

El papel de la víctima en el Derecho Penal

Laura Pozuelo Pérez

Daniel Rodríguez Horcajo

Coordinadores



Derecho Penal
y Procesal Penal

EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN DERECHO PENAL

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Vicente Gimeno Sendra (†), catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; director de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo López-Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

En memoria y recuerdo de don Vicente Gimeno Sendra (1949-2020).

EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN DERECHO PENAL

CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA
DANIEL VARONA GÓMEZ
WOLFGANG FRISCH
ENARA GARRO CARRERA
TÀLIA GONZÁLEZ COLLANTES
JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ

COORDINADORES

LAURA POZUELO PÉREZ
DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2021

Primera edición: noviembre de 2021



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición
© De los trabajos, sus autores

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-21-195-1 (edición en papel)
090-21-194-6 (edición en línea, PDF)
090-21-193-0 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2778-7

Depósito legal: M-30153-2021

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRÓLOGO	11
ABREVIATURAS	27
I. El interés de la víctima en la pena del delito. Algunas reflexiones (Carmen Tomás-Valiente Lanuza).....	31
1. Introducción y planteamiento	31
2. Breve apunte sobre el papel de las víctimas en el diseño de la política criminal	35
3. La incorporación de la víctima a las teorías sobre los fines de la pena. Presupuestos teóricos y posibles derivaciones jurídico- positivas	39
3.1 Presupuestos teóricos	40
3.2 Consecuencias jurídico-positivas	45
4. Los derechos de la víctima al castigo del autor en la justicia inter- nacional	51
5. Las facultades de intervención de la víctima en materia de la eje- cución penal del artículo 13 LEV	62
II. El papel de la víctima en un Derecho penal democrático (Daniel Varona Gómez)	73
1. Introducción	73
2. Argumentos en pro de un Derecho penal democrático	75

	Páginas
2.1 «La voz pública ha llegado para quedarse»: Democracia y desarrollo humano	75
2.2 Un Derecho penal eficiente necesitar estar atento a la voz ciudadana	78
2.3. La política criminal como «política»: sobre el sentido de la apelación a un Derecho penal «democrático» en el marco de una democracia deliberativa	79
2.4. Justificación del castigo y consenso ciudadano en una sociedad democrática	85
3. El papel de la víctima en un Derecho Penal Democrático	90
3.1 Las víctimas no deben tener un papel protagonista en el diseño de la Política Criminal	90
3.2 Las víctimas sí deben tener un papel relevante en la aplicación del castigo: los procesos de justicia restaurativa	93
III. Sobre el papel de la víctima en la dogmática del delito (Wolfgang Frisch)	97
1. Introducción	97
2. Sobre el acuerdo de la víctima con la conducta del autor	99
2.1 Acuerdo y consentimiento. Cuestiones fundamentales	99
2.2 Sobre el fundamento de la relevancia jurídica del consentimiento	100
2.3 Sobre los límites del consentimiento válido	103
2.4 Sobre la teoría de los vicios del consentimiento, especialmente en caso de engaño	106
3. Sobre la falta de uso de opciones de autoprotección disponibles para la víctima. La llamada victimodogmática	108
3.1 Líneas básicas, ejemplos y variantes de la perspectiva victimodogmática	109
3.2 El amplio rechazo de las aproximaciones victimodogmáticas en jurisprudencia y doctrina	110
3.3 Vaguedades, omisiones e inadecuación instrumental en la victimodogmática	112
3.4 La problemática material de las posiciones victimodogmáticas	113
3.4.1 Intuiciones fallidas en la trasposición del principio constitucional de necesidad	114
3.4.2 Desequilibrios en la distribución de libertad y cargas en la relación jurídica entre autor y víctima	115

3.4.3	Efectos remotos inaceptables desde la perspectiva político-social	117
4.	La conducta de la víctima que podría completar el comportamiento de terceros hacia la punibilidad. Sobre el trasfondo normativo de la «autopuesta en peligro» impune	118
4.1	Constelaciones de casos, su solución original, el tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia más reciente	119
4.2	Fundamentaciones insuficientes e incompletas y restricciones de la perspectiva de la víctima	120
4.3	Los fundamentos decisivos: la relación jurídica entre víctimas potenciales y autores y la voluntad de las víctimas potenciales	122
4.4	Respuestas a las cuestiones que siguen estando abiertas en la fundamentación de la teoría de la imputación	124
5.	Autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, especialmente en el caso de actividades conjuntas peligrosas	125
5.1	Heteropuestas en peligro consentidas. Líneas básicas	125
5.2	El controvertido tratamiento de las acciones que causan lesiones en caso de actividades conjuntas peligrosas	125
5.3	Primera valoración crítica. La cuestión omitida del orden normativo presupuesto en el tipo	127
5.4	La voluntad de víctimas potenciales en la relación jurídica general. Acciones peligrosas respecto de las cuales es necesaria, en principio, protección	128
5.5	¿La voluntad de los intervinientes como legalización correctora? Límites del derecho de autodeterminación reconocido	129
5.6	¿Eliminación de los problemas por el recurso a la idea de la autopuesta en peligro? Cuestiones abiertas, quiebras y reducciones de la problemática	130
5.7	El verdadero problema: la correcta determinación de la posible legalización por parte de la víctima que participa	132
5.8	El error de la equiparación entre las heteropuestas en peligro y las autopuestas en peligro	133
6.	Resumen y acotaciones generales sobre el papel de la víctima como elemento co-constitutivo del delito	134
IV.	De lo que quieren las víctimas... y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después (Enara Garro Carrera)	137

	Páginas
1. Introducción	137
2. El rol pendular de la víctima en la reacción ante el delito: del todo a la nada y ahora... ¿hacia dónde?	138
3. Expectativas de las víctimas y la realidad del Derecho penal ante la reparación del daño ocasionado por el delito	145
3.1 Presentación	145
3.2 El papel de la atenuante de reparación en la satisfacción de la víctima	148
3.2.1 Fundamento victimológico de la atenuante en la doctrina y en la jurisprudencia: síntesis y valoración crítica	149
3.2.2 La reparación penalmente relevante como conducta estabilizadora de asunción de responsabilidad	159
3.2.3 La voluntad de reparar	162
3.2.4 El esfuerzo por reparar	163
4. Reflexión final	169
V. Víctima, victimidad y violencia de género: un análisis de derecho comparado de la prohibición de acercamiento (Tàlia González Collantes)	171
1. La pena de prohibición de acercamiento a la víctima en España y en Portugal	171
2. Por qué en España se apuesta por el automatismo y se renuncia al mismo en Portugal	172
3. Toma de postura sobre este particular	176
VI. Los efectos de la declaración de impacto de la víctima: propuesta de debate acerca de su incorporación al ordenamiento jurídico español (José Antonio Posada Pérez)	179

PRÓLOGO

I

El seminario anual de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid alcanzó su tercera edición los días 6 y 7 de junio de 2019, siguiendo el mismo formato y espíritu que en las dos anteriores ocasiones. Tras debatir sobre *La culpabilidad* en 2017 y sobre *La crisis del principio del hecho* en 2018, en esta ocasión el tema elegido fue *El papel de la víctima en Derecho penal*. Para ello tuvimos la suerte de contar con las ponencias de los profesores Carmen Tomás-Valiente Lanuza (Universitat de les Illes Balears), Daniel Varona Gómez (Universitat de Girona), Wolfgang Frisch (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg – Alemania) y Enara Garro Carrera (Euskal Herriko Unibertsitatea), y las comunicaciones que resultaron finalistas, las de los profesores Jose Antonio Posada Pérez (Universidad de Sevilla) y Tàlia González Collantes (Universitat de València).

Como en las dos ocasiones anteriores, queremos agradecer a los ponentes y a los autores de las comunicaciones tanto su participación en el seminario, con el interesante debate que generaron a lo largo de las dos jornadas, como la posibilidad de incluir sus intervenciones en el presente libro, que en esta tercera edición se publica en la editorial del Boletín Oficial del Estado, a quien agradecemos su colaboración.

Sobre el tema elegido para este III seminario, resulta innecesario decir que, desde hace tiempo, a los penalistas nos interesa, y en ocasiones nos preocupa, el creciente protagonismo que la víctima ha ido adquiriendo en las últimas décadas. Tras el *olvido* o *neutralización* de que fue objeto cuando el Estado pasó ejercer el monopolio del *ius puniendi* a partir del siglo XVIII, en la

segunda mitad del siglo xx tuvo lugar lo que se denominó como *redescubrimiento* o *resurgimiento* de la víctima, que reivindicaba una mayor presencia de esta en la administración de justicia. Pero, más allá del papel que pueden desempeñar en los delitos perseguibles a instancia de parte, en los supuestos en los que cabe perdón del ofendido o a través de la posibilidad de ejercer la acusación particular, las pretensiones de la víctima han ido estableciendo objetivos cada vez más ambiciosos. Así, se plantea la posibilidad de que la víctima no sólo sea parte en el proceso penal sino, más allá, en el de la ejecución de la pena, pudiendo influir en cuestiones tan relevantes como la concesión del tercer grado o la libertad condicional del condenado. Asimismo, su presencia se ha incrementado en un terreno como es el político-criminal, donde las asociaciones de víctimas aspiran a ejercer de inspiración o guía a la hora de confeccionar o reformar las leyes penales. Por otro lado, se invoca también un supuesto derecho de la víctima al castigo, tratando de incorporar los intereses de esta dentro de los fines de la pena, objetivo también pretendido a través de la reparación del daño en su papel de atenuante de la responsabilidad penal. Y, adicionalmente, se encuentra todavía abierto el papel que la voluntad y el comportamiento de la víctima puede jugar dentro de la estructura de la Teoría jurídica del delito, normalmente en sede de injusto.

Todas estas cuestiones, y algunas más, son precisamente las que se abordan en las diferentes aportaciones que ahora se publican en este libro.

II

En el primero de los trabajos, titulado «El interés de la víctima en la pena del delito. Algunas reflexiones» la profesora Tomás-Valiente Lanuza aborda el papel de la víctima como agente interesado en el castigo, a través del cual se pretende invocar un interés legítimo en cuestiones como la concesión de indulto, del tercer grado penitenciario o de la libertad condicional al condenado por el delito contra ella cometido. Esto es, más allá del papel que la víctima puede ejercer durante el proceso penal, se analiza el papel que podría desempeñar una vez que aquel ha finalizado, durante la ejecución de la pena.

Con este fin, el trabajo aborda en primer lugar el papel desempeñado por las víctimas como agentes en el plano político-criminal, donde la autora critica cómo la identificación emocional con las víctimas de los delitos acaba reforzando la idea de que las penas que se imponen a los delincuentes se entienden como una suerte de compensación al sufrimiento de la víctima, de modo que la no imposición del castigo puede ser considerada como una especie de burla

a aquella, olvidando el papel que el Derecho penal debe desempeñar, presidido por la proporcionalidad y el garantismo.

Entrando ya en la cuestión central del trabajo, la idea de que las víctimas puedan tener cierto derecho al castigo del autor, en el capítulo se aborda cómo desde diversas posiciones doctrinales se ha intentado articular los intereses de la víctima con los fines de la pena, tratando de cohesionar unos y otros. Se parte de que el proceso histórico que condujo a que la reacción frente al delito quedara exclusivamente en manos del Estado apartó a la víctima de cualquier relevancia en la consecución de los fines de la sanción penal; por ello, desde diferentes perspectivas se ha invocado que las teorías de la pena, o al menos una parte de ellas, puedan estar orientadas a la víctima. Tal orientación se articula a través de la idea de que la pena constituye un mensaje comunicativo hacia aquella en la que el Estado expresa su solidaridad con ella y deja claro que la responsabilidad es del autor, y en ningún caso de quien sufrió el delito, confirmando para ella la vigencia de la norma. La principal consecuencia de un planteamiento que buscaría satisfacer la pretensión de la víctima al castigo sería, por un lado, el reconocimiento jurídico-positivo a participar en el proceso penal que podría conducir a la imposición de la pena. Por otro, tras una sentencia condenatoria, a poder decidir sobre cuestiones relativas a su concreta ejecución, como puede ser la suspensión de la entrada en prisión, la concesión de beneficios penitenciarios o la suspensión de la última parte de la condena a través de la libertad condicional.

Destaca la autora cómo el mayor impulso a la idea del derecho de la víctima al castigo del autor ha tenido lugar en el ámbito internacional a través del Derecho penal internacional, la Justicia transicional y el trabajo llevado a cabo por los tribunales internacionales de Derechos Humanos. Así, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera imperativa la eliminación de ciertos límites al *ius puniendi* que puedan impedir el castigo efectivo a los autores de graves violaciones de derechos humanos, como puedan ser los principios de *non bis in idem*, cosa juzgada, derecho a ser juzgado en un plazo razonable o la prohibición de retroactividad. En palabras de Tomás-Valiente Lanuza la jurisprudencia de esta corte «supone el epítome (y como tal ha sido severamente criticada) del peligro inherente a la noción del derecho de las víctimas al castigo del autor: que ello se consiga en detrimento de garantías procesales y materiales del imputado». Por lo que se refiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este viene exigiendo en el ámbito penal una serie de obligaciones positivas a los Estados miembros del Consejo de Europa que se traducen en la criminalización de las vulneraciones más graves de los derechos convencionales, la investigación adecuada de los hechos, la celebración

del proceso cuando dicha investigación arroje indicios de la comisión de un delito, la sanción del delito con penas suficientes y la ejecución de las sanciones, así como en la imprescriptibilidad e imposibilidad de conceder indultos en los delitos de torturas. En opinión de la autora, estas obligaciones no se construyen tanto desde la perspectiva de la garantía de los derechos del reo como desde la protección de los derechos convencionales de las actuales o futuras víctimas. Y se cuestiona si esta construcción del TEDH puede articularse desde la perspectiva de la prevención general, que atendería a las víctimas potenciales o futuras, o más bien se trata de la pretensión de protección penal de los derechos de la concreta víctima de un delito. Abonaría esta última consideración el hecho de que el TEDH sólo interviene a raíz de la demanda interpuesta por el ciudadano víctima de un delito concreto y no, por tanto, de forma ligada a los derechos de las víctimas potenciales. En el mismo sentido, señala la autora que no termina de entenderse la razón por la cual las limitaciones impuestas respecto de la prescripción o el indulto se limitan al delito de torturas, lo que podría llevar a entender que sólo se está teniendo en cuenta el derecho de algunas víctimas a la ejecución efectiva de la pena, pero no de todas.

Por último, aborda Tomás-Valiente Lanuza las facultades de intervención de la víctima en la ejecución penal desde la perspectiva de lo establecido en el artículo 13 LEV. Pese a que tradicionalmente la víctima carecía de cualquier posibilidad de intervención una vez concluido el proceso penal e impuesta la pena, la LEV modifica este escenario al introducir la legitimación activa de la víctima en este ámbito, incluso aunque no se hubiera personado previamente en el proceso. En concreto, legitima a la víctima para recurrir determinadas resoluciones judiciales relativas a la ejecución de la pena de prisión en determinados delitos. Por un lado, los autos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria relativos a la concesión del tercer grado sin tener en cuenta el período de seguridad en caso de delitos de terrorismo, o que permitan la no aplicación del artículo 78 CP relativo al cómputo de la libertad condicional sobre la condena efectiva en lugar de sobre la totalidad de la condena impuesta en la sentencia. Por otro, el auto de concesión de la libertad condicional en relación con determinados delitos, siempre que la pena impuesta supere los cinco años de prisión. Critica la autora cómo esta previsión normativa que, sin duda, casa con las pretensiones de otorgar un mayor protagonismo a la víctima en el ordenamiento jurídico, por un lado, perjudica al reo, que deberá esperar más para obtener una decisión definitiva sobre su situación penitenciaria. Por otro, plantea, en especial, problemas de incompatibilidad con la finalidad de prevención especial positiva que preside el sistema de ejecución penal en nuestro país. Se ha argumentado que el derecho de la víctima a intervenir en ciertos aspectos de

la ejecución penitenciaria es coherente con su derecho a intervenir en el proceso, y que ello no afectaría al monopolio estatal sobre la ejecución de la pena. Pero insiste Tomás-Valiente Lanuza en que el sistema de ejecución penal en España está orientado a la resocialización, y por ello la progresión del reo en su adaptación paulatina a la vida en libertad no debe verse obstaculizada por alegaciones victimales. Por esta vía no sólo no se consigue el objetivo pretendido de dignificar a la víctima, como invoca la LEV, sino que puede conseguirse el efecto contrario si sus recursos son rechazados, lo que será muy probable, máxime cuando han pasado años desde el momento en que se cometió el delito.

III

El segundo trabajo que ahora se publica tiene por título «El papel de la víctima en un Derecho penal democrático», y corre a cargo del profesor Varona Gómez. En el mismo, el autor aborda una interesante crítica a la postura que la doctrina prácticamente unánime mantiene sobre el fenómeno de la, en la conocida expresión de Silva Sánchez, «*expansión del Derecho penal*». Mientras que lo común es asociar el crecimiento de nuestra disciplina a la vinculación entre políticos y ciudadanía irreflexiva (dentro de ella, particularmente el colectivo de las víctimas), y defender, en ese sentido, el «retorno al viejo y bueno Derecho penal» de los expertos, Varona Gómez se muestra de acuerdo con la causa de la exacerbación punitiva, aunque su antídoto es el contrario: el de un Derecho penal más democrático o, más bien, el de un Derecho penal realmente democrático.

El profesor Varona considera que lo propio de un Derecho penal moderno es su fuerte legitimación democrática, por lo que defiende la participación ciudadana en la configuración y aplicación de esta rama del ordenamiento. Esta postura se argumenta tanto desde una perspectiva ontológica como axiológica.

Desde un punto de vista fáctico, parece suficientemente probado que la ciudadanía no va a renunciar a su papel protagónico en este campo. Ello se debe a que se ha producido un paulatino abandono de la deferencia ante la autoridad experta, que en el pasado era indiscutiblemente la competente para tomar decisiones políticas (y político-criminales) complejas. En ese sentido, no resulta razonable mantenerse en un esquema que ya no es aplicable a la sociedad propia de la modernidad. Adicionalmente, y muy relacionado con ello, el Derecho penal de los expertos puede enfrentarse a problemas de efica-

cia, ya que, como últimamente destacan multitud de estudios, el cumplimiento normativo descansa principalmente en la percepción social sobre la legitimidad procedimental y material del ordenamiento, y dicha percepción sería negativa en tanto que los ciudadanos interesados en tomar parte del debate fuesen desplazados en favor de una élite.

Desde un punto de vista ya exclusivamente normativo, Varona Gómez considera que la legitimidad democrática del Derecho penal no puede desvincularse de la participación ciudadana en la configuración del mismo, pues, de eliminarse esta opción, desaparecería correlativamente lo característico del modelo (este Derecho penal «democrático-no participativo» tendría una génesis idéntica a la del ordenamiento punitivo de un Estado no democrático: de espaldas a la ciudadanía y a su posición sobre asuntos de trascendencia penal). En opinión de este autor, la pátina democrática no la ofrecen ni una supuesta delegación en comisiones expertas (que *a priori* devendrían legítimas en tanto que la ciudadanía «renunciase» a su competencia sobre asuntos complejos específicos en favor de grupos de especialistas) ni la intervención a través de representantes políticos. En la medida en que el Derecho penal forma parte del corazón del Estado, debe ser considerado como una materia «indelegable» a expertos, pues de otra manera la democracia no podría diferenciarse de un puro sistema tecnocrático (a diferencia de la posibilidad de ceder a personalidades con conocimientos especiales las decisiones sobre materias no nucleares, donde este procedimiento tecnocrático no restaría –o no restaría demasiado– legitimidad democrática al sistema en su conjunto). Y, debido al déficit de capacidad representativa real del sistema actual, la equiparación de legitimidad democrática y representación política también resulta criticable, pues *de facto* hurta toda reflexión y deliberación al pueblo más allá del sufragio activo periódico. La alternativa a todo ello es la que habilita un «*proceso público de mutuo diálogo, información y deliberación*», que, en opinión de Varona Gómez, sólo se da en el contexto de una democracia deliberativa (con su consecuente vertiente penal: toma en consideración de las opiniones informadas y reflexivas de la ciudadanía en estos asuntos). Y, desde un punto de vista más estrictamente jurídico-penal, el autor también considera que ninguna teoría de la pena puede hacerse cargo realmente de la justificación de dicha institución si no vincula sus argumentos de alguna manera con planteamientos democráticos reales. Esto vale tanto para las teorías de la pena consecuencialistas como para las deontológicas. Si las primeras de ellas pretenden separarse de la exclusiva intimidación, tienen que conectar la eficacia del Derecho penal con una conformidad social «más espontánea», que es la que surge de la coincidencia entre los planteamientos legislativos y las visiones ciudadanas (y esto

es algo que aparece de manera recurrente en gran parte de las posiciones preventivogenerales positivas). Adicionalmente, cualquier teoría de la pena que aspire a su justificación con un discurso deontológico, y muy especialmente aquellas que destaquen la capacidad expresiva del castigo, tiene que tomar en consideración la opinión ciudadana (pues no cabe expresar censura frente a conductas que no son vistas por la sociedad como dignas de ella, ni tampoco exteriorizar una cuantía de reproche no coincidente con la cuantía de rechazo social de un concreto comportamiento considerado como delictivo).

Pero la defensa de un, si se permite la expresión, «Derecho penal democrático-deliberativo», todavía no cierra la discusión acerca de cuál es el papel de las víctimas del delito en el mismo, en la medida en que se trata de ciudadanos con intereses y características especiales. Varona Gómez les reconoce un papel limitado: actores muy secundarios de la política criminal y actores principales de la ejecución de la pena.

En cuanto a lo primero, Varona, que en este punto coincide con las conclusiones de la doctrina mayoritaria, no asume los argumentos de esta: se distancia de las críticas a las teorías de la pena centradas en la víctima (ya que entiende que la pena, aunque no principal ni exclusivamente, tiene que tomar en consideración también el perjuicio personal derivado del delito), no considera a las víctimas como seres exclusivamente emocionales (es decir, no racionales –al menos a la hora de decidir sobre cuestiones de Derecho penal–), y tampoco acepta su equiparación automática con la de movimientos punitivistas. Sin embargo, el autor entiende que la posición de víctima («*el movimiento victimal*»), al menos en un sentido político, no es homogénea ni estable, dejándose de cumplir dos de los *prius* lógicos de un sistema democrático deliberativo: «*la inclusión de todos los afectados y la igualdad de los participantes*». Esto es suficiente para excluirlas, en tanto que colectivo, como participantes protagónicos en el diseño del Derecho penal democrático-deliberativo, sin perjuicio de que puedan intervenir en el mismo en dos niveles diferentes: como ciudadanos-decisores individuales y como sujeto colectivo que tome parte en la dinámica deliberativa (por ejemplo, informando al conjunto de la ciudadanía sobre su perspectiva acerca de cuestiones con relevancia penal).

Por el contrario, las víctimas sí deberían ser especialmente importantes durante la ejecución de las penas, y, en opinión de Varona Gómez, la forma de vehiculizar dicho rol es mediante la institución de la justicia restaurativa. En la misma se produce una reflexión conjunta entre autor y víctima acerca de la solución al conflicto que subyace al delito cometido, constituyendo una aplicación particular del sistema de democracia deliberativa. Aunque el diseño general del modelo penal se haga sin atención a los intereses particulares de las

víctimas, Varona entiende que su aplicación al caso concreto debe dejar un espacio suficiente para que las mismas participen en la solución de un problema que les pertenece, optando indirectamente por una visión menos paternalista en este punto. Por ello, el autor considera muy favorablemente el primer paso que la legislación española ha dado en esa dirección: el artículo 15 LEV.

En resumen, el profesor Varona Gómez sigue profundizando aquí en su defensa de la democracia deliberativa como marco básico en el que debe moverse también la política criminal de un Estado democrático. Ello, sin embargo, no le lleva a una incorporación automática a este modelo de la voz de las víctimas, pues se trata de actores que, al menos cuando toman una forma colectiva (la más frecuente en nuestras sociedades) no cumplen con los requisitos básicos propios de la deliberación real (abierta, neutra, no politizada *a priori*, calmada, ...). En cualquier caso, estos reparos no se reproducen para negar la importancia de la justicia restaurativa, ya que allí las víctimas pueden mostrar sus intereses particulares dentro de un marco que ha sido fijado en términos realmente democráticos.

IV

En tercer lugar, el lector podrá encontrar el trabajo de Wolfgang Frisch, titulado «Sobre el papel de la víctima en la dogmática del delito» y en el que el autor se hace cargo de la vinculación entre la víctima y la Teoría jurídica del delito, partiendo de la premisa de que la dogmática tradicional se ha construido principalmente en torno a la figura del autor.

Un primer instituto que dota de relevancia a la víctima en el contexto de la configuración del delito es el de su consentimiento a la conducta lesiva del autor. El profesor Frisch entiende que el fundamento del consentimiento como causa de justificación (*Einwilligung*) no reside ni en la idea de renuncia a la tutela del ordenamiento, ni en el principio de interés preponderante, sino que se vincula especialmente con la autonomía decisional de los individuos, reconocida constitucionalmente, y que debe ser respetada por el Estado a través, también, de la remoción de ciertas prohibiciones que recaen sobre comportamientos de terceros. Dicho fundamento demarcaría también los límites a su eficacia justificante: el consentimiento no justifica ni el ataque a los bienes de los demás, sean estos colectivos o simplemente ajenos, ni a los objetos propios sobre los que terceros tengan derechos, pues ello es incompatible con una idea constitucional de autodeterminación que, por definición, no puede ser ilimitada ni suponer la injerencia en esferas de autodeterminación ajenas. Tampoco

justificaría, al menos según el ordenamiento alemán, las conductas contrarias al «orden constitucional» y a las «buenas costumbres», pues igualmente suponen límites constitucionales a la autodeterminación individual. Por último, y en opinión del autor, esta fundamentación constitucional del consentimiento es también apta para solucionar de manera más apropiada la cuestión de los vicios del mismo, entendiéndolo que cualquier vicio en la conformación de la voluntad de la víctima (recaiga sobre el bien jurídico o no, medie engaño o no) que implique un no ejercicio de su autodeterminación, debe implicar la no remoción por parte del Estado de ninguna prohibición (mientras que los vicios que todavía permitan hablar de dicha autodeterminación no deben tener efectos de eliminación de los efectos jurídico-penales del consentimiento).

Tras ello, el profesor Frisch se adentra en el estudio de la denominada victimodogmática, es decir, el tratamiento jurídico que debe darse a los «supuestos de hecho, en los que la víctima de un delito podría haberlo impedido, o haber impedido la producción de la afectación típica mediante la autoprotección». En este contexto, el autor se distancia de la corriente doctrinal minoritaria que aboga por eliminar o reducir el castigo del autor en estos supuestos (sea no castigando, sea castigando sólo por tentativa, o sea castigando por un delito consumado atenuado), tanto por la vaguedad y la asistematicidad de este planteamiento, como por la incorrección de los argumentos esgrimidos en su favor. En cuanto a lo primero, Frisch considera que el requerimiento a la víctima de barreras defensivas «factibles» y «exigibles» deja un amplio margen para la divergencia interpretativa, lo cual es problemático desde la taxatividad necesaria en Derecho penal. Adicionalmente, entiende que reconocer una consecuencia extrema a la ausencia de estas autodefensas chocaría con el efecto sistemático que tradicionalmente se ha dado a la imprudencia concurrente de la víctima: de tenerse en cuenta en la determinación de la pena para aminorar la misma, se pasaría a tomarla en consideración para eliminar por completo el castigo (cuando menos, el castigo por el delito consumado). Pero la victimodogmática no adolecería sólo de esos problemas, si se quiere, formales, sino que tampoco se encontraría consistencia suficiente en los argumentos materiales que la sustentan, ya que no parece evidente que en estos casos el castigo sea innecesario (es decir, que se consiga el mismo efecto agregado con la autoprotección de las víctimas que con el castigo a los autores), se respete de manera justa las posiciones de autor y víctima (exigiendo más a esta segunda cuando es el primero el que decide unilateralmente desatender las exigencias del ordenamiento), y se construya una sociedad deseable conforme a un entendimiento racional del ser humano (en la que se podría llegar a transformar el principio de confianza social en uno de desconfianza).

Un tercer punto en el que la actuación de la víctima es relevante a efectos dogmáticos es el campo de la imputación objetiva. En este sentido, Frisch entiende que la fundamentación de la no punición de la intervención ajena en la autopuesta en peligro a través de la negación en estos casos de la imputación objetiva del resultado, tal y como se viene elaborando, es insatisfactoria e infundada. Entiende el autor que la clave para justificar la no punición de estas intervenciones reside en que ninguna persona racional tiene voluntad de prohibir esas conductas con base en el potencial riesgo derivado de su utilización por parte de una posible víctima. Esas conductas «no se conciben como amenazas para la libertad o para los bienes (que debieran ser prohibidas), sino, al contrario, como ampliación de la libertad de aquel al que se ceden esos objetos, etc.». La persona racional, en estos casos, prefiere la autoprotección a la prohibición estatal (optando por esta segunda sólo en los casos en los que los riesgos no sean fácilmente perceptibles o en los que la autoprotección no puede producirse por incapacidad de ciertas personas), y, no existiendo dicha prohibición, no habría ninguna infracción de una norma de conducta que posteriormente se pudiese imputar a alguien. Por el contrario, el profesor Frisch entiende que los escenarios tradicionalmente denominados como de heteropuesta en peligro consentida deben tener un tratamiento diverso a estos primeros, optando por su punición (en tanto que la prohibición aquí no desaparece de manera general) y sólo justificando aquellos supuestos en los que el consentimiento tenga ese efecto de exclusión de la antijuridicidad de la conducta (es decir, optando por castigar entonces dichas heteropuestas en peligro cuando recaigan sobre bienes personales indisponibles).

En fin, el profesor Frisch pone en valor en este trabajo la importancia de la víctima desde una perspectiva dogmática, debido a que su comportamiento, tanto desde el punto de vista concreto como agregado, determina en parte su deseo de protección y, en esa medida, las prohibiciones que establece o debe establecer el Derecho penal. Esto tiene importancia a distintos niveles, pero en todo caso sin desconocerse los límites que el ordenamiento constitucional impone a ese «levantamiento de prohibiciones».

V

El cuarto trabajo que forma parte de este libro se titula «De lo que quieren las víctimas... y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después», firmado por Enara Garro Carrera. En él la autora aborda la reparación del daño, en su función de atenuante, como una institución que puede dar respuesta a una

parte de las reivindicaciones procedentes de las víctimas. Así, destaca Garro Carrera el rol pendular que la víctima ha tenido respecto de la reacción del delito: ha pasado de desempeñar un papel central cuando los conflictos se resolvían de forma privada o, incluso siendo colectiva, de manera desformalizada dentro de grupos pequeños. Posteriormente, el protagonismo de la víctima en el sistema de justicia fue perdiendo peso, al tiempo que se iban diferenciando los intereses públicos y privados a los que daba lugar la comisión de un delito. Hasta que, finalmente, el Estado asumió el monopolio del *ius puniendi*, perdiendo la víctima todo protagonismo, pues la relación pasó a establecerse entre el Estado y el infractor. A partir de la Ilustración, se construye alrededor del infractor, como ciudadano que se enfrenta al poder del Estado, una estructura de garantías y derechos que limita el poder de este último, pero que destierra a la víctima y la excluye prácticamente del conflicto; se la relega al papel de testigo y de destinataria de la reparación del daño generado con el delito.

A partir de aquí Garro Carrera se plantea cómo puede darse dentro de este sistema una respuesta adecuada a la víctima, no sólo en el plano legal, sino también social y asistencial. Respecto del primero, destaca la aportación de la LEV, en especial en lo relativo a la justicia restaurativa, al consagrar el derecho a la víctima a obtener reparación de los daños que le fueron causados. Con esto considera la autora que el péndulo al que antes aludía ha ido oscilando a favor de la víctima, y que los objetivos que reclama pueden conseguirse sin detrimento de todas las garantías reconocidas al infractor. En este sentido, se muestra partidaria de integrar a la víctima en el discurso sobre los fines de la pena, especialmente a través del cauce que proporciona para ello la atenuante regulada en el artículo 21.5 CP, que permite reducir la pena cuando el infractor repara el daño a la víctima.

En cuanto al fundamento de la atenuante de reparación del daño, se distancia la autora de consideraciones que parten de un carácter objetivo de esta circunstancia, esto es, las que consideran que no es relevante la motivación de autor al reparar, bastando con que se cumpla el requisito cronológico (reparar ante del inicio del juicio oral dentro del proceso penal) y sustancial (la reparación del daño o disminución de sus efectos). Respecto del primero señala el posible efecto contraproducente de que la reparación se pueda apurar hasta el límite temporal máximo, pues puede acabar resultando una opción oportunista para el acusado en función de cómo se vaya desarrollando el proceso. En cuanto al aspecto sustancial, critica la autora que los tribunales identifiquen el daño al que se refiere la atenuante con los daños materiales o morales causados a la víctima, pues ello supondría una equiparación con la satisfacción de la responsabilidad civil para poder disminuir la pena. Garro Carrera considera así

errónea una «coincidencia mimética entre el daño civil y el daño al que se refiere al art. 21.5», ya que «ignora de lleno el daño social que caracteriza a cualquier conducta delictiva e induce a admitir un solapamiento confuso entre las responsabilidades penal y civil, aceptando que la compensación de una de las “deudas” (la civil) tenga automáticamente efectos penales». Destaca, en especial, el problema que se plantea cuando se trata de delitos contra bienes personalísimos, donde no cabe una restitución, ni es suficiente con un pago monetario, como puede suceder en los delitos patrimoniales. Asimismo, critica cómo los tribunales y, en especial, el Tribunal Supremo, no atienden suficientemente al significado y alcance de la reparación parcial o a las circunstancias del infractor, de modo que cabría entender, en su opinión, que, según sus circunstancias económicas, aquel pueda «comprar» la rebaja penal. Considera también criticable que se acepte para la atenuación que el infractor consigne una cantidad antes del juicio no para reparar el daño de forma incondicional e irrevocable, sino para garantizar el pago de una eventual responsabilidad civil. En opinión de la autora estos supuestos constituyen una «práctica descarnada, consistente en premiar con una rebaja de pena al sujeto que, en lugar de cometer un delito de alzamiento de bienes, se limita a cumplir con una obligación.»

Para Garro Carrera el fundamento de la atenuante del artículo 21.5 CP se basa en la reparación penalmente relevante como conducta estabilizadora de la asunción de responsabilidad. Pero optar por un modelo de relevancia de la reparación que está condicionado a que la conducta postdelictiva del infractor pueda conectarse con una menor necesidad de pena, le obliga a posicionarse acerca de la concreta teoría justificativa de la pena por la que se decanta, y cómo encaja en ella la reparación del daño. Y responde a ello afirmando que si desde la prevención general positiva se entiende que la pena es un instrumento estabilizador tras la comisión del delito, como un mal que «repara» comunicativamente la conmoción creada por el delito, del mismo modo la circunstancia postdelictiva de reparación del daño opera como un equivalente funcional de la pena: quien toma la iniciativa de reparar el daño ocasionado con el delito contribuye a lanzar el mismo mensaje que se atribuye a la pena, aplacando la perturbación ocasionada por la infracción. Pero para ello no bastará con la reparación en sí, sino con el valor que se le atribuya a la conducta de quien repara, que ha de poder ser percibida, intersubjetivamente «como una acción decidida, esforzada e irrevocablemente comprometida con la aminoración del daño».

Para poder dotar de relevancia penal a la reparación entiende Garro Carrera que resultan claves tanto la voluntad de reparar como el esfuerzo por reparar. Respecto de este último admite que está ausente en la redacción de la atenuante, pero considera que es uno de sus elementos esenciales, pues sólo

así puede evitarse el indeseable resultado de que puedan verse beneficiados de la rebaja de la pena solamente quienes se encuentran en mejor situación económica. Por eso entiende la autora que la reparación ha de suponer una conducta valiosa y meritoria, con independencia de que se consiga la compensación total o parcial de la deuda civil. Así, entiende que «es sólo una conducta creíble y comprometida la que está en condiciones de expresar un *actus contrarius*, un mensaje revocador de asunción de responsabilidad que pueda operar como equivalente funcional de la pena».

VI

En último lugar (como siempre, «*last but not least*») se publican las dos comunicaciones que resultaron seleccionadas de entre las diez que se presentaron en plazo, siguiendo también su orden de exposición.

La que se discutió el primer día del seminario fue presentada por la profesora González Collantes, y tiene como título «Víctima, victimidad y violencia de género: Un análisis de Derecho comparado de la prohibición de acercamiento». En ella, se realiza una crítica a la regulación contenida en el artículo 57.2 CP, por el cual la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima resulta de imposición obligatoria en los supuestos de violencia de género y doméstica. Esta opción contrasta con la del legislador portugués (art. 152.4 CP portugués), que, en estos mismos supuestos, opta por un sistema de imposición facultativa de dicha pena, atendiendo de manera holística, según la interpretación generalizada de ese precepto, a la gravedad del delito cometido, la peligrosidad criminal futura del autor y la voluntad de la víctima.

En opinión de la autora, el precepto español merece críticas tanto político-criminales como constitucionales. Con relación a las primeras, el artículo 57.2 CP resulta rechazable porque incurre en una «comprensión estereotipada de los sujetos activo y pasivo del delito, en términos de victimario peligroso y víctima pasiva». Ello hace que, por lo que respecta al autor del delito, el legislador español opte también aquí por una presunción de peligrosidad futura del mismo, muy vinculada, como destaca González Collantes, con la aproximación actuarial a este fenómeno. Con relación a la víctima, esta regulación la presupone como necesitada de intervención paternalista estatal lo que implica de manera indirecta la desconsideración hacia su autonomía personal. Por el contrario, la autora entiende que estas críticas desaparecerían si la regulación diese primacía a la decisión autónoma de la víctima, permitiéndose exclusivamente la desatención de su deseo personal en caso de que un

análisis individualizado de la peligrosidad del autor aportase motivos fuertes para imponer, contra el criterio de la víctima pero en su interés, esta pena accesorio.

Desde un punto de vista constitucional, González Collantes destaca la vulneración por parte del artículo 57.2 CP del principio de proporcionalidad en materia penal. Esta norma no cumpliría al menos con dos de los subcriterios que el propio Tribunal Constitucional ha puesto en valor en esta sede: necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este precepto desatiende el criterio de su necesidad en tanto que prevé la imposición automática de la pena accesorio de prohibición de aproximación a la víctima, sin valorar que la misma sea o no requerida por la peligrosidad criminal del autor (por tanto, impidiendo que la prohibición no se imponga aunque quede probado que el fenómeno de violencia fue puntual y que no existe probabilidad de repetición). Y tampoco resultaría compatible con la idea de proporcionalidad en sentido estricto porque la automaticidad del artículo 57.2 CP opera con relación a todos los delitos de violencia de género y doméstica, grupo de conductas típicas muy heterogéneo en el que se agregan hechos disvaliosos de muy distinta intensidad y que, por tanto, requeriría de consecuencias jurídicas también graduadas.

Por todo ello, y en resumen, González Collantes aboga en esta comunicación por la modificación legislativa en España, sirviendo para ello como ejemplo tanto la regulación portuguesa sobre el particular como su interpretación doctrinal y jurisprudencial.

El segundo día de seminario se presentó la comunicación de José Antonio Posada Pérez titulada «Efectos de la declaración de impacto de la víctima: propuesta de debate acerca de su incorporación al ordenamiento jurídico español». En ella el autor aborda una figura, la «declaración de impacto a la víctima», que ha sido incorporada en los ordenamientos de algunos países de nuestro entorno y que consiste en una oportunidad que se otorga a la víctima para explicar en el proceso cómo le ha afectado el delito. En esa declaración se tiene en cuenta el daño sufrido en sentido amplio, abarcando aspectos físicos, psicológicos, emocionales y económicos, así como el tratamiento al que puede haber tenido que someterse la víctima o la afectación a sus allegados. Uno de los aspectos más controvertidos de esta declaración, como recoge el autor, es que, según cómo esté regulada en el concreto ordenamiento, puede llegar a influir en la condena del autor, directamente o indirectamente.

A favor de su inclusión en el ordenamiento español se esgrimen los argumentos de que este tipo de participación de la víctima puede favorecer la consecución de objetivos como la retribución, disuasión y rehabilitación, constituyendo asimismo un mecanismo que dignifica a la víctima y contribuye a su

bienestar, incluso emocional. En contra, se invoca que la incorporación del componente emocional que aporta la víctima puede ser contraproducente en la toma de decisiones por parte del tribunal o que puede hacer pensar que el delito es más una ofensa a la víctima que al Estado. Una parte central del debate, como señala el autor, se ha centrado en la efectividad de la declaración del impacto de la víctima como parte de su proceso de recuperación, aspecto sobre el que no hay consenso en los estudios de carácter empírico que se han llevado a cabo, que arrojan resultados de muy diferente tipo.

Con todo lo anterior, Posada Pérez concluye que la inclusión de la declaración de impacto de la víctima en nuestro ordenamiento podría acarrear más problemas que soluciones. Considera necesario dar una respuesta al aislamiento histórico que ha padecido la víctima, pero sin que ello suponga otorgarle un peso excesivo en las fases del proceso, condena y ejecución. Aunque la víctima necesite recuperar su equilibrio emocional, esto no sólo no es la finalidad del proceso penal, sino que la introducción del componente emocional puede estorbar la labor del órgano judicial en su función de valorar y enjuiciar objetivamente los hechos.

VII

Con esto como aperitivo, y a medida que el lector se vaya adentrando en el contenido de cada capítulo de este libro, se entenderá la felicidad que supone para nosotros haber coordinado el seminario y su obra final, así como haber prologado la misma. En cualquier caso, todo ello no es más que otro fruto del trabajo del Área de Derecho penal de la UAM en su conjunto, que ha sido y sigue siendo un contexto fructífero para la discusión y el crecimiento académico y personal. A este Área, desde hace muy pocas semanas, le falta un componente clave al que nos gustaría poder dedicarle esta obra. Porque el Profesor Jorge Barreiro ha sido un engranaje especialmente importante para que este grupo sea hoy como es, le debemos, como poco, este reconocimiento en el que se mezclan a partes iguales sentimientos de admiración, de agradecimiento y de profundo dolor.

Madrid, a 14 de abril de 2021

LAURA POZUELO PÉREZ
DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Superior del Estado federado de Baviera)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafrecht (Decisión del Tribunal Supremo Federal alemán en materia jurídico-penal)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán)
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<i>cfr.</i>	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
cit.	citado(a) en
<i>CL&Ph</i>	<i>Criminal Law and Philosophy</i>
coord./coords.	coordinador(a)/es(as)
CP	Código Penal español
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
dir./dirs.	director(a)/es(as)
ed./eds.	editor(a)/es(as)
<i>EPC</i>	<i>Estudios Penales y Criminológicos</i>
<i>et al.</i>	y otros(as)
FJ	Fundamento Jurídico
FS	Festschrift (Libro Homenaje)
<i>GA</i>	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
GG	Grundgesetz (Constitución alemana)
<i>IJSL</i>	<i>International Journal of the Sociology of Law</i>

■ EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL

<i>IRV</i>	<i>International Review of Victimology</i>
<i>JA</i>	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
<i>JR</i>	<i>Juristische Rundschau</i>
<i>JuS</i>	<i>Juristische Schulung</i>
<i>JVP</i>	Juez de Vigilancia Penitenciaria
<i>JZ</i>	<i>Juristische Zeitung</i>
<i>LECrim</i>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<i>LEV</i>	Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito
<i>LK-StGB</i>	<i>Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
<i>LO</i>	Ley Orgánica
<i>LOGP</i>	Ley Orgánica General Penitenciaria
<i>LOPJ</i>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<i>LORPM</i>	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor
<i>MDR</i>	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
<i>MF</i>	Ministerio Fiscal
<i>MüKo-StGB</i>	<i>Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
<i>n.</i>	Nota a pie
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>núm.</i>	Número
<i>NSiZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
<i>n. m.</i>	Nota marginal
<i>OLG</i>	Oberstes Landesgericht, (Tribunal Superior de un Estado federado alemán)
<i>öStGB</i>	Österreiches Strafgesetzbuch (Código penal austríaco)
<i>p./pp.</i>	página/s
<i>passim</i>	en toda la obra
<i>RADPP</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal</i>
<i>RD</i>	Real Decreto
<i>RDPC</i>	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i>
<i>RECP</i>	<i>Revista Española de Ciencia Política</i>
<i>RECPC</i>	<i>Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología</i>
<i>REIS</i>	<i>Revista Española de Investigaciones Sociológicas</i>
<i>RGDP</i>	<i>Revista General de Derecho Penal</i>
<i>RGSt</i>	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Decisión del Tribunal Supremo del Imperio alemán en materia jurídico-penal)
<i>RP</i>	<i>Revista Penal</i>
<i>ss.</i>	siguientes
<i>SAP</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>SK-StGB</i>	<i>Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>StGB</i>	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>StV</i>	<i>Strafverteidiger</i>
<i>TC</i>	Tribunal Constitucional

TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
<i>vid.</i>	véase
vol./s.	volumen/es
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

I. EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA EN LA PENA DEL DELITO. ALGUNAS REFLEXIONES

CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA*

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

En su temprano auto 373/1989, de 3 de julio –por el que inadmite a trámite el recurso de amparo presentado por dos ciudadanos contra la resolución de una Audiencia Provincial que les denegaba la posibilidad de recurrir un permiso penitenciario concedido al autor del asesinato de su hija, frente a quien en su día habían ejercido la acusación particular–, el Tribunal Constitucional se expresa en términos tan contundentes como estos: «este segundo aspecto, el del cumplimiento, sus modalidades, incidencias y modificaciones *escapa al interés de quien fue acusador particular en la causa de la cual deriva la pena, en la medida en que el derecho a castigar (ius puniendi) lo ostenta en exclusiva el Estado* y, por lo tanto, es a éste, a través de los órganos competentes, a quien corresponde determinar cómo dicho castigo ha de cumplirse, siempre con respeto, claro está, al principio de legalidad, por lo que *las decisiones que a tal fin se adopten no afectan en modo alguno a los derechos e intereses legítimos de quien en su día ejercitó la acusación particular*». En consecuencia, entiende el Tribunal, dicho precepto y la resolución que lo aplicó «no han podido vulnerar el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de

* Profesora de Derecho Penal. Universidad de las Islas Baleares.

los recurrentes, *por la sencilla razón de que éstos no ostentan ningún derecho ni interés legítimo en el cumplimiento de la pena en su día impuesta*¹.

