo supone una concepción radicalmente distinta del modo de entender la participación en el proceso, no sólo de la víctima, sino también del ofensor y de la comunidad. El modo en que se refiere la DM a la mediación, que los Estados son llamados a impulsar, indica una concepción de la misma no como alternativa global sino como complemento del proceso penal formal. Las perspectivas que se abren ante la introducción de prácticas de justicia reparadora en el ámbito penal imponen a los victimólogos la necesidad de estar atentos a los peligros de banalizar tales prácticas o de introducir, al socaire de la apertura de espacios de desformalización, comportamientos esencialmente no restaurativos o que corrompan la idea. Pero no olvidemos que los referidos espacios han llegado a España antes que la cultura reparadora-restauradora. No olvidemos que el instituto procesal de la conformidad ha sido una vía de agua por la que penetran graves vicios en el proceso, por la que juristas formados y socializados en una cultura de la competitividad y la confrontación -y, por qué no decirlo, funcionarios que pueden ceder a la humana tentación de ahorrarse trabajo- ceden al puro y simple regateo. El destino del Derecho como ideal noble y de la justicia reparadora como aspiración a una justicia no ciega sino como mirada humana a la materia humana involucrada en el hecho delictivo se encuentran ahí unidos fatalmente. Creo que podemos pensar en un modo de llevar esa “unidad de destino” a un terreno que sea fructífero para ambos.

c) Asistencia:

La asistencia se proyecta más allá de los estrictos cauces del proceso penal. En todo caso, el art 6 DM obliga a garantizar asesoramiento a la víctima en un sentido integral, que va más allá del mero derecho a la asistencia letrada, pues incluye “cualquier otro tipo de asesoramiento”, referido a “su papel en las actuaciones” La asistencia jurídica gratuita aparece en un segundo plano, pues se halla condicionada a que la víctima pueda ser parte en el proceso penal. Esta concepción integral del asesoramiento resulta muy adecuada, pues abarca la explicación sobre el proceso, sobre su sentido, de modo que la persona afectada pueda familiarizarse con los escenarios con que se va a encontrar.

La asistencia va más allá de la información y del apoyo jurídico y debe abarcar las diversas facetas de orden psicológico, psiquiátrico y social que puedan verse afectadas. En este sentido puede ser un buen camino el emprendido por el Proyecto de Ley sobre protección de las víctimas de la violencia de género, en la medida que sirva para establecer una pauta a seguir en relación con otras situaciones de victimización. Esta proyección multidimensional es uno de los sellos de identidad de la victimología y plantea la necesidad de profesionales con una formación en las diversas disciplinas, básicamente psicológicas y jurídicas, y dotados con habilidades que tienen que ver con la inteligencia emocional. La importante función de los victimólogos en las tareas de asistencia puede ser complementada por voluntariado, que puede intervenir en diversas actividades de acompañamiento a las víctimas, como revela la experiencia de algunos países¹¹. Este es un proyecto que puede promover la Sociedad de Victimología en colaboración con las instituciones e incluso con las Universidades, al objeto de favorecer la participación de estudiantes.

El art 13 DM alude a los servicios especializados que organicen la acogida inicial, el acompañamiento durante el proceso penal y la posterior asistencia. Pese a que la norma no alude a ello, debe tenerse en cuenta la voluntariedad de la participación de la víctima, por lo que los órganos responsables deben abstenerse de toda presión sobre la misma a fin que se someta a los programas establecidos. Estos servicios se pueden ofrecer a través de oficinas públicas o mediante la financiación de organizaciones de apoyo a la víctima. Siendo válidos ambos modelos de actuación por parte de los poderes públicos, deben valorarse especialmente las ventajas que pueden ofrecer las organizaciones no gubernamentales en diversos órdenes. El más importante de ellos es que se encuentran en mejores condiciones de ofrecer confianza a la víctima, considerando que ésta con frecuencia puede tener un modo de vida que la haga recelosa de contactos con entidades públicas, especialmente si

¹¹ A título de ejemplo, en el Reino Unido, el *Victim Support Service*, organización no gubernamental con financiación mayoritariamente pública, que moviliza unos 25.000 voluntarios, o el *Witness Service*, que proporciona asistencia a los testigos que deben acudir a los Tribunales.