Casi veinticinco años después, no menos contundente se mostraba la Sala tercera del Tribunal Supremo (en sentencia de 20 de febrero de 2013) al argumentar la legitimación activa de la víctima para recurrir el decreto de indulto *ex artículo 19.1.a) Ley 29/1998*, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa². Partiendo de que los recurrentes habían ejercido previamente la acusación particular en el proceso que originó la condena, y que habían sido oídos en el procedimiento administrativo preparatorio de la concesión, entiende la Sala que «no es posible negarles ahora su aptitud para este proceso, tan estrechamente vinculado a los anteriores en su génesis y justificación, pues tan concernidos están aquí sus intereses como lo estuvieron en el proceso penal y en el procedimiento administrativo seguido en el Ministerio de Justicia». De modo especialmente interesante, añade la Sala que «si la víctima tiene interés en la condena también lo tiene en el perdón y en su contenido, pues si aquélla *satisface moralmente un interés personal que justifica la legitimación* y así lo reconoce la Ley, el perdón no puede dejar de producir ese mismo efecto procesal por la razón contraria». Y concluye que «[...] lo que no es ajeno a la víctima es que, ya que ha de aceptar el perdón público, éste se ajuste a lo previsto en la Ley y no se extienda más allá de los límites que ésta impone, pues si se concede la gracia extramuros de la Ley, *ese interés que justificó su presencia en el proceso penal sería completamente burlado*», y es ese mismo interés el que «justifica su presencia» en el proceso de revisión del indulto³.

Las obvias diferencias entre la concesión de un permiso de salida en sede de ejecución de la pena y el acto esencialmente discrecional de indultar contribuyen pero quizás no basta para explicar la (al menos aparente) radical discrepancia de enfoque entre una y otra resolución. Y por más que la contundencia del TC en rechazar cualquier interés de las víctimas en la ejecución de la pena pueda deberse en parte al tipo de recurso que se sustancia y la «radical» pretensión que se ventila (un amparo en el que se solicita nada menos que el reconocimiento de la intervención de la víctima en la ejecución penitenciaria como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y la anulación vía autocuestión de inconstitucionalidad de la DA 5.ª5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que constreñía al Ministerio Fiscal y al interno la legitimación

¹ La cursiva es nuestra.

² El precepto otorga legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a «las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo».

³ Las cursivas son, de nuevo, nuestras.

para recurrir en esta materia), lo cierto es que la idea del Tribunal parece ser la de que no solo no está en juego el derecho del artículo 24 CE, sino que carecería de todo sentido (también para el legislador ordinario) reconocer a la víctima facultades de intervención en la fase penitenciaria, sobre la que no ostenta ningún un interés legítimo. Todo lo contrario, pues, de lo sostenido por el TS, que formula como una secuencia lógica inapelable la idea de que el interés legítimo en la condena implica el interés igualmente legítimo en su cumplimiento, y lo hace, además –cosa que nos interesará aquí especialmente–, sobre un entendimiento de la pena como «satisfacción moral de un interés personal» de la víctima que se vería «burlado» con la concesión de un indulto arbitrario⁴.

Dos años después de la sentencia del TS, el artículo 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito –en adelante, LEV–, trasposición de la 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 lo sucesivo, Directiva 2012/29/UE– reconoce a las víctimas (directas e indirectas) de ciertos delitos la facultad de recurrir determinadas decisiones en materia de ejecución (la más importante de ellas, la concesión de la libertad condicional); un «avance» desconocido en el Derecho comparado de nuestro entorno y, como tantas veces se ha dicho, en modo alguno impuesto por la Directiva⁵-. El viento, pues, ha ido soplando cada vez con mayor fuerza en la dirección apuntada por el TS, encadenando, en una suerte de *continuum* lógico, el reconocimiento jurídico-positivo de facultades para ejercer la acción penal con el de legitimación para intervenir en la ejecución de la pena o para recurrir el indulto.

En estas páginas pretendemos repasar algunos factores que con mayor o menor intensidad –en el contexto del progresivo y mucho más amplio reconocimiento de la víctima del delito, sus derechos, intereses y necesidades tanto procesales como extraprocesales– contribuyen a explicar esta evolución, y plantear si ese supuesto encadenamiento es tan inapelable como puede parecer.

⁴ Se asume así un significado de la pena en relación con la víctima (la idea de la satisfacción moral) muy próximo a algunas de las construcciones doctrinales que veremos *infra* III.

⁵ Sobre lo escueto de la Directiva en esta materia, desde una perspectiva favorable a la intervención de la víctima en la ejecución de la pena, DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», *RGDP* núm. 34, 2014, pp. 43-44; ARANGÜENA FANEGO, C., «Participación de la víctima en la ejecución penal», en de Hoyos Sancho (Dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 201 y ss., pp. 201-203.

Nos ocuparemos, pues, de construcciones que toman en consideración a la víctima como agente interesado en el castigo. Por supuesto, y conviene señalarlo desde un principio, pecaría de reduccionismo asumir que cualquier especial consideración a la víctima en el diseño de la respuesta al delito comporta necesariamente un sesgo punitivista⁶. Prueba de ello son figuras tan asentadas como la perseguibilidad a instancia de aquella de determinados delitos (que pueden incluso llegar a revestir gravedad, como ocurre notoriamente con la agresión sexual), una institución dirigida a evitar la victimización secundaria y en evidente tensión con finalidades retributivas y preventivas, que salvo excepciones han de ceder frente a ese interés/derecho de no padecer una nueva victimización⁷; y lo mismo cabe decir de la justicia restaurativa en sus diversas versiones, desde su propuesta originaria como un modelo de justicia desformalizado verdaderamente alternativo al de justicia penal hasta su entendimiento en el sentido actualmente mayoritario como un complemento de la reacción punitiva, orientado sobre todo al logro de efectos positivos para la víctima (pero también, siquiera de modo secundario, para el propio autor), con el desarrollo de figuras como la mediación o los encuentros restaurativos⁸. Muchas mayores ambigüedades respecto a la relación con la pretensión punitiva ofrece en cambio el especialmente proteico concepto de reparación, de significados y alcances tremendamente dispares: si desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo la reparación (entendida como comportamiento postdelictivo) se anuda a efectos favorables para el autor del delito (en las distintas formas y momentos en que puede producirse, ya sea como circunstancia atenuante o elemento a valorar en la suspensión de la condena en sus diversas

⁶ Lo destaca TAMARIT SUMALLA, J. M., «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *InDret* 1/2013, refiriéndose a la víctima como un «actor fragmentado» con un rol progresivamente más complejo.

⁷ Detalladamente al respecto, por todos, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 343 y ss.

⁸ De los que constituyen un interesante ejemplo los celebrados entre autores de delitos terroristas y víctimas ensayados puntualmente en el País Vasco, como antes lo fueron en otros países (vid. VARONA MARTÍNEZ, G., «Justicia restaurativa en supuestos de victimación terrorista: hacia un sistema de garantías mediante el estudio criminológico de casos comparados», *Eguzkilo* núm. 26, 2012, pp. 202 y ss.). Por lo que a la mediación con carácter general se refiere, en ETXEBERRIA GURIDI, «Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 5 núm. 1 (enero-abril 2019), pp. 33 y ss., puede encontrarse un reciente y sólido repaso a las insuficiencias de su regulación en la normativa procesal penal española, que se agotan en la mención del artículo 15 LEV, a su vez un mero traslado del artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE. Crítica con la orientación complementaria de la mediación adoptada por la LEV, alejada del paradigma originario de modelo alternativo, FRANCES LECUMBERRI, «La justicia restaurativa y el artículo 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?» *e-Eguzkilo* núm. 3 (2018), pp. 1 y ss., pp. 5-7 y *passim*. Una visión panorámica sobre la idoneidad de la justicia restaurativa en relación con las necesidades de las víctimas, TAMARIT SUMALLA, J. M., «El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Juris Salmanticensis*, vol. 1, pp. 139 y ss.

variantes), en otros contextos –singularmente en lenguaje utilizado en relación a violaciones graves de derechos humanos cometidas por el poder estatal– el término adopta tintes muy distintos, pues viene a identificarse con una suerte de reparación moral a la víctima que se liga además a la *necesidad de la pena* (a un verdadero deber estatal de castigar y evitar la impunidad): sólo el castigo del autor, y el castigo completo, repara moralmente a las víctimas. Es ahí donde nos acercáramos al asunto que se pretende desarrollar en estas páginas.

Como factores fundamentales que contribuyen a explicar el actual estado de cosas, analizaremos en primer lugar el sobradamente conocido protagonismo de las víctimas en la política criminal (*infra* II), para detenernos después en determinadas construcciones doctrinales que integran a la víctima en la formulación de los fines de la pena, con las consecuencias jurídico positivas que de ello pueden derivarse (*infra* III), y en la jurisprudencia de tribunales internacionales tan relevantes como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con su doctrina de los deberes positivos del Estado de proteger penalmente los derechos convencionales, que pasan así a incorporar una suerte de pretensión punitiva (*infra*, IV). Finalmente nos referiremos de modo separado a la positividad de la intervención de la víctima en sede de ejecución de la pena en nuestro ordenamiento; no se pretenderá un análisis de detalle de la norma, sino una aproximación más global en la que plantearemos si realmente el artículo 13 LEV supone el corolario lógico y/o necesario de las amplias facultades reconocidas a la víctima en el ordenamiento procesal español, y si las posturas en principio tan divergentes reflejadas en las resoluciones que nos han servido de punto de partida (la víctima no ha de intervenir en la ejecución penal por vía de recurso porque carece de interés legítimo alguno en la ejecución *vs* la víctima tiene un interés legítimo en el cumplimiento de la pena que la legitima para recurrir un indulto) son susceptibles de una interpretación armonizadora que las haga más compatibles entre sí de lo que inicialmente parece (*infra* V).

2. BREVE APUNTE SOBRE EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS EN EL DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Aunque se trata de un tema ya muy trabajado por la doctrina y sobre el que poco de original cabe aportar, no puede dejar de reseñarse uno de los rasgos más sobresalientes de la evolución que aquí nos ocupa: el papel desempeñado por las víctimas como agentes en el plano político-criminal. Tan solo apuntaré algunas ideas.

En primer lugar, comparto plenamente las críticas –muy asentadas– a la denominada «legitimación por el sufrimiento», perfectamente condensadas por Tamarit Sumalla⁹ o Vives Antón¹⁰, a cuyas certeras reflexiones poco cabe añadir. Sin caer tampoco en el estereotipo de la víctima necesariamente vengativa que aspira al mayor castigo posible¹¹, lo cierto es que en el concreto caso español resulta indudable que la atención en este plano a víctimas concretas (con frecuencia indirectas, esto es, allegados directos de víctimas de delitos contra la vida) o colectivos de defensa de sus intereses (asociaciones de víctimas del terrorismo, determinadas asociaciones feministas en relación con el diseño de la política criminal en materia de violencia de género, plataforma de víctimas de accidentes de tráfico) ha abundado en un sesgo claramente punitivista¹²; un sesgo, por cierto, que recientemente se ha trasladado también al Derecho administrativo sancionador, sobre todo en determinados ámbitos en los que precisamente determinadas asociaciones han cobrado cierto protagonismo.

A este último respecto cabría mencionar diversas normas autonómicas de protección frente a la discriminación sobre personas LGTBI, en cuya gestión han intervenido asociaciones de defensa de los derechos de este colectivo. Con todo lo necesarias que puedan resultar las diversas formas de actuación administrativa que en la mayoría de estas normas se propone, cuyo diseño sí requiere además conocer las necesidades de protección en los variados ámbitos (educativo, deportivo, sanitario, etc.) en los que se persigue erradicar toda discriminación, el aparato estrictamente sancionatorio de al menos algunas de estas normas resulta mucho más discutible, e incurre en excesos e inconsistencias que a mi entender sí se deben, al menos en parte, a un deseo de contentar a las asociaciones de las víctimas reales o potenciales que participaron en su gestión. Paradigmático de lo que quiere decirse es el caso de la Ley 3/2016

⁹ «Erigir la victimidad en fuente de legitimación puede llevar al abuso. Aceptar la legitimación por el sufrimiento supone un alto riesgo para la racionalidad del debate político-criminal, si se cae en la tentación de conceder menor validez o credibilidad a una propuesta o argumento por el hecho de haber sido planteados por alguien que no ha sufrido, asumiendo que la víctima es un actor cualificado» (2013, p. 9).

¹⁰ «Poner a las víctimas como eje de la política criminal es un error ético, pues o es exigirles una imparcialidad y objetividad imposible para ellas o es plegarse a una idea de la justicia distinta de la que debería imperar en una sociedad racional» («La dignidad de todas las personas», *El País*, 30 de enero de 2015).

¹¹ De nuevo, TAMARIT SUMALLA, J. M., 2013, p. 11.

¹² Lo destacan como uno de los factores del modelo securitario de intervención penal que viene consolidándose, entre otros muchos, Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *RECPC* 2004, pp. 9-10, o GARCÍA ARÁN, M., «El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 18, abril 2008, pp. 39 y ss., pp. 43-4. Vid. especialmente el análisis de CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

de la Comunidad de Madrid, que alcanza un verdadero paroxismo sancionador¹³, lo que aboca a muchas de tales infracciones a una completa inaplicación (pues se reconoce expresamente, como no podía ser de otro modo, la preferencia de la jurisdicción penal). Conviene no perder de vista que lo indeseable de convertir a las víctimas (o a quienes se arrogan su representación) en agentes cualificados del diseño de la política-criminal (o sancionadora en sentido amplio) se pone de manifiesto por igual con independencia de la etiqueta (supuestamente «conservadora» en el caso de las víctimas del terrorismo, o supuestamente «progresista» en el de la violencia de género o la discriminación por razón de identidad u orientación sexual) que se quiera adjudicar a la protección de los intereses del colectivo en cuestión¹⁴.

Además de lo anterior (que determinados colectivos hayan efectivamente jugado un papel en el endurecimiento de la persecución penal de los delitos que les afectan), ha sido también sobradamente destacado y criticado el modo en que el poder político (como en los años ochenta y noventa del pasado siglo en Estados Unidos y Gran Bretaña, o en fechas más recientes en España) incurre con frecuencia en una instrumentalización de las víctimas reales o potenciales (en este último caso por remisión a una supuesta mayoría social alarmada por el riesgo de ser objeto de un delito) como coartada justificadora de una política criminal de corte intensamente punitivista y securitaria¹⁵. Alusiones de este tipo (la supuesta «demanda social») en las Exposiciones de Motivos de leyes endurecedoras de la intervención penal son moneda corriente en el bien nutrido muestrario de leyes de reforma acometidas en los últimos veinte años.

No entraremos aquí en si la actitud punitivista se corresponde o no realmente con el sentir dominante en la opinión pública o si es exagerada tanto por el legislador como en el reflejo que de ella ofrecen los medios de comunicación, medios que por supuesto contribuyen a su vez a conformarla¹⁶. Mayori-

¹³ Con nada menos que cuatro infracciones leves, trece graves y seis muy graves. No le va a la zaga la norma andaluza *Ley 8/2017* (dos infracciones leves, once graves y ocho muy graves).

¹⁴ Sobre estos indeseables sesgos ideológicos detectables en propuestas político-criminales de figuras delictivas incompatibles con la libertad de expresión, como la criminalización de la apología del franquismo, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «*Aturem el Parlament* y voces discrepantes. A la vez, algunas incoherencias y excesos en recientes propuestas político-criminales sobre delitos de expresión», en Alonso Rimo (Dir.)/Colomer Bea (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi (Thomson Reuters), Cizur Menor, 2019, pp. 461 y ss.

¹⁵ Por todos FATTAH, E., «Victimology: Past, Present and Future», en *Criminologie* 2000, v. 33 núm. 1, pp. 40-41, quien, en tono muy crítico con la identificación entre la víctima y el endurecimiento del castigo, pronosticaba la evolución de la consideración de aquella hacia un reforzamiento de la justicia restaurativa.

¹⁶ Sobre las técnicas mediante las que los medios contribuyen a la conformación de la opinión pública en materias de política criminal, su relación con el poder económico y político, o el grado de coincidencia entre opinión pública y publicada, vid. entre otros muchos, VARONA GÓMEZ, D., «Medios de co-

tarias o no, lo que ahora interesa es destacar, como se ha dicho tantas veces en la doctrina, el papel que en este tipo opiniones (compartidas por un sector cuando menos importante de la ciudadanía) desempeña la identificación emocional con las víctimas reales de delitos, con una destacadísima contribución a ello del sensacionalismo mediático que les otorga protagonismo (especialmente a las de delitos violentos graves). Este peso del factor emocional –y la carga inevitablemente irracional que al menos en parte conlleva– refuerza el entendimiento de las penas como castigos que necesariamente han de compensar el sufrimiento infligido a la víctima, en perjuicio de orientaciones resocializadoras y en último extremo del ideal de racionalidad y equilibrio que informa el modelo penal presidido por la proporcionalidad y el garantismo¹⁷.

En cualquier caso, lo que me interesa en este momento es llamar la atención (y tampoco esto resulta en absoluto novedoso) sobre una idea, conectada a la anterior, que parece haber calado en el discurso de asociaciones de víctimas (del más variado espectro), ciertos responsables políticos y no pocos medios de comunicación (a los que se une en los últimos tiempos el factor nada desdeñable de las redes sociales y de quienes mediante ellas son capaces de crear opinión). Aunque en esta versión no constituya un discurso acabado (sí se encuentra en cambio más desarrollado en puntuales construcciones teóricas a las que enseguida me referiré), de modo más o menos explícito se transmite continuamente una crítica a la falta de castigo (al castigo estimado insuficiente o benigno, también en la forma de ejecución) como una suerte de burla a la víctima y por extensión al colectivo al que en su caso pertenece¹⁸, a sus derechos, y, en definitiva –expresión máxima de la afrenta que se persigue convertir en argumento inapelable– a su dignidad¹⁹. Si durante años este constituyó en nuestro país un discurso constante en relación al terrorismo, en la actuali-

municación y punitivismo», *InDret* 1/2011, *passim*; GARCÍA ARÁN, 2008, *passim*; CASTAÑO TIERNO, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», *EPC* vol. XXXIV (2014), pp. 561 y ss., pp. 596 y ss.

¹⁷ Sobre este factor emocional de identificación con la víctima, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 42 y ss. Lleva razón DE HOYOS SANCHO, M. (2014, p. 3) al apuntar que la corriente favorable al reconocimiento de la víctima y su vulnerabilidad responde a una base emocional o empática que no ha de identificarse con un movimiento conservador de ley y orden (ni tiene por qué redundar en un detrimento de las bases garantistas del sistema penal). Pero siendo esto así, sí parece claro que su influencia como agentes en el plano político-criminal suele traducirse *de facto* en un incremento de la respuesta punitiva.

¹⁸ Sobre el papel de la victimidad en la construcción de la identidad de grupo, TAMARIT SUMALLA, J. M., 2013, p. 7.

¹⁹ Al uso a menudo torticero del concepto de dignidad y a sus posibles vertientes en el plano jurídico me he referido con cierta extensión en otro lugar (TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?, *REDC* núm. 102, sept-dic. 2014, pp. 167 y ss.).

dad ha pasado a impregnar otros ámbitos (como ha podido percibirse claramente en la airada reacción de una parte de la sociedad a determinadas resoluciones judiciales relativas a casos de delitos contra la libertad sexual por todos conocidos); y si se refuerza este tipo de lógica dicotómica (con arreglo a la cual todo aquello que en la medición o incluso en la ejecución de la pena favorece al autor supone una suerte de humillación para la víctima y/o el colectivo al que pertenece, en el conocido «juego de suma cero» al que se refería GARLAND²⁰), nos terminamos encontrando con un caldo de cultivo en el que –al menos respecto de los delitos violentos graves, pero con incorporación de toda clase de violencia de género y de delincuencia sexual– pareciera que lo necesitado de justificación no es el castigo, sino la falta de él o el castigo percibido como excesivamente benigno²¹. Después volveré a referirme a ello.

3. LA INCORPORACIÓN DE LA VÍCTIMA A LAS TEORÍAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA. PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y POSIBLES DERIVACIONES JURÍDICO-POSITIVAS

Uno de los flancos desde los que se ha contribuido a la idea de un cierto derecho de la víctima al castigo del autor es el de las elaboraciones doctrinales que incorporan a esta en la teorización de los fines de la pena (*infra*, 1). Se trata con todo, como enseguida se constatará, de formulaciones de alcance diverso, y que la mayoría de sus proponentes no suelen traducir a derechos o intereses de alcance jurídico-positivo; una traducción, sin embargo, que sí parece relevante y de la que nos ocuparemos en un segundo momento (*infra*, 2).

²⁰ *The culture of control, Crime and social order in contemporary society*, University of Chicago Press, Oxford, 2002, p. 11.

²¹ Sirva de ejemplo de ello (y también del papel desempeñado por el nuevo canal de las redes sociales mencionado *supra*) una noticia muy reciente, relativa a varias mujeres (pertenecientes al Cuerpo de Bomberos) que habían sido objeto de un delito contra la intimidad por parte de un compañero, al que la sentencia (ciertamente benigna) impone una pena de cuatro meses y quince días de prisión y suspensión de empleo por dicho plazo. Según la noticia de prensa (<https://elpais.com/espana/catalunya/2020-08-12/albombero-que-me-grabo-desnuda-en-el-vestuario-solo-le-han-caido-cuatro-meses-de-carcel-eshumillante.html>), «las tres víctimas están indignadas con la justicia y han puesto en marcha una campaña en las redes sociales bajo el nombre: «Bomberos por la dignidad de la mujer». En ella muestran su denuncia a la sentencia: «No, no lo aceptaremos. Ni por nosotros, ni por las compañeras, ni por ninguna mujer». Ya hace años destacaba GARCÍA ARÁN, M., 2008, pp. 57-9, el destacado papel de los medios de comunicación en la difusión del mensaje que subyace a este tipo de discurso (que no es otro que el derecho de la víctima al castigo «suficiente» del autor, el que, desde una perspectiva retributiva, logre compensar el daño sufrido).

3.1 Presupuestos teóricos²²

Quienes propugnan desde el plano académico una entrada en juego de la víctima en las teorías sobre los fines de la pena (básicamente desde la doctrina alemana)²³ suelen aludir al tradicional olvido de esta en dicho contexto: las construcciones clásicas tanto preventivo generales (ya sea en su versión negativa o positiva) como preventivo especiales, e incluso las retributivas, se formulan desde la perspectiva de los intereses colectivos, y no otorgan papel alguno a las «necesidades» de la víctima; según denuncian pues los proponentes de este tipo de enfoques, en las formulaciones tradicionales de las teorías de la pena el delito se presenta como una transgresión de la norma o como una lesión de bienes jurídicos en abstracto, pero no como un hecho que le ha ocurrido a una persona concreta y le ha irrogado un daño (con frecuencia calificado de «trauma»), y quien lo ha padecido no tiene cabida en el binomio autor-Estado²⁴.

Aunque en ocasiones se señala que las teorías retributivas son las más cercanas a la víctima, lo cierto es que en las formulaciones clásicas de aquella no se le otorga relevancia alguna, al entenderse el delito como infracción de la norma y el castigo como la restauración de esta última²⁵. Como señala Gil Gil²⁶, la conexión con las teorías retributivas se produce en la común apelación a la Justicia (frecuente en las versiones menos académicas del derecho de la víctima al castigo), y en la concepción de la punición como un *deber estatal*; una conexión que sí puede apreciarse claramente, por ejemplo, en la propuesta de Hacque, que le-

²² Una completa explicación y crítica de estas teorías puede encontrarse en GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *InDret* 4/2016, pp. 18-31. Fundamental asimismo, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor»», en García de Pablos Molina (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada, 2009, pp. 17 y ss., pp. 36 y ss.

²³ Es habitual apuntar a la obra de REEMTSMA, cuyas reflexiones arrancan como se sabe de su propia experiencia como víctima de un largo secuestro, como inicio de este tipo de construcciones, si bien lo cierto es que pinceladas en este sentido pueden encontrarse ya mucho antes en diversos autores (vid. las exhaustivas referencias en HOLZ, W., *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, Dunker & Humblot, Berlin, 2007, pp. 190-191 y notas al pie); en todo caso, la obra del intelectual alemán (inicialmente en su libro *Im Keller*, publicado en 1997, y más adelante en *Das Recht de Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, Beck, München, 1999, y en su trabajo conjunto con HASSEMER, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, München, 2002), ciertamente despertó enorme interés y ejerció gran influencia en la doctrina alemana.

²⁴ Representativa de este enfoque HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *Juristen Zeitung* 2006, pp. 950 y ss., p. 951.

²⁵ PRITTWITZ, C., «The resurrection of the victim in penal theory», *Buffalo Criminal Law Review*. 3 (1999-2000), pp. 109 y ss., p. 118.

²⁶ GIL GIL, A., 2016, p. 15.

gítima la pena ante todo como *obligación moral del Estado para con la víctima*, en lo que él mismo denomina una teoría relacional de la retribución²⁷.

En cualquier caso, de modo más o menos informal resulta habitual identificar las pretensiones punitivas de las víctimas con la noción de retribución (la víctima tiene derecho a que se haga justicia, y la justicia requiere el castigo), en ocasiones de modo notablemente confuso. Así sucede precisamente en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de la LEV, de 14 de noviembre de 2013, que entiende (nada más y nada menos) que la finalidad «retributiva-expiatoria» de la pena (que convive junto a la resocializadora y la preventiva) «justifica» la intervención de la víctima en la fase de ejecución.

La explicación de este orillamiento de la víctima en la teorización de los fines de la pena se liga por estos autores al proceso histórico de publicación y monopolización de la reacción frente al delito en manos del Estado; y ya sea desde una visión que destaca las ventajas de todo ello (ejercicio racionalizado y no emocional del castigo, protección del autor del hecho frente a desmedidas reacciones no formalizadas, evitación de una sucesiva espiral de violencia)²⁸, ya desde una radiografía menos idealizada del proceso, como la ofrecida por Günther (al constituir la víctima un desafío potencial al poder del Estado, su necesidad de satisfacción es relegada al ámbito puramente privado del resarcimiento económico, asignándose a la pena un carácter exclusivamente público que culmina en una construcción del delito como vulneración abstracta de bienes jurídicos desprovista del carácter de ofensa a la víctima concreta)²⁹, las conclusiones son similares: la reparación o satisfacción a la víctima del delito no se puede confinar al resarcimiento económico (al menos no cuando de determinados delitos graves se trata); la pena ha de jugar un papel respecto de la situación y las necesidades que la experiencia del delito genera para quien lo sufre, y se justifica (también) por el significado que para este despliega. La víctima se incorpora así a la teorización de los fines de la pena, exigencia que

²⁷ HAQUE, A. A., «Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law», *Buffalo Criminal Law Review*, (9), 2005, pp. 273 y ss., pp. 277 y ss. (muy crítica, GIL GIL, A., 2016, pp. 17-8). Vid. igualmente FLETCHER, G., «The place of victims in the theory of retribution», *Buff. Crim. L. Rev.*, vol. 3 (1999-2000), pp. 51-63 –con una formulación en términos hegelianos en la que la víctima ocuparía el lugar de la norma vulnerada y reestablecida por la imposición de la pena–, así como la encendida respuesta de MOORE, M., que en el mismo volumen («Victims and retribution: a reply to profesor Fletcher», pp. 65 y ss.) defiende la cesura total entre el castigo merecido en términos retributivos y las necesidades o intereses de las víctimas (pp. 75-76).

²⁸ HÖRNLE, T., 2006, p. 953; HAQUE, A. A., 2005, pp. 291-4.

²⁹ GÜNTHER, K., «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention? », en Prittwitz *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden, 2002, pp. 205 ss., pp. 213-4.

alguna autora engarza incluso (aun de modo genérico) con consideraciones constitucionales³⁰.

En algunos autores, la monopolización de la reacción penal en manos del Estado, que obviamente no se discute, constituye precisamente un argumento *a favor* del interés/derecho de la víctima a obtener del Estado una reacción penal, justamente como contrapartida del haberse visto privada de la posibilidad de ejecutarla por sí misma³¹. El argumento se relaciona (aunque no se confunde) con la fundamentación del deber estatal de castigar que entiende la pena como una suerte de compensación debida por el Estado al ciudadano *como contrapartida de un defecto de protección* (al no haberle evitado ser víctima del delito, debe el Estado ayudarle a superar el daño sufrido a través de la pena y el mensaje que esta comporta)³²; un razonamiento que entronca con la polémica construcción de un derecho a la seguridad y de correlativos deberes estatales de protección (usualmente ligada a los bienes jurídicos más relevantes protegidos por derechos fundamentales o convencionales), pergeñada sobre todo por tribunales internacionales y a la que nos referiremos en el apartado siguiente.

Antes de entrar en el contenido esencial de estas formulaciones que incorporan a la víctima a la teorización de los fines de la pena, cabría destacar una serie de rasgos comunes:

1) Suele argumentarse sobre el significado de la pena para la víctima tomando como referencia los delitos graves contra bienes jurídicos personales, preferentemente violentos³³; en cualquier caso, la incorporación de la víctima a los fines de la pena no se realiza con vocación excluyente de otras finalidades o legitimaciones que informan la intervención punitiva con carácter general³⁴;

2) La argumentación suele construirse sobre la base o cuando menos con el auxilio de ciertas constataciones empíricas: la del carácter traumático, denigrante, desorientador, generador de inseguridad y desconcierto que la vivencia del delito reviste para la víctima³⁵; la de que el mero resarcimiento económico no significa lo bastante para ella, y no colma las necesidades (de

³⁰ Así, HÖRNLE, por ejemplo, considera que su incorporación a la teorización de la pena resulta obligada como reflejo del individualismo normativo que impregna la Constitución³¹.

³¹ HÖRNLE, T., 2006, p. 956. Especialmente HAQUE, A. A., 2005, p. 293.

³² JEROUSCHECK, G., «Straftat und Traumatisierung», JZ, 2000, pp. 185 y ss., p. 193.

³³ Lo que GÜNTHER, K. (2002, p. 208) identifica con la afectación a la identidad corporal y psíquica, esto es, a la integridad como persona de quien los sufre. No ve inconveniente alguno en que este limitado alcance de la teorización, HÖRNLE, T., 2006, p. 952; lo critica en cambio GIL, A., 2016, p. 22.

³⁴ A partir de un entendimiento de la pena en clave de prevención general positiva (también apreciable en GÜNTHER o incluso en REEMSTMA), insiste especialmente en ello, HOLZ, W., 2007, p. 200.

³⁵ La aportación más expresiva al respecto es sin duda la narración de su propia vivencia por REEMTSMA, (1997); recurren a estudios empíricos sobre ello por ejemplo GÜNTHER, K., 2002, p. 210; JEROUSCHECK, G, 2000, pp. 187-90.

aseguramiento, solidaridad, etc.) generadas por ese tipo de experiencia³⁶; o la de que en la mayoría de las ocasiones esas necesidades sí se ven satisfechas con la de «alguna» pena –y no necesariamente una pena severa o concreta³⁷... Con ello, estas teorías se ubican en un inconcreto terreno «entre lo empírico y lo filosófico»³⁸, lo que da pie a que las premisas del primer tipo hayan sido cuestionadas en sus propios (empíricos) términos, con alusiones a las muy diferentes maneras de experimentar, afrontar y en su caso superar la victimización, a lo que se une cierto escepticismo sobre la idoneidad del castigo para lograr los efectos deseables que se le atribuyen, que pueden alcanzarse por otras vías³⁹.

3) Quienes formulan estas teorías de la pena orientadas a la víctima suelen cuidarse de rechazar expresamente cualquier pretensión de identificar la pena con la mera atribución al Estado del ejercicio formalizado de la venganza a la que aquella tendría derecho, lo que se rechaza por los riesgos de un ejercicio emocional y potencialmente desproporcionado del castigo⁴⁰. Este último aspecto resulta relevante: el discurso fundamental de este tipo de construcciones (que como enseguida veremos se centra en las necesidades de la víctima de recibir un mensaje –simbólicamente expresado en la pena– de solidaridad, aseguramiento cognitivo, restablecimiento de la confianza en la norma y en las expectativas de comportamiento de terceros, etc.) contribuye a privar o cuando menos a matizar esa pátina negativa de mera vindicación que tradicionalmente se ha asignado al papel de la víctima en relación con el castigo del autor. Argumentar, en suma, que la pena tiene importancia para la víctima no tanto como castigo *per se* sino por esa dimensión comunicativa contribuye a legitimar mejor (de manera menos «sospechosa») su pretensión punitiva.

Como se decía, la mayoría de estas formulaciones ponen pues el acento en el aspecto expresivo, en el mensaje comunicativo que la pena comporta para

³⁶ HÖRNLE, T., 2006, p. 953.

³⁷ HÖRNLE, T., 2006, p. 956.

³⁸ WEIGEND, T., “Die Strafe für das Opfer”? –Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht”, *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, 2010, pp. 39 y ss., p. 48.

³⁹ PRITTWITZ, K., 1999-2000, pp. 120-1; WEIGEND, T., 2010, pp. 48-50, o GIL, A., 2016, pp. 19-20.

⁴⁰ Así por ejemplo HOLZ, W., 2007, pp. 134-135, pp. 195-196; HÖRNLE, T., 2006, p. 954. Para REEMTSMA, J.P. (1999, pp. 18, 22), la víctima sí experimenta un deseo de venganza, pero no es el cometido del Estado satisfacer esta necesidad. Entiende por el contrario KAUFMANN, W., *Honor and Revenge: a theory of punishment*, Springer, 2013, esp. pp. 183 y ss., que la pena consiste precisamente en una institucionalización del mecanismo retributivo de la venganza (de un modo racionalizado e imparcial que la justicia privada no puede asegurar), en un mal que el Estado impone en nombre de la víctima como único modo de hacer desaparecer la ofensa a su honor y dignidad en que todo delito esencialmente consiste.

la víctima. A partir de la primera de las constataciones antes mencionadas (el delito grave contra bienes jurídicos personales traumatiza a la víctima, genera sentimientos de inseguridad y culpabilidad, la degrada y ofende, impacta sobre las expectativas de comportamiento que puede mantener respecto de los demás, destruye su confianza en la vigencia de las normas, la desubica cognitivamente), la pena desplegaría efectos beneficiosos; la declaración de atribución del injusto al autor –con el carácter público, formalizado y solemne que el proceso le confiere– simboliza un mensaje de solidaridad para con la víctima, le asegura que lo sucedido no es fruto de su propia culpa, del azar o del destino, sino del comportamiento del autor, confirma para ella la vigencia de la norma y, con ello, de sus expectativas de comportamiento respecto de terceros, la «rehabilita»⁴¹.

Al margen de todo ello, y con el fin de argumentar el carácter de la pena como *deber* del Estado, algunos autores insisten especialmente en la dimensión de permanentes de estos efectos del delito; su nocividad no se agota en la primitiva lesión del bien jurídico concreto afectado ni cesa en el momento de producirse esta, y dado que la pena puede cuando menos contribuir a ponerles fin, la intervención punitiva deviene obligación del Estado⁴².

Constatadas estas similitudes, sí existen divergencias en cuanto al alcance conferido a este papel de la víctima en la formulación de la teoría de la pena. Para algunos, el mensaje comunicativo que la víctima necesita se satisface con la declaración pública y procesalmente formalizada del injusto y su atribución al autor; la pena *per se*, el «mal penal» en sí mismo, no añade nada al mensaje⁴³. Otro punto de vista, por el contrario, entiende que esa fuerza expresiva requiere necesariamente el castigo, el «dolor penal» –Hörnle, por ejemplo, no tiene inconveniente en hablar expresamente de un derecho de la víctima al castigo del autor: la declaración de reproche no es suficiente y si no se acom-

⁴¹ Se insiste más en unos u otros de estos efectos del delito dependiendo del autor; con distintos matices, HASSEMER/REEMTSMA, 2002, pp. 112 y ss., esp. pp. 128-137; HÖRNLE, 2006, pp. 954-956; HOLZ, W., 2007, pp. 129 y ss., pp. 190-200; GÜNTHER, K, 2002, pp. 207 y ss.; JEROSUSCHECK, G., 2000, pp. 193 y ss.; KAUFMAN, W., 2013, pp. 123-128. Más brevemente CUERDA RIEZU, A., «¿Acaso no persigue ningún fin el Derecho penal cuando los jueces no imponen pena ni medida de seguridad?», en García Valdés, C. *et.al*, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 159 y ss., pp. 168-9.

⁴² Esta es la argumentación fundamental de FLETCHER, G., (1999, esp. pp. 57-58), basada en la «relación de dominación» que el delito crearía entre autor y víctima, y también se encuentra muy claramente en las reflexiones de REEMTSMA.

⁴³ GÜNTHER, K., 2002, p. 219 (que la pena sea la forma en la que históricamente se ha traducido este mensaje de reproche del que la víctima es –también– destinataria, es algo contingente; de ahí que no se rechace que pueda concretarse por otras vías, como la reparación); HOLZ, W., 2007, pp. 134-135, pp. 195-196; desde una aproximación mucho más tibia sobre la incorporación de la víctima a los fines de la pena, PRITTWITZ, C., 1999-2000, pp. 125, 128-129.

paña del castigo efectivo se ve privada del efecto expresivo que la víctima necesita; tiene que existir «alguna» pena—⁴⁴; también REEMTSMA se refiere a un derecho al castigo y, con ello, al deber del Estado de imponerlo.

Descendamos ahora al aspecto que aquí más nos interesa, esto es, a la traducción de lo anterior al plano jurídico-positivo⁴⁵.

3.2 Consecuencias jurídico-positivas

1. En principio, todas estas formulaciones parecerían apuntalar en primer lugar una suerte de derecho de la víctima al proceso (enderezado por un lado, a esclarecer y dejar sentada la verdad de los hechos⁴⁶ y, por otro, a la emisión de esa declaración formal del injusto y la culpabilidad del autor que la víctima merece y necesita), cuya lógica consecuencia habría de ser el reconocimiento jurídico-positivo de facultades de intervención de la víctima en este plano (atribución del ejercicio de la pretensión punitiva a través de la figura de la acusación particular —con todos los derechos que de ello se derivan—, o reconocimiento si no de la acción penal sí de ciertas facultades procesales, como la legitimación para la proposición de prueba o en sede de recursos⁴⁷). El sistema español, con su amplísima atribución de la acción penal a la víctima (ya sea *ab initio* formulando querrela, ya sea con la decisión de personarse tras el ofrecimiento de acciones) parece casar bien con esta idea⁴⁸.

⁴⁴ HÖRNLE, T., 2006, p. 956.

⁴⁵ Otra cosa es que los partidarios de este tipo de teorización de la pena hayan acometido realmente esta traducción, cosa que no sucede en la mayoría de los casos; HÖRNLE, por su parte, insiste en la importancia de extraer de sus tesis consecuencias para el Derecho penal material en la interpretación de los elementos excluyentes del injusto (por ejemplo, el juego de los deberes de autoprotección de la víctima —2006, pp. 956-8—), pero no se pronuncia sobre cómo articular procesalmente ese «derecho a la imposición del castigo» ni sobre su verdadero alcance jurídico-positivo. Así pues, lo que sigue en el texto es más una reflexión sobre aquello a lo que estas aproximaciones parecerían conducir o aquellos puntos de vista a cuya fundamentación teórica (sin perjuicio de otras posibles) podrían contribuir.

⁴⁶ Sin que ello signifique desconocer las diferencias entre verdad procesal y material.

⁴⁷ Destaca en este punto la propuesta de HOLZ, W., 2007, pp. 204 y ss.

⁴⁸ Parece asumir que esta es la base de la figura de la acusación particular, GARCÍA ARÁN, M., el criticarla como «una reminiscencia del teóricamente superado principio en virtud del cual la responsabilidad penal se produce frente a la víctima» (2008, p. 57); considera que aunque no pueda considerarse parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, esta concepción de un «derecho al proceso» es «coherente» con el sistema procesal español de acusación particular, TAMARIT SUMALLA, J.M., «Los derechos de la víctima», en Tamarit Sumalla (coord.), *El Estatuto de las víctimas de delitos, Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 15 y ss., pp. 36-37. En la doctrina procesal parece no obstante mayoritaria la tesis de que la legitimación de la víctima no procede de (ni trata de realizar) un interés propio o particular; ampliamente, con ulteriores indicaciones bibliográficas, FERREIRO BAHAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 191-241, donde insiste en la idea de que tam-

Por su parte, la LEV supone un paso más en esta dirección al optar por conceder legitimación para recurrir el sobreseimiento a la víctima previamente no personada (art. 12.2)⁴⁹; al margen de que aquí sí se trate de una trasposición de lo dispuesto por la Directiva (art. 11, que probablemente toma como referencia, por cierto, los márgenes de participación de la víctima en la gran mayoría de los ordenamientos europeos, mucho menor que la reconocida en el nuestro), atribuir esta posibilidad a quien había decidido dejar el impulso del proceso (o, si se prefiere, la tutela de sus intereses) exclusivamente en manos del Ministerio Fiscal (sin haber formulado querrela y sin haberse personado posteriormente como consecuencia del ofrecimiento de acciones) parece revelar una actitud «desconfiada» de la norma respecto de la decisión judicial de sobreseer, en la que late una cierta inversión de la carga respecto de la intervención punitiva (no es esta última, sino su «dejación» por el Estado, la necesitada de mayor justificación)⁵⁰.

Precisamente porque el régimen general en nuestro Derecho es el del reconocimiento de la acción penal a la víctima del delito, plantean interesantes cuestiones las normas que optan por limitarlo para un ámbito concreto; tal era el caso de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuyo originario artículo 25 expresamente excluía la figura de la acusación particular (si bien reconocía a las víctimas de determinados delitos la posibilidad de personarse en el proceso a ciertos efectos, siempre subordinadas al mantenimiento de la acción por la Fiscalía), para pasar a incluirla sin restricción alguna solo tres años después (DF LO 15/2003)⁵¹. Excede de las posibilidades de este trabajo el examen detenido de la cuestión bajo el prisma del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE; sin entrar pues en mayor detalle en una configuración del derecho a constituirse en acusación particular por lo demás poco clara en la jurisprudencia constitucional —pues no termina de dejarse sentado si se trata de una suerte de *interés originario* amparado *per se* en la tutela judicial efectiva, o si solo se integra en el art. 24 CE en la medida en que se encuentre previamente reconocido en la ley—, baste señalar que la jurisprudencia del TC admite la legitimidad de limitaciones legales a la atribución de la acción penal a la víctima siempre que

bién el acusador particular realiza el interés exclusivamente público y que con su actuación afirma el *ius puniendi* estatal.

⁴⁹ Sobre problemas interpretativos al respecto ETXEBERRIA GURIDI, 2019, pp. 18-29.

⁵⁰ Cuestión distinta son las asimetrías entre las posibilidades de acusación y defensa en otros extremos del sistema de recursos, algunas de ellas impuestas por la jurisprudencia constitucional; sobre ello, entre otros, ETXEBERRIA GURIDI, 2019, pp. 1-14.

⁵¹ Fruto precisamente de una reforma en la que resultaron determinantes las exigencias de familiares de víctimas de algunos delitos contra la vida perpetrados aquellos años, amplificadas por determinados medios de comunicación.

obedezca a la protección de intereses de superior rango⁵². Ya extramuros del plano constitucional, y asumiendo pues que se trata de una opción abierta al legislador en virtud de la referida ponderación, la ecuación parece clara: cuanto más se legitime teóricamente la pretensión de la víctima a la celebración del proceso, mayor peso se le confiere en la ponderación con otro tipo de intereses; por el contrario, cuanto más se identifique el ejercicio de la pretensión punitiva de la víctima con la deslegitimada noción de venganza –como de hecho cabe detectar en muchos trabajos contrarios a dar entrada a la acusación particular en el procedimiento de menores⁵³– o más se insista en lo secundario de su interés en el marco del ejercicio de un *ius puniendi* monopolizado por el Estado⁵⁴, en mayor medida se tenderá a favorecer otros posibles intereses en conflicto –que en el caso de la justicia de menores son los intereses del menor que de hecho informan todo el sistema de su responsabilidad penal–⁵⁵.

2. Por otra parte, estas aproximaciones también podrían dar lugar a reticencias respecto de aquellas instituciones que –con independencia de que obedezcan a la garantía de intereses del acusado o a consideraciones de oportunidad o político-criminales– actúan bloqueando la posibilidad de dicha declaración (caso señalado de la prescripción si se interpreta como impeditiva del proceso)⁵⁶.

⁵² STC 115/2001, de 10 mayo, FJ 11 (por más que en este caso, relativo a delitos competencia de la jurisdicción militar, se declarase la inconstitucionalidad de la limitación).

⁵³ La necesidad de determinar la medida más adecuada a efectos educativos comporta que el proceso de menores haya de conocer «algunas singularidades que impidan una presencia del perjudicado orientada exclusivamente a obtener la venganza por la ofensa padecida» (MARCHENA GÓMEZ, M., *Ley de Responsabilidad penal de los menores*, Trivium, Madrid, 2001, p. 289; GARCÍA ARÁN, M., 2008, pp. 56-7; LANDROVE DÍAZ, G., «La acusación particular en el proceso penal del menor», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 1841 y ss., pp. 1846-1852; PÉREZ MACHÍO, A., «Aproximación crítica a la intervención de la acusación particular en el proceso de menores», *Eguzkilore*, núm. 23 (diciembre 2009), pp. 301 y ss., p. 305).

⁵⁴ Trasládese a la ponderación por el legislador la palabras de Conde Martín de Hijas en su voto particular a la STC 115/2001: «Hay que tener en cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva, que ese precepto constitucional otorga a todas las personas, tiene un elemento de referencia al «ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», y en la medida en que en los Estados actuales el *ius puniendi* no es un derecho de titularidad de los particulares sino del Estado, que ostenta su monopolio, no existe una exigencia constitucional de principio para que el derecho de tutela judicial deba incluir en su contenido esencial un ejercicio de la acción penal de particulares, que *ex Constitutione*, no tendría como objeto un derecho o interés de éstos». O las consideraciones de GARCÍA ARÁN, M.: «La pretensión privada de una determinada reacción penal es reconocida por el derecho *dentro* de los límites que la ley establece al poder punitivo que sigue siendo atribuible al Estado» (2008, p. 57, cursiva de la autora). Ampliamente, FERREIRO BAAMONDE, 2005, pp. 191-241.

⁵⁵ Sobre estos y otros aspectos de la discusión relativa a la intervención de la víctima en el proceso de menores, de los que no puede darse cuenta aquí *vid.* entre otros el completo trabajo de LA ROSA CORTINA, J. M., «La acusación particular y proceso penal de menores», *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 12, 2004, pp. 87 y ss.

⁵⁶ A modo de ejemplo, considera que esta configuración de la prescripción en nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal (no así en el Código penal) lesiona los derechos de las víctimas a un relato sobre lo

3. Quienes atribuyen a la pena el fin de proporcionar satisfacción a la víctima pero a la vez renuncian a anudarla a un verdadero derecho a la aflicción del castigo parecerían conformarse con lo anterior⁵⁷; sostener este último, y un correlativo deber de castigar por parte del Estado, plantea en cambio muchísimas más dificultades si se pretende traducirlo en algo más que una formulación puramente teórica. Nadie defiende, por supuesto, el absurdo de identificar ese supuesto derecho a la pena con el de obtener la condena que se desea o con la que la víctima se sienta moralmente satisfecha (el Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha insistido hasta la saciedad en rechazar un derecho a la pena concebido en esos términos), como tampoco se cuestionan las causas de exención de la responsabilidad basadas en un menor contenido de injusto o de culpabilidad; pero sí parece más lógico que este punto de partida genere reticencias, al menos, respecto de instituciones de renuncia o modulación de la pena que, en sede de punibilidad, se asientan en puros criterios de oportunidad, en atención a intereses colectivos que nada tienen que ver con la gravedad del injusto culpable⁵⁸. Opiniones en este último sentido pueden encontrarse en autores defensores de un mayor reconocimiento jurídico-positivo de la víctima que, sin abogar directamente por un derecho de esta a la pena (algo infrecuente en la doctrina española), sí asumen con naturalidad (más implícita que explícitamente) que la imposición del castigo constituye un interés de aquella; figuras como cláusulas premiales por colaboración con el aparato de Justicia o la expulsión –*ex. art. 57.7.a*) de la Ley de Extranjería– de extranjeros procesados incurso en causa administrativa para ello son vistas con desconfianza por perjudicar los intereses de la víctima⁵⁹, lo mismo que, al menos en algunos aspectos, la institución de la conformidad.

Esta última figura ocupa una posición en cierto modo intermedia, en tanto que puede afectar los intereses/derechos de las víctimas (propugnados por estas

ocurrido, contenido mínimo de justicia que el Estado debe procurarles, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., «La justicia a las víctimas del terrorismo. Una exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas», *Eguzkilore* núm. 23 (diciembre 2009), pp. 79 y ss., pp. 85-6.

⁵⁷ La monografía de HOLZ, W., 2007, constituye de nuevo la mejor expresión de lo anterior; a pesar de insistir en la necesidad de deducir de su concepción de la pena derechos de carácter procesal, en ningún momento atraviesa este umbral (ni siquiera plantea, por ejemplo, derecho alguno de intervención en la ejecución penal o en el indulto).

⁵⁸ Sobre esta contraposición entre derecho de la víctima a la pena y cláusulas de renuncia en sede de punibilidad, aplicado a los delitos de terrorismo, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. «Algunas reflexiones sobre la punibilidad en el tratamiento jurídico del terrorismo», en Gil/Maculan, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 243 y ss., pp. 255 y ss.

⁵⁹ Así, partiendo implícitamente de un interés de la víctima en la pena –y al margen de una compleja crítica de ambas figuras sustentada en muchos otros motivos–, GARCÍA DEL BLANCO, V., «Conflicto de intereses: la víctima en el proceso y en la ejecución penal», en Gil/Maculan, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 275 y ss., pp. 278 y ss.

construcciones doctrinales) tanto al proceso como a la pena⁶⁰. El interés de la víctima en el esclarecimiento de los hechos (en un proceso que declare formalmente «la verdad» de lo ocurrido) puede verse afectado por uno de los elementos consustanciales a la conformidad: la ausencia de la práctica de la prueba y la construcción de un relato fáctico pactado. En segundo lugar, el juego de intereses que preside la institución suele propiciar que el acusado se conforme con una pena notablemente inferior a la que le hubiera podido corresponder de celebrarse el juicio⁶¹, y por ello lejana a las expectativas que al respecto pudiera albergar la víctima no constituida en acusación particular⁶². Si bien las objeciones a la figura (al menos en la doctrina española) suelen obedecer (con razón) a otras preocupaciones⁶³, no puede sorprender que algunas voces declaradamente favorables a conferir un mayor protagonismo a los intereses de la víctima se hayan alzado contra lo que se considera una excesiva relegación de aquellos en aras del propósito fundamental de acelerar el proceso y descargar a la Administración de Justicia; de ahí propuestas de reforma como la legitimación de la víctima no parte para recurrir la sentencia de conformidad, la exclusión de la figura respecto de determinados delitos «de especial gravedad desde el punto de vista de las víctimas» o supeditar la rebaja de pena pactada en conformidad a la satisfacción de las responsabilidades civiles⁶⁴.

En cualquier caso, el hecho de que la LEV no modifique el régimen jurídico de la conformidad en este aspecto puede ser revelador de que donde realmen-

⁶⁰ En el caso de la regulación española nos referimos al perjudicado que no se haya constituido en acusación particular, pues a quien ostenta esta condición la ley le reconoce la facultad de oponerse a la conformidad y forzar la celebración del juicio oral. Extensamente, AGUILERA MORALES, M., «Víctima y conformidad: al encuentro de dos rectas paralelas llamadas a coincidir», en de Hoyos Sancho, (Dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 99 y ss.

⁶¹ Lo cual no supone desconocer que determinados rasgos de la figura puedan también propiciar la conformidad de inocentes o de quienes hubieran podido aspirar a una condena más leve. Sobre ello LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret* 3/2018.

⁶² Muy crítica al respecto, AGUILERA MORALES, M., 2017, p. 115 («desde la perspectiva de la víctima, es claro que cuanto más benévola es la sentencia de conformidad más crece su incredulidad hacia la Justicia y su sensación de no verse respaldada por ella»). Desde un punto de partida más matizado, llama la atención sobre «la nula consideración a la víctima (no parte acusadora) cuando se pacta a sus espaldas una sentencia de conformidad con una rebaja considerable de la pena a imponer», ETXEBERRIA GURIDI, J. F., 2018, p. 32; vid. Igualmente GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito (la posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal: un análisis basado en el Derecho comparado y en la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito en España*, Navarra, Aranzadi, 2015, p. 242. Obsérvese que estas consideraciones se refieren a la (baja) pena pactada como una afectación de los intereses de la víctima; cuestión distinta es que el MF se encuentre obligado, *ex* artículo 773.1 LECrim, a velar por sus intereses al pactar la responsabilidad civil en la conformidad.

⁶³ Vid., a modo de ejemplo, el reciente trabajo de FERRÉ OLIVÉ, J. C., que no problematiza la cuestión de la víctima más allá de mencionar la preocupación que sí despierta en un sector de la doctrina norteamericana [«El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*», *RECPC* 20-06 (2018), p. 8 y *passim*]. Un actualizado repaso de la cuestión en Estados Unidos, donde ningún estado reconoce a la víctima el derecho a vetar el acuerdo entre acusado y Fiscalía (aunque sí se hayan ido introduciendo progresivamente mayores derechos a ser oída y consultada en el proceso de negociación por el fiscal y/o por el tribunal), en TOBOŁOWSKI *et al.*, *Crime Victims Rights and Remedies*, 3.^a ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2016, pp. 83-97.

⁶⁴ Las citas corresponden a AGUILERA MORALES, M., 2017, pp. 115-6. No por casualidad sugiere la autora que los delitos excluidos sean los mismos respecto de los que el artículo 13.1 LEV confiere a la víctima un papel activo en sede de ejecución de la pena.

te pesan criterios de utilidad (y las cifras sobre el índice de procesos resueltos por esta figura hablan por sí solas) la preocupación del legislador por la víctima no parte no es tan intensa como la LEV (con el reconocimiento de la posibilidad de recurrir el sobreseimiento y determinadas resoluciones en sede de ejecución penitenciaria) parece inicialmente sugerir.

4. Por lo que al indulto se refiere, el hecho de que esta figura opere por definición sobre una previa condena (de tal modo que no neutraliza el reconocimiento del injusto y la culpabilidad del autor, ni el mensaje que de ello se deriva para la víctima), motiva que en principio no plantee problemas –no por este motivo– a quienes centran en ese aspecto la satisfacción de la víctima⁶⁵, mientras que, por el contrario, sostener de modo estricto un derecho de la víctima a la pena sí dinamita la figura *per se*. Por su parte, versiones mucho más modestas para las que la pena constituye al menos un interés legítimo de la víctima –como afirmaba con toda naturalidad la Sala 3.^a del TS en la sentencia con que comenzábamos estas páginas– justificarían al menos la atribución de legitimación para recurrirlo⁶⁶.

Cuestión distinta a la anterior es cuál deba ser la intervención de la víctima en la concesión de la gracia. A pesar de que la Ley de Indulto de 1870 sólo exige expresamente que sea consultada (obviamente con efectos no vinculantes) en expedientes por delitos perseguibles a instancia de parte⁶⁷, en la práctica sí suele recabarse su opinión (que jugaría de hecho un papel importante en la decisión de concederlo), para lo que ofrecería un indirecto sustento el artículo 15.1 de la norma, cuando establece como «condición tácita» de todo indulto «que no cause perjuicio a tercera persona, o no lastime sus derechos». La idea de que la medida de gracia perjudicaría moralmente a la víctima estaría jugando *de facto* un papel

⁶⁵ De ahí sus obvias diferencias con la amnistía y el carácter más problemático de esta.

⁶⁶ STS (Sala 3.^a) de 20 de febrero de 2013 (vid. *supra*, I). La misma Sala 3.^a ya había admitido la legitimación de la víctima en pronunciamientos previos (STS de 12 de diciembre de 2007 y ATS de 12 de junio de 2012), y lo ha consolidado en otros posteriores (SSTS de 20 de noviembre de 2013 y 17 de marzo de 2014), una opción que no parece haber despertado mayor oposición; decididamente a favor, FERNÁNDEZ, T.R., «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», *RAP* núm. 194 (2014), pp. 209 y ss., pp. 214-5; PONS PORTELLA, M., «La legitimación para recurrir las decisiones sobre derecho de gracia», *Actualidad Administrativa* n.º 11 (noviembre 2017), o URKOLA IRIARTE, M. J., «¿Gracia vs. Justicia?», *RVAP*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, pp. 2987 y ss., pp. 2910-2911. En esta línea, aunque no anuda su conclusión a la teoría de la pena sino directamente a la tutela judicial efectiva de la víctima, MOLINA FERNÁNDEZ, F., “El indulto y sus razones: justicia, equidad, clemencia y cautela”, en Molina Fernández (coord.), *El indulto: pasado, presente y futuro*, ed. IBdf, Montevideo/Buenos Aires, 2019, pp. 251 y ss., p. 292: “el principio de tutela judicial efectiva exige que los responsables de un delito sean sancionados, y no *arbitrariamente* perdonados si no hay razones para ello”; la cursiva es nuestra para resaltar que en modo alguno sostiene el autor un derecho de la víctima al castigo del que derive la ilegitimidad del indulto *per se*. Sobre todo ello vid. *infra* V.

⁶⁷ Así interpreta el TS (Sala 3.^a), por ejemplo, en STS de 12 diciembre 2007, el artículo 24 en conjunción con el artículo 15.2 de la Ley de Indulto de 1870.

en la práctica habitual de consultarla⁶⁸. Importa mencionar, por otra parte, que la LEV no prevé nada al respecto⁶⁹.

5. Por último, una defensa del interés (y sobre todo del derecho) de la víctima a la pena puede contribuir a fundamentar –aunque, como luego veremos, en modo alguno obligue a ello– el reconocimiento a esta de algún papel también en fases posteriores a la sentencia condenatoria, en relación a aquellas figuras que en sede de ejecución aminoran la carga para el condenado (suspensión de la entrada en prisión, concesión de beneficios penitenciarios, suspensión de la última parte de la condena a través de la libertad condicional), cuestión a la que dedicaremos el último epígrafe de este trabajo.

4. LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA AL CASTIGO DEL AUTOR EN LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Sin duda, el impulso más notable a la idea del derecho de la víctima al castigo del autor se ha producido en el ámbito de la justicia internacional, especialmente en el de las graves vulneraciones de derechos humanos. Pueden identificarse en este contexto tres núcleos donde la idea ha encontrado desarrollo⁷⁰: el Derecho penal internacional (con la noción de la lucha contra la impunidad), la llamada Justicia de transición (en cuya construcción juega un papel destacado la apelación a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación); y, de modo especialmente relevante, la actividad de los tribunales internacionales de Derechos humanos (singularmente la de la CIDH, y de modo mucho más moderado en la del TEDH), con la doctrina de los deberes estatales positivos de ejercitar el *ius puniendi*.

Como es obvio, la necesidad de castigar en estos contextos no se ha fundamentado exclusiva ni excluyentemente sobre la base de los derechos de las víctimas; de hecho, las doctrinas de la lucha contra la impunidad en el Derecho

⁶⁸ Detalladamente al respecto, DÍAZ LÓPEZ, J. A., «La figura del indulto: una lectura victimológica», en Molina Fernández (coord.), *El indulto: pasado, presente y futuro*, ed. IBdf, Montevideo/Buenos Aires, 2019, pp. 535 y ss., pp. 535 y ss.; desde una perspectiva de justicia restaurativa acorde con el giro victimológico de nuestro ordenamiento se muestra el autor favorable a la consulta (negarse a escuchar a la víctima redundaría en una revictimización, pp. 558-562); en la misma línea ya en «La participación de la víctima en el indulto», *La ley penal*, n.º 113, 2015, pp. 8 y ss., donde proponía recurrir a la mediación.

⁶⁹ Propuestas de regulación del indulto como la del Grupo de Estudios de Política Criminal no prevén en cambio intervención alguna de la víctima en fase administrativa, y sólo concede legitimación para el recurso a «la persona interesada» (se entiende, el reo) y el Ministerio Fiscal, GEPC, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, Valencia, 2014, pp. 23-32.

⁷⁰ Adoptamos así un esquema muy similar al seguido por GIL. A., 2016, *passim*.

penal internacional suelen defenderse también con la idea de que tal cosa constituye una *exigencia de justicia* (lo que podría conferirle, y de hecho así se ha interpretado por algunos el Estatuto de Roma, un sesgo retribucionista más clásico)⁷¹, aunque también se ha unido a una apelación de prevención general negativa (el castigo de lo ocurrido como necesario para el «nunca más»), y en la doctrina se defiende asimismo con contundencia la necesidad de castigo en estos contextos como imprescindible para que la pena cumpla su función comunicativa y reafirme la expectativa social de la vigencia de las normas (en este caso, de las que protegen los derechos más elementales), aun rechazando expresamente que los derechos de las víctimas aporten un fundamento autónomo a la necesidad de castigo⁷².

Poner el acento en una u otra fundamentación no resulta irrelevante. En el debate –que tan fuerte impulso ha cobrado en los últimos años– sobre la justicia transicional, sus distintos instrumentos y el papel que dentro de ese proceso haya de asignarse a la imposición y ejecución de sanciones penales, quienes adoptan postulados consecuencialistas de prevención y protección de los bienes jurídicos y (al menos en su mayoría) de prevención general positiva en sus diversas variantes⁷³ (en especial la integradora o comunicativa) suelen mostrarse más proclives a defender la legitimidad de soluciones matizadas (indultos o incluso, aunque con más reticencias por su mayor alcance, leyes de amnistía) que modulen o incluso puedan llegar a prescindir del castigo penal, en la medida en que un poder democráticamente legitimado las estime imprescindibles precisamente para consolidar el proceso de paz o el nuevo régimen democrático y evitar ulteriores vulneraciones de derechos humanos (el conocido precio, reducido por sus detractores a un eslogan inevitablemente simplificador del dilema, de «justicia por paz»)⁷⁴; en estas propuestas, la atención a los derechos de las víctimas se vehicula a través de vías de investigación y comunicación pública de lo ocurrido (destacadamente, aunque no solo, las extrajudiciales comisiones de la verdad, pues suelen ponerse

⁷¹ La apelación a la evitación de la impunidad como exigencia de justicia destaca en el Preámbulo del Estatuto. Una encendida crítica de la concepción del ejercicio punitivo como *deber* y de lo que denomina «ideología de la punición infinita» que lo permea, en PASTOR, D., *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 65-80, 173-189.

⁷² Por todos, SANCINETTI, M., «Las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución de la nación argentina», pp. 811 y ss., en *Dogmática y Ley penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 811 y ss., pp. 813-815. Eso sí, en este contexto la víctima «es la mejor representante que tiene la comunidad en su necesidad de restablecer la vigencia de la norma quebrantada por el delito» (p. 814); y añade: «en lugar de un derecho autónomo de las víctimas a la punición, habría que hablar de la obligación del Estado de comunicar a todos que las víctimas siguen teniendo valor para nosotros, que quienes las mataron obraron mal, y este comunicado tiene que seguir a costa de los infractores» (p. 815).

⁷³ No es el caso de SANCINETTI (*ibidem*), que sostiene la ilegitimidad de las leyes de Punto Final en Argentina.

⁷⁴ Y que MALARINO, E., reformula con la propuesta de «tanta justicia [penal] como paz lo permita» («Transición, Derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del Derecho penal en procesos de transición», *RDPC*, 3.^a época, n.º 9, 2013, pp. 205 y ss., p. 211).

de manifiesto las deficiencias y limitaciones del proceso judicial para establecer la verdad histórica) y mediante la reparación moral que a aquéllas les depara no la ejecución del castigo, sino el reconocimiento de los crímenes por parte de sus autores, y/o el mensaje simbólico-expresivo de reproche inherente no sólo a la pena sino al proceso y a la sentencia condenatoria⁷⁵. Si la necesidad del castigo y su ejecución (en definitiva, el rechazo a la impunidad) se asienta en cambio sobre exigencias deontológicas de realización de la justicia (ya en sentido genérico y/o apelando al derecho de las concretas víctimas a obtenerla) suele adoptarse un punto de vista más inflexible y sostenerse la ilegitimidad de este tipo de instrumentos de matización o renuncia a la pena, tendencia de la cual la jurisprudencia de la CIDH –que con frecuencia se ha pronunciado precisamente sobre la legitimidad de instrumentos de justicia transicional que comportan la renuncia o modulación del castigo– constituye la más clara expresión.

En el caso de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, la fundamentación de la necesidad del castigo en relación a las víctimas se asienta no tanto, o no solo, sobre una determinada concepción de la pena (por más que en las alusiones de la CIDH prime la alusión a la Justicia, y a la Justicia para las víctimas, como un *prius* deontológico que se acerca a concepciones retributivas), como sobre un determinado entendimiento de los derechos convencionales y de las exigencias de protección penal que en ellos se alberga. Veámoslo.

Por lo que se refiere a la CIDH, sin duda el actor de la esfera internacional que más ha contribuido a esta idea, la apelación a la idea del castigo como modo de dar satisfacción a las víctimas e incluso la de un derecho de estas a obtenerlo (y un correlativo deber del Estado de procurárselo) sí se formula de modo expreso –aunque no detallado–. El punto de partida de la Corte, que

⁷⁵ Como buenos exponentes de esta orientación –con matices según cada autor–, en una bibliografía hoy inabarcable, vid. por ejemplo MACULAN, E./GIL, A., «The Rationale and Purposes of Criminal Law and Punishment in Transitional Contexts», en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 40, No. 1 (2020), pp. 132 y ss., pp. 155 y ss.; MACULAN, E., «Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición», en Gil/Maculan, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 207 y ss., pp. 208-212, y 223-238 (donde insiste en la modulación de los fines de la pena en el contexto por definición excepcional de la justicia de transición); DE LA MISMA, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», en Molina Fernández (coord.), *El indulto: pasado, presente y futuro*, ed. IBdf,

Montevideo/Buenos Aires, 2019, pp. 451 y ss.; GIL, A./MACULAN, E., «Responsabilidad de proteger, Derecho penal internacional y prevención y resolución de conflictos», en *La seguridad, un concepto amplio y dinámico*, UNED, Madrid, 2013, pp. 35 y ss., pp. 53-58; NINO, C. S., «The duty to punish past abuses of human rights put into context: the case of Argentina», *Yale L. J.*, 100, 1990-1991, pp. 2619 y ss., *passim*; PASTOR, D., 2006, p. 187-8; REYES ALVARADO, «Víctimas, fin y necesidad de la pena en el Derecho penal y en la llamada justicia transicional», en Gil/Maculan, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 187 y ss., pp. 197-204; SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2009, p. 25; con ciertas reservas, con énfasis en las diferencias entre indulto y amnistía, y condicionando la legitimidad de esta medidas a una intervención proactiva del Estado para que no impliquen el olvido, RUIZ MIGUEL, A., «Gracia y Justicia: más allá del indulto», en el volumen dirigido por Molina Fernández citado *supra* (pp. 89 y ss.), pp. 182-191.

también acoge (sin perjuicio de las importantes diferencias que luego señalaremos) el TEDH, es la noción de la *garantía efectiva de los derechos convencionales*, que para ser realmente alcanzada exige de los Estados una serie de obligaciones positivas que implican el recurso al Derecho penal: dejando ahora al margen las obligaciones de criminalización, estas obligaciones estatales son fundamentalmente las de investigar y sancionar (sanción «suficiente») las conductas delictivas primigeniamente vulneradoras de los derechos. En ese control, como se sabe, la Corte Interamericana ha considerado *imperativa* la eliminación de diversos límites convencionales al *ius puniendi* que pudieran impedir el castigo efectivo de los responsables de graves violaciones de derechos humanos (*non bis in idem* y cosa juzgada, derecho a ser juzgado en un plazo razonable, prohibición de retroactividad), ha deducido de ello determinadas reglas (significadamente, la prohibición de la amnistía e indulto de graves violaciones de derechos humanos), y ha extendido su competencia temporal y sobre todo material mucho más allá de la propia de un tribunal internacional de derechos humanos (con la anulación de sentencias de tribunales nacionales y reapertura de procesos, la anulación de normas de Derecho interno –especialmente de amnistía– incluso aunque hubiesen sido adoptadas por el legislador democrático y/o aprobadas en referéndum, o la imposición a los Estados de obligaciones de reparación que exceden con mucho la de una indemnización económica a víctimas concretas o a sus familiares)⁷⁶. A pesar de su general «buena prensa» entre organizaciones de defensa de los derechos humanos y la opinión pública, esta jurisprudencia supone el epítome (y como tal ha sido severamente criticada) del peligro inherente a la noción del derecho de las víctimas al castigo del autor: que ello se consiga en detrimento de garantías procesales y materiales del imputado⁷⁷.

⁷⁶ Sobre esta jurisprudencia detalladamente, entre otros muchos, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Parthenon, Madrid, 2007, pp. 235 y ss.; DONDE MATUTE, J., «El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* t. I (2010), KAS, Berlin/Montevidéo, pp. 263 y ss., *passim*; o GIL, A., «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II (2011), KAS, Berlin/Montevidéo, pp. 311 y ss., pp. 311-331.

⁷⁷ Extremadamente críticos con la relativización de los límites y garantías, MALARINO, E., «Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Gil Gil/Maculan, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 23 y ss., *passim*, donde llega a tildar esta jurisprudencia de la CIDH de «Derecho de excepción para las graves violaciones de derechos humanos» (p. 31); en aplicación también al poder penal internacional, con especial insistencia en los riesgos de expansión y generalización (el «efecto metástasis») de cualquier relativización de garantías, PASTOR, D., 2006, pp. 173-189, así como en «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos», *Nueva doctrina penal*

I. EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA EN LA PENA DEL DELITO. ALGUNAS... ■

Más allá de su aplicación a los casos concretos, las siguientes indicaciones de la Corte resultan muy expresivas de esta perspectiva. «En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos», una afirmación del todo razonable con carácter general, pero que cobra un tinte diferente cuando se formula, como aquí, desde la óptica (que a veces se ha denominado de inversión del principio de proporcionalidad) de prohibición de la infraprotección: lo muy grave ha de ser necesariamente castigado de modo muy grave. Desde esta misma óptica añade la Corte que «en cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, *de manera que no se haga ilusoria la justicia penal*⁷⁸.

Especial interés merece, por sus obvias implicaciones para nuestro ordenamiento jurídico *ex* artículo 10 CE, la jurisprudencia del TEDH sobre los deberes estatales de intervención en materia penal, que arranca de presupuestos muy similares a los adoptados por la CIDH: la efectiva garantía de los derechos proclamados en la Convención Europea de 1950 requiere de los Estados (mucho más allá del mero abstenerse de lesionarlos) la satisfacción de una serie de obligaciones positivas de protección, que en el ámbito penal se traducirían en la siguiente secuencia de deberes: 1) criminalización de las vulneraciones más graves de los derechos convencionales; 2) investigación adecuada de los hechos; 3) celebración del proceso cuando dicha investigación arroje indicios de la comisión de un delito; 4) sanción del delito con penas suficientes y 5) ejecución de las sanciones —expresamente el tribunal considera prohibidas por el Convenio el indulto del delito de torturas, o un régimen de ejecución que convierta la pena en irrisoria—. Un entramado que no se construye desde la perspectiva de la garantía de los derechos del reo (la tradicional en la relación entre los derechos fundamentales y el ejercicio del poder punitivo, *potencialmente excesivo*) sino desde la protección de los derechos convencionales de las actuales o futuras víctimas (entendida como *potencialmente insuficiente*), y

(1), pp. 73 y ss., pp. 83-89 (con amplias referencias especialmente interesantes a la sentencia *Bulacio vs. Argentina*, de 18 de septiembre de 2003, como muestra de la extensión de la doctrina a casos individuales ajenos a la violación masiva de derechos humanos). Vid. igualmente MATUS ACUÑA, J. P., «Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho penal Internacional», *Nuevo Foro Penal* 81 (2013), pp. 139 y ss., *passim*.

⁷⁸ Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, Sentencia de 11.05.2007, Fondo, Reparaciones y Costas, § 196.

sobre cuya relevancia y enormes implicaciones –especialmente por el potencial expansivo que en ella anida– no parece necesario insistir⁷⁹.

Según esta construcción, por tanto, los derechos fundamentales albergan una suerte de «pretensión punitiva», lo que implica que al no tutelarlos penalmente de modo suficiente el Estado incurra en su propia responsabilidad –por una vulneración independiente del delito originario, fuera este cometido por representantes del propio Estado o simplemente entre particulares⁸⁰–. La cuestión es si todo esto puede razonablemente construirse desde una perspectiva de prevención general (que es en la que inicialmente insiste el Tribunal), ligada por tanto a las víctimas potenciales o futuras, o si en realidad de lo que estamos hablando (como creo que en el fondo sucede, al menos en parte) es de una pretensión de protección penal de los derechos fundamentales de la concreta víctima de un delito, que es donde más claramente anida esa profunda transformación de fondo de la concepción del *ius puniendi* estatal en los términos arriba comentados. Vayamos por partes.

En principio, la aplicación por parte del TEDH de la doctrina de los deberes positivos en el marco del ejercicio del *ius puniendi* puede caracterizarse como prudente por contraposición a la aplicación maximalista protagonizada por la CIDH⁸¹, en relación con al menos los siguientes aspectos:

a) En sus consecuencias sobre el concreto caso enjuiciado: por los propios límites competenciales del TEDH, la condena a un Estado parte nunca puede determinar la anulación de normas o ni siquiera de sentencias nacionales en perjuicio del reo, sino tan solo una mera declaración de responsabilidad del Estado que terminará con una reparación económica al demandante –con lo que queda garantizado el principio de cosa juzgada–.

b) En la compatibilización de esta construcción con las garantías procesales y sustantivas del investigado o condenado: el Tribunal insiste en que su valoración del eventual defecto de protección penal no puede prescindir de los principios garantísticos que limitaban las posibilidades de intervención puniti-

⁷⁹ Me he ocupado del tema con mayor extensión en el trabajo «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,» *InDret Penal* 3/2016, donde pueden encontrarse abundantes referencias jurisprudenciales y doctrinales que –salvo alguna excepción– no serán reiteradas aquí.

⁸⁰ Para una defensa muy contundente de esta idea en la doctrina española vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección penal», *REDC* núm. 78, 2006, pp. 333 y ss.

⁸¹ Así, GIL, A., 2011, pp. 311-331; AMBOS/BÖHM, «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?», en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, (2011) KAS, Montevideo, pp. 43 ss.

va estatal, aspecto en el que difiere sustancialmente de la jurisprudencia de la CIDH⁸²;

c) En la aplicación preferente de su doctrina a un ámbito limitado de casos: en principio el TEDH suele insistir, como es por lo demás tan habitual en su jurisprudencia, en la regla general del respeto al amplio margen de apreciación de los Estados, ya sea en su diseño de la política criminal por parte del legislador, ya en la calificación de los hechos por los tribunales internos competentes. Y en este mismo sentido restrictivo, es cierto que la gran mayoría de los casos en que se condena a un Estado por una insuficiente intervención punitiva es el mismo campo en el que nace y se desarrolla la jurisprudencia de la CIDH: el de los delitos de homicidio, torturas y desapariciones cometidos por agentes estatales (con mucha frecuencia, aunque desde luego no únicamente, en relación con el conflicto kurdo en Turquía).

Precisamente lo peculiar de estos contextos de criminalidad estatal –en los que existe mayor riesgo de desidia del aparato de justicia– es lo que explicaría, según algún destacado analista, la intensificación de los deberes de investigación, e, incluso, el significado autónomo concedido a la imposición de una pena suficiente, a la que se estaría confiriendo una función abiertamente reparatoria, «en el sentido de restitución a la víctima –por medio del proceso y de la condena de los responsables– de aquella dignidad de sujeto de derecho que los autores del crimen habían conculcado»; una pena, en suma, llamada «a proclamar solemnemente [...] que la razón estaba de parte de la víctima, y el injusto de parte del condenado»⁸³.

d) En la concepción de la pena a la que estas obligaciones positivas del Estado aparecen ligadas: el tribunal insiste en proclamar que su construcción de los deberes positivos de investigar y sancionar en modo alguno implica un derecho de la víctima concreta al castigo del autor, y de hecho insiste en enfo-

⁸² AMBOS/BÖHM, 2011, p. 63; GIL, A., 2011, pp. 312-331 (señalar las grandes diferencias no impide no obstante a la autora advertir contra algunas aplicaciones retroactivas de la Convención y sobre todo de su propia competencia por parte del TEDH). Especialmente discutible a este respecto es a mi juicio la conocida sentencia *Gäfgen c. Alemania*, Gran Sala, de 1 de junio de 2010, en la que se condena a Alemania por haber impuesto a un responsable policial una pena considerada excesivamente benigna por una conducta consistente en haber amenazado a un detenido con torturarlo, a pesar de que la lenidad sancionatoria se fundamentaba en una clara disminución de la culpabilidad del autor; al margen de un obvio problema de delimitación competencial entre el Tribunal de Estrasburgo y la jurisdicción nacional, en esta sentencia se bordea, a mi entender, la vulneración del principio de culpabilidad (para más detalles TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., 2016, pp. 32-33).

⁸³ VIGANÒ, F., «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», *Polít.crim.* Vol. 9, n.º 18 (Diciembre 2014), pp. 428 y ss. La conexión de esta interpretación con los enfoques doctrinales expuestos *supra* III resulta patente.

car la cuestión desde una perspectiva de prevención general negativa⁸⁴. Esto último parecería en principio claro (enseguida veremos si realmente es así) en el ámbito de las obligaciones de criminalización, en las que el deber estatal se traduce en una obligación de medios al servicio del objetivo preventivo, a través de un marco normativo que (según se reitera en numerosas sentencias) resulte adecuado para disuadir de modo efectivo a los ciudadanos de llevar a cabo vulneraciones graves de aquéllos. No se trataría aquí de tutelar los intereses de la víctima de un concreto delito ya acontecido, sino, en puridad, a las víctimas potenciales de delitos futuros que el Estado tiene el deber de intentar evitar a través de la conminación con penas suficientes. E incluso en la teorización de los demás deberes positivos (también los de sanción del delito ya producido y ejecución de las sanciones) el Tribunal pretende mantenerse en ese plano (y ciertamente la prevención general negativa resulta un fundamento plausible cuando se condena a un Estado por no haber castigado, o solo con penas irrisorias, o directamente haber indultado, delitos de torturas, pues es claro que la impresión de impunidad no favorece precisamente la finalidad disuasoria de potenciales autores de estos delitos)⁸⁵.

Sin embargo, y sin negar plenamente lo anterior, lo cierto es que todas estas constricciones en principio características de la jurisprudencia del TEDH sobre deberes positivos estatales en materia penal no resultan tan prístinas como podría parecer. Empezando por el último de los puntos mencionados, lo cierto es que la lógica interna que gobierna el sistema de demandas ante el TEDH conduce a una insalvable paradoja: por mucho que desee mantenerse el recurso argumentativo a la prevención general, la intervención del Tribunal *sólo puede desencadenarse a raíz de la demanda interpuesta por el ciudadano víctima de un delito concreto* –siempre bajo el presupuesto de no haber obtenido del Estado miembro una reparación suficiente a la vulneración de su derecho convencional–, de tal manera que la afirmación de responsabilidad internacional del Estado no se liga a los derechos fundamentales de las víctimas

⁸⁴ Constituye una obviedad que quien a través de la denuncia de unos hechos interesa del Estado una intervención punitiva no puede exigir que esta se lleve a efecto (mediante el proceso y la imposición de la pena) si tras una investigación diligente no hallan las autoridades estatales competentes indicios suficientes para incoar un proceso o para (en el seno de éste) dar por probados los hechos y/o la autoría del reo. Interpretado en este sentido, un supuesto «derecho de las víctimas al castigo del autor» carece de cualquier viabilidad, y así lo recalca el Tribunal en innumerables ocasiones –al igual que el TC en su delimitación del alcance de la tutela judicial efectiva–. Menos claro resulta que en algunas de sus sentencias el TEDH no esté dando pie a, una vez superado ese umbral, reconocer un cierto derecho de la víctima al castigo suficiente y a su posterior ejecución (vid. supra en el texto).

⁸⁵ Insisten en que el TEDH «no está protegiendo el derecho individual de la víctima a que se castigue a los ofensores, sino que está protegiendo a todas las personas de una eventual violación de sus derechos humanos», AMBOS/BÖHM, 2011, p. 58.

potenciales, sino a los de esta víctima concreta que demanda al Estado por una insuficiente intervención penal, sea por disponer de un marco normativo defectuoso que le ha impedido no tanto prevenir como *castigar el concreto delito cometido sobre ella*, sea por no haber sancionado, por no haberlo hecho suficientemente o no de modo efectivo al sujeto que lo cometió. Al no sancionar o no hacerlo suficientemente, es el Estado quien infringe (él también) el derecho fundamental de la víctima del delito (lo que recuerda a la idea kantiana de que el Estado que no pena se convierte en cómplice del delito, aunque Kant no argumentara desde la perspectiva de la víctima), y es ella, y solo ella (o sus herederos) la que va a recibir una compensación económica por este «defecto» de tutela penal.

Por otra parte, por mucho que los defensores de extender la tarea del TEDH al control del (insuficiente) ejercicio del *ius puniendi* insistan en su carácter excepcional y en la necesidad de reconocer a legislador y (en lo que ahora interesa) jueces un amplio margen de apreciación —de tal manera que la revisión por el TEDH quedara constreñida a «circunstancias realmente extremas»⁸⁶—, lo cierto es que una vez se ha renunciado a la idea de los derechos fundamentales como exclusivos derechos de defensa frente al Estado, y se acepta (como premisa básica de toda la construcción de los deberes positivos de protección) la de que son igualmente violados por aquel cuando omite otorgarles una protección (penal) suficiente frente a las vulneraciones entre particulares, carece de toda lógica restringir dicho control tan sólo a la criminalidad estatal grave contra los derechos humanos (y a su manifestación por antonomasia en el delito de tortura); y ello es así, como antes se indicaba, tanto si partimos de la perspectiva de la prevención general (orientada a la protección de potenciales víctimas a través del castigo suficientemente disuasorio) como de la de la víctima del concreto delito (insuficientemente protegida en tanto éste no ha sido suficientemente castigado). De hecho, existen sentencias en que se condena a Estados por una insuficiente intervención punitiva que no pertenecen al ámbito de la criminalidad estatal grave⁸⁷.

⁸⁶ DOMÉNECH PASCUAL, 2006, pp. 364-365.

⁸⁷ Önerylidiz c Turquía, de 30 de noviembre de 2004 (insuficiente condena penal por las muertes acaecidas como consecuencia de absoluta falta de control administrativo sobre asentamientos de chabolas en un lugar peligroso), o Mehmet Senturk y Bekir Senturk c. Turquía, de 9 de abril de 2013 (insuficiente intervención punitiva en un caso de denegación de asistencia sanitaria con peligro para la vida), así como Eremia y otros c. República de Moldavia, de 28 de mayo de 2013 (donde la responsabilidad del Estado trae causa, al menos en parte, de una insuficiente punición en un supuesto de violencia de género). Vid. igualmente Algirdas Vosylius y Laimute Vosyliene contra Reino Unido, de 3 de septiembre de 2013, prgf. 29, o Ibrahim Dermittas c Turquía, de 28 de octubre de 2014, que afirma la responsabilidad internacional de Turquía por vulneración del artículo 3 CEDH en un supuesto relativo al proceso, condena y fi-

En cuanto a las obligaciones estatales de *ejecución de la pena* –básicamente, prohibición del indulto, aunque las reflexiones que vamos a realizar alcanzarían también a otros supuestos de renuncia del ejercicio del poder punitivo, como la prescripción o la amnistía–, también pueden realizarse algunas objeciones, que a su vez enlazan con la dificultad de mantener el poder revisor del Tribunal en los confines de lo excepcional en los que él mismo quiere en principio situarse. Si partimos del enfoque centrado en los derechos de las víctimas del delito acontecido –que no olvidemos es el más (por no decir el único) compatible con la regulación procesal de las demandas de ciudadanos ante el TEDH– no termina de entenderse por qué las limitaciones impuestas por Estrasburgo al poder discrecional de los Estados de renunciar a tal ejercicio (imprescriptibilidad e imposibilidad de indultar o amnistiar delitos de tortura) habrían de constreñirse únicamente a este tipo de delitos. Quizás la víctima del delito cometido por el propio Estado necesite más que otras la declaración solemne de que el Derecho «está de su parte» (precisamente porque tal cosa puede ser puesta en duda cuando es el propio poder público quien vulnera sus derechos); pero también la víctima de un delito ordinario grave (homicidio, lesiones, detención ilegal, agresión o abuso sexual, etc.) puede percibir el proceso o incluso la imposición efectiva de la pena como un mensaje necesario en los términos simbólico-expresivos examinados en páginas anteriores de este trabajo (en propuestas doctrinales que como vimos en modo alguno limitan este significado de la pena a la delincuencia estatal). Como con toda contundencia argumenta Silva Sánchez, la crítica a la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* (o al ejercicio «insuficiente») formulada en clave de derechos de las víctimas respecto de violaciones graves de derechos humanos por parte del propio Estado resulta, en suma, «perfectamente generalizable», y «valdría del mismo modo para una amnistía que favoreciera a los miembros de una banda terrorista, para la prescripción de los delitos de un asesino en serie o para el indulto de cualquier delito común grave», hasta el punto de que «con base en ellas puede sostenerse de modo general la imprescriptibilidad, inindultabilidad y la inamnistiability al menos de los delitos violentos graves»⁸⁸. La afirmación de un derecho de (algunas) víctimas a la ejecución efectiva de la pena resulta, pues, difícilmente sostenible, pues no parece que el factor de la autoría «estatal» del delito implique una diferencia de entidad suficiente como para no extenderlo a las víctimas de delincuencia ordinaria igualmente grave. Piénsese, sin ir más lejos,

nalmente prescripción de la pena impuesta a dos sujetos por propinar un puñetazo con fractura de mandíbula y pérdida de un diente a un guardia forestal.

⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2009, p. 31.

en el indulto concedido en 2013 por el Gobierno español a un sujeto condenado nada menos que a trece años de privación de libertad por un homicidio doloso-eventual (en concurso con otros delitos) origen de una auténtica conmoción en la opinión pública y posteriormente objeto de anulación por un dividido Pleno de la Sala Tercera del TS⁸⁹. Desde la perspectiva que comentamos (protección de los derechos de las víctimas, reparación, etc.), ¿qué justifica entender prohibido el indulto de torturas o maltrato policial, y no éste?

Lo que sí parece claro es que la construcción misma del TEDH (sobre todo entendida en clave de derechos de la víctima) podría ser utilizada como fundamentación de un endurecimiento del régimen jurídico de la prescripción o del indulto, cuando menos como base de un cambio de perspectiva en el que sea el «no castigo» el percibido como sospechoso. Si a la regulación de la prescripción subyace siempre una ponderación de intereses, el afianzamiento de la idea de que la renuncia al castigo por parte del Estado afecta (cuando menos) al derecho fundamental de la víctima del delito no castigado, puede propiciar – sobre todo si se rechaza que exista derecho fundamental alguno (del autor del delito) a un marco normativo que la favorezca- un régimen jurídico más «potenciador» de aquel (y más restrictivo por tanto de los intereses del autor del hecho). Dicho de otro modo, el enfoque no es el mismo si se parte de la prescripción como la renuncia del Estado a su *derecho* de castigar –enfoque evidenciado, p. ej., en la STC 157/1990, de 18 de octubre-, que si se interpreta como una «autodescarga» de su *deber* de hacerlo, óptica desde la que dichas instituciones pueden devenir en «sospechosas». Precisamente por detectar en la sentencia un enfoque de este tipo, los jueces disidentes a *Ibrahim Dermitas c. Turquía* (que recordemos se refería no a criminalidad estatal sino a unas meras lesiones entre particulares) puntualizan que «la prescripción no puede dar lugar en sí misma a una presunción de abuso: protege los derechos del acusado contra los retrasos indebidos».

La construcción del TEDH suscita también importantes dificultades en lo que se refiere a sus implicaciones sobre el control constitucional, en vía de amparo, de la actuación de la jurisdicción penal ordinaria. Si la no tutela penal de un derecho convencional/fundamental (una condena «manifiestamente inadecuada», por utilizar terminología del propio TEDH, y, *a fortiori*, una absolución) comporta una vulneración de aquel derecho sustantivo por parte del Estado –ha de entenderse, en primera instancia, por el órgano jurisdiccional-

⁸⁹ El indulto fue concedido por Real Decreto 1668/2012, aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 7 de diciembre de 2012 (*BOE* de 5 de enero de 2013), en el que se conmutaba la pena por dos años de multa. El RD fue recurrido por los padres de la víctima y posteriormente anulado por la conocida STS (Sala 3.ª) de 20 de noviembre de 2013.

¿quiere ello decir que una absolucón tenida por la víctima por totalmente indebida ha de entenderse susceptible de ser recurrida en amparo?⁹⁰

5. LAS FACULTADES DE INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN MATERIA DE LA EJECUCIÓN PENAL DEL ARTÍCULO 13 LEV

Tradicionalmente, la fase de ejecución de la pena se ha caracterizado por la casi completa preterición de la víctima y sus intereses. Ello suele justificarse, en primer lugar, como una exigencia lógica en un sistema vertebrado alrededor del eje de la resocialización, cuyos hitos fundamentales (las decisiones sobre la suspensión inicial de la pena, beneficios penitenciarios, progresión en grado y suspensión conducente a la libertad condicional) dependen ante todo de una serie de variables personales (pronóstico criminal, posibilidades de reintegración en la sociedad), sobre las que la opinión de la víctima nada puede ni debe aportar. En segundo lugar, el veto a la intervención de la víctima en sede de ejecución suele defenderse aludiendo al exclusivo monopolio estatal en materia de la ejecución de la condena, para deducir de esta premisa (como hacía el ATC 373/1989 que reproducíamos al inicio de este trabajo) que la víctima simplemente no detenta interés alguno en aquello sobre lo que no le corresponde decidir (un razonamiento, creo, más endeble). En cualquier caso, la idea tradicional puede expresarse así: una vez concluido el proceso e impuesta una pena la víctima no detenta ya interés alguno que hacer valer, y de lo único que se trata es de modular el cumplimiento de aquella en atención a la orientación resocializadora que preside el sistema de ejecución. Un razonamiento que de mantenerse coherentemente debería conducir, creo –si se parte de la premisa de que, obtenida la condena, la ejecución ya no afecta en absoluto a sus intereses–, a excluir a la víctima de la posibilidad de recurrir el indulto (también el sospechoso de incurrir en arbitrariedad)⁹¹.

Al conceder legitimación activa a la víctima (incluso a la previamente no personada en el proceso), la LEV modifica de modo notable este panorama.

⁹⁰ Sobre esta cuestión (que como se sabe el TC resuelve negativamente sobre la base de un enfoque en términos de derechos procesales y no sustantivos de la víctima), y en general sobre la difícil relación entre las jurisprudencias del TEDH y el TC sobre estos extremos, me permito remitir a mi trabajo de 2016, pp. 34-41.

⁹¹ Obsérvese que no tratamos la cuestión aquí desde un enfoque de máximos como «derecho de la víctima a la pena» que invalidara la figura del indulto *per se*; de lo que se trata es de valorar únicamente la legitimación para recurrirlo, que tal y como está configurada hoy la vía contencioso-administrativa, requiere un derecho *o interés legítimo* (art. 19.1 a LJCA).

Las nuevas facultades de intervención reconocidas a la víctima en sede de ejecución por el artículo 13 LEV no suponen, ciertamente, su estreno absoluto en este plano en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la satisfacción de las responsabilidades civiles (con las matizaciones imprescindibles para impedir infracciones del principio de igualdad en casos de imposibilidad de pago) se configura como una condición para la clasificación en tercer grado (art. 72.5 LOGP) y la concesión de la libertad condicional (art. 90.1 CP), así como –siendo suficiente el compromiso de pago– para la concesión de la suspensión inicial de la ejecución (art. 80.2.3.^a, 80.3 CP)⁹². Esta imbricación de dos decisiones fundamentales en la ejecución penitenciaria con intereses resarcitorios que no forman parte del contenido de la pena no supone, en todo caso, una subordinación de las primeras a los segundos: entendida la satisfacción de la responsabilidad civil como elemento que evidencia la progresión personal del reo y contribuye a un pronóstico favorable sobre su comportamiento –y obviamente no se trata aquí de si la víctima se siente o no adecuadamente compensada, sino del pago de lo estimado judicialmente como resarcimiento patrimonial justo–, la atención a los intereses de la víctima no resulta disfuncional en el engranaje de la ejecución penitenciaria, y su configuración como requisito para aplicar institutos que aminoran la afflictividad de la pena puede entenderse como una estrategia político-criminalmente adecuada, o cuando menos admisible, para estimular simultáneamente la satisfacción de un derecho de contenido patrimonial del que la víctima sí es titular indiscutible⁹³.

En un plano diferente, puramente simbólico, se sitúa la por diversas razones absurda (además de inoperante en la práctica) cláusula del artículo 90.8 CP, que convierte la petición expresa de perdón a las víctimas en elemento significativo para un pronóstico favorable de reinserción en casos de condenas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

A lo anterior se añadía –y este sí es un precedente más directo de la actual intervención en la ejecución– la necesidad de oír «a las partes» (expresión de

⁹² Además de valorarse en especial el esfuerzo para reparar el daño causado a efectos de la suspensión excepcional del artículo 80.3 CP.