son vistas como algo próximo con la policía o incluso con la Administración de justicia. Piénsese, en este sentido, en la vulnerabilidad de colectivos como las personas prostituidas o toxicodependientes. Las entidades no oficiales, en la medida que su actuación esté regida por criterios de profesionalidad y exigencias de calidad pueden también ser acreedoras de mayor confianza en relación con la gestión y difusión de la información.

d) Protección:

El art 8 DM establece el deber de los Estados de proteger a las víctimas en lo que respecta a su seguridad e intimidad, siempre que exista un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar la vida privada. Nos encontramos nuevamente ante medidas no sólo legislativas. Las reformas legales habidas en España atienden a las más importantes necesidades de protección. Así La LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales prevé la posibilidad de acordar que no consten los datos personales en las diligencias, que en las comparencias físicas se imposibilite la identificación visual, que se fije como domicilio para citaciones la sede del órgano judicial, o que se prohíba captar imágenes. También cabe acordar protección policial, nueva identidad y medios económicos para cambiar de residencia o de puesto de trabajo. Estas medidas parecen concebidas para cierta clase de testigos, no necesariamente víctimas de delitos, de modo que pueden quedar fuera de consideración otras necesidades de protección no relacionadas con riesgos graves que requerirían otra clase de atenciones. La DM extiende el derecho a la protección a los familiares de las víctimas o, si procede, personas en situación equivalente¹².

Son necesarios en este terreno protocolos de buenas prácticas e inversiones, al objeto de poder disponer en las dependencias judiciales y policiales, e incluso sanitarias, de espacios de espera reservados a las víctimas, de modo que se reduzca la oportunidad de contactos con el imputado

¹² La citada Ley de Protección de testigos da cumplimiento de un modo amplio a esta exigencia, al referirse por igual al cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad y a los ascendientes, descendientes o hermanos.

y personas de su entorno (art 8-3 DM). Hay también en juego cuestiones de aprendizaje y de sensibilidad por parte de algunos profesionales, respecto al modo de tomar testimonio o de dirigirse a las diversas clases de víctimas, con especial consideración a las más vulnerables.

La protección de la intimidad y de la imagen física de la víctima o sus familiares, a que alude también el art 8 DM, concierne ante todo a la actividad de los medios de comunicación. Nos encontramos aquí ante un terreno poco propicio a una intervención legislativa específica que vaya más allá de la normativa existente de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, por lo que resultan deseables, como complemento de la misma, códigos de buenas prácticas e iniciativas de autorregulación. La actividad de determinadas instituciones protectoras de los derechos de los ciudadanos, como el Defensor del Pueblo y sus equivalentes autonómicos o el Defensor del menor, o de entidades públicas o privadas relacionadas con la actuación de los medios de comunicación, como el Consejo del Audiovisual de Cataluña, puede resultar muy indicada para velar por el debido respeto a los referidos derechos de las víctimas y por una aplicación rigurosa del Derecho vigente.

e) Reparación:

La victimología reclama un concepto amplio de reparación. La reparación penal no puede identificarse con el contenido de la responsabilidad civil derivada del delito, por las siguientes razones:

- abarca también la compensación del daño social producido por el delito, además del ocasionado en las personas singulares perjudicadas, de ahí la apertura a la reparación social o simbólica,
- exige un esfuerzo personal relevante al responsable penal de la infracción,
- atiende a la pluralidad de dimensiones del daño provocado por el delito, por lo que tiene un contenido fundamentalmente no económico,

- incluye un canon de exigibilidad, en virtud del cual se excluyen prestaciones no asumibles por el infractor (principio de la reparación en la medida de la propia capacidad).

En relación con las dos primeras dimensiones de la reparación puede hablarse, respectivamente, de un *valor de resultado* y de un *valor de acción*, susceptibles de compensar, al menos en relación con determinados delitos, una parte del desvalor propio del hecho injusto cometido¹³.