⁹³ Al margen de críticas a la plasmación positiva (protagonismo de la responsabilidad civil y no de la reparación, el absurdo de anudar los efectos positivos al pago no voluntario que no merece por tanto valoración positiva alguna, etc.), esta interpretación del requisito en clave resocializadora es por lo demás mayoritaria; vid. entre otros FARALDO CABANA, P., «Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado», *EPC* núm. 26, 2006, pp. 7 y ss., pp. 10-11, pp. 59-71; GARCÍA DEL BLANCO, V., 2017, pp. 300-304, o TAMARIT SUMALLA, J. M., uno de los más destacados defensores del juego de la justicia reparadora (mucho más allá de la satisfacción de la responsabilidad civil) en la ejecución [«La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: una respuesta al rearme punitivo?», *RGDP* núm. 1 (2004)].

muy discutida interpretación) en la decisión del JVP sobre el retorno al régimen ordinario de cómputo a los reos a quienes inicialmente se les hubiera aplicado el artículo 78 CP, en la concesión del beneficio de adelantamiento de hasta noventa días por año a los efectos de obtener la libertad condicional (art. 90.2) y en el levantamiento del periodo de seguridad del artículo 36.2 CP. Por su parte, a partir de la Ley 5/2010, el artículo 98 CP, al regular la modificación de la medida de seguridad, previó la audiencia no solo al sometido a la misma, MF y «las demás partes», sino también a «las víctimas del delito que no estuviesen personadas cuando así lo hubiesen solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto»⁹⁴.

Pues bien, yendo claramente más allá de lo arriba apuntado, el artículo 13 LEV reconoce ahora a la víctima (incluso a la que no se hubiera personado como parte en el proceso) legitimación activa para recurrir determinadas resoluciones judiciales relativas a la ejecución de la pena de prisión, siempre en relación con una lista tasada de delitos⁹⁵. 1) El auto del JVP por el que se autorice a la Administración Penitenciaria sortear en la concesión del tercer grado el período de seguridad del artículo 36.2 que hubiera sido inicialmente acordado por el juez o tribunal sentenciador. La inclusión expresa de los delitos de terrorismo resulta muy indicativa del destinatario a quien el legislador persigue satisfacer, aunque ello sea a costa de incurrir en un palmario absurdo: dado que el propio artículo 36.2 CP impide para estos delitos prescindir el período de seguridad, se está concediendo la facultad de recurrir resoluciones que sencillamente nunca podrán producirse⁹⁶. 2) El auto del JVP que permite que no se aplique el artículo 78 (el cómputo de la libertad condicional sobre la condena efectiva en lugar de sobre la totalidad de la condena impuesta en la sentencia) y se vuelva al régimen general. 3) El auto de concesión de la libertad condicional en relación con determinados delitos, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

⁹⁴ Una previsión claramente distorsionadora teniendo en cuenta el fin rehabilitador de las medidas de seguridad y los presupuestos sobre su adopción y mantenimiento.

⁹⁵ Las dos propuestas de reforma de la LECrim de la última década apuntaban ya en esta dirección, si bien solo respecto de la víctima parte (arts. 728 ALECRim 2011 y 638 ALECRim 2013).

⁹⁶ Parece obvio, en efecto, que se pretende satisfacer las exigencias de asociaciones de víctimas del terrorismo en un momento de «indignación» a raíz de la sentencia del TEDH *del Río c. España*, que dio al traste con la *doctrina Parot*, una apreciación común en la doctrina crítica; por todos QUINTERO OLIVARES, G., «Protección a las víctimas y función de la Justicia penal», *AJA* núm. 884, 2014, p. 5., y especialmente RENART GARCÍA, F., «Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena», *RECPC*, núm. 17, 2015, pp. 5-6, p. 27 (que insiste en el absurdo apuntado).

I. EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA EN LA PENA DEL DELITO. ALGUNAS... ■

Otras decisiones judiciales en sede de ejecución permanecen (por el momento) ajenas a posibilidades impugnativas de la víctima, aunque el artículo 13 LEV haya ampliado su intervención en otros aspectos a ellas referidos. Así sucede con la suspensión inicial de la ejecución de la pena privativa de libertad, que sigue sin ser recurrible, aunque se haya reconocido ahora a la víctima no persona el derecho (ya contemplado para la víctima parte con anterioridad) a ser oída en el procedimiento de concesión. Las facultades impugnatorias de la resolución de concesión de la libertad condicional no se extienden tampoco a su presupuesto básico (la clasificación en tercer grado de cumplimiento), decisión de la Administración penitenciaria no recurrible para la víctima⁹⁷.

Como es sabido, la cuestión ha dado lugar a valoraciones encontradas. Frente a quienes –sobre todo entre la doctrina procesalista– la interpretan positivamente y con distintos argumentos como un paso más en el anhelado reconocimiento de los derechos de la víctima⁹⁸, desde la doctrina sobre todo penalista se han vertido severas críticas a la decisión legislativa, que en gran parte ya señalaba el conocido y contundente voto particular de siete vocales del CGPJ al informe del Anteproyecto de la LEV adoptado por la mayoría, así como el dictamen del Consejo de Estado⁹⁹. Más allá de las habituales alusiones a la total inexistencia de precedentes en el Derecho comparado de nuestro entorno más próximo, así como al hecho de que el legislador español haya rebasado con mucho lo obligado por la Directiva 2012/29/UE como norma de mínimos, se aducen objeciones tanto de orden práctico como de fondo. Entre

⁹⁷ En el contexto de su postura extremadamente favorable a la intervención de la víctima en sede de ejecución, el informe del Consejo Fiscal de 14 de noviembre de 2013 al texto del Anteproyecto de la LEV proponía la ampliación de la legitimación activa para recurrir tanto a la suspensión inicial como a la concesión del tercer grado. En igual sentido respecto de la suspensión del inicio del cumplimiento, AGUILERA MORALES, M., 2017, p. 117; CHOZAS ALONSO, J. M., «El nuevo estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal», en Chozas Alonso (coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 240, o GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Análisis del nuevo estatuto de la víctima: retos y oportunidades», *RADPP* núm. 38 (abril-junio 2015); respecto del tercer grado NISTAL BURÓN, J., «La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario», *Diario La Ley*, núm. 8555 (5 de junio de 2015), pp. 5-6, o LEGANÉS GÓMEZ, S., «La víctima del delito en la ejecución penitenciaria», *Diario La Ley*, núm. 8619 (6 de octubre de 2015), p. 10.

⁹⁸ Así, AGUILERA MORALES, M., 2017, p. 117; CHOZAS ALONSO, J. M., 2015, pp. 238-240 (mejor control del uso de la discrecionalidad y el principio de oportunidad en materia penitenciaria); DE HOYOS SANCHO, M., 2014, pp. 43-53 (consecuencia lógica del reconocimiento de la acción penal a la víctima, entre otros argumentos); NISTAL BURÓN, J., 2015, *passim* y p. 6 (con el argumento, a mi entender poco convincente, de que «esta intervención contribuye a la reinserción social del delincuente, que es el fin principal de la pena, mediante la responsabilización del infractor por el hecho cometido, el arrepentimiento por el mal causado y la reparación, en la medida de lo posible, de los perjuicios materiales y morales provocados»); LEGANÉS GÓMEZ, S., 2015, *passim*; GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., 2015, *passim*; aunque crítica con los muchos errores e insuficiencias de la norma, parece de acuerdo con la decisión de fondo, ARANGÜENA FANEGO, C., 2015, *passim* y p. 232.

⁹⁹ El informe del CGPJ data de 31 de enero de 2014, y el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de mayo de 2014 (BOE Documento CE-D-2014-360).

las primeras destaca sin duda la referida al enlentecimiento en perjuicio del reo de la decisión definitiva, especialmente si concurren las muy imaginables dificultades de localización de la víctima; téngase en cuenta, además, que la DA 5.^a LOPJ concede carácter suspensivo a los recursos contra las resoluciones que conceden la libertad condicional y pueden dar lugar a la excarcelación en los delitos graves, lo que resulta directamente aplicable a los recursos interpuestos por la víctima al amparo del artículo 13.1.c) LEV¹⁰⁰. Pero al margen de estas y otras muchas dificultades aplicativas¹⁰¹, desde la perspectiva que aquí más nos concierne la objeción de mayor fuste no es otra que la incompatibilidad de fondo de esta orientación con el eje vertebrador de prevención especial positiva de nuestro sistema de ejecución penal. Veámoslo un poco más detenidamente.

La concesión de las facultades impugnatorias en sede de ejecución ha sido defendida de manera solvente como una consecuencia lógica (o al menos coherente con) del amplio reconocimiento de la acción penal a la víctima en nuestro sistema jurídico¹⁰² –un argumento, recordemos, que el TS trasladaba a la legitimación para recurrir el indulto como una suerte de encadenamiento lógico-; en ordenamientos que carecen de esta posibilidad (aunque reconozcan de modo más o menos limitado la posibilidad de personarse a ciertos efectos, como la *Nebenklage* alemana) resulta mucho más sencillo descartar cualquier intervención de la víctima en materia de ejecución penitenciaria. Ciertamente, puede parecer poco coherente que un ordenamiento jurídico que habilita a la

¹⁰⁰ Insisten en este último aspecto SOLAR CALVO/LACAL CUENCA, «Consecuencias penitenciarias del estatuto de la víctima», *Diario La Ley*, núm. 9179 (17 abril 2018), pp. 12-13 (con interesantes apuntes referidos a la aplicación de la norma –y sus efectos inevitablemente perjudiciales para el reo– a delitos cometidos antes de su entrada en vigor). Aunque los otros dos recursos posibles –art. 13.1 a) y b)– no tienen efectos suspensivos, su mera interposición incidirá a su vez en una demora de la concesión del tercer grado, pues como apuntan los autores (*ibidem*) cabe dudar de que la Administración penitenciaria vaya a promover la progresión antes de contar con la confirmación judicial del (recurrido) levantamiento del período de seguridad o pase al régimen general de cumplimiento; ETXEBERRIA GURIDI, F., 2019, p. 33. Incluso autores moderadamente partidarios de la intervención de las víctimas en materia de ejecución critican este extremo como muestra de que los avances en esta línea no pueden suponer un detrimento de los derechos del reo (GÓMEZ COLOMER, J. L., 2015, p. 415). Crítico en general con la demora perjudicial para el reo que el artículo 13 LEC inevitablemente comportará, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», *Diario la Ley fecha* núm. 8351 (10 julio 2014), p. 17.

¹⁰¹ No es este el lugar para acometer una disección completa del contenido de la norma y poner de relieve sus múltiples inexactitudes, lagunas, y su escasa coordinación con el texto de preceptos del Código penal objeto de reforma por la LO 1/2015, tarea realizada de modo excelente por RENART GARCÍA, F., 2015, que ofrece un exhaustivo recorrido por el proceso de gestación del precepto (2015, pp. 5-20) y un completo análisis y crítica de su contenido (pp. 21-52). Sobre problema aplicativos vid. también GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., «El estatuto de la víctima del delito y los juzgados de vigilancia penitenciaria», *Diario La Ley*, núm. 8755 (5 de mayo de 2016), *passim*, o ARANGÜENA FANEGO, C., 2015, *passim*.

¹⁰² DE HOYOS SANCHO, M., 2014, pp. 50-51.

víctima para ejercer la acusación en pie de igualdad y de modo autónomo de la Fiscalía (con independencia ahora de que se trate de un interés «originario» o solo parte del artículo 24 CE previa mediación legal), reconociéndole así un interés legítimo en lograr la condena del autor del delito, dé por completamente extinguido dicho interés en el momento de obtenerse una sentencia condenatoria firme, y niegue a la víctima la posibilidad de pretender que dicha condena se traduzca (más allá de un papel simbólicoexpresivo que no hay por qué negar) en términos reales de privación de derechos. ¿Es tan radical la cesura entre el interés en la condena que nuestro ordenamiento reconoce como legítimo y ejercitable (en el seno del proceso penal), y ese supuesto interés en su cumplimiento efectivo –en los términos más efectivos que el ordenamiento jurídico permita–?

La extrema contundencia con la que el TC afirma dicha cesura puede explicarse, creo, por el contexto en que se pronuncia; se le pide un pronunciamiento de máximos –que reconozca ese interés en la ejecución como *constitucionalmente impuesto*– y se opta por una respuesta igualmente de máximos: no hay interés legítimo alguno en juego –un interés digamos «originario» y a pesar de ello no reconocido por la ley– respecto de cuya defensa se pueda impletrar una tutela judicial efectiva que comportara la inconstitucionalidad de la norma que lo excluye. Dejando al margen la perspectiva constitucional, sin embargo, las cosas pueden plantearse en términos menos dramáticos. Creo que resulta posible admitir que la víctima de un delito (especialmente si ha ejercido la acusación particular) puede tener un interés personal en el cumplimiento de la condena del autor (un interés no de obligado reconocimiento *ex Constitutione*), y que, a pesar de todo, en materia de ejecución penitenciaria sea mucho más conveniente que el legislador no lo articule como interés legalmente ejercitable¹⁰³. En el caso del indulto, en cambio, y por las propias características que informan la figura, sí me parece más razonable reconocer a la víctima la posibilidad de recurso. Intentaré explicar por qué.

Lleva razón la Exposición de motivos de la LEV cuando alega lo obvio, esto es, que el monopolio estatal en la decisión sobre ejecución queda garantizado en la medida en que aquella queda reservada en exclusiva a los tribunales;

¹⁰³ Incluso el voto particular de los siete vocales del CGPJ al Anteproyecto de la LEV viene indirectamente a dar por buena esta idea cuando señala que «la exclusión de la intervención activa de las víctimas en la fase de ejecución de las penas de prisión no implica en absoluto una situación de indefensión o desprotección para éstas, por cuanto la intervención del Ministerio Fiscal garantiza la salvaguarda de sus intereses legítimos», a lo que se adhiere un autor tan crítico como RENART GARCÍA, F, 2015, p. 9 nota 19. Entiendo que quiere con ello hacerse referencia a los posibles recursos que pudiera interponer la Fiscalía, ante todo para la defensa de la legalidad, pero también en defensa de un posible interés de la víctima en el cumplimiento de la condena que no es negado de raíz.

no podía ser de otro modo, y no parece que la insistencia en dicho monopolio sea un argumento poderoso en contra de la decisión de la LEV. Pero no se trata de eso, sino del hecho de que al orientarse nuestro sistema de ejecución en sentido resocializador e introducir toda una serie de figuras articuladas en torno a este eje, el ordenamiento ya ha optado por abrir una flexibilización del cumplimiento de la condena (sea cual sea el interés que la víctima del delito pueda tener en su cumplimiento completo) en torno a unos elementos de progresión personal del reo cuya valoración (en sede de recurso) no debiera verse distorsionada por alegaciones victimales en torno a la gravedad del delito o de sus efectos (que es lo único sobre lo que la víctima podrá pronunciarse), unos parámetros que por un lado ya integraron la valoración del injusto y de la responsabilidad civil derivada del delito, y, por otro, ya son tenidos en cuenta por el legislador al introducir determinados límites a la operatividad de tales figuras (precisamente, los que dan lugar al período de seguridad o a las reglas del art. 78). Dar entrada a la víctima por la vía de la legitimación para el recurso (que obviamente siempre se orientará al objetivo final de un mayor cumplimiento efectivo) supone en realidad introducir en la valoración de la medida recurrida parámetros ajenos a lo que ha de fundamentar la decisión –la progresión del reo–, unas bases que la víctima desconoce y sobre las que carece de sentido darle voz ¹⁰⁴.

Algún autor ha defendido el reconocimiento de legitimación de la víctima por el artículo 13 LEV como un cauce adecuado para controlar extralimitaciones o abusos de la discrecionalidad judicial y el principio de oportunidad en materia penitenciaria ¹⁰⁵. Personalmente, considero que este argumento sí es sólido en relación con el indulto, que consiste *per se* en un ejercicio de discrecionalidad en sentido fuerte (y no de un órgano jurisdiccional sino del ejecutivo) y por ello especialmente idóneo para incurrir en un ejercicio arbitrario de poder constitucionalmente proscrito del que pudiera también participar el Ministerio Fiscal ¹⁰⁶; ciertamente, resultaría contraintuitivo que una medida de

¹⁰⁴ En este sentido crítico con la LEV, además del voto particular al informe del CGPJ y el informe del Consejo de Estado, y con distintos matices según los autores, GARCÍA VALDÉS, C., «Tres temas penales de actualidad», *la Ley penal*, núm. 12, enero-febrero 2015; PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., «Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley*, núm. 8683 (18 de enero de 2016), pp. 4-10; QUINTERO OLIVARES, G., 2014, *passim*; RENART GARCÍA, F., 2015, *passim* y pp. 53-60.

¹⁰⁵ CHOZAS ALONSO, J. L., 2015, pp. 238-240. El mismo argumento fue esgrimido en su día en el ámbito de la justicia de menores para defender la introducción de la figura de la acusación particular, vedada (*supra* III) en la redacción originaria de la LORPM.

¹⁰⁶ Sobre discrecionalidad y arbitrariedad en el indulto y su difícil encaje en el sistema constitucional, desde una perspectiva muy crítica con la figura, *vid.* recientemente HIERRO, L., «Sobre el indulto. Razones y sinrazones», en Molina Fernández (coord.), *El indulto: pasado, presente y futuro*, ed. IBdf, Montevideo/Buenos Aires, 2019, pp. 1 y ss. No entraremos aquí en el carácter intrínsecamente problemá-

gracia concedida a un condenado por un delito grave contra las personas, no recurrida por la Fiscalía –como sucedió en el ya citado Real Decreto de 7 de diciembre de 2012, origen de la fundamental STS de 20 de noviembre de 2013– quedara así definitivamente hurtada a cualquier control jurisdiccional¹⁰⁷. El margen de discrecionalidad en el ámbito penitenciario, y en concreto de las decisiones recurribles *ex* artículo 13 LEV, es en cambio mucho menor que en el ejercicio de la prerrogativa de gracia, y en todo caso el Ministerio Fiscal está legitimado para recurrirlas en interés del respeto a la legalidad, y de los posibles intereses de la víctima.

Junto a todo lo anterior –que es lo verdaderamente relevante–, cabe algún otro argumento crítico con la decisión legal plasmada en el artículo 13 LEV, en este caso desde la propia perspectiva favorable a los intereses de las víctimas que informa la norma. Personalmente, no creo que la concesión de facultades impugnatorias en sede de ejecución contribuya a esa «dignificación» a la que (con terminología harto confusa) con tanta frecuencia se alude, como tampoco a ese incremento de la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia mencionado en la Exposición de Motivos de la LEV; más bien, en cuanto a este segundo aspecto, creo que redundará en todo lo contrario. Si (como en realidad parece más probable, aunque no hemos podido localizar estudios estadísticos que lo confirmen) la mayoría de los recursos interpuestos por víctimas en esta materia son rechazados, la decisión judicial no puede sino resultar contraproducente a aquellos efectos: la víctima que se ha sentido lo suficientemente concernida como para plantear un recurso se sentirá doblemente frustrada o humillada (si se quiere recurrir al mismo vocabulario propio de ese «juego de suma cero» al que nos referíamos al principio de estas páginas), maltratada en suma por el aparato de Justicia.

En esta misma línea –esto es, desde la perspectiva del propio interés de las víctimas–, cabría añadir otra reflexión, quizás de segundo orden, pero digna de ser tenida en cuenta. Es por supuesto cierto que las decisiones recurribles *ex* artículo 13 (y también otras que, aun no siéndolo, se consideran de interés

tico del control jurisdiccional de un acto de esencia discrecional, ni en los concretos elementos susceptibles de control (todo ello detalladamente analizado por la ya citada STS de 20 de noviembre de 2013); en lo que aquí interesa basta constatar que el reconocimiento a la víctima (*ex* art. 19.1.a LJCA) de la legitimación para recurrirlo como titular de un interés legítimo (tal y como lo ha configurado la Sala 3.ª TS) puede ser compatible, creo, con la denegación de esta facultad en sede de ejecución penitenciaria. Obsérvese, por cierto, que los únicos recurrentes del RD que dio lugar a la STS de 20 de noviembre de 2013 fueron los padres de la víctima del homicidio.

¹⁰⁷ Entiende que el indulto arbitrario vulnera la tutela judicial efectiva de la víctima MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2019, p. 292; en similar sentido creo que ha de interpretarse la menos contundente consideración de AGUADO RENEDO, C., «La clemencia vinculada por el Derecho», *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 74, enero-abril 2009, pp. 335 y ss., p. 342.

para la víctima, como la concesión de permisos o una progresión en grado) solo se notifican a quienes previamente lo hubieran solicitado –lo contrario afectaría sin duda groseramente a lo que se ha dado en llamar «el derecho al olvido» de la víctima, y vulneraría el artículo 6.4 de la Directiva que viene a consagrarlo¹⁰⁸–. Con todo, la forma de enfrentarse a la experiencia sufrida puede variar de manera notable con el transcurso del tiempo, y la voluntad inicial de conocer y controlar el curso de la evolución penitenciaria del reo pueden fácilmente trasmutar años después en un deseo de superar la experiencia, algo que las nuevas opciones dispuestas por la LEV contribuyen a mi juicio a dificultar –el mero hecho de disponer de la posibilidad del recurso obliga a enfrentarse a ello, pues naturalmente tan decisión es la de resolver plantearlo como la contraria–; y si estas dificultades pueden concurrir en muchos supuestos cuando la persona concernida ha sido la víctima directa del hecho delictivo, en el caso de las víctimas indirectas allegadas a la víctima de un delito contra la vida se añaden matices aún más complejos, pues pueden experimentarse sentimientos muy encontrados (entre ellos el de culpabilidad si se opta por no plantear recurso) a la hora de enfrentar la cuestión. En suma: verse obligada a adoptar una decisión sobre el tema años después del inicio del cumplimiento (que es cuando la víctima ha de pronunciarse sobre si desea o no ser informada) puede fácilmente resultar contraproducente para su recuperación emocional¹⁰⁹.

Desde la perspectiva de todo lo argumentado hasta aquí, podemos regresar con una mirada algo distinta a las resoluciones que nos sirvieron de punto de partida al inicio de estas páginas, y constatar que quizás la contraposición entre ellas no resulta tan extrema como pareciera en un principio. Cabe, a mi juicio, una lectura armonizadora, que sin negar que la víctima que ha ejercido la acusación particular retiene un cierto interés en la ejecución de la condena, no le reconozca, por las razones que se ha tratado de explicar, la posibilidad de ejercitarlo directamente en materia de ejecución penitenciaria, y sí, en cambio, en materia de indulto, mucho más proclive a un ejercicio arbitrario. Todo ello, al menos, mientras esta última figura perviva en nuestro ordenamiento con las características de casi absoluta discrecionalidad que hoy la informan y la hacen tan discutible, amén de poco necesaria en

¹⁰⁸ Recuérdese en todo caso que el artículo 13 LEV se aplica a las decisiones recurribles que se produzcan a partir de su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión del delito que da origen a la condena, lo que implica la notificación y la apertura de la posibilidad de recurrir a víctimas que obviamente no se pronunciaron entonces (pues no cabía hacerlo) al respecto.

¹⁰⁹ Ya lo apunta el voto particular al informe del ACPJ al Anteproyecto de la LEV, o RENART GARCÍA. F., 2015, p. 58.

I. EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA EN LA PENA DEL DELITO. ALGUNAS... ■

un sistema jurídico-penal que cuenta con múltiples mecanismos legales (y controlables) para dar respuesta coherente a la gran mayoría de las situaciones que podrían justificar su concesión.

II. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

DANIEL VARONA GÓMEZ*

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien conocido, uno de los tópicos «estrella» en el debate penal y criminológico actual es el relativo a la evolución de los sistemas punitivos. En esta línea, expresiones como «populismo punitivo»¹, «expansión del Derecho Penal»², «nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana»³ o «cultura del control»⁴, se han popularizado para definir la política criminal contemporánea a la vez que han sido objeto de una intensa discusión académica en los últimos años⁵.

En España existe de hecho ya una abundante literatura que ha tratado de dar cuenta del fenómeno en cuestión, y que prácticamente sin fisuras es unánime a la hora de reconocer en nuestra propia evolución punitiva los rasgos del

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Girona.

¹ BOTTOMS, «The philosophy and politics of punishment and sentencing», en: Clarkson/Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform* (Oxford, Clarendon Press), 1995, p. 17.

² SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2.^a ed. (Madrid, Civitas), 2001.

³ DÍEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *RECPC*, año 6, núm. 3, 2004.

⁴ GARLAND, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society* (Oxford, Oxford University Press), 2001.

⁵ En particular se ha debatido la propia existencia de un «giro punitivo» (*punitive turn*) en los países occidentales (clásico en este punto es el trabajo crítico de MATTHEWS, «The myth of punitiveness», *Theoretical Criminology*, año 9, vol. 2, 2005, pp. 175 -201; recientemente vid. HAMILTON, «Reconceptualizing Penalty. Towards a Multidimensional Measure of Punitiveness», *The British Journal of Criminology*, año 54, vol. 2, 2014, pp. 321-343; y en aquellos donde se ha identificado tal evolución se ha reflexionado arduamente sobre las causas o determinantes de dicho proceso.

populismo (o giro) punitivo y el (parafraseando el título de un reciente trabajo de Díez Ripollés⁶) «abuso del sistema penal»⁷.

También es común en muchos análisis académicos señalar como principales culpables de la deriva punitiva a dos actores que suelen considerarse indisolublemente unidos: políticos y ciudadanos. Es más, suele considerarse que es precisamente el descrédito y marginación de los «expertos» (entre ellos, nosotros, los académicos, y el aparato técnico de aplicación de las leyes: jueces, técnicos de prisiones, etc.), por parte de los políticos, que en su lugar prefieren escuchar y seguir la voz de la «masa», lo que explica la actual situación del Derecho penal.

Y dentro de la voz de la «masa», es un colectivo particular el que es identificado como una de las fuerzas motrices más potentes en el actual proceso de deriva punitiva: las víctimas. Son innumerables los trabajos que en los últimos años se han dedicado a la influencia del movimiento de las víctimas en la política criminal contemporánea, existiendo una clara corriente mayoritaria que lo considera una de las claves explicativas del populismo punitivo: los afectados por determinado delito se constituyen sistemáticamente en un formidable grupo de presión, que los políticos utilizarían o al que no se podrían resistir, modificándose así la ley penal en línea con las demandas punitivas de ese colectivo⁸.

Ante todo ello, un sector muy importante de la doctrina penal y criminológica ha reaccionado demandando una especie de «retorno» de la política criminal al ámbito de los expertos, rechazando con ello toda implicación política o ciudadana. Como ya he expuesto en otros trabajos, en mi opinión ello es un error⁹. La «salida» (si es que la hay) a la situación actual del Derecho penal no ha de buscarse en caminos alejados de la legítima participación ciudadana. Antes bien, debe profundizarse en la configuración de un Derecho penal de-

⁶ Díez RIPOLLÉS, «El abuso del sistema penal», *RECPC*, año 19, núm. 1, 2017.

⁷ Sin ánimo de exhaustividad puede consultarse SILVA SÁNCHEZ, 2001; Díez RIPOLLÉS, 2004; LARRAURI PUJOAN, «La economía política del castigo», *RECPC*, año 11, núm. 6, 2009; DEL ROSAL BLASCO, «¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?», *RECPC*, año 11, núm. 8, 2009; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «Aumento de presos y Código penal. Una explicación insuficiente», *RECPC*, año 13, núm. 4, 2011. No obstante, debe señalarse que el reciente descenso de la población penitenciaria en España parece estar reconfigurando algunos discursos (vid. BRANDARIZ GARCÍA, «La evolución de la penalidad en el contexto de la Gran Recesión: la contracción del sistema penitenciario español», *RECPC*, núm. 12, 2014, pp. 309-342 y BRANDARIZ GARCÍA, «An enduring sovereign mode of punishment: Post-dictatorial penal policies in Spain», *Punishment and Society*, año. 20, núm. 3, 2018, pp. 308-328).

⁸ En nuestro país vid. por todos, la monografía de CEREZO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales* (Valencia, Tirant lo Blanch), 2010; y recientemente vid. CIGÜELA SOLA, «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultura», *RECPC*, vol. 22, 2020.

⁹ Vid. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo* (Madrid, Marcial Pons), 2016; y «Derecho penal democrático y participación ciudadana», *InDret Penal*, núm. 2, 2018.

mocrático. Por ello, la discusión sobre la legitimidad de la intervención de las víctimas en el Derecho penal, ha de situarse en el mismo contexto: en el contexto de un Derecho penal democrático.

Ello es lo que me propongo en este trabajo. A este fin, en primer lugar, expondré los argumentos en favor de un Derecho penal democrático y qué debe entenderse por el mismo. Identificados los rasgos fundamentales de un Derecho penal democrático, en segundo lugar, expondré las claves que ello proporciona para discutir sobre la intervención de las víctimas en el Derecho penal.

2. ARGUMENTOS EN PRO DE UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

Un Derecho penal democrático es aquél en el que los ciudadanos tienen el papel protagonista en su configuración (Política Criminal) y aplicación (esto es, en las decisiones sobre la adjudicación de la responsabilidad penal y la imposición de las consecuencias de la misma).

Ni la delegación en «expertos», ni la representación política propia de la democracia representativa aseguran que el ciudadano tenga el papel protagonista que le corresponde, por lo menos de acuerdo a la concepción propia de una democracia deliberativa. A continuación, expondré más detalladamente estas premisas, pero antes veamos por qué un Derecho penal moderno debe partir de la voz ciudadana y no «aislarse» de la misma.

2.1 «La voz pública ha llegado para quedarse»: Democracia y desarrollo humano

Una primera cuestión que ha subrayado la literatura que se ha ocupado del estudio de la influencia de la opinión pública en la política criminal contemporánea es que, nos guste o no y dicho coloquialmente, la voz ciudadana ha llegado para quedarse. Así lo sostiene Mick Ryan, que ha dedicado interesantes estudios a analizar la evolución de la política criminal en Inglaterra y Gales. Este autor detalla cómo en estos países, en las décadas posteriores a la II Guerra Mundial la formulación de la política penal estaba fundamentalmen-

te «en manos de una pequeña, casi exclusivamente masculina, élite»¹⁰ y alejada así de cualquier discusión pública. La legitimación de esta práctica elitista era ya bien conocida en filosofía política y se remonta a clásicas discusiones sobre el temor a las «masas»:

«La denigración de la esfera pública [...] reproduce los miedos del liberalismo clásico sobre la democracia de masas. Los teóricos liberales de la segunda mitad del siglo XIX acogieron la insularidad tecnocrática del conocimiento experto [*expertise*] como una manera de evitar la tiranía de la opinión de las masas [...]. No es que el pueblo se gobierne a sí mismo, sino que tenga la seguridad de un buen gobierno [...]. El pueblo ha de ser soberano, pero él mismo es un soberano que debe emplear sirvientes más capacitados que él mismo»¹¹.

Pero debido a toda una serie de cambios macrosociales, la política penal en Inglaterra y Gales a partir de los años 80 dejó de estar en manos de esa élite ilustrada para ser cada vez más permeable a una apelación por parte de los partidos políticos (primeramente, el conservador) a la voz ciudadana. Ello es interpretado por este autor como parte de un proceso más amplio de reacción social frente a las dinámicas de profesionalización de la sociedad civil, que fueron acompañadas a su vez de la «pérdida» o «alienación» de la propia sociedad¹². Una reacción que lo que demandaba era precisamente el retorno del poder de decisión a la propia sociedad. Para Ryan, por tanto, nos guste o no, y aunque ciertamente en determinados contextos históricopolíticos la «elevación de la voz pública» (*up-grading of the public voice*) que tiene lugar contemporáneamente sea manipulada políticamente, está aquí para quedarse, y más en una época en la que las nuevas tecnologías posibilitan un activismo ciudadano aún más pronunciado, pues

«La gente está cada vez menos dispuesta a dejar los asuntos, incluyendo cuestiones penales complejas, a sus “maestros”¹³.

¹⁰ RYAN, «Penal Policy Making towards the Millennium: Elites and Populists; New Labour and the New Criminology», *IJSL* (27), 1999, p. 1.

¹¹ BURNEY, cit. en RYAN, *IJSL* (27), 1999, p. 5.

¹² Ryan pone aquí el ejemplo de la función policial, en una época difusa y en manos fundamentalmente de las víctimas o de la comunidad, y progresivamente «profesionalizada», esto es, derivada a un cuerpo técnico y profesional que reclama la exclusividad en su función. Y citando luego a Burney, Ryan alude también a la medicina como otro sector en el que el control que en una época tuvo el pueblo sobre sus propios cuerpos fue extraído de sus manos y depositado en unos nuevos expertos: los médicos (RYAN, *IJSL*, [27], 1999, p. 14).

¹³ RYAN, «Red tops, populists and the irresistible rise of the public voice(s)», en: Mason (ed.), *Captured by the Media. Prison discourse in popular culture* (Cullompton, Willan Publishing), 2006, p. 38.

Este análisis, como el propio Ryan reconoce¹⁴, está en línea con otros estudios sociológicos y politológicos que subrayan los cambios culturales que ha implicado la modernidad. En particular, la presencia de sociedades con ciudadanos cada vez más formados y por tanto menos «sumisos» o deferentes con la autoridad¹⁵.

En definitiva, la pérdida de poder o deferencia hacia los «expertos» y el correlativo ascenso de la voz ciudadana tienen que ver con procesos macro-sociales complejos propios de la modernidad que han derivado en un profundo cambio respecto a los valores personales prioritarios. El «conformismo» con el sistema y la deferencia o respeto por la autoridad establecida pierden fuerza en la misma medida que la ganan los valores relacionados con la autonomía y la libertad individual. Este cambio cultural tiene un innegable reflejo institucional, pues hoy en día la tarea de gobernar es ciertamente más compleja (por sometida a sistemática contestación y escrutinio ciudadano) que antaño. Por todo ello, pretender que los diseños institucionales de épocas pasadas, pensados precisamente para amordazar a unas masas mayormente sumisas y respetuosas de la autoridad establecida, sean viables en el siglo XXI, debe tacharse cuando menos de ingenuo (al margen de algo más serio: antidemocrático)¹⁶. Como bien dice David Green:

«Lo prudente y pragmático es afrontar los retos generados por una forma de hacer política no aislada de los ciudadanos, y mejorar los canales de consulta ciudadana para asegurar, en la medida de lo posible y antes de que sea invocada para justificar ciertas políticas, que la voz ciudadana es captada de forma más defendible de lo que lo es en la actualidad»¹⁷

Efectivamente, el reto no consiste en tratar de volver a épocas pasadas de aislamiento y desconsideración de la voz ciudadana, sino en mejorar nuestra

¹⁴ 2006, p. 39.

¹⁵ Para RYAN, 2006, p. 39, los dos temas clave en el proceso de «ascenso de la voz pública» son, primero, la educación generalizada y, segundo, el crecimiento de la sociedad de la información y comunicación.

¹⁶ En nuestra doctrina, muy claro también Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2.^a ed. (Madrid, Trotta), 2013, p. 189: «Tampoco conviene descuidar el incontrovertible hecho de que, sin perjuicio del modelo de sociedad hacia el que caminemos, la relevancia contemporánea que las cuestiones de seguridad ciudadana, y de delincuencia en general poseen, así como la tendencia a resolver un buen número de conflictos sociales mediante el Derecho penal, imposibilitan en la práctica aislar a la opinión pública de la política criminal. Parece tácticamente preferible concentrarse en la mejora de los requisitos participativos y discursivos que debiera satisfacer todo debate público sobre estos temas, que en ignorar o desacreditar, ilusoriamente, a tal opinión pública». No obstante, Díez Ripollés parece conformarse con las encuestas de opinión como método para captar la opinión pública (2013, p. 191), algo que nosotros rechazamos.

¹⁷ GREEN, *When Children Kill Children. Penal Populism and Political Culture* (Nueva York, Oxford University Press), 2008, p. 242.

comprensión de las demandas ciudadanas para evitar su frecuente manipulación política. Para ello es vital dejar claro de entrada que la voz ciudadana en absoluto puede limitarse a un mero agregado de opiniones individuales desinformadas (y por ello frecuentemente manipuladas), como suele sin embargo y por desgracia suceder, cuando se pretende hallar la opinión ciudadana con un simple sondeo de opinión tipo encuesta.

2.2 Un Derecho penal eficiente necesitar estar atento a la voz ciudadana

Como hemos visto, diversos pensadores han señalado que la sociedad del siglo XXI es una sociedad que más difícilmente se va a conformar con sistemas basados en la delegación de las decisiones que afectan a la colectividad en manos de supuestos «expertos». Este sería un proceso general que arrastraría consigo a la política criminal, pero en absoluto quedaría reservado a este aspecto de la política, como demostrarían, por ejemplo, los procesos modernos de participación ciudadana en otros ámbitos de la política, como la política municipal.

Pero al margen de ello, debe señalarse que la justicia penal es un ámbito especialmente sensible a la participación ciudadana. En primer lugar, porque *de facto* su buen funcionamiento depende en gran parte de la implicación ciudadana y así, en últimas, de su legitimidad a ojos de los ciudadanos. Ello porque la propia maquinaria de la justicia penal se activa en gran parte a iniciativa ciudadana, en forma de denuncia (de presuntos delitos). Por tanto, un Derecho penal alejado de los valores ciudadanos, que penalice, por ejemplo, comportamientos que estos no estiman en realidad merecedores de sanción, es un Derecho penal que difícilmente va a conseguir que los ciudadanos colaboren con el sistema denunciando delitos. Y no sólo denunciando, sino colaborando en forma de puesta a disposición del sistema como medio de prueba: esto es, ejerciendo de testigos en un juicio penal.

En suma, como subrayan por ejemplo Hough/Roberts¹⁸, el Derecho penal ha de estar en cierta consonancia con el sentimiento de justicia y los valores de la ciudadanía si quiere asegurar un grado estable y razonable de eficacia, pues depende en gran parte de la colaboración ciudadana para activar el sistema (denuncia) y obtener medios probatorios de peso (testimonios).

¹⁸ «Public Opinion, Crime, and Criminal Justice», en: Maguire/Morgan/Reiner (eds.), *Oxford Handbook of Criminology*, 5.ª ed. (Oxford, Oxford University Press), 2012, p. 279.

Ello está en consonancia con uno de los desarrollos más potentes en la actualidad en el ámbito de la criminología: los estudios sobre la obediencia al Derecho y sobre legitimidad del sistema de justicia penal. Desde el pionero estudio de Tom Tyler, *Why People obey the Law* (1990 y 2006), son innumerables los trabajos dedicados a la obediencia del Derecho y consistentes los hallazgos de los mismos relativos a la importancia clave de la idea de legitimidad del sistema. En pocas palabras y resumiendo a riesgo de imprecisión, los ciudadanos no obedecen las leyes (y entre ellas las penales) por temor (intimidación), sino mayormente si (y porque) las consideran legítimas, ya sea en términos procedimentales (leyes generadas de forma legítima) y/o sustantivos (porque están de acuerdo con los valores sustentados y plasmados en esas leyes)¹⁹.

A nuestros efectos, lo que nos interesa subrayar es que toda esta línea de pensamiento es consistente con la idea de que la legitimidad del sistema es clave para el cumplimiento de las leyes. Y en el ámbito de la justicia penal esa legitimidad depende en buena parte de que la ley penal refleje los valores morales compartidos por la ciudadanía²⁰. Y es que ¿cómo convencer a los ciudadanos de que la ley penal es un reflejo de sus valores compartidos si se crea y aplica de espaldas a ellos?

En resumen: la ciudadanía del siglo XXI es más reticente a aceptar la transferencia de poder a élites de expertos. Pero, además, en el ámbito del Derecho penal, esa transferencia es arriesgada porque amenaza con socavar la propia legitimidad del sistema y en últimas la propia eficacia del Derecho penal ya sea como medio de prevención de delitos o como representación del catálogo de acciones inmorales en una sociedad.

2.3 La política criminal como «política»: sobre el sentido de la apelación a un Derecho penal «democrático» en el marco de una democracia deliberativa

Al margen de los argumentos pragmáticos esbozados, hay cuestiones normativas que también merecen una reflexión. La primera de ellas tiene que ver con una idea simple pero sorprendentemente olvidada: hablamos de «polí-

¹⁹ En nuestro país en esta línea destacan los trabajos de MIRÓ LLINARES; vid. por ejemplo, «La función de la pena ante el «paso empírico» del Derecho penal», *RGDP*, núm. 27, 2017.

²⁰ HOUGH/ROBERTS, 2012, p. 279.

tica criminal»²¹. Es decir, es indiscutible que el Derecho penal forma parte del ámbito de la política, esto es, de las decisiones que el poder político debe tomar sobre cómo gobernar un determinado ámbito. Situados, por tanto, en el terreno político, esto es, en el ámbito del ejercicio de poder, éste debe vincularse necesariamente con el tipo de estructura política en el que se inserta. Por tanto, si hablamos de la política criminal en el contexto de un régimen democrático, la cuestión que entonces emerge es la siguiente: ¿no es consustancial a un régimen democrático el tener en cuenta (es más, el basarse en) la voz de la ciudadanía?; ¿cómo decir que se gobierna por y para el pueblo si directamente se ignora su opinión? Un sistema penal democrático requiere indefectiblemente contar con la participación ciudadana a la hora de edificar y hacer funcionar sus instituciones básicas, y entre ellas, una tan relevante (si no la más relevante en términos de afección a los ciudadanos) como la justicia penal.

En otras palabras, si estamos de acuerdo en que el Derecho penal de un Estado democrático debe tener alguna relación con el propio régimen político (democracia) en que se inserta, entonces la carga de la prueba en realidad no la tenemos los que defendemos el papel ciudadano en la génesis y la práctica del Derecho penal. La carga de la prueba la tienen los que creen que esto no es relevante y defienden así que igual que en otro régimen político, debería ser un cuerpo de expertos el que decida sobre el contenido y la praxis del Derecho penal. Hay algo en mi opinión consustancialmente sospechoso en una propuesta que parecería entonces defender que la participación ciudadana en el Derecho penal debe ser la misma en una dictadura que en una democracia: nula, ya que en todo sistema político el Derecho penal sería un sector del poder estatal reservado para un cuerpo técnico de expertos. Ello implica una concepción ahistórica y apolítica del Derecho penal, que se construiría así desde la «pura razón» (si es que eso existe), y que de hecho desconoce su propio desarrollo histórico, pues aunque está todavía por llegar el día en que el Derecho penal sea realmente receptivo a la participación ciudadana, por suerte es indiscutible que nuestro Derecho penal actual es diferente que el Derecho penal de la dictadura franquista.

En definitiva, el Derecho penal se inserta en un determinado contexto histórico-político que hoy en día, en nuestro país, por lo menos a nivel normativo, debe ser el propio de un régimen democrático y ello debe tener una clara

²¹ Decimos «sorprendentemente olvidada» porque, como destaca Díez RIPOLLÉS, 2013, pp. 71 ss., 101 ss., por diversas causas (en particular, la primacía entre los penalistas de una comprensión meramente interpretativa –dogmática– de su labor, fruto del triunfo del positivismo jurídico), en nuestro Derecho penal no es usual la reflexión sobre la legitimidad de las normas penales más allá de la discusión de filosofía moral sobre los fines de la pena o los principios limitadores del *ius puniendi*.

repercusión en su propia configuración. El argumento político, en últimas, nos recuerda el vínculo entre Derecho penal y sistema político y también cómo en una democracia el elemento constitutivo es la participación ciudadana.

Sin embargo, aun reconociendo el necesario carácter democrático del Derecho penal, es común recelar de la participación ciudadana en el Derecho penal con dos argumentos diferenciados, que a su vez transfieren el poder de decidir a instancias diversas.

El primer argumento para aislar la política criminal de la voz ciudadana sería el siguiente: se puede defender que el sistema de la delegación en comisiones de expertos no es contrario a un régimen democrático, pues los ciudadanos podrían decidir que ciertos asuntos, debidos a su complejidad técnica, es mejor que sean gestionados por aquellos que tienen los conocimientos técnicos requeridos. Este argumento sobre la «sabiduría» (*expertise*), propio de regímenes tecnocráticos, no es convincente en un ámbito tan sensible como el Derecho penal, que no olvidemos, se justifica para proteger a los ciudadanos y funciona castigando a conciudadanos. Esta implicación primaria de los ciudadanos milita ya en contra de un sistema tecnocrático de delegación, como en nuestra doctrina penal ha expresado uno de los (pocos, según alcanzo) autores que firmemente ha rechazado el argumento experto:

«nuestra sociedad estaría demostrando una preocupante debilidad democrática si aceptara que temas tan relevantes como el incremento de la criminalidad y el miedo al delito se dejaran exclusivamente en manos de expertos»²².

En otras palabras, aun dando por bueno que exista un saber técnico análogo, no es lo mismo delegar la construcción de un puente a un cuerpo de ingenieros, que el poder de decidir qué y cómo castigar, pues el Derecho penal afecta al núcleo básico de la convivencia al establecer los límites de la libertad de los ciudadanos y suponer el poder más brutal del propio Estado para afectar sus vidas. Es la propia trascendencia del Derecho penal lo que aboga, pues, por la necesaria participación ciudadana en su génesis y aplicación, pues qué se castiga y cómo se castiga forma parte del núcleo de un Estado (es un rasgo distintivo); cómo se construyen los puentes, no²³.

El segundo argumento para aislar la política criminal de la voz ciudadana es más sutil, pues no niega su importancia. La estrategia es diferente: se trata

²² Díez RIPOLLÉS, 2013, p. 187.

²³ Al margen de que también hay un elemento adicional epistémico: en ingeniería de la construcción existen reglas de corrección/incorrección (vinculadas con leyes físicas), en el Derecho penal por desgracia no (qué castigar y cómo castigar no está predeterminado por leyes físicas que permitan un juicio sobre lo correcto/incorrecto de la decisión que se tome).

de presentarse como la encarnación de la voz ciudadana. El argumento sería el siguiente: nuestras leyes (y entre ellas las penales) ya son democráticas en el sentido que son aprobadas por los órganos que representan la soberanía popular (los Parlamentos), y por lo tanto, en este sentido, son leyes que ya respetan la voluntad popular²⁴. Es decir, los Parlamentos ya aseguran el pedigrí democrático de las leyes penales y así más allá de ellos no hace falta ir a buscar una presumible «voluntad ciudadana»: ellos son los representantes de dicha voluntad. Este argumento, por tanto, sitúa el poder penal fundamentalmente en manos de los políticos que, a su vez, pueden ser más o menos sensibles a influencias externas, como pudiera ser la participación de expertos en la materia.

Ciertamente, esta interpretación del papel de los Parlamentos es común, pero en mi opinión con ello no estamos en realidad democratizando el Derecho penal, meramente lo estamos «politizando». Democratizar el poder implica algo más profundo, por lo menos para todos los que creemos que es necesario superar el marco de una *democracia representativa* («centrada en los votos») y avanzar hacia una *democracia deliberativa*, que trata de empoderar a los ciudadanos más allá de la emisión de un voto cada cierto tiempo, que además está normalmente basado en preferencias no informadas y frecuentemente manipuladas.

No es éste el lugar adecuado para profundizar sobre el sentido y contenido de la democracia deliberativa²⁵, pero sí deben resaltarse sus principios básicos con el fin de que pueda apreciarse el potencial que implica para la construcción democrática del Derecho penal. En palabras de uno de los defensores

²⁴ En este sentido, DE KEIJSER, «Penal Theory and Popular Opinion: The Deficiencies of Direct Engagement», en: RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment* (Nueva York, Oxford University Press), 2014, p. 116. Este mismo autor añade que en una democracia occidental debe asumirse que los propios jueces penales ya desempeñan su papel teniendo en cuenta indirectamente la opinión ciudadana. No obstante, a mi parecer esto es mucho asumir, ni que sea por el simple hecho de que ya demográficamente los jueces no son un grupo representativo de la población española.