La Decisión Marco adolece de una concepción fragmentaria de la reparación, pues denota una preocupación por los aspectos relativos a la responsabilidad civil derivada del delito. A tenor del art 9 DM, los Estados deben garantizar el derecho a obtener una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción en el marco del proceso penal y en un plazo razonable. En el Derecho español la vía establecida para hacer efectivo este derecho es la acción civil que puede ser acumulada a la penal y cuyo ejercicio compete incluso, según ya se ha señalado, al propio Ministerio Fiscal. El déficit de cumplimiento de tal obligación por parte del Estado español radica básicamente en la insuficiencia de mecanismos que permitan que la indemnización llegue a ser percibida por la víctima en la mayor parte de los casos. La declaración de insolvencia del condenado es el obstáculo con el que tropiezan las legítimas expectativas de las víctimas, ante lo cual debe lamentarse una vez más la escasez de medios con que cuenta la Administración de justicia para conocer e identificar el patrimonio real del condenado y las escasas energías que frecuentemente se destinan a este cometido¹⁴.

La reparación en el Derecho español ha sido objeto de un nuevo impulso por parte de la LO 9/2003, que ha modificado los artículos 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 92 del Código Penal en el sentido de exigir la reparación del daño como condición para la progresión al tercer grado

¹³ Este sería el fundamento dogmático de la atenuación de la pena por reparación, prevista en el CPE en el art 21-5.

¹⁴ La Decisión Marco omite los aspectos relativos a la indemnización pública a las víctimas de determinados delitos.

penitenciario y para la concesión de la libertad condicional del penado. Lo positivo de la reforma es el hecho de haber marcado una tendencia hacia la consideración de los intereses de la víctima en la ejecución, sector del sistema penal en el que hasta el momento aquella se encontraba casi del todo ausente. Sin embargo, ha estado muy desacertada dada la visión reduccionista de la reparación, identificada meramente con la responsabilidad civil derivada del delito, lo cual distorsiona la lógica político-criminal a la que debería haber servido. Además, resulta confusa respecto al ámbito de aplicación e incluye, en el régimen de emergencia establecido para los delitos de terrorismo, una petición expresa de perdón, fuera de todo contexto restaurativo¹⁵. Lo más aceptable, pese a todo, es el 91-2 CP, que introduce un nuevo supuesto excepcional de adelantamiento de la libertad condicional en caso de “participación efectiva en programas de reparación a las víctimas o de tratamiento o desintoxicación, en su caso”, que mejora la situación absurda anterior en que se valoraba más la participación en actos culturales que la disposición hacia la víctima.

Ciertamente puede acometerse el esfuerzo de una interpretación correctora de los defectos que acabamos de apuntar¹⁶, pero la realidad es que nos hallamos ante una reforma no imbuida de auténtico espíritu victimológico y reparador-restaurativo.

5. La reforma pendiente y las políticas necesarias.

Las sucesivas reformas acaecidas en los últimos años, como se ha ido viendo, han modificado parcialmente el panorama en lo tocante a los intereses de las víctimas. Respecto a las últimas reformas, acaecidas en 2003, más allá de los aspectos ya señalados a propósito de la reparación, cabe dibujar un panorama en el que coexisten luces y sombras. En la parte positiva del balance, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha tratado con acierto la renovada pena de trabajos en beneficio de la comunidad, al dotar

¹⁵ De todo ello me he ocupado con mayor detalle en GARCIA / TAMARIT, “La reforma de la ejecución penal”, Valencia 2004, p. 120-125.

¹⁶ Así lo he sostenido por escrito en GARCIA / TAMARIT, ob. cit., p. 122-123.

explícitamente a la misma de contenido reparador, mediante la referencia en el art 49 CP a “labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas”, lo cual convierte esta pena en un espacio propicio para la reparación simbólica o indirecta. Como elementos negativos de la misma Ley Orgánica cabe destacar nuevos olvidos de la víctima, como se pone de relieve en el nuevo régimen de la suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad para drogodependientes (art 87 CP). La elevación del límite máximo de los tres a los cinco años permite extender la suspensión, entre otros, a delitos que pueden tener efectos psíquicos de cierta gravedad sobre la víctima, tales como robos con violencia o intimidación o robos en domicilio o lesiones agravadas del art 148 CP. La ampliación de las posibilidades de conceder la suspensión de la pena de prisión constituía una buena ocasión para abordar cuestiones pendientes, tales como la introducción de reglas de conducta de contenido reparador y, en definitiva, para pensar en términos más amplios la rehabilitación del delincuente.