²⁵ Según HELD, *Modelos de Democracia*, 3.^a ed. (Madrid, Alianza Editorial), 2007, pp. 331 ss., la «democracia deliberativa» (término usado por primera vez por Besset en 1980) ha alcanzado el estatus de un nuevo modelo o paradigma de democracia, y su origen se explica por una preocupación relativa a la «mejora de la calidad de la democracia» ante los problemas a los que ha conducido la democracia representativa basada en los partidos políticos y las elecciones periódicas (p. 332). En nuestra literatura reciente puede consultarse una detallada exposición de las claves de este modelo y de su puesta en práctica a través de un método concreto (la «encuesta deliberativa») en los libros de MARTÍ MÀRMOL, *La república deliberativa: una teoría de la democracia* (Madrid, Marcial Pons), 2006; y JORBA GALDÓS, *Deliberación y preferencias ciudadanas: un enfoque empírico. La experiencia de Córdoba* (Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas), 2009. Un resumen puede encontrarse en AGULLÓ, «La democracia republicana: problemas y límites de un modelo alternativo a la democracia liberal», *REIS*, (146), 2014, pp. 217 ss. Por otra parte, en términos de filosofía política, la democracia deliberativa suele vincularse con un modelo «republicano» (en contraposición con un modelo liberal) del Estado; vid. en MARTÍ MÀRMOL, «The Republican Democratization of Criminal Law and Justice», en Besson/Martí (eds.), *Legal Republicanism, National and International Perspectives* (Oxford, Oxford University Press), 2009, pp. 123-146.

de este modelo de democracia que se ha preocupado de su vinculación con el Derecho penal, Roberto Gargarella²⁶:

«Dicha visión de la democracia propone, esencialmente –y de acuerdo con la propuesta habermasiana más difundida– que los asuntos públicos sean resueltos conforme a una *discusión que involucre a todos los potencialmente afectados* por la decisión que va a tomarse [...]».

«[...] dos son los elementos que resaltan. Por un lado, la idea de *discusión pública* [...] [que] representa así el medio más apropiado del autogobierno colectivo que, desde luego, debe pasar en algún momento por un proceso de agregación de preferencias, como el sufragio. Pero dicha votación debería estar precedida de la discusión, que resulta imprescindible para que –en el marco de una comunidad de personas con racionalidad limitada y conocimientos imperfectos– cada uno clarifique sus propias ideas, las contraste con los demás, aprenda de los otros, a la vez que les haga conocer a ellos las razones de sus puntos de vista [...]. El otro elemento central de esta visión de la democracia es la *inclusión* de todos los afectados [...]. Una vez tomamos en cuenta el valor que tiene la discusión colectiva entre todos los afectados, a la hora de pensar la presunción de validez del derecho, no podemos dejar de preocuparnos por el estado de nuestras normas penales que, tal como lo ratifican todos los estudios empíricos con los que contamos, aparecen como severamente defectuosas tanto en relación con la discusión pública que las rodea como en cuanto a los niveles de inclusión social que implican. En efecto, en nuestro país, como en otros de Occidente, el Derecho penal es el producto de élites jurídicas particulares que, en ocasiones, tienden a producir resultados jurídicos diferentes en nombre de los *intereses* del pueblo, y en otras, en nombre de la *voluntad* del pueblo, pero con el pueblo siempre ausente de tales debates y decisiones»²⁷.

Como puede observarse, pues, uno de los elementos clave en este modelo de democracia (de ahí su nombre) es la idea de deliberación pública, pues «[e]s la forma de que la política democrática pase de un registro pasivo de intereses, de la certidumbre de los críticos de sillón y la tendencia del momento, a un proceso más matizado y meditado»²⁸.

Por ello, son los defensores del *statu quo* (democracia representativa), los que se ven atrapados en un callejón sin salida: o bien damos entrada sin límite

²⁶ *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del Derecho penal* (Buenos Aires, Siglo XXI Editores), 2016. Como el propio Gargarella subraya, en realidad han sido pocos los pensadores que se han ocupado expresamente de la conexión entre democracia deliberativa y Derecho penal. En su caso puede observarse tal vínculo en su reciente libro *Castigar al prójimo*, 2016, de donde extraemos las citas del presente trabajo. Vid. también de forma pionera DE GREIFF, «Deliberative Democracy and Punishment», *Buffalo Criminal Law Review*, (5), 2002, pp. 373 ss.

²⁷ GARGARELLA, 2016, pp. 129-130.

²⁸ HELD, 2007, p. 351.

alguno a la opinión ciudadana desinformada mediante procesos de democracia directa plebiscitaria²⁹, o bien, precisamente por hallarnos ante una opinión pública desinformada, se mantienen ciertas decisiones alejadas de los ciudadanos mediante el recurso a comisiones de expertos. En mi opinión, ambas alternativas son insatisfactorias, pero superar la paradoja exige abandonar el marco de una democracia representativa y situar la discusión en el contexto de una democracia deliberativa, que ciertamente ha de contar con la opinión ciudadana. Pero una opinión ciudadana que, primero, no se limita a aquella «representada» en los Parlamentos³⁰; y, segundo, no se alcanza con un simple agregado de opiniones individuales desinformadas (encuestas de opinión), sino que presupone determinadas condiciones procedimentales, que permitan hablar realmente de una «opinión pública», por surgir de un proceso público de mutuo diálogo, información y deliberación³¹.

Como puede apreciarse, pues, y éste es un punto clave, *existe una relación de dependencia entre nuestra concepción de la democracia y la manera de comprender (e intentar captar) la «opinión pública»*³². Una democracia

²⁹ En el mejor de los casos. Normalmente ni eso: se conforman con meros sondeos o encuestas de opinión, aún más fácilmente manipulables que los procesos referendarios.

³⁰ Como destacan ROBERTS/DE KEIJSER, «Democratising punishment: Sentencing, community views and values», *Punishment and Society*, (16–4), 2014, pp. 245-246, la asunción de que las leyes aprobadas por un Parlamento democrático cuentan por ello ya con el apoyo de la comunidad es equivocada, pues lo que normalmente sucede es que el legislador utiliza la opinión pública en favor de las leyes que considera prioritarias y además suele malinterpretar la opinión pública al considerar que ésta deriva de los sondeos de opinión. En nuestra doctrina, ha expresado claramente este punto Díez RIPOLLÉS, 2013, p. 188, quien parte de que «podemos contar en un grado aceptable con ciudadanos con capacidad de análisis crítico y responsables, los cuales poseen, por tanto, competencia para debatir y adoptar decisiones sobre asuntos esenciales de la convivencia social. El cuestionamiento de tal capacidad en general, y su sustitución por otros mecanismos de toma de decisiones colectivas fundamentales, supone el derrumbe de nuestros sistemas democráticos. Y un cuestionamiento más o menos sutil de esas cualidades ciudadanas, elemento nuclear de toda sociedad democrática, contienen tanto las posturas constitucionalistas *como aquellas que oponen la democracia representativa a la democracia deliberativa*» (énfasis añadido).

³¹ Es obligatoria aquí la referencia al pensamiento de HABERMAS: «Una opinión pública no es, digamos, representativa, en el sentido estadístico del término. No es un agregado de opiniones individuales que se hayan manifestado privadamente o sobre las que se haya encuestado privadamente a los individuos; en este aspecto no debe confundirse con los resultados de los sondeos de opinión. [...] El asentimiento a temas y contribuciones sólo se forma como resultado de una controversia más o menos exhaustiva en la que las propuestas, las informaciones y las razones puedan elaborarse de forma más o menos racional» (*Historia y crítica de la opinión pública* [Barcelona, Gustavo Gili], 1981, p. 442). En la misma línea vid. también YANKOLOVICH, que diferencia entre una opinión pública superficial y un «juicio público» informado y reflexivo («*informed public judgement: the state of highly developed public opinion that exists once people have engaged an issue, considered it from all sides, understood the choices it leads to, and accepted the full consequences of the choices they make*», cit. en Green, 2008, p. 242).

³² Vid. las atinadas reflexiones de BENNET, «Public Opinion and Democratic Control of Sentencing Policy», en Ryberg/Roberts (eds.), *Popular Punishment* (Nueva York, Oxford University Press), 2014, pp. 154 ss., sobre opinión pública y democracia. Vid. también LIPPKE, «Criminal Prosecutors: Experts or Elected Officials?», en Ryberg/Roberts (eds.), *Popular Punishment* (Nueva York, Oxford University Press), 2014, pp. 175-176.

representativa, centrada en los votos («*voting centric*»), es comprensible que se contente con la opinión desinformada de los ciudadanos que surge de la mera agregación de sus actitudes individuales aisladas (sondeos de opinión). Una democracia deliberativa se compromete con otra manera de comprender la opinión ciudadana, en la que son claves las ideas de información, el debate y reflexión conjunta (en este sentido es opinión «pública»), pues la participación ciudadana en el gobierno no se limita a la mera emisión de un voto cada cierto tiempo³³.

A ello debería añadirse, tal y como destacaba Gargarella³⁴, que en una democracia deliberativa es clave también el elemento de la *inclusión* de todos los afectados (no sólo la deliberación). Esto es, asegurando una presencia más activa de todos los ciudadanos en las decisiones sobre el Derecho penal ayudaríamos a «eliminar o minimizar los sesgos que tan perversamente afectan al Derecho actual» y que tienen que ver la desconsideración de las voces de los sectores más débiles (económicamente) de la sociedad; capas marginadas que luego nutren en gran parte las prisiones³⁵.

2.4 Justificación del castigo y consenso ciudadano en una sociedad democrática

Al margen de la referencia al carácter eminentemente político del Derecho penal, una cuestión que amerita mayor reflexión que la dedicada hasta ahora por la doctrina penal es la relativa al papel de la voz ciudadana en la propia justificación del castigo³⁶.

³³ «Reivindicar la democracia deliberativa implica reclamar para el ciudadano la posibilidad (nunca imperativa) de ir más allá del rol de votante, espectador y encuestado», en SAMPEDRO BLANCO, *Medios y elecciones 2004. La campaña electoral y «las otras campañas»* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces), 2008, p. 28.

³⁴ 2016, pp. 166 ss.

³⁵ En el mismo sentido vid. LOADER/SPARKS, «Beyond Lamentation: Towards a Democratic Egalitarian Politics of Crime and Justice», en: Newburn/Peay (eds.), *Policing: Politics, Culture and Control, essays in honour of Robert Reiner* (Oxford, Hart Publishing), 2012, pp. 29 ss., destacando como una mayor implicación ciudadana en la política criminal, a la par que dotar a ésta de mayor legitimidad y servir como mecanismo para vigilar el ejercicio del poder, posibilita una política más inclusiva en la que todos los sectores de la sociedad pueden contribuir a definir los objetivos de dicha política.

³⁶ En la doctrina penal no es usual vincular la función de la pena con la estructura política concreta del Estado en el que el Derecho penal se inserta. Incluso en el caso de los pocos autores que son conscientes de esta cuestión (vid. por ejemplo MIR PUIG, quien en su influyente manual de *Parte General* – PG 3/58– declara claramente que «[s]i, como es frecuente se estudia el tema sin situarlo en el contexto del Derecho propio de un determinado momento histórico-cultural, cualquiera de las soluciones propuestas en la doctrina podría ser defendida. No me parece éste el camino correcto. La retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones ahistóricas, sino diversos cometidos que distintas

Como es sobradamente conocido existen diversas doctrinas sobre la justificación del castigo, pero en mi opinión, sea cual sea la que consideremos preferible no es posible darle un contenido adecuado sin tener en cuenta la voz ciudadana.

Así, desde un punto de vista utilitarista, diversos autores han ya destacado que consideraciones instrumentales relativas a la propia eficacia del Derecho penal como mecanismo de regulación de conductas exigen la incorporación de la opinión pública en la determinación de las conductas punibles y las penas asociadas a ellas. Y es que, si el Derecho penal no quiere limitarse a ser un mecanismo de regulación social basado en la pura coerción (prevención general negativa), debe sustentarse, tal y como subrayan los autores modernos que defienden concepciones centradas en la prevención general positiva, en el consenso ciudadano. Y este consenso se obtiene, en primer lugar, dando voz y voto a los ciudadanos en la propia conformación del Derecho penal. Es decir, sobre la base de las propias premisas de la prevención general positiva: ¿cómo puede esperarse que el Derecho penal sea un mecanismo de reafirmación de las normas si éstas no se han elaborado (ni reflejan) teniendo en cuenta la opinión ciudadana?

De hecho, modernamente, como ya hemos mencionado, desde diferentes perspectivas se ha constatado empíricamente el vínculo entre obediencia a las normas y consenso ciudadano sobre la legitimidad de dichas normas. Así, tanto las teorías sobre la justicia procedimental (Tyler), como sobre la «utilidad del merecimiento» (Robinson³⁷), han demostrado empíricamente los efectos que, en términos de legitimidad del sistema y obediencia a las normas penales, se derivan de la conexión entre ciudadanía y leyes penales, en el sentido de que

concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al Derecho penal. No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de «la pena», en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena *en* el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado») se echa de menos una profundización en las exigencias concretas que plantea la alusión a un Derecho Penal «democrático» en la creación y aplicación del Derecho penal. Debe admitirse que Mir Puig sí deriva límites concretos al Derecho Penal a partir de su vinculación con un Estado democrático, y llega incluso a afirmar –PG 4/57– que «la exigencia de que sean los propios ciudadanos quienes decidan qué objetos reúnen las condiciones requeridas para constituir bienes jurídico-penales» se deriva de dicha vinculación; pero coincidimos con LARRAURI PIJOAN, *RECPC*, (11-6), 2009, p. 16, sobre que es necesario «discutir qué modelo y características debe cumplir un Derecho penal democrático, discusión que en general está menos avanzada que los elementos de un sistema penal liberal». Un ámbito donde parece estar avanzando esta discusión es en la reinterpretación del concepto dogmático de la culpabilidad, que como bien señala CIGÜELA SOLA, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret*, núm. 2, 2017, p. 9, modernamente «se ha enriquecido considerablemente, y que en algún sentido se ha *politicizado*» (vid. de hecho la sugerente interpretación de la culpabilidad en esta línea del propio CIGÜELA SOLA, *InDret*, núm. 2, 2017).

³⁷ ROBINSON, P., *Intuitions of Justice and the Utility of Desert* (Nueva York, Oxford University Press), 2013.

si los ciudadanos consideran legítimo el sistema penal al que se hayan sometidos ello redundaría en una mayor obediencia y colaboración con dicho sistema. Y es ilusorio pensar que los ciudadanos evaluarán como legítimo un sistema que no tiene en cuenta su opinión.

También desde posiciones retribucionistas modernas diversos autores han aludido a la importancia de la opinión y participación ciudadana en la construcción del Derecho penal. Así, las teorías comunicativas sobre el papel del Derecho penal como mecanismo de expresión y comunicación de la censura que merece, en una determinada sociedad, un comportamiento dañoso³⁸, reconocen que es una condición consustancial a la expresión de tal censura que el comportamiento, *a tenor de la valoración de la propia comunidad*, merezca una reacción de reprobación social³⁹. Así, por ejemplo, V. Hirsch/Ashworth⁴⁰ justifican el papel del Derecho penal como una «valoración pública» de la conducta y la correlativa necesidad de la intervención del Estado, apelando a que

«el juicio sobre la ilegalidad debe realizarse en nombre de la más amplia comunidad –porque se relaciona con las normas básicas sobre la interacción decente entre los ciudadanos. La intervención del Estado en la censura penal es así capaz de proveer una *valoración pública* de la conducta. La valoración estatal sobre la censura penal pretende hablar no sólo en nombre de la víctima o los que simpatizan con ella, sino en nombre de la más amplia comunidad de ciudadanos» (énfasis en el original).

Ciertamente, estos mismos autores, más allá de vincular la capacidad del Estado para hacer dicha evaluación con la propia concepción sobre legitimidad del Estado⁴¹, no aclaran exactamente qué implica una «valoración pública» de la conducta, pero en mi opinión parece obvio que difícilmente podrá tildarse de «pública» a algo que se haga sin tener en cuenta, de una u otra manera, la voz ciudadana:

«El argumento general sería que los valores culturales constituyen una influencia legítima por lo que se refiere a la definición de un delito y el castigo apropiado para el mismo. La proporcionalidad no es un concepto invariable en

³⁸ DUFF, *Punishment, Communication and Community* (Nueva York, Oxford University Press), 2001; VON HIRSCH/ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* (Oxford, Oxford University Press), 2005.

³⁹ Sobre las modernas teorías «expresivas» del castigo y la discusión sobre su estatus retribucionista o consecuencialista me remito aquí al excelente resumen de RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad* (Madrid, Marcial Pons), 2016, pp. 29 ss. En todo caso, esta discusión nominativa no afecta al argumento que aquí se defiende.

⁴⁰ VON HIRSCH/ASHWORTH, 2005, p. 31.

⁴¹ VON HIRSCH/ASHWORTH, 2005, p. 31.

términos culturales sino más bien uno que lleva en su seno un elemento social. La perspectiva de la comunidad influye en la gravedad que se asigna a un delito y en su culpabilidad; dichos conceptos no existen en el vacío sin referencia alguna a la comunidad en la que tales juicios tienen lugar. Si éste es el caso, entonces algún mecanismo para incorporar la perspectiva de la comunidad es necesario [...] [pues] sin una concordancia entre el contexto social y la condena penal, el sistema perdería su poder para censurar [...]»⁴².

Estas ideas son también visibles en la obra de uno de los autores retribucionistas modernos más influyentes: Anthony Duff. Este autor defiende una teoría comunicativa del castigo, en la que el castigo es interpretado como un mal que se impone a un conciudadano para comunicar con ello el daño social que implica la comisión del delito. Ahora bien, esta «comunicación» tiene lugar, en opinión de Duff, en el contexto de un Derecho penal que pueda considerarse como un «Derecho común» (*Common Law*), es decir,

«no un conjunto de órdenes impuestas sobre ellos desde el exterior, sino un Derecho que exprese los valores por los cuales se definen a sí mismos como comunidad política; no una ley emitida por un soberano que demanda su obediencia, sino una ley que habla en su propia voz colectiva y en términos de sus propios valores. Más aún, si bien un Derecho común no es, por definición, democrático, un Derecho republicano apropiado para una comunidad política contemporánea sí lo es: los ciudadanos pueden verse a sí mismos (a través del proceso legislativo en el que operen) como autores de su ley»⁴³.

«La cuestión crucial es simple, aunque los teóricos la pasen por alto con demasiada frecuencia: el Derecho penal es una institución política, parte de la estructura política de un sistema político específico. En consecuencia, debemos preguntarnos, como debemos hacerlo respecto de cualquier institución política: «¿De quién es?» ¿A quién pertenece esta institución, el Derecho penal? Si aspiramos a vivir en una democracia, la respuesta inicial a esa pregunta también es muy simple: el Derecho penal (todo el Derecho, en rigor) debe ser (o pretender y

⁴² ROBERTS, 2014, pp. 234, 237. «*It would make little sense for the sentencing process of expressing censure on behalf of the community, yet pay no attention to public opinion regarding the kinds of offences and offenders, which in the eyes of the community are seen as being most worthy of condemnation*» (ROBERTS, 2008, cit. en RYBERG/ROBERTS, 2014, p. 7; en el mismo sentido MATRAVERS, «Proportionality Theory and Popular Opinion», en RYBERG/ROBERTS [eds.], *Popular Punishment* [Nueva York, Oxford University Press], 2014, p. 43: «*the most compelling reason (for contemporary retributivists) is that punishment is meant to express the community's censure of the offender [...] and to do this it must reflect the community's judgement of what is deserved*»). Cuidado, todo esto debe ser considerado un elemento crítico normativo, no descriptivo. Esto es, si una prohibición penal concreta no encuentra en su base un consenso social sobre su dañosidad social (que es lo que justifica la censura y reprobación), sino, por ejemplo, la pura imposición de determinados intereses económicos o de ciertos grupos de poder, entonces esto es una razón, según esta concepción de las teorías del merecimiento, para despenalizar la conducta.

⁴³ DUFF, 2001, p. 6.

II. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO ■

aspirar a ser) nuestro Derecho como miembros del sistema político, como ciudadanos»⁴⁴.

Como puede observarse, parece claro que, para Duff, el castigo justo presupone como condición que la ley penal pueda considerarse una «ley del pueblo» (en este sentido es «Derecho común»), y en la que por tanto los ciudadanos hayan tenido un rol decisivo en su conformación⁴⁵.

También en la moderna doctrina penal alemana existen autores que claramente reconocen que «una teoría de la pena justa es un elemento de una teoría política»⁴⁶, y que sobre la base de las ideas de Habermas⁴⁷ consideran que el reproche penal exige un vínculo concreto de ciudadanía, y que por tanto no puede castigarse a aquel que no ha podido participar en el proceso (democrático) de creación de las leyes penales:

«Un legítimo reproche jurídico-penal de culpabilidad sólo es posible en el contexto de un Estado democrático de Derecho, porque sólo en este contexto es posible reconocer al destinatario de la norma cuyo quebrantamiento imputable en constitutivo del hecho punible, simultáneamente, como autor de la norma»⁴⁷.

En definitiva, desde concepciones modernas retributivas, basadas en la idea de la finalidad comunicativa del castigo, debe reservarse un papel clave a la comunidad en la génesis y aplicación del Derecho penal, porque «*el acto comunicativo*» en una democracia no puede ser un proceso de «*arriba hacia abajo*» (un soberano o una élite decide lo que debe prohibirse y así se comunica a sus súbditos y se organizan ciertas instituciones para adjudicar e imponer el castigo), sino que debe construirse siempre de modo horizontal (la propia

⁴⁴ DUFF, «Un derecho penal democrático», en IDEM, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad* (Buenos Aires, Siglo XXI Editores), 2015, pp. 29-30.

⁴⁵ Como el propio Duff menciona, ello remite a un determinado rol del Estado y su relación con los ciudadanos, que en términos de filosofía política recibe el nombre de «republicanismo» o «teoría republicana»: «*that portrays citizenship, understood as equal and mutually respectful participation in the civic enterprise, as a central value [...] For a republican, law must be our law as citizens, a 'common' law that we make for ourselves, not a law made for us and imposed on us by a sovereign; citizens must be able to understand themselves as authors as well as addressees of the law*» (DUFF, «A criminal law for citizens», *Theoretical Criminology*, [14], 2010, pp. 300301). De todos modos, sobre la interpretación de la obra de Duff en el marco de una democracia deliberativa vid. en detalle GARGARELLA, 2016, pp. 172 ss., quien le reprocha (creo que con razón) no profundizar en el proceso de democratización del Derecho penal debido al «alma liberal» que coexiste con su «alma democrática». Vid. una concepción republicana del Derecho penal, que se declara comprometida con la democracia deliberativa, en MARTÍ MÁRMOL, 2009, pp. 123 ss.

⁴⁶ KINDHÄUSER, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho* (Buenos Aires, BdeF), 2011, p. 11. ⁴⁷ Vid. en particular GÜNTHER, 2005, cit. en CIGÜELA SOLA, *InDret*, núm. 2, 2017, pp. 10 ss.

⁴⁷ KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho* (Buenos Aires, BdeF), 2011, p. 1. El título de la obra de Kindhäuser (junto con su discípulo chileno Mañalich) traducida al castellano es ya sintomático. Puede verse un excelente resumen de las ideas de Günther y Kindhäuser en CIGÜELA SOLA, *InDret*, núm. 2, 2017.

comunidad mediante procesos participativos en línea con una democracia deliberativa decide qué debe castigarse y se implicará en su castigo efectivo). *El castigo es así un acto comunicativo entre iguales*.

En conclusión, en mi opinión, cualquier teoría moderna sobre el papel del Derecho Penal como institución social en una democracia, aunque normalmente ello no se haya explicitado y articulado de forma detallada, debe integrar en su seno, con un papel relevante, a la participación ciudadana⁴⁸.

3. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

Explicitadas las razones por las cuales hemos de avanzar en la construcción de un Derecho penal (más) democrático, la discusión sobre el papel de la víctima en el Derecho penal adquiere una nueva dimensión: lo que debe analizarse es cómo encaja su participación en el marco de un Derecho penal democrático tal y como debe construirse a partir de las premisas de la democracia deliberativa.

Pues bien, sin ningún ánimo de cerrar la discusión, en el presente trabajo quisiera plantear dos tesis fundamentales sobre la participación de la víctima en un Derecho penal democrático. Estas dos tesis son las siguientes: *a)* las víctimas no deben tener un papel protagonista en el diseño de la Política Criminal; y *b)* las víctimas sí deben tener un papel relevante en la aplicación del castigo.

3.1 Las víctimas no deben tener un papel protagonista en el diseño de la Política Criminal

Partiendo de las bases de un Derecho penal democrático presentadas en este trabajo, considero que las víctimas de un delito no debieran tener un papel relevante en el diseño de la Política Criminal.

⁴⁸ Vid. un claro ejemplo de ello en RAMSAY, «A Democratic Theory of Imprisonment», en Dzur *et al.* (eds.), *Democratic Theory and Mass incarceration* (Oxford, Oxford University Press), 2016, pp. 84 ss., quien comienza su trabajo señalando que, a pesar de que existen muchas teorías normativas sobre el castigo, casi ninguna de ellas sitúa la justificación del castigo en premisas específicamente democráticas. Frente a ello presenta una justificación de la prisión como castigo basada en una determinada concepción de la democracia (que este autor denomina «retribucionismo democrático»).

Las razones para ello no tienen que ver, sin embargo, como a veces se alega, con que el fin del castigo no deba considerar a la víctima, por implicar el castigo únicamente a Estado y ofensor. En mi opinión, ello es un error. Una justificación moderna del castigo ha de contemplar a la víctima en su seno. Por mucho que ciertamente el castigo implique una actuación y evaluación pública de ciertas acciones, ello no puede llegar hasta el punto de olvidar que en el origen del delito hay una o unas víctimas, que tienen pleno derecho a ver reconocido su sufrimiento. En este sentido, por ejemplo, las teorías comunicativas del castigo dejan claro que el castigo es un mensaje comunicativo que no sólo se dirige al ofensor (indicándole que el acto realizado no se tolera), sino también a la víctima (comunicándole que se le ha causado un daño que nos concierne y que estamos de su lado) y a la propia comunidad (informándole de una transgresión no permitida y así de cuáles son los comportamientos esperados)⁴⁹.

Tampoco es un argumento convincente para negar un peso relevante a las víctimas en el diseño de la Política Criminal, que éste sea un ámbito de la política que deba configurarse «desapasionadamente» (desde la razón y no la emoción). Obviamente, ni la arena política (ni tampoco los foros de expertos) es un ámbito exento de pasión o emoción, ni las víctimas son seres carentes de la capacidad de razonar. En últimas, la política necesita tanto de razón como de pasión; y la política criminal en particular, no sólo debe atender a datos y argumentos racionales, sino, en mi opinión, debe ser capaz también de expresar mensajes que apelan a nuestras emociones como ciudadanos y como sociedad (de solidaridad, de enojo, de empatía, etc.).

Por último, tampoco puede argüirse en contra de la participación de la víctima en el diseño de la Política Criminal, que las víctimas son punitivas y sesgadas por naturaleza, pues hay múltiples investigaciones que atestiguan que ello no es así. Evidentemente, existen ejemplos de movimientos victimales cuya reivindicación ha sido y es principalmente el endurecimiento de la ley penal, pero ni estos movimientos aglutinan a todas las víctimas, ni todas las asociaciones de víctimas persiguen la imposición de penas más duras.

En realidad, los argumentos con fuerza de convicción para restringir la participación de las víctimas en el diseño de la Política Criminal, hacen referencia a otras cuestiones más problemáticas en el seno de un Derecho penal democrático.

En primer lugar, hay que tener muy en cuenta que la victimidad es un constructo inter-subjetivo y social, que como todo constructo privilegia deter-

⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, VON HIRSCH/ASHWORTH, 2005, p. 30.

minados colectivos y olvida otros⁵⁰. La víctima es el «héroe de nuestro tiempo»⁵¹, por lo que se libra una cruenta batalla por apropiarse de la etiqueta de víctima, que es en realidad una batalla por definir el conflicto subyacente.

En segundo lugar, debe subrayarse que es un mito la idea de la víctima como un colectivo homogéneo: no existe una única voz en el colectivo de víctimas, y de hecho, con frecuencia, existen pugnas enconadas entre las propias víctimas del mismo delito por monopolizar el discurso⁵².

En tercer lugar y por último, son muchas las experiencias que acreditan el peligro real de que el movimiento victimal sea manipulado políticamente. La victimidad se genera desde relaciones de poder y por ello es frecuente la utilización y manipulación de este movimiento por el poder político⁵⁴.

Todo ello provoca que, por muy loable que sea, el movimiento victimal adolezca de dos de los elementos esenciales de los valores de una democracia deliberativa: la inclusión de todos los afectados y la igualdad de los participantes.

Efectivamente, el proceso de construcción de la victimidad es inevitablemente selectivo. No podemos presuponer que una asociación de víctimas representa a todos los afectados por un delito determinado y por lo tanto presenta ineludiblemente un problema de falta de inclusión. Adicionalmente, la asunción del papel de víctima conlleva normalmente cierta superioridad moral que está en contra de otro de los valores esenciales del proceso democrático deliberativo: la igualdad de todos los participantes. El proceso democrático deliberativo exige cierto «velo rawlsiano de la ignorancia», pues hacemos normas para toda la comunidad, no para una parte de ella, en este caso los afectados por un delito.

Por todas estas razones, en mi opinión, si se da acceso a las víctimas como un colectivo propio es inevitable que las dinámicas de poder (sociales, económicas, políticas y mediáticas) inherentes a la propia definición de la victimidad reproduzcan un determinado discurso dominante y con ello no representativo.

Las víctimas no debieran así tener un papel protagonista en el proceso deliberativo necesario para la elaboración de las leyes penales. El proceso deliberativo se debe realizar entre ciudadanos representativos de todos los sectores de la sociedad, sin sobre-representación de ninguno de ellos. Cuestión di-

⁵⁰ Vid. por todos, recientemente, DAEMS, «¿Tienen las sociedades las víctimas que se merecen?, Un estudio sociológico sobre la victimización», *InDret Criminología y Sistema de Justicia Penal*, núm. 2, 2020.

⁵¹ GIGLIOLI, *Crítica de la Víctima*, (Barcelona, Herder), 2017.

⁵² Paradigmática en nuestro país es en este sentido la historia del movimiento de las víctimas del terrorismo.

⁵⁴ Paradigmática en nuestro país es en este sentido la utilización por parte del PP del padre de Mari-Luz en su defensa de la cadena perpetua.

ferente es que dentro del conjunto de expertos o colectivos que podrían participar en el proceso deliberativo para proporcionar información a los ciudadanos, las asociaciones de víctimas podrían formar parte de tales colectivos, explicando su experiencia, aportando argumentos en favor de determinadas medidas y discutiendo los problemas que presenta una u otra opción legislativa⁵³. Pero ello es muy diferente a asignarles un rol propio y protagonista dentro del conjunto de ciudadanos que debe finalmente decidir sobre el diseño de una u otra opción político criminal.

3.2 Las víctimas sí deben tener un papel relevante en la aplicación del castigo: los procesos de justicia restaurativa

Muy diferente es la solución en el caso de la participación de las víctimas en la aplicación del castigo. En este ámbito, desde las premisas de un Derecho penal democrático, hay una institución en la que claramente tienen un rol protagonista: la justicia restaurativa.

La justicia restaurativa es un instrumento de democratización del castigo, pues son los afectados por el delito los que deciden conjuntamente la mejor solución al conflicto subyacente. Y la justicia restaurativa implica corresponsabilidad con el delito entre todos los afectados (a diferencia de su «transferencia» a una burocracia ajena al conflicto).

El vínculo entre justicia restaurativa y democracia es evidente en la obra de uno de los precursores fundamentales de la justicia restaurativa: John Braithwaite. Para este autor, de hecho, los procesos de justicia restaurativa son «micro-instituciones» de democracia deliberativa, pues su clave es el empoderamiento del ciudadano frente a la «institucionalización» del conflicto (convertido en delito) que lleva a cabo el sistema de justicia penal:

«El sistema de justicia penal occidental ha sido, en general, corrosivo de la democracia deliberativa, aunque el jurado es una institución que ha conservado una pizca de ella. La justicia restaurativa es justicia deliberativa; se trata de que las personas deliberen sobre las consecuencias de los delitos, y cómo abordarlos y prevenir su reincidencia [...] Así, la justicia restaurativa restablece el control deliberativo de la justicia por parte de los ciudadanos»⁵⁴.

⁵³ En esta línea vid. defendiendo las necesarias aportaciones de las víctimas en el proceso deliberativo KENNEDY, «The Citizen Victim: Reconciling the Public and Private in Criminal Sentencing», *CL&Ph*, vol. 13, 2019, pp. 83108.

⁵⁴ BRAITHWAITE, «Restorative Justice», en: TONRY (ed.), *Handbook of Crime and Punishment* (Nueva York, Oxford University Press), 2000, p. 329. Vid. también su trabajo «Principles of Restorative Justi-

De hecho, este espíritu democrático de la justicia restaurativa puede claramente apreciarse en la *Recomendación (2010)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Normas de la Probation* (énfasis añadido):

La justicia restaurativa incluye perspectivas y programas basados en varias asunciones básicas:

- a) que la respuesta a los delitos debería reparar tanto como sea posible el daño sufrido por la víctima;
- b) que debería hacerse entender a los ofensores que su comportamiento no es aceptable y que ha producido consecuencias reales para la víctima y la comunidad;
- c) que los ofensores pueden y deben asumir la responsabilidad de sus acciones;
- d) que las víctimas deberían tener una oportunidad para expresar sus necesidades y para participar en la determinación de la mejor forma en que el ofensor puede reparar,
- e) *y que la comunidad comparte la responsabilidad de contribuir en este proceso.*

En definitiva, las víctimas tienen un papel muy relevante en la construcción de un Derecho penal democrático, contribuyendo mediante procesos de justicia restaurativa a la resolución del conflicto manifestado mediante el delito. Este es el papel fundamental que en el marco de un Derecho penal democrático pueden y deben desempeñar las víctimas.

En este sentido, cabe valorar muy positivamente el reconocimiento de los servicios de justicia restaurativa en el marco de la Ley 4/2015 conocida como *Estatuto de la Víctima*. En concreto en su artículo 15 se dice lo siguiente:

«Artículo 15. *Servicios de justicia restaurativa.*

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

ce», en: VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* (Oxford, Hart Publishing), pp. 1 ss., donde (p. 19) vuelve a poner de manifiesto la vinculación entre la justicia restaurativa y la democracia deliberativa; y el reciente y breve artículo publicado en 2014, donde bajo el título «Evidence for Restorative Justice» (*The Vermont Bar Journal*, 2014, pp. 18 ss.) se refiere a que el efecto más relevante de la justicia restaurativa es que implica al poder judicial (no sólo al legislativo y al ejecutivo) en la tarea de renovar el espíritu democrático entre los ciudadanos: «*Reclaiming voice for families, friends and victims in justice processes is an important democratic Project*» –p. 21–). En el mismo sentido vid. DZUR, *Punishment, Participatory Democracy & the Jury* (Nueva York, Oxford University Press), 2012.

II. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO ■

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.»

Ciertamente, nos encontramos ante un desarrollo todavía muy incipiente de los servicios de justicia restaurativa en nuestro país, pero según decimos, éste es el ámbito natural de participación de la víctima en el marco de un Derecho penal democrático, por lo que solo podemos esperar que se avance firmemente en este camino, que contribuirá a la construcción de un Derecho penal (más) democrático.

III. SOBRE EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN LA DOGMÁTICA DEL DELITO *

WOLFGANG FRISCH**

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la víctima es un componente necesario de muchos delitos, durante muchos años no encontró mayor interés por parte de la ciencia del Derecho penal. Esto rige sobre todo respecto del Derecho penal material, y en este ámbito, especialmente en relación con la teoría general del delito. Esto ya se aprecia con una ojeada a los índices analíticos, por materias o voces, de los manuales y comentarios ¹. Bajo la voz «víctima», hasta el momento actual, en muchas ocasiones no aparece nada de nada, mientras que el autor, e incluso otros intervinientes en el hecho aparecen no solo con voces principales, sino también con diversas voces secundarias. Bajo la voz del «perjudicado», ciertamente, a veces se encuentran distintas referencias; pero normalmente se trata

* Versión española del texto «Zur Rolle des Opfers in der Straftatdogmatik» (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

** Prof. Dr. h.c. mult., Catedrático emérito de Derecho penal, Derecho procesal penal y Teoría del Derecho en la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau.

¹ Una excepción la constituye el término «victimodogmática», inspirada en la denominación en latín para «víctima», que entretanto ha entrado en algunos manuales y comentarios (habitualmente, con una valoración negativa; al respecto *infra* III). La situación es distinta en el ámbito de las monografías; aquí es cada vez más común que la víctima aparezca en los títulos de los libros; *vid.* solo, por ejemplo, en Alemania, HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, y MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, y en España, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 1998, 2.^a ed. 2001 (edición que se citará en lo que sigue).

de puntos secundarios de la dogmática del delito como el derecho a iniciar el proceso a instancia de parte, o el derecho del perjudicado a ser indemnizado.

La visibilidad de la víctima mejora en alguna medida cuando se penetra en la materia de los manuales y en los estudios científicos que someten a un análisis más exhaustivo la materia. Entonces se percibe con claridad, en el marco de la exposición de distintos bloques temáticos tradicionales de la teoría del delito, que para la concurrencia o no concurrencia de un delito, bajo determinadas circunstancias, también pueden resultar decisivas determinadas decisiones de la víctima, o su conducta anterior. Son ejemplos de ello el consentimiento o los derechos a ejercer en estado de necesidad, cuya ejecución la víctima ha de tolerar teniendo en cuenta su comportamiento previo². Sin embargo, la perspectiva y la exposición también en estos bloques temáticos están centradas en el autor: lo que interesa es la cuestión de si el autor puede lícitamente obrar, hasta dónde llegan sus derechos, y si, a pesar de excederse de su derecho, puede resultar impune. La perspectiva opuesta que parte de la víctima, configurada en la cuestión de cuáles son los casos en los que la conducta previa o decisiones previas de la víctima puede oponerse a la afirmación de la concurrencia de una infracción, y cuando ello es así, en qué medida, debe elaborarla y formularla principalmente uno por sí mismo. Lo que falta, sobre todo, es una perspectiva global que examine la génesis de las lesiones de (o amenazas a) bienes que entran en consideración como posibles delitos desde el principio hasta el final para determinar en qué medida el comportamiento de la víctima resulta un elemento esencial de la existencia de un delito, o excluye su concurrencia.

Queda claro que esa perspectiva nueva y global no puede ser desarrollada en el marco de la presente conferencia. He de limitarme a presentar algunas de las facetas de la imagen global que habría que trazar de la relevancia constitutiva de la víctima, de sus decisiones, de su conducta y también, probablemente, de su estatus, en relación con la afirmación de que sí concurre un delito. Abordaré para ello tres cuestiones:

– La cuestión de en qué medida resultan relevantes las decisiones de la víctima que expresan su acuerdo con un comportamiento que podría ser delictivo para afirmar o negar la existencia de una infracción, y, en su caso, por qué razón (II y V);

² Respecto de ulteriores ejemplos de una «consideración encubierta de la víctima» en el marco de instituciones generales del Derecho penal *vid.* CANCIO MELIÁ, *ZStW* 111, 1999, pp. 357, 361 y ss. y más detalladamente IDEM en la monografía citada en n. 1, pp. 96 y ss.

- La cuestión de qué relevancia tiene para afirmar la concurrencia de un delito que la víctima no haya hecho uso de las opciones viables de autoprotección de las que disponía (III);
- Y la cuestión de si (y en caso afirmativo, bajo qué presupuestos) la afirmación de que concurre un delito queda excluida o no, cuando las afectaciones a bienes que derivan del comportamiento de una persona que entra en consideración como autora han sido producidas sólo por la intervención de la víctima misma (IV).

Las tres cuestiones han sido objeto de una intensa discusión en la ciencia del Derecho penal en las últimas décadas, aunque, desde luego, desde una perspectiva mucho más centrada en el autor que en la víctima. Espero que añadir una perspectiva orientada hacia la víctima pueda contribuir en algo a estas discusiones.

2. SOBRE EL ACUERDO DE LA VÍCTIMA CON LA CONDUCTA DEL AUTOR

2.1 Acuerdo y consentimiento. Cuestiones fundamentales

La cuestión acerca de en qué medida el acuerdo de la víctima con la conducta del autor que puede llegar a constituir delito resulta relevante para afirmar la concurrencia de una infracción criminal es tratada tradicionalmente en la doctrina del acuerdo (*Einverständnis*) y el consentimiento (*Einwilligung*). Como conclusión alcanzada en la discusión habida al respecto, en primer lugar, se configuró la diferenciación técnico-jurídica entre el acuerdo, excluyente de la tipicidad, y el consentimiento como causa de justificación. El acuerdo excluye ya la tipicidad cuando el tipo presupone una actuación contra la voluntad de la víctima, como es el caso, por ejemplo, de la violación o las coacciones. En aquellos casos en los que el tipo no exige tal actuación contraria a la voluntad de la víctima, sino que basta con una afectación de un determinado bien, como sucede en las lesiones o en los daños, la doctrina dominante y la jurisprudencia atribuyen –bajo determinadas circunstancias– al consentimiento fuerza justificante³. Aún en la primera mitad del siglo xx, en muchos aspectos no estaba claro cuáles son los presupuestos de tal consentimiento justifi-

³ La debatida cuestión de si el consentimiento no tiene también ya el efecto de excluir la tipicidad (en vez de ser una causa de justificación) puede ser dejada de lado en el presente contexto; al respecto por todos JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht AT*, 5.ª edición, 1996, pp. 375 y s.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERN-

cante⁴. Hoy las cuestiones fundamentales han sido resueltas, y existe –a pesar de que subsisten algunas áreas problemáticas– algo así como un canon relativamente sólido de requisitos de eficacia del consentimiento como causa de justificación. No hay tiempo hoy para reproducir en detalle ese canon. He de presuponer que se conocen los elementos esenciales, y me limitaré a exponer aquello que desde la perspectiva de la víctima puede complementar –y quizás profundizar– la teoría del consentimiento como causa de justificación.

En primer lugar, puede alcanzarse cierta profundización de la teoría del consentimiento (justificante) si se adopta una perspectiva decididamente centrada en la llamada «víctima» (esto es, la persona afectada por el hecho) en el terreno de la cuestión inicial y central de cuál es el fundamento de la relevancia jurídica del consentimiento.

2.2 Sobre el fundamento de la relevancia jurídica del consentimiento

Durante mucho tiempo, en este ámbito bastaba con la invocación del brocardo romano *volenti non fit iniuria*⁵. Sin embargo, la sentencia no sólo resulta insuficiente si se entiende por «*iniuria*» injuria, sino también si con ello se pretende designar el injusto en general, pues entonces, no aporta limitación alguna, a pesar de que es seguro que la voluntad de la víctima no es capaz de eliminar cualquier injusto. Además, el brocardo resulta insuficiente porque, en el fondo, no contiene más que una afirmación que a su vez precisaría una fundamentación.

Corresponde más el rango de «fundamentación» a la extendida posición conforme a la cual el consentimiento de la víctima respecto de un determinado comportamiento del autor (que podría cumplir el tipo) supone una renuncia a la protección del ordenamiento jurídico frente a esa conducta⁶. Se argumenta en este sentido, de modo complementario, que en aquellos casos en los que el propio sujeto afectado por el hecho renuncia a la protección del Derecho, el ordenamiento naturalmente tampoco tiene razón alguna para mantener sus prohibiciones protectoras. También es posible comenzar el desarrollo de los

BERG-LIEBEN, *StGB*, 30.ª edición, comentario previo a los §§ 32 y ss., n.m. 29 y s., 33 y s.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 50.ª edición, 2020, n. 551 y ss.

⁴ Vid. al respecto, por ejemplo, FRANK, *StGB Kommentar*, 18.ª edición, 1931, pp. 141 y ss.

⁵ Al respecto HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, pp. 5 y ss.; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 1930, p. 17; MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª edición, 1949, p. 213.

⁶ Así, por ejemplo, BGHSt 17, 359, 360; LK/HIRSCH, *StGB*, 11.ª edición, 2003, comentario previo al § 32, n. 104 y s.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, n. 562; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edición, 1969, pp. 95; DÖLLING, *GA* 1984, pp. 71, 84.

límites del vigor justificante del consentimiento partiendo de esta fundamentación: comenzarán en aquel punto en el que no es posible una renuncia válida a la protección del ordenamiento. Sin embargo, esta fundamentación también presenta ciertas trazas de ficción: ¿aquel que consiente en una intervención quirúrgica, o encarga el derribo de su antigua casa para construir una nueva, realmente piensa en algún momento en renunciar a la protección del ordenamiento?⁷

Menos ficticia es, sin duda, otra fundamentación a la que se ha acudido en repetidas ocasiones para fundamentar la relevancia jurídica del consentimiento. Esta fundamentación recurre sobre todo a una idea que se utiliza para las causas de justificación supraleales; probablemente, ello sea debido en no pocos casos al hecho de que el consentimiento en muchos Estados es una causa de justificación no escrita. De acuerdo con esta perspectiva, queda justificado un comportamiento típico cuando el interés preponderante aboga por su realización⁸. Cierta ventaja de esta aproximación está en que, por un lado, hace viable que se reconozca fuerza justificante al consentimiento –concretamente, en aquellos casos en los que actuar en el sentido del consentimiento se corresponde con el interés preponderante–, pero, por otro, también permite a través de su construcción negarle tal fuerza de justificación cuando, precisamente, hay intereses preponderantes que se oponen al reconocimiento del consentimiento. Sin embargo, parece dudoso que sea adecuado a la materia contemplar la relevancia del consentimiento verdaderamente desde la perspectiva del interés preponderante⁹. ¿Realmente la voluntad de la víctima ha de medirse con base en el criterio del interés preponderante? ¿No podría ser que la voluntad pueda tener vigencia más allá de este principio?

En efecto, es esta la única posición acertada. Sólo esta perspectiva se corresponde con la imagen del ser humano de comunidades constituidas en Estados de Derecho y de libertades, que ven al individuo como titular de derechos fundamentales irrenunciables y reconocen su dignidad y autonomía. En una comunidad de estas características, el individuo tiene derecho a decidir sobre sus libertades y derechos, dentro de los límites que la Constitución establece, de modo autónomo, esto es, de acuerdo con criterios y preferencias fija-

⁷ Vid. ulteriores objeciones en RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, pp. 144 y ss.

⁸ Fundamental NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe – im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, 1955, pp. 74 y ss.; le siguen, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, pp. 377 y s.; DÖLLING, *GA* 1984, pp. 71, 84, 90 y s.; GEPPERT, *ZStW* 83, 1971, pp. 947, 952 y ss.; OTTO, *FS Geerds*, 1995, pp. 603, 609.

⁹ Tiene razón en adoptar una posición crítica, por ejemplo, RÖNNAU (n. 7), pp. 150 y ss.

dos con base en su propia decisión¹⁰. En este ámbito, debe renunciarse a todo control con base en un criterio, sea cual sea, del interés preponderante. Forman parte de estos sectores en los que se concede al individuo una decisión autónoma no sólo la propia libertad, la propiedad y el patrimonio propio, sino, dentro de ciertos límites, también el uso de la propia salud e integridad corporal, incluso algunas acciones referidas a la vida. Puesto que el individuo con frecuencia no está en condiciones de ejecutar determinadas decisiones por sí mismo, sino que necesita el actuar y la configuración por otras personas, forma parte del derecho a tomar y ejecutar decisiones autónomas en el ámbito reconocido también el derecho a acudir a otras personas para la realización de esa decisión, sirviéndose de su ayuda¹¹.

Es ante este trasfondo que también hay que ver el consentimiento jurídico-penal. Su relevancia deriva de que el individuo tiene reconocida constitucionalmente en amplios sectores la libertad de decidir de modo autónomo sobre sus libertades y bienes, y de ejecutar o hacer ejecutar esas decisiones. Debido a este reconocimiento de los derechos del individuo, el Estado, en correspondencia, ha de respetar las decisiones tomadas por el individuo dentro de ese marco. Y sólo las respetará si retira aquello que se opone a la decisión que debe respetarse y a su realización: la prohibición establecida, precisamente, para la protección del individuo y de sus bienes, en aquellos casos en los que esta se opone a la realización de la decisión tomada por quien presta el consentimiento. En conclusión, la razón profunda de la relevancia del consentimiento está en que el Estado debe tener en cuenta el consentimiento prestado, cuando se presenta como acto de autonomía del individuo, modificando parcialmente su orden normativo de tal modo que sea posible la ejecución de la decisión autónoma a través de la intervención de terceros. La diferencia respecto de la tesis de la renuncia a la protección del ordenamiento jurídico es clara: no es necesaria renuncia alguna. Al contrario, el Estado debe hacer aquello que exija el respeto de la decisión autónoma, esto es, retirar la prohibición estatal que se convierte en obstáculo para que se pueda ejecutar la decisión autónoma (a través del concurso de terceros).

¹⁰ Así también AMELUNG, ZStW 109, 1997, pp. 489, 515; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8.ª edición, 2017, § 9 n. 20; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, 5.ª edición, 2020, § 13 n. 12 y ss.; en detalle FRISCH, en: Leipold (ed.), *Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft*, 1997, pp. 103, 108 y ss.; MURMANN (n. 1), pp. 215 y ss., 234 y ss., 369 y ss., 535.

¹¹ *Cfr.* la misma posición en RÖNNAU (n. 7), pp. 93, 95, 116, 200; ROXIN/GRECO, *At I*, § 13 n. 12 y ss.; También MURMANN (n. 1), pp. 200 y ss., 315 y s.

2.3 Sobre los límites del consentimiento válido

La consideración de la problemática desde la contra-perspectiva de la víctima no sólo permite una observación más clara en la cuestión de cuál es el fundamento jurídico de la relevancia del consentimiento. También permite avanzar en relación con los límites del consentimiento, más allá de la discusión habida hasta el momento. El punto de partida para resolver la cuestión de los límites de la relevancia del consentimiento debe estar en la convicción de que en este ámbito, en el núcleo de la cuestión, está el problema del respeto del derecho constitucionalmente garantizado a la autodeterminación (en forma de una retirada de prohibiciones). Al igual que el mismo derecho de quien consiente a que se tenga en cuenta su autodeterminación, sus límites no han de derivar de cualesquiera ponderaciones jurídico-penales diseñadas de modo especulativo, sino en primera línea de la Constitución misma. Y esta, desde luego, también prevé límites: es ajeno a la Constitución un derecho ilimitado a la autodeterminación que el Estado tuviera que respetar en todo caso mediante la retirada de prohibiciones.

De acuerdo con la (probable) mayoría de Constituciones, el derecho a la autodeterminación y el actuar en consecuencia queda limitado por los derechos y bienes de los demás (incluyendo los bienes de la comunidad)¹². En este punto, la limitación jurídico-constitucional confirma la existencia de determinados límites a la eficacia del consentimiento que en la dogmática del consentimiento suelen fundamentarse en la falta de disponibilidad de determinados bienes para quien consiente. Y no sólo se trata de bienes de los que ni siquiera es titular quien consiente, como, por ejemplo, en el caso del consentimiento en la contaminación de aguas. También en los casos en los que el consentimiento se refiere a bienes jurídicos cuyo titular es el individuo, será irrelevante cuando afecte a objetos de la acción respecto de los cuales existen derechos de otras personas; en el fondo, la Constitución es aquí más clara que la dogmática jurídico-penal que toma como punto de referencia los bienes jurídicos. Al mismo tiempo, expresa con mayor claridad que la teoría jurídico-penal que el consentimiento en una intervención en bienes ajenos o en objetos de acción respecto de los cuales existen derechos de terceros se convierte en una vulneración del ordenamiento jurídico.

¹² En todo caso, hay que tener en cuenta que esta limitación se integra, partiendo de la concepción amplia del «orden constitucional» que es dominante (a continuación se aborda esta cuestión) en ésta (por todos, JARASS/PIEROTH, *GG*, 16.^a edición, 2020, art. 2 n. 14, con ulteriores referencias).

De la Constitución también derivan –al menos en Alemania– dos ulteriores límites del consentimiento, respecto de cuya existencia y trazado (de nuevo: al menos en Alemania) circulan ideas poco claras, debido a que no se tiene suficientemente en cuenta el trasfondo jurídico-constitucional de la problemática. El derecho a la autonomía y la libertad de acción que de ella se infiere encuentran conforme a la Constitución alemana un límite también en el «orden constitucional» y en las «buenas costumbres». Forman parte del orden constitucional el conjunto de leyes que son formal y materialmente conformes a la Constitución¹³, esto es, que se corresponden con los criterios valorativos de la misma, de los cuales forma parte, especialmente, el llamado principio de proporcionalidad¹⁴. Las dos leyes más importantes a este respecto son los preceptos del Código penal que deben entenderse como límites del consentimiento respecto de los homicidios dolosos y determinadas lesiones. El § 216 StGB castiga el homicidio doloso a petición de la víctima cuando su modo de comisión es un homicidio dirigido a causar la muerte de la víctima; de ello se infiere al mismo tiempo que la Ley ya no considera al consentimiento referido al actuar que persigue producir la muerte como una expresión de autodeterminación conforme a la Constitución. El § 228 StGB declara que sigue siendo punible una lesión dolosa, a pesar del consentimiento prestado por la víctima, cuando el hecho vulnera «las buenas costumbres».

Ambos preceptos se han generado de modo conforme a la Constitución y también corresponden a criterios valorativos jurídico-constitucionales, al menos, mientras se interpreten de modo estricto. Hay sólidas razones para prohibir y penar el homicidio doloso¹⁵, aunque se haya solicitado o se consienta en él; y esto ha de bastar para calificar la prohibición como conforme a la Constitución. Probablemente, la punición de las lesiones dolosas a pesar de concurrir consentimiento, en los casos en los que concurra una vulneración de las buenas costumbres, desde luego no constituye hoy el mejor término para designar los límites –pero el concepto se corresponde, incluso, con la propia Ley Fundamental alemana. En todo caso, a la luz de la Constitución, y, en particular,

¹³ Es esta, en cualquier caso, jurisprudencia constante del BVerfG. *Cfr.*, por ejemplo, BVerfGE 6, 32, 37 y ss.; 63, 88, 108 y s.; 80, 137, 153; 90, 145, 172 y s.; 96, 10, 21; en la bibliografía, por ejemplo, JARASS/PIEROTH, *GG*, Art. 2 n. 14; MAUNZ-DÜRIG/DI FABIO, *GG*, Art. 2 Abs. 1 (39.ª entrega, 2001) n. 39 y ss. con ulteriores referencias

¹⁴ *Cfr.*, por ejemplo, BVerfGE 20, 162, 186 y ss.; 80, 137, 153; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª edición, reimpresión 1999, n. 72, 317 y ss.; MAUNZ-DÜRIG/DI FABIO, *GG*, Art. 2 inciso 1 n. 41, con ulteriores referencias.

¹⁵ *Vid.* la síntesis de estas razones en MURMANN (n. 1), pp. 514 y ss., 535; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht BT I*, 10.ª edición, 2009, § 1 n. 15; DÖLLING, *GA* 1984, pp. 71, 85 y s., respectivamente, con ulteriores referencias.

del principio de proporcionalidad, la norma no genera problema alguno, siempre que se interprete en sentido estricto, limitándola a aquellas constelaciones de casos en las que haya argumentos racionales, compatibles con el concepto de las buenas costumbres, que indiquen que el consentimiento en lesiones dolosas ya no puede ser considerado una expresión de la autodeterminación reconocida por la Constitución¹⁶. Hay que reconocer que la jurisprudencia alemana de los últimos tiempos se esfuerza por alcanzar tal interpretación: limita los casos en los que el consentimiento no es reconocido, en lo esencial, a aquellos supuestos en los que la lesión dolosa en la que se consiente implica un riesgo concreto de muerte de quien otorga el consentimiento¹⁷ y en los que no se alcanza a ver que concurren razones comprensibles¹⁸ para la realización de las acciones correspondientes (que, por ejemplo, en el caso de unas lesiones dolosas en forma de una operación quirúrgica que implica riesgo vital, concurren sin duda cuando se procede a realizarla por razones inteligibles).

Sin embargo, una consideración de la Constitución y de los límites allí prefijados a la autodeterminación, establecidos mediante Ley ordinaria, también nos lleva a la conclusión de que resultan indefendibles algunas de las posiciones sobre la determinación de los límites del consentimiento válido que se manifiestan en la discusión jurídico-penal. Este es el caso, especialmente, respecto de la posición de no reconocer como válido el consentimiento cuando no queda cubierto por el principio del interés preponderante o hay intereses preponderantes que se le oponen¹⁹. Una perspectiva tan tosca no está en condiciones de hacer justicia a los complejos límites jurídico-constitucionales que restringen el alcance de la autonomía que debe reconocerse y respetarse; todo ello sin tener en cuenta que, en gran medida, no están disponibles criterios susceptibles de alcanzar consenso respecto de los supuestos intereses preponderantes. En realidad, incluso respecto del consentimiento en acciones que comportan riesgos para la vida ha de bastar que existan para su realización razones inteligibles y comprensibles, con independencia de que otra persona tomaría una decisión distinta (como, por ejemplo, en el caso de una operación de cirugía estética que implica riesgos considerables).

Lo que resulta insostenible, en todo caso, son sobre todo las opiniones que desacreditan globalmente el consentimiento en acciones que están vinculadas a

¹⁶ En la línea de tales limitaciones FRISCH, *FS Hirsch*, 1999, pp. 485, 491 y ss.; MURMANN (n. 1), pp. 488, 501 y ss.; análisis en profundidad en MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, 2013, pp. 175 y ss.

¹⁷ *Cfr.* por ejemplo, BGHSt 49, 34, 41 y s. y 166, 171; BGHSt 60, 166, 178 y s.;

¹⁸ *Cfr.* por ejemplo, BayOblG, *NJW* 1999, 371; OLG Düsseldorf, *NSiZ-RR* 1997, 325; al respecto (en parte, con una posición crítica) ROXIN/GRECO, *AT I*, § 13 n.m. 58 y 60; OTTO, *JR* 1999, pp. 124 y s.

¹⁹ *Cfr.* las referencias *supra* en n. 8; a favor de tal consentimiento cualificado, DÖLLING, *GA* 1984, pp. 71, 91 y ss.; HELGERTH, *NSiZ* 1988, pp. 261, 263.

riesgos para la vida de quien consiente invocando la indisponibilidad del bien jurídico «vida». Es errado invocar en este contexto, como se hace con frecuencia, el § 216 StGB²⁰, puesto que este precepto se limita a no reconocer el consentimiento en acciones que están dirigidas a la producción dolosa de la muerte²¹. No se puede extraer del precepto un anatema al consentimiento en todas las acciones que impliquen riesgos para la vida, y tal entendimiento también entraría en colisión con el principio constitucional de proporcionalidad. En consecuencia, debe considerarse que los supuestos de consentimiento en acciones que comportan riesgos más o menos controlables para la vida, o incluso meramente abstractos, y generalmente más o menos dominables, como, por ejemplo, viajar en un automóvil conducido por un conductor ligeramente embriagado, constituyen un ejercicio válido del derecho de autodeterminación (esto es, como consentimiento eficaz en la conducta arriesgada del conductor, de modo que no concurrirá un comportamiento antijurídico en el sentido de los §§ 222, 229 StGB –delitos imprudentes de homicidio y lesiones, respectivamente–)²². Incluso aunque el comportamiento implique considerables riesgos, también riesgos concretos, el consentimiento no necesariamente será inválido; por el contrario, deberá afirmarse la validez cuando existan razones inteligibles para llevar a cabo la conducta. Qué es lo que aún se reconozca como inteligible o no, no está determinado de una vez para siempre, sino que depende en gran medida de la época, de la constitución de la sociedad en el momento histórico concreto.

2.4 Sobre la teoría de los vicios del consentimiento, especialmente en caso de engaño

La opción por la consideración de la problemática desde la perspectiva de la víctima, partiendo del derecho de autodeterminación, también permite avanzar en

²⁰ Cfr. por ejemplo, BGHSt 4, 88, 93; 7, 112, 114; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, pp. 378 y s., 590; GEPERT, *ZStW* 83, 1971, pp. 947, 983; ZIPF, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, 1970, pp. 33, 72 y s.; en principio, también DÖLLING, *GA* 1984, pp. 71, 87 y s.

²¹ *Vid.* al respecto SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, comentario previo a los §§ 32 y ss., n. 104 y § 216 n.m. 8 con exhaustivas referencias ulteriores; *vid.* también BGH, NJW 2005, 1876, 1879 y MENRATH (n. 16), pp. 165 y ss.

²² *Vid.* también BGHSt 40, 336, 347; 53, 55, 63; FRISTER, *Strafrecht AT*, 9.^a edición 2020, cap. 15 n.m. 13 y ss.; MENRATH (n. 16), pp. 53 y ss., 120 y ss., 157 y ss.; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5.^a edición, 2019, § 25 n.m. 139; IDEM (n. 1), pp. 428 y ss.; IDEM, *FS Puppe*, 2011, pp. 767, 776 y s.; ulteriores referencias en SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, comentario previo a los §§ 32 y ss. núm. 102 y 105 (ahí y también en ROXIN, *GA* 2012, pp. 655, 661 y s., respecto de la posición contraria, que equivocadamente sostiene que no es posible un consentimiento en la acción arriesgada que elimine el desvalor de acción).

otra cuestión de la dogmática del consentimiento que sigue siendo altamente controvertida: el tratamiento de los vicios del consentimiento en el consentimiento.

La jurisprudencia y doctrina más tradicionales se orientaban en el tratamiento de estos casos preferentemente con base en la doctrina jurídico-civil sobre el tratamiento de los vicios de la voluntad en los negocios jurídicos, declarando inválido el consentimiento en aquellos casos en los que éste se había generado por medio de un engaño, de un error o de una amenaza. Más tarde se introdujeron diferenciaciones más finas²³. La jurisprudencia, por ejemplo, distinguió entre los errores esenciales y no esenciales²⁴; en la bibliografía, encontró muchos seguidores la diferenciación entre errores referidos al bien jurídico y aquellos que no lo están²⁵. De acuerdo con este punto de vista, sólo los errores referidos al bien jurídico conducirían a la falta de eficacia del consentimiento, mientras que los errores no referidos al bien jurídico no deberían afectar a la validez del consentimiento. En esta concepción, se trata de errores referidos al bien jurídico cuando quien presta el consentimiento, por ejemplo, yerra acerca de la extensión o el alcance de la intervención en el bien jurídico, o sobre los riesgos que esta intervención implica; se considera, por ejemplo, que son de errores no referidos al bien jurídico los que se refieren a la contraprestación a recibir a cambio de la intervención en la que se ha consentido, etc. De acuerdo con una extendida opinión, todo esto ha de regir también respecto de errores que se hayan generado por medio de un engaño llevado a cabo por parte del autor que lleva a cabo la intervención con base en el consentimiento. En función de esta diferenciación, concurriría un consentimiento inválido cuando a una persona se le han ocultado los problemas y posteriores limitaciones que comporta para ella la extracción de un órgano, o no ha sido informada de manera suficiente sobre ellos. Si, en cambio, hubiera recibido completa información respecto de estos aspectos referidos al bien jurídico, pero se le hubiera hecho creer que el órgano extraído se necesitaba con urgencia para una persona determinada, que de lo contrario moriría, cuando en realidad se va a trasladar a un banco de órganos, vendiéndolo después con máximo beneficio, habría un error no referido al bien jurídico y, a pesar del engaño, concurriría un consentimiento válido.

Se percibe con facilidad que esta solución no puede ser aceptada si se considera que el fundamento de la relevancia jurídica del consentimiento está

²³ Vid. la exposición de las fases de la evolución en AMELUNG, *ZStW* 109, 1997, pp. 490 y ss.; RÖNNAU (n. 7), pp. 264 y ss.

²⁴ BGHSt 16, 309, 310 y s.; BGH, *NStZ* 1984, 174; OLG Stuttgart, *NJW* 1962, 62 y s.

²⁵ Fundamental ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 17 y ss.; exhaustivas referencias de ulterior bibliografía en SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, comentario previo a los §§ 32 y ss. núm. 46 y s.

en que el Estado debe respetar las decisiones autónomas de quien consiente, en el marco de la autodeterminación lícita, retirando en su caso las prohibiciones correspondientes. Parece claro que, en este caso, la extracción del órgano ya no se corresponde con la decisión autónoma de la víctima si no tiene lugar con aquel fin para el cual la víctima ha consentido en la extracción. La víctima no tomó su decisión de modo incondicionado, sino sólo para el caso de que se respetasen determinados requisitos²⁶. Si ya en el momento de la extracción del órgano está claro que las condiciones —expresas o al menos cognoscibles— a las que la víctima ha vinculado su donación no serán respetadas, aquello que ocurre ya no se corresponde con la autodeterminación de la víctima. La víctima se sentiría prácticamente objeto de burla si hubiera autoridades del Estado que le dijeran que con la retirada de la prohibición de actuar para el «cazador de órganos» sólo se pretende tener en cuenta la autodeterminación de la primera. Por el contrario, la única solución adecuada al caso sería la de proteger a la víctima de tales maquinaciones mediante el mantenimiento de la prohibición y la imposición de una pena que la confirmase en caso de vulneración. Afortunadamente, entretanto han asumido este punto de vista algunos de los representantes de la diferenciación entre errores referidos y no referidos al bien jurídico, que empiezan a dudar de la corrección de esta posición²⁷. Ante este trasfondo, en todo caso, habría que volver a reflexionar sobre amplios sectores de la teoría de los defectos de validez del consentimiento²⁸ (teniendo en cuenta los distintos ámbitos de responsabilidad de la persona que consiente y la que actúa); una tarea que, como es claro, aquí no se puede abordar.

3. SOBRE LA FALTA DE USO DE OPCIONES DE AUTOPROTECCIÓN DISPONIBLES PARA LA VÍCTIMA. LA LLAMADA VICTIMODOGMÁTICA

La consideración de problemas de la teoría del delito desde la contraperspectiva de la víctima, sin embargo, no sólo es adecuada para fundamentar mejor, delimitar con mayor claridad, y con ello, detectar errores en el marco de

²⁶ Acertadamente LK/HIRSCH, 11.ª edición, 2003, comentario previo al § 32 n. 119; LK/RÖNNAU, comentario previo al § 32, 13.ª edición 2019, n.m. 199, 206; AMELUNG, *ZStW* 109, 1997, pp. 490, 501 y s., 506 y s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *Strafrecht AT*, 12.ª edición, 2016, § 15 n. 140 y ss., MURMANN (n. 1), pp. 451; RÖNNAU (n. 7), pp. 287 y ss., 432 y ss., respectivamente, con ulteriores referencias.

²⁷ Así, por ejemplo, ROXIN/GRECO, *AT I*, § 13 n. 104, con ulteriores referencias de autores que están de acuerdo con este punto de vista.

²⁸ Ulteriores reflexiones al respecto en RÖNNAU (n. 7), pp. 412 y ss., 423 y ss.; FRISCH, *Strafrecht*, 2021, § 4 Rn 245 y ss. y MURMANN (n. 1), pp. 448 y ss., 458 y s.

la dogmática de instituciones tradicionales como el consentimiento. También puede utilizarse con provecho en el ámbito de nuevos sectores y soluciones de problemas. Un ámbito problemático de estas características viene siendo tratado bajo el rótulo pretencioso y algo ambivalente de la «victimodogmática» por algunas posiciones doctrinales desarrolladas a finales de los años setenta del siglo pasado y que se siguen hasta el día de hoy²⁹.

3.1 Líneas básicas, ejemplos y variantes de la perspectiva victimodogmática

El objeto de estas posiciones teóricas lo constituye la cuestión de cómo deben tratarse algunos supuestos de hecho, en los que la víctima de un delito podría haberlo impedido, o haber impedido la producción de la afectación típica mediante la autoprotección. Son ejemplos de ello casos en los que la víctima ha sido objeto de engaño por parte del autor, pero tenía ella misma dudas concretas sobre las afirmaciones del primero. ¿Realmente ha de considerarse que aquí concurre una estafa consumada? ¿No cabía esperar de la víctima que compruebe sus dudas, o que se abstenga de llevar a cabo el acto de disposición autolesivo cuando duda? Una serie de autores, como por ejemplo Amelung o R. Hassemer, han negado que concorra en este caso estafa consumada alguna³⁰. El trasfondo material de su decisión lo constituye la idea de que no precisa protección jurídico-penal quien puede protegerse fácilmente a sí mismo (en este ámbito, comprobando las dudas que le han surgido, o absteniéndose del acto de disposición). Para armonizar esta construcción con el tenor literal de la Ley, los representantes de esta posición aducen que en el caso de que haya tales dudas concretas acerca de la corrección de las afirmaciones del autor, no concurrirá error en el sentido del tipo de estafa.

La negación de la punibilidad (o de la pena correspondiente al delito consumado) por falta de necesidad de pena (y ésta, a su vez, deducida de la falta de necesidad de protección de la víctima) no sólo se ha limitado al tipo de la estafa, recogido en el § 263 StGB. Postulando un «principio victimológico», Schünemann la ha elevado a la categoría de una máxima de interpretación

²⁹ Cfr., por ejemplo, AMELUNG, *GA* 1977, pp. 1 y ss.; SCHÜNEMANN, *ZStW* 90, 1978, pp. 11 y ss.; ÍDEM, *NSiZ* 1986, pp. 193 y ss., 439 y ss.; HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, 1981, *passim*; HÖRNLE, *GA* 2009, pp. 626 y ss. –adopta una posición crítica frente al concepto «victimodogmática» CANCIO MELIÁ, *ZStW* 111, 1999, pp. 357, 372 y con mayor detalle ÍDEM (n. 1), pp. 221 y ss.. Vid. la sinopsis de ulteriores posiciones en SCHÜNEMANN, *NSiZ* 1986, pp. 439 y s.

³⁰ AMELUNG, *GA* 1977, pp. 1, 6 y s.; HASSEMER (n. 29), pp. 114 y ss., 118, 166 y s.: faltaría el error necesario para la consumación.

general³¹. En su opinión, en principio «sólo una acción que enerve la autoprotección posible y exigible de la víctima es susceptible de ser subsumida bajo el tipo penal»³². El mismo ha puesto en claro qué significa esto concretamente con base en el ejemplo del delito de la vulneración de secretos personales (§ 203 StGB). La razón profunda de la negación de la protección jurídico-penal en caso de que haya opciones factibles de autoprotección de la víctima la encuentra Schünemann en el principio jurídico-constitucional de la licitud exclusiva de las intervenciones necesarias en los derechos de la persona (aquí, del autor). En su opinión, desde la perspectiva de las libertades del autor en las que la pena incide, este principio de necesidad no se cumple cuando la víctima puede protegerse (de manera factible y exigible) a sí misma frente a la afectación por parte del autor³³.

También la discípula de Schünemann, Hörnle, ha defendido que la vigencia del principio victimológico no está limitada al § 263 StGB; ella ha intentado desarrollar las consecuencias de este principio bajo el rótulo de la «obligación de protegerse a sí mismo» también respecto de otros delitos individuales³⁴. Incluso va más allá que Schünemann, en la medida en que pretende tener en cuenta el principio victimodogmático no sólo en el marco de las alternativas hermenéuticas disponibles (sino también, en su caso, a través de operaciones de reducción teleológica)³⁵. Ahora bien, en su opinión, el principio victimodogmático en muchos supuestos sólo debe conducir a una atenuación de la pena, no a la impunidad del autor³⁶.

3.2 El amplio rechazo de las aproximaciones victimodogmáticas en jurisprudencia y doctrina

Las aproximaciones victimodogmáticas acabadas de esbozar han encontrado, ciertamente, un importante eco en la discusión de la ciencia del Derecho penal; sin embargo, han sido rechazadas mayoritariamente³⁷. Este es el caso,

³¹ SCHÜNEMANN, *ZStW* 90, 1978, pp. 1, 32.

³² SCHÜNEMANN, *FS Faller*, 1984, pp. 357, 362; IDEM, *NSz* 1986, p. 439.

³³ SCHÜNEMANN, *ZStW* 90, 1978, pp. 11, 32, 54 y ss.; IDEM, en: Von Hirsch/Seelmann/Wohlers (ed.), *Mediating Principles*, 2006, pp. 18, 21, 31 y ss.

³⁴ HÖRNLE, *GA* 2009, pp. 626, 632 y ss.

³⁵ *Cfr.* HÖRNLE, *GA* 2009, pp. 626, 632 y s., 635.

³⁶ *Cfr.* HÖRNLE, *GA* 2009, pp. 626, 633 y ss.

³⁷ *Cfr.* por todos MüKo-StGB/Freund, 4.^a edición, 2020, comentario previo a los §§ 13 y ss. n. 426 y ss.; ROXIN/GRECO, *AT I*, § 14 n.m. 19 y ss.; Schönke/Schröder/Eisele, comentario previo a los §§ 13 y ss. n. 70 b, respectivamente, con ulteriores referencias; análisis monográfico respecto de Alemania en HILLENKAMP (n. 1), pp. 17 y ss. con ulteriores referencias y *passim*; IDEM, *ZStW* 129, 2017, pp. 596, 617

especialmente, de aquella variante que, a través de una interpretación estricta o de una reducción teleológica, incluso alcanza la conclusión de postular la impunidad del autor.

Tampoco la jurisprudencia ha seguido esta tesis, y ello no sólo en delitos violentos o sexuales que la víctima hubiera podido evitar con un poco de precaución³⁸. También en los casos sobre cuya base se ha desarrollado la victimodogmática, esto es, los supuestos en los que la víctima engañada por el autor tiene dudas concretas sobre las manifestaciones de éste, el BGH ha rechazado con claridad las tesis victimodogmáticas³⁹: «Las posiciones que, basadas en la victimología, proponen una reducción de la punibilidad por estafa por una supuesta menor necesidad de protección de la víctima del hecho inmersa en la duda» en opinión del BGH «no encuentran apoyo en el tenor literal del § 263 StGB», y «significaría[n] una retirada demasiado intensa de la protección jurídico-penal frente a los ataques contra el patrimonio». Para el tribunal, no es cierto que «no haya necesidad de protección (frente a ese tipo de ataques) respecto de quien tenga dudas con relación a la veracidad de una afirmación de hecho relevante para su decisión sobre el acto de disposición.». La referencia a que «la víctima en caso de estas dudas puede comprobar los hechos o abstenerse del acto de disposición lesivo» acabaría en una «valoración, ajena al Derecho penal, de una culpa concurrente, que en otros ámbitos tampoco tiene el efecto de excluir el tipo.».

La formulación al final de la sentencia muestra dónde, en opinión de la jurisprudencia, está el único espacio posible para tener en cuenta las posibilidades de autoprotección desaprovechadas de la víctima: en el marco de la medición de la pena y bajo el rótulo de la culpa concurrente de la víctima. La jurisprudencia tiene en cuenta desde hace mucho tiempo esta culpa concurrente de la víctima en casos de accidentes de tráfico, pero también, por ejemplo, en varios delitos violentos o sexuales⁴⁰. La exclusiva consideración de la culpa concurrente como elemento de la medición de la pena también se corresponde con la opinión dominante en la bibliografía⁴¹, que ha desarrollado ulteriores

y ss.; respecto de España, CANCIO MELIÁ (n. 1), pp. 237 y ss., 242 y ss. e ÍDEM, *ZStW* 111, 1999, pp. 357, 370 y ss.

³⁸ En este ámbito, en todo caso se tiene en cuenta la conducta de la víctima a través de una atenuación de la pena, cfr. por ejemplo, BGH, *NStZ* 1983, 119; *StV* 2006, 524.

³⁹ Cfr. BGH *NStZ* 2003, 313, 314 con notas de BECKEMPER/WEGNER, pp. 315 y s. y KRACK, *JR* 2003, pp. 384 y ss., así como el comentario de IDLER, *JuS* 2004, pp. 1037 y ss.

⁴⁰ Cfr. por ejemplo, BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2.ª edición 1974, pp. 430 y ss.; ÍDEM, *Das Recht der Strafzumessung*, 2.ª edición 1985, pp. 166 y s.

⁴¹ Vid. sobre esto, por todos, ROXIN/GRECO, *ATI*, § 14 n. 24.

criterios, más específicos, para fundamentar la relevancia de la conducta de la víctima en la medición de la pena⁴².

En esta discusión, es claro que resulta preferible la posición de la doctrina dominante. La tesis de que el no aprovechamiento de posibilidades de autoprotección factibles y exigibles por parte de la víctima debe conducir a la impunidad del autor, o a negar la concurrencia de una infracción consumada, debe rechazarse por varias razones. Y ello es así incluso cuando sólo se concibe como opción interpretativa que permita la impunidad del autor (o la negación de un hecho consumado) cuando la víctima no ha hecho uso de opciones de autoprotección factibles y exigibles.

3.3 Vaguedades, omisiones e inadecuación instrumental en la victimodogmática

Ya en un primer plano, es necesario formular objeciones formales y sistemáticas a la causa de exclusión de la pena que la victimodogmática promueve. El concepto de la opción de autoprotección «factible» y «exigible» para la víctima, del que se pretende que dependa la impunidad del autor (o la negación de un delito consumado) de acuerdo con las posiciones victimodogmáticas, es extraordinariamente vago y ambivalente⁴³. Los propios representantes de la perspectiva victimodogmática la entienden de modo muy diverso, como se aprecia en las diferentes formulaciones de la clase de duda que debe excluir en la estafa la punibilidad, o al menos la punibilidad del autor por delito consumado⁴⁴. La adopción del punto de vista victimodogmático ya por esta razón significaría una importación de vaguedad al Derecho penal, que difícilmente puede llegar a ser compatible con el principio de determinación que en este ámbito se reivindica con razón.

A esto se suma una objeción de carácter sistemático. La falta de aprovechamiento de las posibilidades de autoprotección constituye, si se considera sin prejuicios, un caso típico de la culpa concurrente de la víctima en la lesión producida. Tal culpa concurrente se considera desde siempre un supuesto de hecho que puede llegar a justificar una valoración menos grave del hecho del autor, pero no la renuncia completa a la pena, o a no gravar en absoluto al autor con la lesión sufrida por la víctima. Esta parece la única solución correcta, y ello por una doble razón.

⁴² En profundidad y con un desarrollo ulterior, sobre todo, HILLENKAMP (n. 1), pp. 211-309, diferenciando cuatro formas básicas de conducta de la víctima que ha de ser relevante para la medición de la pena.

⁴³ Esto lo concede la propia HÖRNLE, *GA* 2009, pp. 626, 629; vid. también EADEM, en: Von Hirsch/Seelmann/Wohlers (ed.), *Mediating Principles*, pp. 36, 42.

⁴⁴ Vid. sólo la comparación de su propia posición con otras tesis victimodogmáticas en sentido amplio que hace HASSEMER (n. 29), pp. 152 y ss.; cfr. además las sinopsis en SCHÜNEMANN, *NSiZ* 1986, pp. 439 y s. y SCHWARZ, *Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug*, 2013.

De hecho, una eventual culpa concurrente del autor no cambia en nada la realidad de que este, especialmente en los casos en los que concurre un ataque doloso a los bienes de la víctima, realiza un desvalor de acción, posiblemente grave, y ha al menos aportado un elemento esencial a la posible afectación de la víctima. Esta clase de injusto de acción y de resultado, respecto del cual el autor tiene una responsabilidad decisiva, nunca se puede hacer desaparecer por la culpa concurrente de la víctima. Ésta, en todo caso, podrá justificar o aconsejar una pena más leve. No puede honrarse esta conducta con una exención de pena para el autor, o con la pena correspondiente al delito intentado, lo que desde esta perspectiva sería un exagerado privilegio del autor —especialmente en los casos de un ataque grave y doloso⁴⁵.

Más allá de esto, hay otra consideración que aboga por una exclusiva solución en el marco de la medición de la pena. De hecho, los supuestos de falta de aprovechamiento de la autoprotección posible, así como los de la concurrencia de culpas son un continuo graduable. Las posibilidades de autoprotección son más o menos efectivas; aprovecharlas puede ser más o menos exigible para la víctima, dependiendo de la renuncia a opciones de libertad que con ello se pretenda; en correspondencia, la posible culpa concurrente puede ser mayor o menor. Esta clase de supuestos de hecho graduables sólo pueden tenerse en cuenta adecuadamente en la medición de la pena, igualmente graduable⁴⁶. Pretender en este ámbito que a partir de un determinado punto lo cuantitativo se transmute en cualitativo, estableciendo una completa impunidad del autor (o una exclusiva responsabilidad de la víctima) sólo sería viable por medio de un corte decisionista, que necesariamente implicaría cierta carga de arbitrariedad.

3.4 La problemática material de las posiciones victimodogmáticas

La opinión aquí defendida, que se corresponde en lo esencial con la opinión mayoritaria en la doctrina científica⁴⁷ y en la jurisprudencia⁴⁸, no queda cuestionada o incluso refutada por los argumentos de la victimodogmática.

⁴⁵ Esto lo concede materialmente también la propia HÖRNLE, *GA* 2009, pp. 626 y ss., quien no considera que sea convincente (633 y s.) llegar mediante ponderación a la impunidad del autor con base en soluciones victimodogmáticas (pp. 634 y s.); EADEM, en: VON HIRSCH *et al.* (n. 43), pp. 36, 43.

⁴⁶ Así también HÖRNLE, en: VON HIRSCH *et al.* (n. 43), pp. 36, 42.

⁴⁷ *Cfr.* por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *at.*, p. 254; MüKo-StGB/FREUND, comentario previo a los §§ 13 y ss. n. 426 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/EISELE, comentario previo al § 13 n. 70b, respectivamente, con ulteriores referencias; exhaustivamente HILLENKAMP (n. 1), pp. 21 y ss., 33 y ss., 63 y ss., 211 y ss.

⁴⁸ *Cfr.* especialmente BGH *NSiZ* 2003, 313 y s. con nota de BECKEMPER/WEGNER, pp. 315 y s. y comentario de IDLER, *JuS* 2004, pp. 1037, 1039 y s.

Estos argumentos se basan en intuiciones fallidas y no llegan a alcanzar la verdadera problemática. Por lo demás, una amplia puesta en marcha de las soluciones victimodogmáticas generaría el riesgo de cambios sociales que nadie puede seriamente desear o siquiera asumir.

3.4.1 INTUICIONES FALLIDAS EN LA TRASPOSICIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE NECESIDAD

No resulta convincente el argumento principal de los representantes de la victimodogmática, según el cual la solución que proponen sería demandada por el principio jurídico-constitucional de que sólo resulta admisible una intervención necesaria. Lo que hay de correcto en este argumento es, ciertamente, el punto de partida: el Estado no debe recurrir a intervenciones de mayor peso cuando el estado que con ello se pretende alcanzar también podría lograrse con medios menos graves. Ahora bien, los representantes de las tesis victimodogmáticas se olvidan en sus argumentaciones de uno de los elementos centrales de este principio: todo esto sólo rige cuando el medio menos lesivo o la estrategia menos invasiva (aquí, para el autor) garantice el mismo estado que el medio más lesivo⁴⁹. Si referimos este punto a la problemática que aquí interesa, la situación debería ser que el estado de los bienes que se protegen por medio de los tipos penales en cuestión fuera de la misma seguridad en caso de impunidad del autor en los supuestos de autoprotección factible de la víctima que la que existiría si el autor sufriera pena en esos casos. Esta comparación no debería hacerse, además, respecto del caso concreto⁵⁰. Puesto que se trata de concepciones que conducen, si se dan ciertas condiciones, de manera uniforme a la impunidad o a mantener la punición, la comparación debería referirse a estas construcciones susceptibles de generalización en competición. Y no hay siquiera indicios de prueba de que en tal comparación la solución victimodogmática de la impunidad pudiera garantizar el mismo nivel de seguridad de los bienes que la concepción hasta ahora practicada, que mantiene la punición del autor, aunque la víctima haya omitido una autoprotección posible y exigible. Más aún: hay experiencias criminológicas y de estadística criminal que precisamente abogan de modo muy intenso contra tal suposición. Para reconocer

⁴⁹ Cfr. al respecto sólo BVerfGE 79, 179, 198; 81, 70, 91; 102, 197, 217; JARASS/PIEROTH, *GG*, Art. 20 n. 119. Es además un presupuesto que el instrumento menos grave no suponga un gravamen superior para terceros y el interés colectivo (BVerfGE 167, 259; JARASS/PIEROTH *loc. cit.*).

⁵⁰ Sin embargo, la mayoría de los defensores de la victimodogmática se contentan con que sea la víctima concreta la que podría haber evitado la lesión mediante la autoprotección exigible.

que esto es así bastará tener presente el incremento de la criminalidad en determinadas áreas, en las que las tasas de resolución de los casos por parte de los órganos de persecución penal son modestas, como sucede, por ejemplo, en determinados sectores de los delitos contra la propiedad y el patrimonio y de la criminalidad sexual. Si en estos casos los déficits existentes en la resolución y persecución conducen a considerables incrementos en la comisión de delitos, a pesar de que las acciones correspondientes no son, en absoluto, impunes, cabe imaginar cuál sería la situación de la seguridad de bienes que aún están formalmente bajo protección jurídico-penal, si los autores de tales infracciones obtuvieran una garantía de impunidad en caso de cierta desidia de la víctima.

Las objeciones esbozadas pierden peso, desde luego, en la medida en que haya posiciones victimodogmáticas que no promueven una completa impunidad en caso de que la víctima no haya llevado a cabo la autoprotección, sino que sólo quieren excluir la pena correspondiente al delito consumado (penando sólo por tentativa)⁵¹. Sin embargo, permanece la objeción antes mencionada: ¿es realmente adecuado prescindir por completo de la imputación de un resultado, sólo porque la víctima también tiene cierta culpa en la producción del mismo?

3.4.2 DESEQUILIBRIOS EN LA DISTRIBUCIÓN DE LIBERTAD Y CARGAS EN LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE AUTOR Y VÍCTIMA

La argumentación de las posiciones victimodogmáticas no sólo sufre por el hecho de que es, con mucho, demasiado superficial desde la perspectiva del principio de necesidad, de modo que no está en condiciones de probar lo que pretende demostrar. También omite un análisis suficientemente decidido y diferenciado de la cuestión de si realmente es una solución *adecuada* la de conceder impunidad absoluta al autor en caso de concurrir posibilidades de autoprotección de la víctima (o, al menos, no gravarle en absoluto con las consecuencias producidas en el ámbito de la víctima)⁵². Desde la perspectiva de las tareas fundamentales del Estado, en primer lugar, hay que formular dudas sobre la adecuación de tal negación de la protección jurídico-penal, pues forma parte de los cometidos centrales del Estado, desde siempre, el de proteger a sus ciudadanos frente a amenazas o lesiones graves de sus bienes. La prohibición de éstas, el refuerzo de la prohibición mediante amenaza de pena

⁵¹ Cfr. por ejemplo, AMELUNG, *GA* 1977, pp. 1, 6 y s.; HASSEMER (n. 29), p. 167.

⁵² También hay dudas sobre este extremo en autores que tienen simpatías a esta concepción, como es el caso de HÖRNLE, *GA* 2009, pp. 626, 634 y s.

y la confirmación de la vigencia e incolumidad de la prohibición mediante la imposición de la pena se consideran desde hace mucho tiempo medios adecuados para la garantía de tal protección. No resulta para nada evidente que, partiendo de esta situación, la negación de la protección mediante la renuncia a imponer la pena (o al menos la pena por el delito consumado) y la remisión a la víctima a que tenía la posibilidad de protegerse a sí misma sea una solución adecuada; por el contrario, está muy necesitada de fundamentación.

Los representantes de las posiciones victimodogmáticas desde luego que son conscientes de la necesidad de tal fundamentación⁵³. Para ella se remiten a la protección de las libertades del autor que su posición hace posible. En los casos en los que sería posible hacer uso de las opciones de autoprotección posibles y exigibles de la víctima (por ejemplo, mediante la omisión de determinadas acciones, o como consecuencia de determinadas averiguaciones, etc.), de modo que ni siquiera se habrían producido determinadas infracciones o lesiones en sus bienes, no sería necesario incidir en las libertades del autor. Pero por muy cierto que esto sea, también es cierto lo siguiente: tampoco habría que afectar a las libertades del autor si hubiera hecho lo que de todos modos jurídicamente se espera de él: respetar las prohibiciones existentes y omitir el ataque a los bienes y derechos de otras personas. De este modo, al mismo tiempo queda claro el núcleo del problema, que se halla en la cuestión de a quién es posible exigir que soporte a través de una determinada conducta los costes del respeto de las libertades de aquel sujeto que, conforme al punto de vista tradicional, habría que penar: al autor, al que le incumbe en realidad el mantenimiento de sus derechos, que sólo deberá hacer para ello lo que de todos modos el ordenamiento jurídico le exige, o a la víctima, a la que en realidad no le competen el autor y sus libertades, que para evitar la génesis de un delito del autor debería renunciar a parte de su libertad de acción o tomar determinadas medidas⁵⁴. Si definimos claramente este trasfondo de la problemática que nos interesa, debería estar claro quién es el que en la relación jurídica debe ocuparse de que no haya intervención en la libertad del autor a causa de la vulneración de prohibiciones o mandatos: el propio autor, que no debe hacer nada más que respetar los derechos de los demás⁵⁵. Obligar a la víctima (que nada tiene que ver con ello) a evitar la comisión de un ilícito penal por parte del autor, y la incidencia en su libertad que ello comporta, al retirarle la protección del ordenamiento jurídico-penal, en caso de posibilidades de autotutela,

⁵³ Cfr. por ejemplo, HASSEMER (n. 29), pp. 18 y ss., 22 y ss.; SCHÜNEMANN, *ZStW* 90, 1978, pp. 11, 40 y s., 54 y ss.; IDEM, *NSiZ* 1986, pp. 439 y s.; IDEM, en: VON HIRSCH *et al.* (n. 33), pp. 18, 21 y s., 31 y s.

⁵⁴ En esta línea también ROXIN/GRECO, *ATI*, § 14 n. 21.

⁵⁵ Coinciden ROXIN/GRECO, *ATI*, § 14 n.m. 21.

liberando de pena al autor, es un privilegio obviamente unilateral para el infractor del ordenamiento jurídico. Con ello, constituye una distribución injusta de libertad⁵⁶, y, con ello, en última instancia una renuncia concluyente a imponer un ordenamiento jurídico que se considera correcto.

Aún más insoportables resultan las consecuencias del punto de partida victimodogmático si se tiene en cuenta que no sólo afecta a las personas que sufren la comisión de un delito que hubiera podido ser evitado mediante autoprotección (esto es, renunciando a determinadas alternativas de conducta, o mediante investigaciones ulteriores, etc.). Este punto de partida tiene importantes repercusiones remotas. Afectaría también a supuestos de hecho en los que en última instancia no se llegaría a cometer el delito, pero en los que concurrirían indicios de que pudiera realizarse una conducta constitutiva de tal infracción. Puesto que, en este ámbito, ya no se podría apostar porque el otro fuera a abstenerse de realizar un comportamiento definido como delito por las consecuencias que para él podría tener, sino que, al contrario, el comportamiento ya no le supondría ningún riesgo, en tales casos sería frecuente que se renunciara (por seguridad) a opciones de conducta que se llevarían a cabo si pudiera confiarse en el efecto disuasorio de un Derecho penal mantenido en vigor⁵⁷. Por lo demás, estos efectos remotos de la aproximación victimodogmática no sólo afectarían a la víctima potencial, sino también a aquellas personas frente a las cuales se cortan los contactos por seguridad cuando concurren los presupuestos de la autoprotección jurídicamente esperada; y ello, por mucho que no tuvieran en mente la comisión de un delito. Es obvio que estos efectos remotos de una concepción que pretende proteger al autor en caso de que concurren posibilidades de autoprotección en la víctima están muy lejos de una distribución adecuada de libertad.

3.4.3 EFECTOS REMOTOS INACEPTABLES DESDE LA PERSPECTIVA POLÍTICO-SOCIAL

Sin embargo, no sólo son la evidente unilateralidad de la distribución de libertad, el privilegio del autor y la retirada de protección a la víctima, a la que el conflicto no le compete en primera línea los argumentos que hablan contra

⁵⁶ Esta es probablemente la argumentación material también de HILLENKAMP (n. 1), pp. 195 y s. *Vid.* también BVerfGE 113, 167, 259, que subraya con razón, en relación con el principio de necesidad, que el instrumento de intervención menos lesivo (en este caso, la actuación en contra del autor) no debe suponer un gravamen superior para terceros y el interés colectivo.

⁵⁷ *Vid.* también HÖRNLE, en: VON HIRSCH *et al.* (n. 43), pp. 36, 46: que se renuncie a la autoprotección cuando hay confianza estabilizada por el Derecho penal también puede contribuir a que se realicen oportunidades favorables.

la perspectiva victimodogmática. Una implementación amplia del principio comporta el peligro también de grandes cambios sociales. Con una situación en la que, con base en las vagas y diferentes fórmulas de las posiciones victimodogmáticas, existiera una llamada a la autoprotección, se acabaría la posibilidad de confiar en que el otro no cometa lo que en la comunidad se define como delito ya por propio interés, para evitar las consecuencias penales que ello implicaría. Puesto que sólo cabría contar con la puesta en marcha de consecuencias penales en muy determinadas circunstancias, esto es, cuando se hubiera hecho uso de las posibilidades de autoprotección, pero éstas hubieran sido «enervadas», sería necesario tomar tales medidas de autoprotección. En vez de confianza, lo demandado sería la desconfianza; bien porque existiría la expectativa jurídica de que se comprobase la conducta del otro en los casos relevantes (especialmente, al haber interés propio en un negocio o en mantener una relación), bien porque, cuando ello no fuera posible, o no hubiera especial interés en determinados proyectos o relaciones, se produciría la retirada, el cese en éstos.