En el plano de las reformas deseables, además de las de carácter procesal, que surgen de la necesidad de acomodar la legislación a la normativa europea, según se desprende de lo apuntado hasta el momento -para lo que será una ocasión adecuada la ya inaplazable elaboración de un nuevo Código procesal penal-, sería conveniente reconsiderar el régimen de perseguibilidad de determinados delitos como estrategia de reducción de la victimización secundaria y de la victimización terciaria. La ponderación entre los costes del delito y los costes de la pena, que compete efectuar en primera instancia al legislador penal, es una misión que puede también atribuirse al Ministerio Fiscal. La cesión de espacios al principio de oportunidad a gestionar por la Fiscalía se revela como un mecanismo necesario para valorar, en atención a las *a priori* imponderables circunstancias del caso concreto, el conjunto de consecuencias previsibles de la actuación de la maquinaria judicial, en la dirección de lo previsto ya en relación con determinados delitos sexuales en el art 191 o, salvadas las distancias, en el 171-3 CP para facilitar la persecución del chantaje. No se perciben razones que impidan extender a ciertos sectores como, por ejemplo, el de los delitos relacionados con la violencia doméstica, la tarea de ponderación de los intereses en presencia encomendada al Ministerio

Fiscal para los delitos sexuales. En ningún caso ello debería ser entendido como una vuelta atrás en el proceso de extracción de estos conflictos del ámbito meramente privado, en la medida que se encargue tal misión de ponderación al Ministerio público.

Finalmente, una política criminal victimológicamente orientada debe evitar una focalización de la atención en las víctimas reales y atender a necesidades de protección de las víctimas potenciales. La delincuencia violenta reclama esfuerzos en la prevención. Para ello debe propiciarse una política de delicado equilibrio entre los costes de inseguridad que deben soportar los ciudadanos como tributo de convivencia civilizada y los costes que se obliga a soportar a los infractores en la que se tengan en cuenta los avances en los ámbitos criminológico y tecnológico. En tal escenario, el principio de culpabilidad debe ser complementado por el de peligrosidad criminal. Una vez el Estado mejora sus políticas de rehabilitación, y además dispone de mejores recursos tecnológicos, gana legitimidad para intensificar ciertos controles en los casos de personas condenadas por graves crímenes con graves patologías o trastornos de personalidad en las que hayan fracasado los programas de resocialización. Cabría así pensar en la conveniencia de arbitrar medios de control sin privación de libertad en caso de peligrosidad grave tras el cumplimiento de la condena. Los medios para predecir la violencia deben ser puestos a disposición de la Administración de justicia y de los agentes de control social para facilitar la adopción de las correspondientes decisiones. Para ello es fundamental la consolidación de la investigación criminológica y propiciar una actitud de respeto hacia sus resultados. En ello debemos ser claros los expertos si no queremos perder la guerra contra la irracionalidad. No podemos quedarnos con el tradicional, por muy justificado que esté, lamento de no ser escuchados.

Huelga decir que los servicios públicos dedicados a atender a las víctimas son del todo insuficientes, pese a la entrega y trabajo de muchos profesionales, y que la formación especializada no es una tarea que por parte de los responsables de las distintas Administraciones competentes haya sido tomada en general muy en serio.

Por ello quiero dedicar mi última reflexión a destacar la importancia de la formación. La Decisión Marco en su Preámbulo ha puesto de manifiesto la necesidad que las personas que estén en contacto con la víctima reciban una formación adecuada y suficiente, consideración que luego se traduce en un mandato a los Estados para que propicien actividades formativas con especial atención a las necesidades de los colectivos más vulnerables y dirigidas especialmente, aunque no únicamente, a los agentes de policía y a los profesionales del derecho. Este es uno de los grandes retos de la victimología hoy en España, pues la calidad de la atención a las víctimas no puede depender del mero voluntarismo ni de la ciega aplicación de recursos económicos, sino de la existencia de garantías respecto a la solidez del equipamiento humano y profesional de las personas de cuya intervención depende el éxito de los programas que se vayan a implantar.