Fueran como fueran estas reacciones frente a una protección jurídica ya inexistente, o limitada, en todo caso, conducirían a un cambio en el clima social en su conjunto tal y como lo hemos conocido hasta ahora. El riesgo que algunos autores describen de que nos deslizáramos hacia una sociedad de la desconfianza⁵⁸ no son en absoluto irreales. También por esta razón, las posiciones victimodogmáticas que apuntan a la retirada de la protección jurídico-penal en caso de concurrir posibilidades de autoprotección de la víctima deben rechazarse decididamente. Sólo un ordenamiento jurídico-penal que hace posible confiar en que el otro, en cuanto persona racional, se comportará conforme a Derecho, y que va más allá de la nuda función de protección de bienes mediante la creación de esa confianza, es un ordenamiento jurídico que hace justicia a la imagen del ser humano de nuestra Constitución.

4. LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA QUE PODRÍA COMPLETAR EL COMPORTAMIENTO DE TERCEROS HACIA LA PUNIBILIDAD. SOBRE EL TRASFONDO NORMATIVO DE LA «AUTOPUESTA EN PELIGRO» IMPUNE

Finalmente, abramos un tercer capítulo en el que la víctima juega un importante papel dogmático y en el que una consideración más precisa de la

⁵⁸ Cfr. por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 254; ROXIN/GRECO, *AT I*, § 14 n. 21; materialmente también HÖRNLE en: VON HIRSCH *et al.* (n. 43), pp. 36, 46 y s. y exhaustivamente HILLENKAMP (n. 1), pp. 206 y ss.

perspectiva de la víctima puede ser de provecho para la dogmática jurídico-penal. Se trata de un campo de problemas que fue descubierto casi al mismo tiempo que la victimodogmática, y que fue trabajado intensamente por verdaderas bandadas de científicos durante los años setenta y ochenta del siglo XX: el campo problemático de la llamada imputación objetiva (del resultado). También en esta parte del campo, la víctima juega un destacado papel.

4.1 Constelaciones de casos, su solución original, el tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia más reciente

Se trata de aquellos supuestos en los que una persona, que entra en consideración como autora, deja a otra, la posterior víctima, objetos de la más diversa índole, generándose mediante una acción de la víctima con relación al objeto un resultado típico (por ejemplo, una lesión o la muerte), pudiendo suceder que la consecuencia típica haya sido producida por parte de la víctima tanto de forma imprudente como dolosa⁵⁹. El círculo de los objetos que se ceden en estos supuestos (o simplemente se abandonan) es grande —abarca desde armas blancas, pesticidas y sustancias de limpieza, pasando por vehículos a motor o herramientas eléctricas hasta llegar a las drogas, mediante cuyo consumo se produce la muerte de la víctima. La característica común de todos estos supuestos de hecho está en que la conducta de la víctima podría convertir el comportamiento de terceros, los que hacen posible la conducta de la víctima, en un delito.

Se alcanzaría tal conclusión, en efecto, si para la construcción del delito sólo se tuvieran en cuenta los requisitos de la acción del autor y la causalidad de su conducta respecto del resultado típico finalmente producido. En efecto, estos presupuestos quedarían satisfechos: el comportamiento de ceder el objeto fue condición necesaria del resultado típico, y existe una conexión entre ambos conforme a las leyes de la naturaleza. Incluso aunque quisiéramos partir del estándar de la teoría de la adecuación, no cambiaría mucho la conclusión, pues en una serie de casos en los que un comportamiento descuidado de la víctima no es para nada atípico, se trataría de eventos previsibles conforme a la experiencia vital general. Sobre la base de tal concepción, la jurisprudencia resolvió en repetidas ocasiones, especialmente en los casos de cesión de

⁵⁹ Vid. al respecto, con ulteriores referencias, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 148 y ss.; IDEM, *NSiZ* 1992, pp. 1 y ss. y 62 y ss.; IDEM, *JuS* 2011, pp. 116, 119 y s.

drogas o jeringuillas, con ocasión de cuyo consumo o uso se produjeron consecuencias mortales para algunos consumidores⁶⁰.

Esta jurisprudencia fue llegando a su final cuando se le reprochó por parte de la doctrina científica que no basta para afirmar la concurrencia de un delito consumado (de homicidio) con que el (supuesto) autor haya causado el resultado típico (por ejemplo, la muerte de la víctima), sino que para ello también es necesario que concurra la imputación objetiva del resultado⁶¹. De acuerdo con esta opinión, esta falta cuando la víctima, plenamente responsable, ha producido la muerte (u otro resultado típico) ella misma; en realidad, se argumenta, aquí estamos ante una autopuesta en peligro autorresponsable que excluye la imputación objetiva del resultado al autor. La corrección de esta conclusión se subrayaba, además, por muchos autores mediante la argumentación de que el suicidio, la autolesión o la autopuesta en peligro de la víctima es impune y atípica; partiendo de aquí, según este grupo de autores, también habría que excluir la conducta de hacer posible la autolesión o la autopuesta en peligro de una persona como posible conducta punible⁶².

Finalmente, fue esta última argumentación la que asumió en el año 1984 también el BGH, absolviendo de la acusación de homicidio imprudente a quien había facilitado el consumo mediante inyección intravenosa de una droga peligrosa a otro cediéndole una jeringuilla, y produciéndose la muerte del consumidor⁶³. Más adelante, esta jurisprudencia se ha trasladado a otras constelaciones de casos, especialmente, a la cesión de la droga misma⁶⁴. Hoy este tratamiento de los casos en cuestión es opinión completamente dominante.

4.2 Fundamentaciones insuficientes e incompletas y restricciones de la perspectiva de la víctima

Si sometemos a estas fundamentaciones a un análisis más detenido, en primer lugar, ha de excluirse el argumento de que quien cede la cosa o sustancia ha de permanecer impune porque su comportamiento significaría el *fomen-*

⁶⁰ Cfr. por ejemplo, BGH en HOLTZ MDR 1980, 984, 985; BGH JR 1979, 429 con comentario crítico de HIRSCH; BGH NStZ 1981, 350.

⁶¹ Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN, NStZ 1982, pp. 60 y ss.; vid. también HIRSCH, JR 1979, pp. 429, 430 y s.

⁶² En este sentido ya RUDOLPHI, JuS 1969, pp. 549, 556 y s.; SK-StGB/RUDOLPHI, 2.ª edición 1977, comentario previo al § 1 n. 79; SCHÜNEMANN, JA 1975, pp. 715, 721.

⁶³ BGHSt 32, 265, 264 con nota de ROXIN, NStZ 1984, p. 410 y comentario de STREE, JuS 1985, pp. 179 y ss.

⁶⁴ Cfr. por ejemplo, BGH NStZ 1984, 452; 1985, 25 y 319 y s.; 1986, 266; 2016, 406, 407.

to de una autopuesta en peligro, que no podría ser considerada punible porque incluso el fomento del suicidio no está penado. Este argumento carece de fuerza internacional, ya que hay Estados en los que el auxilio al suicidio desde luego constituye un tipo penal; y también es insuficiente en el plano nacional, ya que solo excluye la participación punible, pero no la condición de autoría propia de quien cede la cosa⁶⁵. Tal exclusión sólo tiene lugar mediante el argumento de la falta de imputación del resultado; pues sin resultado imputable, no cabe autoría, al menos en el delito imprudente. En consecuencia, materialmente se argumenta desde una categoría orientada con base en el autor –la no imputación del resultado *al autor*–; y que esta categoría no está cumplida se determina a través de una característica de la víctima que actúa (su plena responsabilidad), que a su vez tiene como presupuesto que concurran determinadas capacidades en la víctima.

La conclusión alcanzada mediante esta argumentación parece ser intuitivamente satisfactoria; sin embargo, la fundamentación contiene lagunas. En el fondo, se agota en identificar un concepto prestado de la filosofía, cuyos presupuestos, se afirma, no concurren respecto del autor cuando la víctima es una persona plenamente responsable. No se explicita por qué razón exacta esto es así; del mismo modo, se deja a la capacidad de asociación del lector por qué de la plena responsabilidad de la víctima ha de derivar la autorresponsabilidad de la misma respecto del resultado que ha sufrido, y la falta de responsabilidad del autor, que también es plenamente responsable⁶⁶. También es extraño en esta fundamentación que en ella están prácticamente ausentes determinados elementos típicamente jurídicos: no se habla ni de normas, ni de que posiblemente no haya una infracción de norma alguna. El hecho de que no se aborde esta cuestión es tanto más lamentable en cuanto, desde este lado, posiblemente también se podría explicar bien la imposibilidad de imputar el resultado como injusto. Al no abordar las normas (dirigidas al autor) y de la relación jurídica fundacional entre «autor» y «víctima» se suma también una restricción en la consideración de la víctima: esta sólo se aprehende en cuanto a su responsabilidad, que en realidad sólo sería relevante para la cuestión de la *culpabilidad*, y no desde la perspectiva de la voluntad de las personas constitutivas de la relación jurídica, decisiva para el establecimiento de la norma entre sujetos racionales. Con esta aprehensión incompleta de la perspectiva de

⁶⁵ Vid. al respecto ya FRISCH (n. 59), pp. 2 y ss.; adoptan una posición crítica también MENRATH (n. 16), pp. 26 y ss.; MURMANN (n. 1), pp. 320 y ss.; IDEM, *FS Puppe*, 2011, pp. 767, 770 y s. con ulteriores referencias.

⁶⁶ Por ello, tiene razón GIMBERNAT ORDEIG, *FS Wolter*, 2013, pp. 389, 393 y ss., con su posición crítica.

la víctima quedan sin descubrir de nuevo elementos decisivos de una fundamentación convincente de la impunidad de quien cede la cosa en las constelaciones de casos que aquí nos interesan.

4.3 **Los fundamentos decisivos: la relación jurídica entre víctimas potenciales y autores y la voluntad de las víctimas potenciales**

Los elementos de fundamentación que hemos echado en falta pasan a ser visibles si se eliminan esas restricciones y se eliminan los déficits de la perspectiva adoptada. El punto de partida para ello ha de estar en la consideración de la relación jurídica que existe entre autor y víctima⁶⁷.

El contenido de esa relación jurídica, especialmente, los derechos y deberes que en esta existen, se constituye mediante la voluntad de las personas que participan en tal relación jurídica. En la medida en que se trata de los contenidos normativos con vigencia general en esa relación jurídica, esto es, los derechos y deberes existentes susceptibles de generalización, no interesan, desde luego, el «autor» o la «víctima» concretos, sino aquello que desean personas en Derecho racionales en determinadas situaciones. Para ello, la cuestión ha de concentrarse en la situación concreta que es de interés, esto es, la acción posiblemente relevante por parte del (presunto) autor, y las consecuencias que puede llegar a generar y constituyen un resultado en el sentido del tipo en cuestión. Entonces, se trata de la cuestión de si personas racionales tienen la voluntad de que tales acciones se omitan, teniendo en cuenta las posibles consecuencias, quedando entonces prohibidas, o si, por el contrario, no desean una prohibición general, por ejemplo, porque parten de que existe la posibilidad de protegerse a sí mismas frente a tales desarrollos, siempre que se posean determinadas capacidades, y que tal protección propia es exigible. Si sostienen la opinión que esta última es la configuración más racional de la relación jurídica, limitarán la protección a aquellos supuestos en los que las consecuencias adversas amenazan a personas que no están en condiciones de llevar a cabo esa autoprotección.

Si aplicamos este criterio a las conductas que aquí hemos de enjuiciar, esto es, a la cesión de los objetos antes mencionados, se ve pronto con clari-

⁶⁷ Vid. respecto de este punto de partida KÖHLER, *Strafrecht AT*, 1997, pp. 12 y ss.; MURMANN (n. 1), pp. 333 y ss. y 199 y ss.; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 130 y ss., 165 y ss.; IDEM, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, pp. 2 y s. y *passim*; también IDEM, GA 2014, pp. 73, 89 y s.; vid. también ya FRISCH (n. 59), pp. 156 y ss. e IDEM en: Wolter/Freund (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, pp. 135, 145 y ss.

dad que las personas racionales no tienen la voluntad de que se proclamen prohibiciones generales de la cesión de tales objetos por razón de las consecuencias lesivas que su utilización puede producir en el receptor. Esto rige, en todo caso, respecto de todos los desarrollos y consecuencias lesivas frente a los cuales personas racionales pueden protegerse sin más a sí mismas. Una protección frente a tales decursos de hechos mediante prohibiciones generales no se desea ya por la simple razón de que de este modo (esto es, mediante la prohibición de la cesión de las cosas antes mencionadas, por ejemplo, en la actividad doméstica, etc.) se privarían a sí mismas de la base para múltiples posibilidades de desarrollo⁶⁸. Puesto que depende de su propio comportamiento evitable que se produzca una afectación de sus bienes, las modalidades de conducta que no pasan de generar esa posibilidad de terceros no se conciben como amenazas para la libertad o para los bienes (que debieran ser prohibidas), sino, al contrario, como ampliación de la libertad de aquel al que se ceden estos objetos, etc.⁶⁹ En interés del mantenimiento de sus propias opciones de desarrollo, las personas racionales que podrían convertirse en víctimas prefieren que las correspondientes acciones (de quienes ceden los objetos) sigan siendo objeto de la libertad de acción y no se prohíban. Por el contrario, conforme a la voluntad de las personas racionales que dotan de contenido a la relación jurídica, las prohibiciones quedan limitadas a ciertos supuestos de hecho, más restringidos⁷⁰. Estos se refieren, por ejemplo, a la entrega o la distribución de objetos cuyo uso implica riesgos que no son fácilmente reconocibles y respecto de los cuales no se ofrecen explicaciones que hagan posible la autoprotección⁷¹. Sobre todo, se corresponde con la voluntad de personas racionales, que configuran la relación jurídica, que se siga protegiendo mediante prohibiciones (de cesión de cosas que no pueden manejar sin generar riesgos) a las personas que no son capaces de protegerse a sí mismas⁷².

⁶⁸ Vid. al respecto ya FRISCH (n. 59), pp. 152 y s., 156 y ss., 182 y s.; MURMANN (n. 1), pp. 397 y ss.; MüKo-StGB/FREUND, comentario previo a los §§ 13 n.m. 419; también EISELE, *FS Kühl*, 2014, pp. 159, 163 y s.

⁶⁹ Así acertadamente MENRATH (n. 16) pp. 42 y s.; MURMANN (n. 1), p. 330; ZACZYK *Selbstverantwortung* (n. 67), pp. 30 y s., 33 y ss.

⁷⁰ Así también ZACZYK, *Selbstverantwortung* (n. 67), p. 56 (respecto de las infracciones de deber de personas ajenas).

⁷¹ Vid. al respecto FRISCH (n. 59), pp. 199 y ss.; FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 205 y ss., 210 y ss., 214 y ss.

⁷² Al respecto FRISCH (n. 59), pp. 154 y s., 162 y ss., 168 y ss.; ZACZYK, *Selbstverantwortung* (n. 67), pp. 48 y s.

4.4 Respuestas a las cuestiones que siguen estando abiertas en la fundamentación de la teoría de la imputación

Ante el trasfondo de las reflexiones acabadas de esbozar también se hacen visibles los elementos de fundamentación que están ausentes en las argumentaciones de la teoría de la imputación objetiva antes sometidas a crítica.

Es este el caso, en primer lugar, de la falta de un puente (de conexión) de la plena responsabilidad hacia la autorresponsabilidad de la persona responsable del resultado producido. Esta autorresponsabilidad deriva de que las personas racionales no desean para sí mismas, esto es, para personas plenamente responsables, en interés del mantenimiento de su libertad de acción, una protección mediante prohibiciones en la medida en que se trate de evitar cursos de los acontecimientos frente a los cuales se pueden proteger (de modo exigible) por sí mismas. En la medida en que tales prohibiciones no son deseadas, las personas plenamente responsables deben protegerse a sí mismas frente a los cursos potencialmente lesivos, y esta protección les incumbe a ellas mismas, y son responsables tanto de esa protección como, en consecuencia, de las autopuestas en peligro que se produzcan a raíz de la omisión de medidas de protección.

También queda en claro qué es lo que realmente falta en las constelaciones de casos que aquí interesan, en los que no se imputa el resultado al autor, si partimos de las relaciones jurídicas: está ya ausente la infracción de una norma de conducta, la vulneración de una norma prohibitiva⁷³. La falta de imputación del resultado a la que se refiere la teoría de la imputación es un fenómeno secundario (descrito además de modo impreciso). Como es natural, un resultado producido no puede ser considerado un resultado injusto (o imputado como tal) si ya está ausente la infracción de una norma de conducta cuya consecuencia podría ser precisamente ese resultado⁷⁴. Es en este ámbito en el que hay que buscar la razón por la que el resultado producido es imputado al autor como injusto cuando el resultado ha sido mediado por la conducta de una persona que

⁷³ En esta línea también MüKo-StGB/FREUND, comentario previo al § 13 n.m. 419; IDEM, *Erfolgsdelikt* (n. 71), pp. 199 y ss.; MENRATH (n. 16), pp. 66 y s., 90 (no hay riesgo desaprobado); MURMANN (n. 1), pp. 397 y ss. La situación es distinta, por supuesto, en la medida en que no se trate de aquel bien respecto del que resulta competente el propio receptor y respecto del cual le incumben obligaciones, sino, al mismo tiempo, de otro bien, para cuyo mantenimiento parezca adecuado formular exigencias de comportamiento para quienes participan en la constitución de la relación jurídica (por ejemplo, un bien colectivo –esto puede ser relevante en casos relacionados con drogas en los que se infrinjan los preceptos de la Ley de estupefacientes–).

⁷⁴ Vid. ya FRISCH (n. 59), pp. 7 y s., 26 y s., 31 y s., 33 y ss.; IDEM, *FS Roxin*, 2001, pp. 213, 231; IDEM, *GA* 2018, pp. 553, 561 y ss. (con referencias de numerosos autores que aprueban esta posición en pp. 562); FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht AT*, 3.^a edición, 2019, § 2 n.m. 55 y ss., 82 y ss.

no es plenamente responsable (o deriva de la realización de un riesgo no cognoscible): para la protección de tales personas o ante tales peligros, también las personas racionales, esto es, las que constituyen la relación jurídica, desean prohibiciones que infringirá el autor que no las respete, siendo posible imputarle el resultado producido como consecuencia de la vulneración de la norma.

5. AUTOPUESTA EN PELIGRO Y HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA, ESPECIALMENTE EN EL CASO DE ACTIVIDADES CONJUNTAS PELIGROSAS

5.1 Heteropuestas en peligro consentidas. Líneas básicas

Las consideraciones hasta ahora expuestas respecto de la relación jurídica entre autor y víctima no sólo explican cuál es el elemento que realmente está ausente en los casos de la llamada autopuesta en peligro, y cuál es la razón que cabe encontrar en la teoría de las normas para que no se impute el resultado (como injusto) al autor. También permiten aclarar respecto de la clasificación de algunas constelaciones de casos controvertidas en la zona limítrofe entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro⁷⁵. Como es sabido, se habla de esta última cuando la acción que genera el riesgo para la víctima es llevada a cabo exclusivamente por el tercero, pero con el acuerdo, con frecuencia, incluso a solicitud de la víctima. En principio, los casos de estas características se tratan conforme a las reglas del consentimiento, que en muchos casos genera un efecto de justificación; esto cambia sólo si la acción generadora del riesgo del tercero implica para la víctima un riesgo concreto para la vida y no concurren razones inteligibles para llevarla a cabo⁷⁶.

5.2 El controvertido tratamiento de las acciones que causan lesiones en caso de actividades conjuntas peligrosas

Es controvertida la cuestión de cuál es el alcance del régimen del consentimiento. Sobre todo, se discute sobre el adecuado tratamiento de aquellos

⁷⁵ Vid. al respecto últimamente JETZER, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht*, 2015; LOTZ, *Die einverständliche, beidseitig bewusste Fremdschädigung*, 2017; MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, 2013 y ROXIN, *GA* 2018, pp. 250 y ss.; vid. bibliografía menos reciente en MüKo-StGB/FREUND, comentario previo al § 13 n. 421, y CANCIO MELIÁ, *ZStW* 111, 1999, pp. 357, 359 n. 12.

⁷⁶ Vid. *supra* II. 3. (texto correspondiente a n. 17 y 18).

casos en los que la víctima no sólo tolera, con su acuerdo, una única acción del tercero que la pone en peligro, sino cuando su comportamiento es parte de un suceso global que podría comprenderse como un emprendimiento conjunto del tercero y de la víctima. Pueden servir de ejemplo los casos, que han ocupado últimamente a los tribunales en los que dos conductores (A y B) organizan en una vía pública una competición en la que, al intentar A un adelantamiento (y hacerlo también B) se produce un accidente que tiene como consecuencia la muerte del copiloto de A, estando este de acuerdo con la carrera, y habiendo participado en el suceso con acciones de aprobación (incitar a A, grabar la carrera). ¿Estamos aquí ante un caso de autopuesta en peligro del copiloto o de un caso de heteropuesta en peligro, a tratar conforme a las reglas del consentimiento⁷⁷?

En una sentencia relativamente reciente, el BGH⁷⁸ ha afirmado respecto de un supuesto de estas características que concurre una heteropuesta en peligro consentida, negando que se trate de una mera autopuesta en peligro del copiloto. De acuerdo con su opinión, resulta decisivo que el conductor (más allá de la causación del resultado mortal) tenía «el dominio sobre lo que acontecía en el momento inmediatamente anterior y durante el proceso del adelantamiento»: tomó la decisión de adelantar y la ejecutó, determinando la velocidad y el movimiento de la dirección del vehículo. El copiloto, en opinión del tribunal, tan sólo quedaba expuesto a los efectos del comportamiento en la conducción de A, participando meramente con «un comportamiento de relevancia secundaria». Si bien se discute la opción de justificar el comportamiento de A con base en el consentimiento del copiloto, el tribunal rechaza la concurrencia de un consentimiento justificante porque la fuerza de justificación del consentimiento debe terminar allí donde el comportamiento del autor implica un riesgo concreto de muerte para la persona que consiente.

Frente a esto, algunos segmentos de la bibliografía sostienen que concurre una autopuesta en peligro de la persona lesionada o que resulta muerta, de

⁷⁷ Otros casos que se discuten en este contexto son, por ejemplo, el conocido caso del barquero del río Memel (RGSt 57, 172 y ss.), el caso del surf con un vehículo (OLG Düsseldorf *NSiZ-RR* 1997, 325), las relaciones sexuales de una persona infectada con VIH con una pareja que conoce la infección (BayObLG 1990, 131); *vid.* al respecto y sobre otros casos JÄGER, *FS Schünemann*, 2014, p. 421; MURMANN (n. 1), pp. 403 y ss.; OTTO, *Strafrecht AT*, 7.ª edición, 2004, § 6 n.m. 61 y s.; IDEM, *FS Tröndle*, 1989, pp. 157, 169 y ss.; ROXIN, *GA* 2018, pp. 250 y ss.; T. WALTER, *NSiZ* 2013, pp. 673 y ss. y exhaustivamente LOTZ (n. 75), pp. 72-153.

⁷⁸ *Vid.* BGHSt 53, 55, 62 y ss. con nota de DUTTGE, *NSiZ* 2009, pp. 690 y ss. y comentario de ROXIN, *JZ* 2009, pp. 399 y ss.; ulteriores referencias en JÄGER, *FS Schünemann*, 2014, pp. 421, 427; *vid.* también OLG Celle *StV* 2013 con comentarios de RENGIER, *StV* 2013, pp. 30 y ss. y MITSCH, *JuS* 2013, pp. 20 y ss., así como EISELE, *FS Kühl*, 2014, pp. 159 y ss.

modo que quien ha causado el resultado habría de resultar impune⁷⁹: «Si el punto de partida está en un emprendimiento conjunto (como, por ejemplo, una carrera de motocicletas o de automóviles) de dos personas que genera un peligro», cabría «deducir... que cada uno de los intervinientes ha de soportar por sí mismas las consecuencias también en aquellos casos» en los que «la acción generadora del riesgo en última instancia» ha sido llevada a cabo por el otro». Más importante que esto sería el factor de «la organización autónoma»: «La libertad para emprender comportamientos arriesgados que se concede en las sociedades de libertades» comporta «como sinalagma la obligación... de asumir los daños correspondientes también en la relación con el socio en el riesgo»⁸⁰.

5.3 Primera valoración crítica. La cuestión omitida del orden normativo presupuesto en el tipo

Ha de concederse a la crítica al criterio, decisivo para la jurisprudencia, del «dominio sobre el acontecer directamente generador del riesgo» que este criterio parece problemático en varios sentidos⁸¹; en la fundamentación ofrecida en la jurisprudencia, no queda claro de qué ha de derivar la relevancia del criterio adoptado. Ahora bien, tampoco es que la fundamentación de la posición que quiere llegar a afirmar la concurrencia de una autopuesta en peligro autorresponsable, y con ello, la impunidad, sea muy sustancial y convincente en su decurso reflexivo. La referencia a la «organización autónoma» es vago y no diferencia de modo suficiente entre la autonomía meramente ejercida y aquella que es reconocida jurídicamente. Del mismo modo, la referencia a la «libertad para llevar a cabo emprendimientos generadores de riesgo que se

⁷⁹ Así, por ejemplo (algunos autores, ya antes de la sentencia del BGH a la que se hace referencia) CANCIO MELIÁ, *ZStW* 111, 1999, pp. 357, 359, 367, 376; EISELE, *FS Kühl*, 2014, pp. 159, 165; HELLMANN, *FS Roxin*, 2001, pp. 271, 282 y ss.; HÖRNLE, *GA* 2009, pp. 626, 633 y ss.; OTTO, *FS Tröndle*, pp. 157, 170 y ss.; TIMPE, *JR* 2014, pp. 52, 61; en principio, aunque estableciendo otras condiciones (como que la víctima haya urgido que se llevara a cabo la conducta, o que la contribución de la víctima deba considerarse de la misma relevancia), que en este caso no concurrían, en su opinión, también ROXIN, *JZ* 2009, pp. 399, 401; IDEM, *GA* 2012, pp. 655, 660 y s. y *GA* 2018, pp. 250 y ss.; en parte es similar la posición de LOTZ (n. 75), pp. 152, 263 y ss., 267 y ss.; además SCHÜNEMANN, *JA* 1975, pp. 715, 722; ulteriores referencias en JÄGER, *FS Schünemann*, pp. 421, 429 y s., y LOTZ (n. 75), pp. 245 y ss.

⁸⁰ Así, por ejemplo, HÖRNLE, *GA* 2009, pp. 626, 634 asumiendo la posición de CANCIO MELIÁ, *ZStW* 111, 1999, pp. 357, 373, 376.

⁸¹ Adoptan una posición crítica, por ejemplo, MURMANN, *FS Puppe*, 2011, pp. 767, 771 y s.; IDEM (n. 1), pp. 319 y ss., 337 y ss.; ROXIN, *GA* 2018, pp. 250, 258, con ulteriores referencias; T. WALTER, *NStZ* 2013, pp. 673, 675; defiende el criterio jurisprudencial, sin embargo, JÄGER, *FS Schünemann*, pp. 421, 422 y s.

concede en sociedades de libertades» es demasiado inconcreta, y requeriría de una considerable precisión (desapareciendo rápidamente la fuerza probatoria de esta referencia cuando se lleva a cabo ese análisis; *vid.* al respecto *infra* 6.). Más allá de todo esto, es muy cuestionable la perspectiva desde la que se trata el problema: en Derecho penal, lo que importa no es en primera línea quién ha de cargar con las consecuencias de determinados emprendimientos peligrosos cuya realización se ha decidido conjuntamente cuando se producen en uno de los intervinientes (es esta una perspectiva que parece casi jurídico-civil). Por el contrario, la cuestión decisiva es, en primer lugar, si el comportamiento de una determinada persona (aquí, el de quien conduce el vehículo) infringe el orden normativo subyacente (y sólo entonces, si concurren los demás presupuestos de la pena estatal, de los que forman parte también los resultados imputables).

5.4 **La voluntad de víctimas potenciales en la relación jurídica general. Acciones peligrosas respecto de las cuales es necesaria, en principio, protección**

Si nos aproximamos a las constelaciones que aquí interesan desde esta perspectiva específicamente jurídico-penal, lo primero que queda claro es que el BGH tiene razón en cuanto a la conclusión que alcanza cuando toma como referencia la acción del conductor que se produce inmediatamente antes de la lesión⁸². La relevancia de este punto de vista deriva de lo que se reconocerían y exigirían recíprocamente las personas en Derecho racionales, y que ha encontrado su expresión también en la Constitución. Aquello frente a lo cual desean quedar preservadas las personas racionales que participan en la constitución de la relación jurídica (sin perjuicio del reconocimiento recíproco de derechos) son aquellas modalidades de conducta que implican un determinado riesgo para sus (de las potenciales víctimas) bienes: el peligro de que los sujetos afectados por el riesgo sólo puedan protegerse, si es que esto es posible, mediante medidas de defensa especiales. Las acciones de estas características, en principio, no deben formar parte de la libertad recíprocamente reconocida; pues en la relación jurídica debe incumbir, por una serie de razones racionales, a quien actúa ocuparse de que su actuar no conlleve peligros para los bienes de los demás, peligros de aquella clase a los que como agente racional uno no

⁸² Sin embargo, es problemático encuadrar el razonamiento en la cuestión del «dominio sobre el ulterior acontecer», pues *ese* dominio no lo tenía, en sentido estricto, el conductor; lo cierto es que en todo caso estaba sometida a su dominio la decisión sobre la maniobra de adelantamiento concretamente peligrosa; *vid.* JETZER (n. 75), p. 165; ROXIN, GA 2018, pp. 250, 258.

desea estar recíprocamente expuesto; y no es cierto que, como afectado, le competa a uno mismo conjurar tales peligros⁸³. En consecuencia, las acciones de esta clase deben considerarse una extralimitación de la libertad jurídicamente reconocida y prohibidas, a menos que quien resulta afectado por ellas está (de modo excepcional) de acuerdo (y tenga el poder jurídico de hacer permitido lo que en sí está prohibido)⁸⁴. Ello se corresponde con la Constitución, que en su art. 2 inc. 2.º GG reconoce la libertad de actuación, pero dispone que esta termina en los derechos de los demás. En consecuencia, en principio las acciones de esta clase deben considerarse vulneraciones de aquellas normas que protegen bienes jurídico-penalmente salvaguardados frente a determinadas afectaciones tipificadas. Y se trata precisamente de tales modalidades de conducta por parte del conductor del vehículo en las constelaciones de casos que aquí interesan (en este sentido, cabe decir que la jurisprudencia sí llega a conclusiones que recogen los elementos decisivos⁸⁵).

5.5 ¿La voluntad de los intervinientes como legalización correctora? Límites del derecho de autodeterminación reconocido

Ahora bien, que, en principio, tales modalidades de conducta pertenezcan al campo de lo prohibido sólo supone una conclusión provisional. También aquello que en realidad se halla prohibido en cierta medida está a disposición de quien queda protegido por la norma. La prohibición ha de considerarse derogada si en determinadas circunstancias ello resulta necesario para garantizar la libertad de autodeterminación de quienes, en principio, se encuentran protegidos por la prohibición, igualmente reconocida de modo recíproco y por la Constitución (este factor es tenido en cuenta por la fuerza justificante del consentimiento –*supra* II.2–).

⁸³ Coincide materialmente ZACZYK, *Selbstverantwortung* (n. 67), p. 31.

⁸⁴ Por ello tiene razón MURMANN, *FS Puppe*, 2011, pp. 767, 775, cuando plantea, como pregunta de comprobación para delimitar los supuestos sometidos al régimen de la autopuesta en peligro de aquellas otras modalidades de comportamiento del autor que sólo pueden legalizarse a través del consentimiento, la cuestión de si se trata de un comportamiento que está prohibido cuando el autor lo lleva a cabo contra la voluntad de la víctima (si se resuelve la cuestión afirmativamente, rigen las reglas del consentimiento); *vid.* al respecto también MENRATH (n. 16), p. 90.

⁸⁵ Apoyan la posición del BGH respecto de la aplicación de las reglas del consentimiento también GRÜNEWALD, *GA* 2012, pp. 364, 370; JÄGER, *FS Schünemann*, 2014, pp. 421, 427, 432 y ss.; JETZER (n. 75), pp. 135 y ss., 165 y s.; MENRATH (n. 16), pp. 108 y ss., 120 y ss., 205 y s.; MURMANN, *FS Puppe*, 2011, pp. 767, 773 y ss.; RENGIER, *Strafrecht BT II*, 21.ª edición, 2020, § 20 n. 19 y ss. con ulteriores referencias; T. WALTER, *NSiZ* 2013, pp. 673, 679.

Ahora bien, la libertad jurídicamente reconocida para sustraer de modo autónomo un comportamiento de terceros en sí aprehendido por la norma del campo de vigencia de la norma está limitada. Estos límites derivan de la Constitución, que pretende tener en cuenta con la limitación de principio de la libertad de autodeterminación y de actuación aquello que personas en Derecho racionales reconocen (desde el punto de vista de la Constitución) como tales límites. En particular, hay límites al respecto en cuanto al bien jurídico de la vida. Esta está sustraída a la disposición del individuo (a través del límite del «orden constitucional» y de las «buenas costumbres»), de acuerdo con la jurisprudencia y con la opinión dominante, no sólo en lo que se refiere a la legalización de acciones dolosas encaminadas a terminar con la vida por parte de terceros, sino que esta limitación también rige cuando se pretende legalizar, sin razón convincente, acciones que implican un concreto peligro para la vida⁸⁶.

En la medida en que se considere que esta delimitación es una concreción materialmente acertada del límite jurídico-constitucional de la libertad reconocida por el ordenamiento (*vid.*, sin embargo, *infra* 7), merece aprobación la solución de la jurisprudencia respecto de las constelaciones de casos que aquí interesan (y ello no sólo respecto de la afirmación de que concurre una infracción de la norma por parte del conductor del vehículo, cuyo comportamiento no es susceptible de ser cubierto por el consentimiento debido a que implica un concreto riesgo de muerte, sino también respecto de la imputación de las consecuencias. En efecto, la muerte del copiloto es una realización del riesgo implícito en la conducta del conductor) por mucho que el comportamiento del copiloto de lugar a una considerable «culpa concurrente».

5.6 **¿Eliminación de los problemas por el recurso a la idea de la autopuesta en peligro? Cuestiones abiertas, quiebras y reducciones de la problemática**

En caso de que sea correcto que no es posible justificar las acciones que generen un peligro concreto, y ello sea debido, en su fundamentación última, en una acertada determinación de los límites a la legalización de tales conductas desde la perspectiva jurídico-constitucional, ello, sin embargo, plantea también cuestiones respecto de la fundamentación de la impunidad de quien actúa a través de la idea de la autopuesta en peligro de la víctima. En tal caso,

⁸⁶ *Vid. supra* II.3 (texto correspondiente a las n. 17 y 18).

existe una urgente necesidad de explicar cómo aquello que no parece posible alcanzar a través del consentimiento ha de serlo mediante la idea de la autopuesta en peligro de la víctima. Los representantes de la perspectiva de la autopuesta en peligro parecen ver el especial potencial de su concepción en la idea de que con ella, se aprehende el comportamiento de la víctima como parte de un «emprendimiento conjunto arriesgado». Sin embargo, esto no es más que una descripción o valoración social aceptable de la conducta de la víctima. No queda claro, si no se aporta una ulterior explicación, cómo ha de derivar de esto una legalización de aquella conducta que, debido al peligro para personas racionales en Derecho que comporta, en sí es antinormativa. ¿O es que no es tal legalización lo que pretenden los representantes de la «concepción de la autopuesta en peligro»? ¿Cuál es, entonces, el misterioso camino por el que desaparece el comportamiento antinormativo de tal manera que puede prescindirse sin más de él para la ulterior valoración del caso?

No se halla una respuesta satisfactoria a esta pregunta entre los representantes de la idea de la autopuesta en peligro. Tal explicación, en particular, no se halla en la referencia a que «las sociedades de libertades» concederían «la libertad para emprender comportamientos arriesgados», lo que comportaría «como sinalagma la obligación... de asumir los daños correspondientes también en la relación con el socio en el riesgo.»⁸⁷ Pues la «libertad para llevar a cabo emprendimientos arriesgados» en el sentido de que tal conducta no fuera antinormativa sólo la ostenta la víctima frente a sí misma, pero no la tiene el otro en la relación jurídica hacia la víctima; por el contrario, actúa de modo antinormativo si su comportamiento no es susceptible de ser legalizado (a través del consentimiento). E incluso si fuera cierto (lo que también genera dudas) que la víctima tuviera la *obligación de asumir las consecuencias* de su ejercicio de la libertad como sinalagma, no queda claro cómo va a poder eliminar, hacer desaparecer el comportamiento contrario a la norma del otro, comportamiento que no es susceptible de ser legalizado a través del consentimiento⁸⁸.

⁸⁷ Así HÖRNLE, GA 2009, pp. 626, 634 asumiendo la posición de CANCIO MELIÁ, ZStW 111, 1999, pp. 357, 373, 376.

⁸⁸ En consecuencia, lo correcto sería sostener, incluso si se aceptan las reflexiones en materia de imputación que se acaban de someter a crítica, que sólo desaparecería la punibilidad si esta depende (como en el caso del homicidio imprudente) de un resultado imputable. Sin embargo, ya en el caso de concurrir dolo eventual debería afirmarse la punición por tentativa. Y tampoco queda afectada la responsabilidad, en el caso aquí tratado, con base en el § 315d StGB [que tipifica desde el año 2017, entre otras conductas, un delito de organizar o participar en una carrera prohibida con vehículos de motor]. Por lo demás, sobre la problemática de la negación de la imputación con la fundamentación a la que se hace referencia en el texto, *cfr.* además el apartado siguiente.

En última instancia, la afirmación de que concurre una autopuesta en peligro de la víctima que debe significar la impunidad del autor (del conductor del vehículo) probablemente esté basada en una lamentable reducción artificial de la problemática (esto es, una limitación de la valoración del supuesto a la cuestión de quién ha de soportar las consecuencias del emprendimiento conjunto peligroso, en la que la cuestión del carácter antinormativo de la conducta del autor queda prácticamente excluida). Esta reducción de la problemática no sólo deja de considerar un fin central del Derecho penal, esto es, la reacción confirmadora de la norma frente a una conducta contraria a la misma, sino que el acceso directo a la cuestión de quién ha de soportar las consecuencias tampoco tiene en cuenta que esta cuestión no puede plantearse de modo directo, sino que encuentra respuesta como parte de un programa normativo de conjunto mucho más diferenciado. En este programa normativo, en primer lugar, ha de tratarse la cuestión de la antinormatividad del comportamiento; la atribución de las consecuencias tiene lugar a través de un programa propio, de acuerdo con el cual quien actúa en contra de la norma debe soportar las consecuencias causales de su actuar si éstas son consecuencia específica de su conducta antinormativa (esto es, la realización del peligro por el cual la acción es contraria a la norma). El hecho de que la víctima se ha puesto en peligro a sí misma a través de su participación en la empresa peligrosa ni exonera al autor de su conducta antinormativa ni de la imputación del resultado, sino que tan solo relativiza su responsabilidad respecto de las consecuencias por la culpa concurrente fáctica de la víctima (mejor: la coimputabilidad de las consecuencias a la víctima).

5.7 El verdadero problema: la correcta determinación de la posible legalización por parte de la víctima que participa

En realidad, sólo cabe alcanzar la impunidad del conductor en constelaciones de casos de estas características si se trazan de otro modo los límites de los efectos de legalización del consentimiento, esto es, los límites del derecho de autodeterminación que se hallan en la base de este.

Es esto lo que hace una opinión que es defendida por una parte de la doctrina, que recuerda que la posición de que no es lícito el consentimiento en acciones que implican un riesgo concreto de muerte fue desarrollada en primer lugar como concreción del concepto de «buenas costumbres» en el § 227 StGB respecto de lesiones corporales con riesgo concreto de muerte *dolosas*; en este sentido, argumentan estos autores, sólo en esa medida existe una base *legal*

para limitar el derecho de autodeterminación, pero no en relación con acciones en las que falta el elemento de la lesión corporal dolosa y que sólo son acciones concretamente peligrosas para la vida *tout court*⁸⁹.

Que esta opinión esté en lo cierto o no es un tema distinto, que aquí ya no será objeto de discusión⁹⁰. Lo único que cabe acotar es que si se sigue esta opinión, el recurso a la autopuesta en peligro pasa a ser problemático por otra razón diferente. Pues entonces, la figura es innecesaria, ya que el objetivo perseguido por los representantes de la concepción de la autopuesta en peligro puede ser alcanzado en virtud de la fuerza justificante del consentimiento en el actuar arriesgado. El recurso a la idea de la autopuesta en peligro, en consecuencia, o bien es superfluo o, si no lo es, es poco sólido.

5.8 El error de la equiparación entre las heteropuestas en peligro y las autopuestas en peligro

La verdadera problemática de la doctrina que pretende someter ciertos supuestos de heteropuesta en peligro al régimen de la autopuesta en peligro (bajo presupuestos que varían de autor en autor⁹¹) no está tanto en que aquí estemos ante un producto de una «dogmática jurídico-penal sobrecruzada»⁹². El déficit de la tesis de la equiparación deriva de una aproximación reduccionista y de una simplificación de la problemática global. El orden de comportamientos y los límites dentro de los cuales es posible dispensar el cumplimiento de este se ignoran en esta concepción tanto como el efecto de dirección de la infracción de ese orden de comportamientos para la imputación de las consecuencias. En lugar de este programa legal global diferenciado, fundamentado en el Derecho constitucional, se coloca un erróneo acceso directo a la cuestión de la imputación de las consecuencias⁹³, siendo alentado y motivado este error, entre otras cosas, por el desconocimiento del trasfondo normativo de los su-

⁸⁹ En esta línea, por ejemplo, ROXIN/GRECO, *AT I*, § 13 n.m. 69; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERGLIEBEN, § 228 n. 20; BEULKE, *FS Otto*, 2007, pp. 207, 218; STRATENWERTH, *FS Puppe*, 2011, pp. 1017, 1023; en la misma línea se queda quien interpreta el concepto de «buenas costumbres» de modo distinto al BGH, *cfr.* al respecto, por ejemplo, MURMANN, *FS Puppe*, 2011, pp. 767, 784 y ss.

⁹⁰ Exhaustivamente sobre la cuestión, y favorable a la aplicación, en esta medida, de los límites del § 228 StGB también para hechos imprudentes MENRATH (n. 16), pp. 195 y ss. con ulteriores referencias.

⁹¹ *Cfr.* por todos ROXIN, *GA* 2012, pp. 665, 668 y *GA* 2018, pp. 250 262 y s. con referencias a los criterios de otros autores, así como LOTZ (n. 75), pp. 245 y ss., 263 y ss., 267 y ss.

⁹² Así STRATENWERTH, *FS Puppe*, 2011, pp. 1017, 1024, como conclusión de su acertada crítica de la posición que también aquí se rechaza.

⁹³ Acertadamente MURMANN, *FS Puppe*, 2011, pp. 767, 774 y s.

puestos de la autopuesta en peligro⁹⁴, que luego cada autor resuelve de acuerdo con criterios que le parecen importantes (por ejemplo, el punto de vista de la igual responsabilidad por las consecuencias, o puntos de vista de equidad), pero que desconocen el orden de comportamiento y que se contraponen a sus efectos directores sobre la imputación. Esta consideración, que recuerda casi a la Escuela Libre del Derecho, resulta extraña sobre todo en aquellos autores que en la teoría de la pena son defensores de la prevención general, y que como tales, en realidad deberían ser partidarios de la confirmación del orden de comportamiento en aquellos casos en los que este orden, aunque con una participación considerable de quien luego acaba siendo víctima, ha sido infringido, se mire como se mire (si no cabe dispensa de ese orden de acuerdo con el programa de la Ley), y el resultado se produce a cuenta de esa infracción⁹⁵. En el fondo, lo que sucede es que en el lugar de la Ley se coloca aquello que de acuerdo con la opinión de cada autor debería regir (con lo cual se pretende que en caso de que se trate de un comportamiento especialmente irracional de los intervinientes pierdan su vigor también aquellas partes del ordenamiento jurídico de comportamiento de las que precisamente no cabe liberar, de acuerdo con los valores del ordenamiento jurídico, a los intervinientes).

6. RESUMEN Y ACOTACIONES GENERALES SOBRE EL PAPEL DE LA VÍCTIMA COMO ELEMENTO CO-CONSTITUTIVO DEL DELITO

Las reflexiones que anteceden probablemente hayan mostrado que una consideración de las cuestiones fundamentales del Derecho penal desde la perspectiva de la víctima puede resultar muy fructífera. Es fácil ver la razón: la víctima tiene un papel decisivo en la constitución de la relación jurídica que existe entre víctima y autor y es objeto de una garantía jurídico-penal parcial⁹⁶. Como persona en Derecho imaginada como racional, codetermina de modo decisivo frente a qué acciones de otros desea estar protegida mediante la limitación de la libertad de la persona y el establecimiento de prohibiciones. De esta manera, se genera en determinación recíproca de las personas que intervienen en distintas posiciones en la relación jurídica no sólo el campo de lo antinormativo, que se presupone en los tipos penales. También se declara que

⁹⁴ Al respecto *vid. supra* IV. 3. y 4.

⁹⁵ Correcta la posición a este respecto de GIMBERNAT ORDEIG, *FS Wolter*, 2014, pp. 389, 394.

⁹⁶ Acierta ZACZYK, *Selbstverantwortung* (n. 67), pp. 2 y s. (*y passim*), y, en cuanto al punto de partida (aunque no en lo que se refiere a la concreción de este) muchos representantes de la equiparación (en determinadas condiciones) de la heteropuesta en peligro consentida con la autopuesta en peligro.

hay modalidades de conducta que bajo determinadas circunstancias pueden producir un daño, y no infringen la norma en el interés de la libertad más amplia posible (también de la propia víctima en otra posición), lo que obliga a la víctima a la autoprotección y constituye el trasfondo normativo de los supuestos de hecho de la autopuesta en peligro y de la autolesión autorresponsables (que quedan excluidas del campo de la protección deseada y garantizada).

Sin embargo, la víctima no es sólo, en cuanto persona racional en Derecho, partícipe de la constitución de la relación jurídica y de la determinación de aquello que en principio vulnera la norma y aquello que no lo hace. En cuanto persona concreta, también le compete incidir, configurándolo, en el orden normativo de conducta, en el marco del derecho de autodeterminación que se le reconoce: el fundamento de la institución jurídica del consentimiento. Sin embargo, la posibilidad de legalizar conductas peligrosas por vía del consentimiento tiene límites. Se eluden estos límites si hay acciones que generen consecuencias, que no pueden ser legalizadas por vía del consentimiento y que se califican de modo unilateral como autopuestas en peligro cuando hay una determinada intervención de la víctima, dejando impune al causante directo de esas consecuencias.

Los derechos, las libertades y los intereses de la víctima, finalmente, también son una instancia importante a la hora de resolver la cuestión de hasta qué punto debe otorgarse protección a través de la pena frente a conductas antinormativas. Esto no sólo rige en el sentido de que el legislador debe tener en cuenta los deseos y las expectativas de potenciales víctimas a la hora de tomar la decisión de criminalizar una conducta. También a la hora de contestar la pregunta de si ciertos supuestos de hecho, aprehendidos por el tenor literal de la norma, pueden excluirse de la imposición de la pena para respetar los derechos del autor, debiéndose tener en cuenta las expectativas de las potenciales víctimas, no debiendo distribuirse la libertad de modo unilateral.

Con estos pocos ejemplos sobre la relevancia de la víctima he de concluir aquí. Estoy convencido que una introducción decidida de la contra-perspectiva de la víctima podría enriquecer la dogmática jurídico-penal en muchos contextos.

IV. DE LO QUE QUIEREN LAS VÍCTIMAS... Y DE LO QUE PUEDE DARLES EL DERECHO PENAL. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO 25 AÑOS DESPUÉS *

ENARA GARRO CARRERA

Profesora Titular de Derecho penal, Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

1. INTRODUCCIÓN

Cuando las consideraciones estrictamente jurídicas sobre un término se solapan con interpretaciones y entendimientos de ese mismo término mucho más extendidos que forman parte del acervo social y cultural mayoritario, la dificultad para delimitar el ámbito de operatividad exclusivamente jurídico de algunas instituciones deviene una tarea especialmente ardua. Y es que no todas las palabras evocan contenidos a expertos y a profanos. Cuando un término ha sido acuñado únicamente para servir a un propósito técnico y carece de un correlato de uso «común», la exégesis sobre su contenido se simplifica notablemente. Podrán identificarse puntos de desencuentro en torno a la forma de articulación de una u otra institución, pero todos ellos, en buena medida, estarán filtrados por unos límites y acotados a la discusión entre expertos.

No es el caso de la reparación del daño, a merced de vaivenes interpretativos en función de la perspectiva valorativa de la que se parta. Así, y en el uso

* Esta contribución ha sido financiada por el Proyecto GIP 18/21 (IT1422-19) del Gobierno Vasco (grupos consolidados).

común del término, reparar el daño remite a una idea de arreglar o enmendar aquello que ha sido destruido o dañado, de reconstruirlo. En el imaginario colectivo, también está extendida la idea de que algunos daños son irreparables, por lo irrecuperable de la situación previa a la lesión. Desde luego que sería anómalo que el entendimiento jurídico de la reparación ignorase completamente el significado común que se le atribuye al término, pero la tarea de dotarlo de contenido se complica cuando distintas ramas del Derecho lo acogen y le atribuyen sus propias consecuencias.

En el ámbito penal, la reparación del daño presupone la comisión de un hecho delictivo, y la acción reparadora, una conducta dirigida a compensarlo que puede conducir a la aplicación de una atenuante (art. 21.5 CP). En un momento de «reconquista» de ciertas prerrogativas perdidas por parte de la víctima, no sorprende en exceso que la reparación se haya concebido, en las últimas décadas, como una prestación cuyo éxito se mide en función de la satisfacción que le ha procurado al perjudicado. Ahora bien, veinticinco años después de la entrada en vigor del Código penal de 1995, con la adición, al ordenamiento jurídico español, de normas como el Estatuto de la víctima¹, y con la eclosión de prácticas de afrontamiento del delito que suponen un horizonte alternativo respecto al sistema de justicia tradicional, se impone actualizar la reflexión sobre el lugar pendular de la víctima en el Derecho penal y sobre el papel que puede ostentar la reparación en él. Concretamente, deben dimensionarse los legítimos intentos de dignificar a la víctima tras siglos de insignificancia, dilucidando hasta qué punto se entroniza su satisfacción como clave de relevancia de las conductas postdelictivas reparadoras, incluida la mitigación de la pena a través del artículo 21.5 CP.

2. EL ROL PENDULAR DE LA VÍCTIMA EN LA REACCIÓN ANTE EL DELITO: DEL TODO A LA NADA Y AHORA... ¿HACIA DÓNDE?

Quedan lejos los tiempos previos a la consolidación del monopolio estatal de la violencia, cuando la víctima era el propio motor de la respuesta ante el agravio que sufrió y desempeñaba un papel central en ella. En lo que Schaffer denominó la «edad de oro»² de la víctima, su protagonismo y su participación eran decisivas para garantizar una respuesta al daño que le fue infligido. Y es que en tiempos primitivos el delito era una cuestión privada que concernía

¹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

² SCHAFER, S., *Victimology. The victim and his criminal*, Virginia (Reston Publishing), 1977, p. 8.

únicamente a la víctima y al victimario³, y el daño ocasionado a aquélla y el crimen se identificaban plenamente y sin distinción⁴.

Cuando las personas se fueron asociando en tribus, la venganza privada pasó de ser individual a tornarse en colectiva, y a ser ejecutada de la mano de la tribu o el clan de la víctima, dependiendo de si la víctima y el victimario pertenecían o no a la misma tribu. Mientras que las infracciones intratribales se castigaban con una expulsión de la comunidad del infractor, cuando el crimen lo cometía alguien ajeno, se producía una lucha tribal para vengar la ofensa de forma solidaria. La sanción suponía, por tanto, una reacción grupal (no de la autoridad pública) respecto a conductas que atentaban contra intereses comunes, y se materializaba a través de la venganza de sangre de tribu a tribu⁵. No se puede sino recalcar que, ya en ese momento, los intereses y necesidades de la víctima no tenían por qué coincidir con los de la tribu a la hora de decidir cómo responder ante la agresión sufrida, lo que da muestra, ya en tiempos remotos, de un inicio en el proceso gradual de pérdida de poder del afectado inmediato en la determinación del castigo⁶.

La perpetuación y radicalización de los conflictos⁷ constatada como consecuencia de las venganzas colectivas⁸, y la consiguiente alteración de la estabilidad social que llevaban aparejada pusieron de relieve la necesidad de limitar el ejercicio privado de la Justicia, contexto en el que se enmarca el nacimiento de la Ley del Talión. El «ojo por ojo, diente por diente» contribuyó, sin duda, a avanzar en la racionalización y en la proporcionalidad de la res-

³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 6.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, p. 102.

⁴ Ahora bien, la respuesta al menoscabo que padeció, y su concreción estaban claramente condicionadas por su fuerza y poder para desquitarse, *vid.* RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Victimología: Estudio de la víctima*, México (Porrúa), 1990, p. 6.

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, I, 4.ª ed., Buenos Aires (Losada), 1964, pp. 206 y ss.

⁶ Véase, ROIG TORRES, M., «Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXII, 1999-2000, pp. 158-159. En ningún caso, la reacción era individual, sino de la tribu como encargada de mantener el orden, la paz y el derecho. Y es que la acción contra la que se dirige la venganza se entiende como «un atentado a los intereses comunes de la tribu, como una perturbación de la paz, como una violación del derecho», JIMÉNEZ DE ASÚA, L., 1964, pp. 242 y ss. En el ámbito germánico, WEIGEND, T., *Deliktsopfer und Strafverfahren*, Berlin (Duncker & Humblot), 1989, p. 30; WOHLERS, W., *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft. Ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens*, Berlin (Duncker & Humblot), 1994; SAUTNER, L., *Opferinteressen und Strafrechtstheorien. Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten*, Innsbruck (Weisser Ring), 2010, pp. 38 y ss.

⁷ HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Madrid (Edersa), 1996, p. 29.

⁸ Que conecta, en buena medida, con el final del nomadismo, PÉREZ RIVAS, N., «Evolución histórica del Estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al Derecho español», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41. 2017, p. 4.

puesta ante el delito, dado que ésta quedaba limitada en intensidad a la entidad del daño sufrido por la víctima⁹. También lo hizo la institución de la compensación¹⁰, de origen germánico, y acogida en España en la Alta Edad Media, que implicaba el abono de una cantidad tasada a la víctima, y que llegó a instaurarse como una solución obligatoria¹¹. Esta institución fue evolucionando hacia unos parámetros de formalización considerables, hasta el punto de que terminó siendo una asamblea la encargada de determinar la cuantía con la que el infractor debía resarcir a la víctima¹², sin que ésta tuviese asignado ningún papel, más allá de su derecho a reclamar justicia¹³, y de su condición de receptora de la cantidad correspondiente.

Progresivamente, la víctima y su protagonismo de antaño se fueron desdibujando. No solo porque dejó de desempeñar cualquier rol en la individualización de las consecuencias jurídicas a imponer, en la línea que ya se venía vislumbrando. También porque las ofensas dejaron de considerarse, esencialmente, agresiones contra la víctima: y es que en la sociedad medieval, en un contexto de notable fortalecimiento del poder real que concebía al monarca como una materialización de lo divino, las infracciones representaban, ante todo, un ataque contra el rey y contra Dios, ya que el primero ejercía la soberanía por delegación del segundo, correspondiéndole también al rey la impartición de justicia en su nombre¹⁴. Los intereses públicos y privados a los que daba lugar la comisión de un delito se fueron diferenciando de forma cada vez más acusada, distinguiéndose entre la infracción y el daño derivado de aquélla, y consolidando vías procedimentales distintas para afrontar cada uno de ellos.

A finales de la Edad Media, el Estado ya había asumido el monopolio del *ius puniendi* en la mayor parte de Europa, y la víctima pasó a ser una figura accesoria, completamente prescindible en el proceso¹⁵, lo que también coinci-

⁹ JIMENEZ DE ASÚA, L., 1964, p. 244.

¹⁰ SCHAFER, S., 1977, pp. 8 y ss.

¹¹ Como señala JIMÉNEZ DE ASÚA, la vía compensatoria se veía favorecida por el hecho de prever penas alternativas extremas para el infractor que no se acogiese a ella, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., 1964, p. 244.

¹² Valorando variables como la clase de delito o el sexo, por ejemplo, MORÁN MARTÍN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, I, Madrid (Universitas), 2002, p. 458.

¹³ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., 1990, p. 6.

¹⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta: siglos XVI-XVII-XVIII*, Madrid (Tecnos), 1969, p. 24.

¹⁵ PÉREZ RIVAS, N., 2017, pp. 6 y ss. Durante la Edad Media el infractor era castigado físicamente (recurriendo, por lo regular, a la tortura), y también económicamente pues era despojado de sus pertenencias, que lejos de pasar a manos de sus víctimas eran aprovechadas por los señores feudales y por la Iglesia, MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1977, p. 78; MÁRQUEZ CÁRDENAS, A. E., «La Victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal», *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, núm. 42, 2011, pp. 27 y ss.

de con el fortalecimiento del proceso inquisitivo¹⁶. Con la Ilustración, momento en que se inicia la construcción de la ciencia penal tal y como hoy la entendemos, se acentuó el dúo Estado-infractor como elenco protagonista del sistema de Justicia penal, si bien con particularidades relevantes respecto a la época anterior. A la Ilustración le debemos un discurso humanista e individualista en el sentido de colocar a la persona como bastión frente al cual el Estado no podía sino interactuar en el marco de un contrato social, que determinaba deberes y derechos recíprocos. Y es que, en base a la teoría del contrato social, se entiende que los ciudadanos encomiendan al Estado la protección de sus bienes jurídicos, para garantizar la convivencia, con lo que se asume que solo podrán ser delito las conductas que menoscaban aquélla. Asimismo, y también como reacción ante los excesos del Antiguo Régimen, la época de las luces trajo consigo demandas de humanización (significativamente reflejadas en la obra de Beccaria¹⁷) que llevaron a la creación y desarrollo de toda una serie de derechos y garantías para el infractor, y a la consolidación del Derecho penal como carta magna del delincuente frente al Estado¹⁸.

El destierro de la víctima del círculo de influencia en el afrontamiento de la respuesta ante el delito se fue gestando de forma gradual, hasta llegar a ser «expropiada» de su conflicto¹⁹. En este sentido es célebre la calificación de Maier sobre el rol de la víctima como el «convidado de piedra» del sistema penal²⁰, relegada al papel de testigo y constituyendo su reparación un mero objeto de disputa entre intereses privados. Y, si bien es cierto que es difícil cuestionar las ventajas de contar con un sistema altamente formalizado que recurra a mecanismos institucionalizados para afrontar y responder ante el delito, no es menos cierto que el propio funcionamiento del sistema tiende a veces a incrementar y no a disminuir los problemas de la víctima, hasta el punto de victimizarla de nuevo. Esta victimización secundaria que deriva, precisamente, de la interacción de la víctima con las distintas instancias de control social y que se plasma en todas las consecuencias y perjuicios

¹⁶ RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona (Bosh), 1993, p. 98.

¹⁷ Cfr. ASÚA BATARRITA, A., «Reivindicación o superación del programa Beccaria», en Asúa Batarrita (ed.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao (Universidad de Deusto), 1990, pp. 109 y ss.

¹⁸ PRIETO SANCHÍS, L., «La filosofía penal de la Ilustración española», en Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre (Dir.), *Homenaje al doctor Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca (Ediciones de la Universidad Castilla la Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca), 2001, p. 493.

¹⁹ CHRISTIE, N., «Conflicts as property», *The British Journal of Criminology*, núm. 17, 1977, pp. 1, 7 y ss. La neutralización de la víctima no impidió que insignes criminólogos incidiesen en la importancia de resarcirla.

²⁰ MAIER B. J., J., «Democracia y Administración de Justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal», *Jueces para la Democracia*, 1992, pp. 186 y ss.

que padece al enfrentarse a la realidad institucional, ha sido objeto de numerosos trabajos en las últimas décadas²¹. La falta de información sobre los derechos que le asisten a la víctima, sobre mecanismos de ayuda y sobre el curso de las investigaciones ha constituido, tradicionalmente, una de las cuestiones recurrentes, al igual que la ausencia de mecanismos de asistencia durante el proceso y tras su finalización. La victimización secundaria también se manifiesta en el tratamiento que reciben las víctimas durante el procedimiento, que es percibido en ocasiones como intimidatorio, hostil o humillante, en la tardanza en la resolución de los procedimientos²², y en la ausencia de mecanismos que doten de efectividad real al derecho a obtener resarcimiento por el daño que sufrieron. Y es que, como se retomará después, en un número más que considerable de casos, a la víctima no le es reparado el daño que le fue ocasionado debido a la insolvencia, real o pretendida, del inculpado.

Lo que desde luego parece incontrovertido es que padecer un delito en primera persona tiende a dejar poso. No solo de daños materiales o económicos, sino también psicológicos, cuando no físicos²³. Quizá es este hecho el que ha llevado a algunos autores a afirmar que las víctimas de delitos constituyen un «grupo social»²⁴ cuyas necesidades e intereses se pueden distinguir del resto debido a las experiencias sufridas, aunque ello no pueda inferirse que las necesidades e intereses de todas las víctimas sean los mismos. Y es que las circunstancias y clases de victimizaciones son demasiado dispares para ello. Piénsese en las diferencias respecto a la gravedad de las conductas delictivas, las consecuencias más o menos permanentes que dejan tras de sí, así como en la diversidad de las propias personas que las sufren en cuanto a edad y circunstancias sociales o familiares. También la relación previa que puedan tener con el infractor puede mediatizar necesidades de la víctima. Toda esta serie de eventuales variables, con las infinitas combinaciones posibles, hacen que lo que una víctima precisa en cada momento sea diferente y que, en ocasiones, ella misma tenga incluso percepciones y sentimientos aparentemente contradictorios al valorarlo.

²¹ Con amplias referencias bibliográficas, vid., por todos, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, 4.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pp. 151 y ss.

²² SANGRADOR, J. L., «La Victimología y el sistema jurídico penal», en Jiménez Burillo, F./Clemente, M. (Eds.), *Psicología social y sistema penal*, Madrid (Alianza), 1986, pp. 70 y ss.

²³ No puede entrarse aquí en otras facetas, como en el análisis de los estudios que añaden a estos aspectos más inmediatos el riesgo de revictimización y de cometer delitos para algunas clases de víctimas, lo que las puede abocar hacia la exclusión social, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., 2009, 131 y ss.

²⁴ Por todos, *vid.*, SAUTNER, L., 2010, p. 394.

Un impulso decidido en la implementación de medidas dirigidas a mejorar la posición de la víctima en un plano no solo legal, sino también social y asistencial, se produjo a partir de la segunda mitad de la década de los setenta del pasado siglo. Tanto a nivel universal, como en el ámbito regional europeo²⁵ las organizaciones han sido prolíficas en la producción de textos que van en pos de dicho objetivo, y en España la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito representa la materialización más reciente de las iniciativas adoptadas en nuestro país en «reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad»²⁶. No solo es indicativo de la calidad democrática ni del nivel de respeto de los derechos humanos cómo se trata en un Estado a quien delinque, sino que también lo es el tratamiento que se dispensa a quien sufrió en primera persona las consecuencias de la infracción. Así, la Ley 4/2015 aglutina en un único texto legal previsiones que antes sólo se encontraban, de forma sectorial, para determinadas clases de delitos²⁷ e incluye el derecho de toda víctima a la «protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso (...) desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa» (art. 3 del Estatuto de la víctima del delito)²⁸.

²⁵ Tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea han tomado iniciativas para mejorar la posición de la víctima. En el ámbito del Consejo de Europa, véanse la Resolución n.º (77) 27, sobre indemnización a las víctimas del delito, que puede considerarse el origen del Convenio núm. 116, del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos; la Recomendación de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal, y la Recomendación 87/21, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, que fue sustituida por la Recomendación (2006) 8, del Consejo de Europa, sobre asistencia a las víctimas de delitos, de 14 de junio de 2006. En el ámbito de la Unión Europea, y circunscribiendo la exposición a lo más esencial, véase la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, así como la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituyó a la anterior. Respecto al sistema europeo de compensación estatal, véase la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, para la indemnización a las víctimas de delitos.

²⁶ *Vid.* el Preámbulo del Estatuto de la víctima del delito, pág. 4.

²⁷ Así, véase la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (que fue desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

²⁸ La Ley se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, incluye un Título preliminar dedicado a las disposiciones generales que establece el concepto de víctima; en segundo lugar, el Título I recoge una serie de derechos extraprocesales comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean o no

En términos generales, resulta difícil encontrar argumentos que cuestionen la legitimidad de estos derechos, que el Estatuto desarrolla en su articulado²⁹, y de los que particularmente interesa a este trabajo la mención a la justicia restaurativa³⁰, procedimiento que consagra el derecho de la víctima a obtener reparación de los daños que le fueron infligidos como una de sus aspiraciones principales. Podría decirse que las víctimas tienen el viento a favor. Es más, nos hallamos, en apariencia, en un momento en el que el péndulo, en su ciclo de balanceo, está oscilando decididamente hacia la reconquista de algunos de los derechos que ostentaron en el pasado, y que paulatinamente les fueron arrebatados. Lo que se impone ahora es delimitar, desde la perspectiva de nuestros tiempos, hasta dónde, y en qué condiciones, se puede permitir el desplazamiento del péndulo.

parte en un proceso penal; el Título II sistematiza los derechos de la víctima en relación con su participación en el proceso penal, como algo autónomo e independiente de las medidas de protección que se dispensan a la víctima en el proceso, que se recogen en el Título III junto con cuestiones relativas a su protección y reconocimiento; el Título IV incluye una serie de disposiciones comunes, cerrando el articulado dos disposiciones comunes.

²⁹ Aunque hay algún aspecto más controvertido, como que permitir a la víctima intervenir en la ejecución, recurriendo las decisiones que afecten a la progresión de grado, la concesión de la libertad condicional o el sistema de cómputo de tiempo utilizado para poder acceder a permisos de salida, beneficios penitenciarios y a la semilibertad, así como legitimándola, por ejemplo, para interesar que se impongan al liberado condicional ciertas reglas de conducta (art. 13). Si bien es cierto que sus demandas no son vinculantes, el mero hecho de tener un cauce para plantearlas distorsiona, en cierta medida, los parámetros generales de funcionamiento de la fase de ejecución, que debería estar centrada en el progreso y evolución del penado. Incluso desde la propia perspectiva de las víctimas, no creo que pueda rechazarse que, dependiendo de las demandas que planteen (por ejemplo, si tuviesen una base meramente vindicativa que solo buscase prolongar al máximo la estancia en prisión del condenado), la negativa de los jueces a atenderlas podría generar más frustración que el beneficio eventual que les deparase la vía abierta por el artículo 13 del Estatuto de la Víctima.

³⁰ Véase el artículo 15 del Estatuto de la Víctima, que dispone que «1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: *a*) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; *b*) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; *c*) el infractor haya prestado su consentimiento; *d*) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y *e*) no esté prohibida por la ley para el delito cometido. 2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función. 3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento».

3. EXPECTATIVAS DE LAS VÍCTIMAS Y LA REALIDAD DEL DERECHO PENAL ANTE LA REPARACIÓN DEL DAÑO OCASIONADO POR EL DELITO

3.1 Presentación

En el apartado anterior se ha abordado de forma sucinta la forma en la que el Derecho penal se fue consolidando como una rama de Derecho público, primariamente enfocado en responder a intereses colectivos, y el progresivo paso a la insignificancia de las víctimas, como si fuese una inevitable consecuencia de la modernización del sistema de Administración de Justicia. Y aunque es cierto que la regulación sobre la posición jurídica de la víctima está mediatizada por la necesidad de racionalizar la respuesta penal que se otorga al delincuente, en las últimas décadas las contribuciones desde la Victimología sobre las necesidades e intereses de la víctima han permitido ir afianzando la idea de que la receptividad ante algunas de sus pretensiones no está necesariamente en contradicción con las garantías del infractor³¹.

Sin perjuicio de que los perjudicados planteen demandas sobre aspectos instrumentales relevantes, como los de carácter más bien asistencial³², constituye un interés central y recurrente de la víctima el que se persiga y castigue el delito, es decir, que se produzca una reacción y una respuesta formal ante la infracción cometida³³. Obtener reparación o resarcimiento del daño que le fue

³¹ LARRAURI PIJOAN, E., «Victimología: ¿quiénes son las víctimas? ¿Cuáles son sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?», en Bustos Ramírez, J./Larrauri Pijoan, E., *Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema penal de alternativas)*, Barcelona (PPU), 1993, p. 80; BERISTAIN IPIÑA, A., *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, p. 153; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LUCH, M., «La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVII, 2004, p. 229; VAN CAMP, T., *Victims of violence and restorative practices*, London, New York (Routledge), 2014, pp. 62 y ss; KILCHLING, M., «Opferrechte und restorative Justice», en Sautner, L./Jesionek, U. (eds.), *Opferrechte in europäischer, rechtsvergleichender und österreichischer Perspektive*, Innsbruck, Wien, Bozen (Studienverlag), 2017, pp. 63, 70; EL MISMO, «Restorative justice in Europa», *TOA-Magazin*, 2, 2019, pp. 4 y ss.

³² Me refiero a las prestaciones de carácter que se recogen en el artículo 4 y siguientes del Estatuto, tales como las vinculadas con el derecho a entender y ser entendida, el derecho a la información por parte de las autoridades de extremos relevantes que le conciernen, o el derecho a contar con un intérprete, en caso de que no hable castellano, entre otros.

³³ HÖRNLE, T., «The role of victims' rights in punishment theory», en Du Bois-Pedain, A./Bottoms, A. E. (eds.), *Penal censure. Engagements within and beyond desert theory*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney (Hart), 2019, pp. 216 y ss. En lo que respecta a las necesidades de la víctima relacionadas con la imposición de consecuencias jurídicas al infractor, se plantean interesantes cuestiones, en las que este trabajo no puede incidir, sobre la importancia que conceden a la declaración formal de la responsabilidad penal, su mayor o menor punitivismo (en el sentido de la exigencia de imposición de una pena privativa de libertad prolongada que satisfaga la rabia y los impulsos de venganza que pueda sentir), la

ocasionado es sin duda otra de ellas. La víctima corporeiza estas y otras necesidades, pero es evidente que en un sistema de justicia moderno no todas ellas serán atendibles, y que, aunque lo sean, no existe un sistema de «ventanilla única» que les dé respuesta y que actúe basado únicamente en la racionalidad de desagraviarla en todos los frentes que le conciernen. La víctima es una, pero cada uno de esos frentes que se activan como consecuencia de su victimización está desagregado en distintos «negociados». Y aunque el proceso penal español presente, como particularidad, la posibilidad de que el juez penal se pronuncie en una misma sentencia sobre la responsabilidad penal y civil (evitando, por tanto, que la víctima tenga que recurrir a la jurisdicción civil para obtener resarcimiento por el daño que le fue causado), ello no cambia el hecho de que se trata de dos responsabilidades diferenciadas y que se deben a lógicas diferentes. Esa fragmentación es la responsable, hasta cierto punto, de la defraudación ocasional de las expectativas de la víctima. Y es que el problema surge cuando algunas de sus demandas tienen que ver con el destino inmediato del acusado, destino que está unido de forma indisoluble a intereses colectivos relacionados con las necesidades de intervención que puedan concurrir en un momento dado por motivos de oportunidad.

Por todo ello, lo que debe dilucidarse es la capacidad de absorción real que tiene el Derecho penal respecto a las pretensiones de la víctima sin comprometer su propia esencia. En concreto, se plantea la pregunta de hasta qué punto la respuesta penal puede y debe estar ligada a la satisfacción de alguno de sus intereses, particularmente, a la reparación del daño que le fue ocasionado, tal y como parece consagrar en España el artículo 21.5 CP. Esto remite, inmediatamente, a identificar los argumentos legitimadores y a tratar de determinar las características que debe reunir la reparación para poder integrarse de forma no traumática como institución de carácter penal.

No son nuevas las aproximaciones que han desarrollado la idea de asignar a la víctima un papel más relevante en la teoría de la pena. Comparto que, a día de hoy, sería ajeno a la realidad un posicionamiento que abordase las preguntas de por qué y para qué se castiga dejando completamente al margen

proclividad a aceptar alternativas y la disposición a participar en programas de mediación, aun sabiendo que tendrán que enfrentarse al infractor, y que a éste podría llegar a imponérsele una pena inferior como consecuencia de su participación en el proceso. Desde una perspectiva criminológica, esta clase de información resulta muy valiosa para evaluar el impacto real de los delitos en las personas que los sufren y para conocer no solo los procesos de victimización, sino también de recuperación de las víctimas. Vid. GARDNER, J., «Crime: in proportion and in perspective», en Ashworth, A./Wasik, M. (eds.), *Fundamentals of sentencing theory: essays in honour of Andrew von Hirsch*, Oxford (Clarendon Press), 1998, p. 33; SAUTNER, L., 2010, pp. 232 y ss, 397 y ss.

a la persona directamente afectada por el delito³⁴, en caso de que haya una (huelga decir que esto incluiría la pregunta de por qué se castiga menos ante la concurrencia de una eventual circunstancia atenuante como la reparación). Incluso aunque se parta de un fundamento preventivo general positivo de la pena, que en su discurso enfatice sobre todo el sentido de la sanción de cara a lanzar un mensaje que evite víctimas futuras o potenciales, ello no obsta para que la víctima real se pueda incorporar a dicho discurso legitimador de la sanción sin renunciar a los elementos nucleares que representa la teoría preventiva³⁵.

Así, Hörnle señala la pertinencia de ajustar el discurso sobre los fines de la pena al delito cometido, integrando a la víctima (en las infracciones que la tengan) en dicho discurso como persona que directamente sufrió el hecho y sus consecuencias. Se le adjudica así al perjudicado inmediato y a sus necesidades una posición de mayor relevancia en ciertos delitos³⁶, aunque sin otorgarle poder alguno en la determinación de las consecuencias jurídicas ni en la forma de cumplimiento, y reconociendo también algunos límites respecto a ciertas expectativas, como ocurriría en casos de delitos no perseguibles por haber prescrito, o en supuestos de aplicación del principio de oportunidad. Lo inspirador de este planteamiento reside en poner de relieve cómo algunos de los fines clásicos de la pena y su consecución no discurren en paralelo a la víctima, cuyo reconocimiento y reparación no sólo la desagравian a ella, sino que, en caso de concurrir ciertas circunstancias, tienen también un efecto general estabilizador³⁷.

En el ordenamiento jurídico español el cauce principal de relevancia penal que tiene la reparación es el de la atenuante del artículo 21.5 CP. En las siguientes páginas se abordará el análisis del fundamento de la figura y se proporcionarán algunos criterios para su aplicación práctica, tratando de despejar algunos equívocos en los que incurren la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria. Se insistirá en que el papel que legítimamente puede desempeñar la reparación como factor relevante en la respuesta penal, tiene que ir ligado a

³⁴ HÖRNLE, T., 2019, pp. 213 y ss. Véase también SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., 2004, p. 228; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., 2007, p. 72.

³⁵ STRATENWERTH, G., *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin (De Gruyter), 1995, pp. 20 y ss; GARDNER, J., 1998, pp. 32 y ss.

³⁶ Concretamente, en delitos contra las personas, delitos contra el patrimonio y delitos de allanamiento de morada, señalando que la declaración de responsabilidad del infractor constituye un mensaje también dirigido a ella, HÖRNLE, T., 2019, pp. 209. Cfr. PAWLIK, M., *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, Berlin (Duncker & Humblot), 2004, p. 53.

³⁷ RÖSSNER, D., «Wiedergutmachen statt Übelvergeltens – (Straf)theoretische Begründung und Eingrenzung der kriminalpolitischen Idee», en Marks, E./Rössner, D. (eds.), *Täter-Opfer-Ausgleich. Vom zwischenmenschlichen Weg zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens*, Bonn (Forum), 1990, p. 20

las mismas razones que justifican la propia intervención penal. En otras palabras, las mismas razones que se esgrimen para explicar la legitimidad de la intervención del Estado para administrar justicia penal son las que deben explicar el motivo por el cual la necesidad de pena decae o disminuye cuando el daño se repara. Y es que la comisión de un delito supone la creación de un daño social, un daño público, que incumbe a la víctima y a toda la comunidad y que precisa de una respuesta también pública y formal del Estado³⁸. Ese y no otro es, precisamente, el daño que debe ser atajado para poder legitimar una atenuación de la pena.

3.2 El papel de la atenuante de reparación en la satisfacción de la víctima

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, el español no tiene a su disposición un gran arsenal de posibilidades de modular la respuesta penal ante una reparación posterior al delito, siendo la atenuante del artículo 21.5 CP la figura principal para graduar la pena ante conductas compensadoras del daño llevadas a cabo por el infractor tras la consumación. La atenuante, que tiene una larga tradición en el Código penal español³⁹, fue objeto de una modificación sustancial con la entrada en vigor del CP 1995, lo que coincidió también con un momento de auge del discurso que abogaba por mejorar la atención a la víctima y su posición en el proceso penal.

Ese contexto ha condicionado notablemente la interpretación que del precepto han venido realizando la doctrina y la jurisprudencia desde su entrada en vigor. El afán por no quedarse atrás en el «redescubrimiento de la víctima» ha propiciado un entendimiento mayoritario de la figura como un instrumento diseñado prácticamente a su medida. A continuación, se tratará de ofrecer un balance de los derroteros en los que se ha movido la exégesis de la atenuante en los últimos veinticinco años, identificando hasta qué punto las resoluciones más recientes son parangonables con los estándares de los ordenamientos jurídicos que mayor tradición tienen con acoger la reparación en unas claves que, lejos de cortocircuitar el sistema penal, han permitido su integración en él de forma fluida y no traumática.

³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Montevideo, Buenos Aires (BdF), 2014, p. 279.

³⁹ En el que ha estado presente, con algunas interrupciones, desde el año 1822.

3.2.1 FUNDAMENTO VICTIMOLÓGICO DE LA ATENUANTE EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA: SÍNTESIS Y VALORACIÓN CRÍTICA

Aunque la reparación tiene una larga tradición como atenuante en el ordenamiento jurídico penal español, durante décadas su apreciación se condicionaba a que se hubiera prestado como consecuencia de un impulso de arrepentimiento espontáneo, que operaba como filtro estricto y determinante a la hora de decidir sobre la rebaja de pena. Con la entrada en vigor del nuevo Código penal, la inmensa mayoría de la doctrina se apresuró a interpretar la supresión del constructo «arrepentimiento espontáneo» de la redacción del artículo 21.5 CP no sólo como un indicio de la objetivación de la atenuante, sino como una prueba prácticamente irrefutable de un nuevo fundamento de la circunstancia modificativa, que estribaría en razones de política criminal vinculadas al interés de que la víctima logre un resarcimiento del daño que le fue infligido⁴⁰. Conforme a esta postura lo fundamental sería la satisfacción del ofendido, y la relevancia del comportamiento postdelictivo dependería, en exclusiva, de que se hubiesen llevado a cabo conductas que lograsen disminuir de forma efectiva los daños que le fueron ocasionados, pasando a un segundo plano el móvil más o menos loable del infractor.

Este punto de partida abocó a muchos a entender que el ámbito natural de operatividad de la atenuante residía en mitigar la pena de quienes hubiesen hecho frente a la responsabilidad civil. Así, siempre que el infractor pudiera acreditar que se había abonado la cuantía debida, se admitía, prácticamente sin objeciones, que procedía la rebaja de pena. Es una opción que puede resultar sencilla a primera vista, tanto a nivel de dotar de contenido a la acción de

⁴⁰ Véase, por todos, ALONSO FERNÁNDEZ, J. A., *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código Penal*, Barcelona (Bosh), 1999, p. 45; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5.º Código penal)», en *CPC*, núm. 61, 1997, p. 253; ARIAS EIBE, M. J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona (Bosch), 2007, pp. 264 y ss.; BORJA JIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, p. 174; HERRERA MORENO, M., 1996, pp. 288-289; MUÑOZ CUESTA, J., «Reparación o disminución del daño causado», en Muñoz Cuesta (coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona (Aranzadi), 1997, pp. 137-138; EL MISMO, «Reparación del daño causado: ¿puede aplicarse la atenuante cuando la reparación se hace una vez iniciado el juicio oral? Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 2 de diciembre de 2003», en *Aranzadi. Repertorio de jurisprudencia. Revista de actualización*, abril 2004, n.º 1, p. 11; POZUELO PÉREZ, L., «Las atenuantes 21.4.º y 21.5.º del actual Código penal», en *CPC*, núm. 65, 1998, p. 411; LA MISMA, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, pp. 381-382; PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid (Colex), 1997, p. 397.

reparar, como a efectos de comprobar el grado de cumplimiento por parte del infractor en caso de que se llevase a cabo una reparación parcial.

La jurisprudencia también acogió desde el inicio una visión más o menos civilista de la atenuante de reparación, aunque en ocasiones incurre en contradicciones a la hora de explicar el contenido concreto de la acción reparadora esperada, lo que no siempre facilita la labor de inferir el fundamento real que los tribunales asocian a la figura. Como suele ser habitual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las circunstancias modificativas, las sentencias en las que la apreciación de una de ellas es objeto de controversia, tiende a hallarse un *corpus* que se repite prácticamente palabra por palabra. Dicho texto suele aportar una información que pretende ser básica sobre el fundamento de la figura y sobre los requisitos que, de dicho fundamento, se infieren para su apreciación. Cíclicamente, ese texto se va modificando, incluyendo nuevos matices y ajustes que, en teoría, están dirigidos a ir perfilando la casuística para la que está concebida la circunstancia.

Si se atiende a las sentencias más recientes, en la «plantilla» o texto base que incorporan, frecuentemente se insiste en la objetivación de la atenuante de reparación, que ya no exige «que se evidencie reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento» y cuyo fundamento no estribaría en una menor culpabilidad del infractor⁴¹, sino en la «legítima y razonable pretensión del legislador» de atender a «razones de política criminal orientadas a dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito»⁴².

Conectando con el carácter objetivo de la atenuante, su apreciación requeriría únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El primero de ellos se ampliaría respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo, dado que ya no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La jurisprudencia señala, en relación con la ampliación del límite temporal, que «obedece a la voluntad de incentivar la reparación o disminución del daño sufrido por el damnificado, y viene así impulsado por la victimología que orienta el Derecho penal actual»⁴³. Ahora bien, «la reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario

⁴¹ Al tratarse de una atenuante *ex post facto*, la conducta postdelictiva positiva no estaría en condiciones de incidir en dicha categoría, STS 77/2020, de 25 de febrero.

⁴² STS 187/2020 de 20 de mayo de 2020.

⁴³ SSTS 94/2017, de 16 de febrero o 239/2010, de 24 de marzo.

queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una *atenuante analógica*»⁴⁴.

No cabe duda de que la posibilidad de recurrir a la atenuante del artículo 21.7 CP en caso de reparaciones extemporáneas puede percibirse, a primera vista, como coherente con un fundamento que atienda esencialmente a fomentar la compensación de los daños a la víctima desde un punto de vista «civilista», lo que permitiría acoger casos de abonos realizados de forma tardía durante el proceso. Desde luego que la previsión de beneficiarse de una atenuante podría operar como «zanahoria» hasta el final del juicio y animar a algunos procesados a indemnizar a la víctima *in extremis*, por evitar el «palo» que supondría una pena más prolongada. Ahora bien, lo que no puede ignorarse es el posible efecto contraproducente de postergar hasta el límite la reparación en la mayoría de los casos: si la apreciación de la atenuante analógica para reparaciones tardías se estandariza, no parece descabellado suponer que muchos acusados prefieran retrasar el pago, e incluso, valorar la conveniencia de realizarlo, en función de la propia marcha del juicio⁴⁵.

El elemento sustancial de la atenuante, que se refiere a la reparación del daño o a la disminución de sus efectos, genera mayores problemas interpretativos en la jurisprudencia y es, sin duda, el que da lugar a posicionamientos que merecen una valoración crítica más acusada. Y es que cuando se trata de dotar de contenido al elemento sustancial, parecería razonable que el primero de los aspectos a abordar fuera el relativo a la identificación del daño que ha de ser reparado. La jurisprudencia es un tanto ambigua en ese sentido, y en ocasiones se ha pronunciado incurriendo en contradicciones reseñables. En algunas sentencias se da a entender que el daño al que se refiere la atenuante coincide con los daños materiales y/o morales que se hubiesen ocasionado a la víctima, con lo que el contenido y configuración de la actuación compensadora debería ajustarse a la satisfacción (al menos parcial) de la responsabilidad

⁴⁴ *Ibídem*.

⁴⁵ Si bien es cierto que los denominados «intereses procesales», a los que se refiere el artículo 576 LEC, pueden disuadir al condenado que pretenda con la interposición de recursos, incidentes en la ejecución de la sentencia u otras maniobras dilatorias, retrasar el pago de la cantidad líquida a la que le condena la sentencia. Es decir, estos «intereses procesales» son una suerte de mecanismo destinado a conseguir que el perjudicado quede pronta y totalmente satisfecho en su interés económico, sin que recaigan sobre él los costes de la dilación que supone la interposición y sustanciación de los recursos de apelación y eventualmente de casación. Las características más sobresalientes de estos intereses son que: «a) han sido configurados con esta doble finalidad: mantener el valor de aquello a lo que condena la sentencia, de un lado y, de otro, como intereses «punitivos» o «disuasorios» de la interposición de recursos temerarios; b) nacen *ex lege*; c) se generan sin necesidad de que la parte los haya pedido previamente; d) incluso sin necesidad de que a ellos condene de forma expresa la sentencia y sin necesidad de que la sentencia sea firme». Véase, a este respecto, la STS 757/2018, de 2 de abril de 2019.

civil para poder apreciar la rebaja de pena. Pero lo cierto es que no es habitual que la jurisprudencia aporte información detallada sobre la naturaleza del daño a reparar, siendo mucho más frecuente que las resoluciones judiciales hagan solo referencia al fundamento victimológico de la atenuante, para, inmediatamente después, referirse a las distintas formas en que el afectado por el delito puede ser compensado. No es esta una cuestión menor, sino que en ella reside, más bien, el nudo gordiano de la mayoría de los problemas interpretativos que acompañan a la atenuante. Aunque este tema se retomará más adelante, procede adelantar aquí que la asunción de la coincidencia mimética entre el daño civil y el daño al que se refiere el artículo 21.5 CP no puede sino considerarse errónea, ya que ignora de lleno el daño social que caracteriza a cualquier conducta delictiva e induce a admitir un solapamiento confuso entre las responsabilidades penal y civil, aceptando que la compensación de una de las «deudas» (la civil) tenga automáticamente efectos penales.

Como muestra de las referidas incongruencias, en la jurisprudencia suele ser habitual hallar afirmaciones en el sentido de que el artículo 21.5 CP «no se refiere sólo a daños materiales, sino que incluye los de naturaleza moral»⁴⁶ o que «el elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante»⁴⁷. Ahora bien, también es habitual hallar, como si fuese una consecuencia lógica derivada de lo anterior, que puede integrar las previsiones de la atenuante «cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios»⁴⁸, llegando a señalarse a veces que el legislador emplea el término reparación en un sentido amplio como «una modalidad de la responsabilidad civil que tiene un innegable matiz jurídico-civilista»⁴⁹. Las referencias a la reparación simbólica (entendiendo por ésta prestaciones de contenido no económico, como las disculpas) se mencionan en ocasiones como modalidades válidas de conducta en abstracto, si bien resulta difícil encontrar

⁴⁶ En este sentido, entre otras la STS núm. 1002/2004, de 16 de septiembre; la STS núm. 145/2007, de 28 de febrero; la STS núm. 179/2007, de 7 de marzo; la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, y la STS núm. 2/2007, de 16 de enero. También la SAP Palencia 19/2020, de 30 de julio.

⁴⁷ SSTs 94/2017, de 16 de febrero.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ SAP Palencia 19/2020, de 30 de julio.

supuestos en los que la atenuante se aprecia cuando la compensación económica está completamente ausente⁵⁰.

De hecho, es precisamente en casos en los que se ven comprometidos bienes jurídicos personalísimos, es decir, en aquellos supuestos en los que es evidente que ninguna clase de reparación permite volver a la situación anterior al delito, en los que los tribunales dan muestra de una mayor confusión en sus argumentos. Así, aun a día de hoy el Tribunal Supremo suele remitirse a una sentencia de 2007, que toma como referencia para delimitar el ámbito de aplicación de la atenuante en aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial. Según la citada sentencia, en aquellos casos «donde la indemnización civil se integra por el daño moral estrictamente considerado, como ocurre en los de contenido sexual, entre otros muchos (como también sucede con los ataques al honor o a la dignidad de las personas), la *estimación de una atenuante de reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito*⁵¹, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito. *Difícilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal*⁵². Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado. Si además, como ocurre en este caso, la consignación es inferior al tercio de lo procedente, está fuera de toda duda que la atenuación de la responsabilidad penal no era procedente, ni de lejos»⁵³.

Son numerosos los aspectos de interés que suscitan esas líneas. Por una parte, no cabe duda de que los delitos contra bienes jurídicos personalísimos presentan particularidades que no concurren en al menos ciertos delitos contra

⁵⁰ Solo de forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por parte del Tribunal Supremo el efecto atenuatorio de la *reparación simbólica* (SSTS núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril), señalando que «la reparación no solo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido». Se admite, pues, únicamente de forma excepcional que, aunque no se lleve a cabo una actuación indemnizatoria de carácter económico, pueden tener entrada los supuestos en los que el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, como la petición de perdón o cualquier otro género de satisfacción que, sin entrar directamente en el tipo podrían tener un cauce por el «camino de la analogía», *vid.* STS 1643/2003, de 2 de diciembre.

⁵¹ Cursiva añadida.

⁵² Cursiva añadida.

⁵³ STS 1112/2007 de 27 de diciembre. Repitiendo el argumento palabra por palabra en otro caso de agresión sexual, *vid.*, más recientemente, STS 145/2020, de 14 de mayo.

el patrimonio, por citar un ejemplo. Así, en un delito contra el patrimonio en el que no se haya empleado violencia ni intimidación, la restitución temprana del objeto material es una conducta idealmente «contratípica», que casi permite volver a la situación anterior al delito⁵⁴. Aunque la restitución del objeto en un hurto no hace necesariamente superflua la intervención penal, es evidente que es una conducta revocadora que casi de forma simétrica anula la delictiva previa⁵⁵. Esa circunstancia no se produce en delitos contra la vida o en delitos contra la libertad sexual, por poner solo dos ejemplos paradigmáticos de infracciones graves en las que no cabe una «marcha atrás». No hay duda sobre la necesidad de razonar adecuadamente la apreciación de la atenuante en esos casos, como insiste el Tribunal Supremo en la referida sentencia de 2007, aunque dicha necesidad tampoco decae en otra clase de delitos. De hecho, aunque parece razonable admitir que «constituye un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar»⁵⁶, lo que no puede compartirse es que la víctima o el perjudicado deban avalar de algún modo la reparación prestada para que la atenuante pueda apreciarse en delitos más graves, tal y como sugiere el Tribunal. Y ello, por los mismos motivos por los que tampoco puede quedar en manos de la víctima la decisión última sobre la pena a imponer. Lo que debe o no considerarse una reparación apropiada a efectos de la mitigación de pena debe proceder de un diagnóstico intersubjetivo que tenga en cuenta la clase de delito y que considere, en conexión con este extremo, la idoneidad de la conducta postdelictiva para expresar una asunción de responsabilidad seria e inequívoca por parte del infractor, teniendo en cuenta sus circunstancias personales.

En segundo lugar, en la sentencia citada emerge, una vez más, el aspecto vinculado a la naturaleza del daño que debe ser compensado, y las formas en las que dicha tarea puede acometerse. El Tribunal Supremo señala que en delitos contra la libertad sexual el daño, al ser de naturaleza moral, no puede enmendarse de forma plena con un pago monetario, calificando dicha clase de reparación económica de «ficción». No hay duda respecto a ese extremo, ya que el dinero no hará que el daño quede neutralizado. Ahora bien, no queda del todo claro el motivo por el que, al hilo de esa argumentación, se apela a la reparación parcial (monetaria) del daño moral, considerándola insuficiente para

⁵⁴ Afirma el Tribunal Supremo que «si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc., es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente enjugado y reparado en su plenitud», STS 1112/2007 de 27 de diciembre.

⁵⁵ LANDERA LURI, M., *Excusas Absolutorias Basadas en Conductas Positivas Postconsumativas. Acciones Contratípicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 379 y ss.

⁵⁶ Como así lo hace, de hecho, la propia STS 1112/2007 de 27 de diciembre.

dar pie a la atenuación de la pena. Salvo que se entienda que en delitos graves que afecten a bienes jurídicos personalísimos no es admisible la reparación económica (y que debe optarse por modalidades de conducta como la mediación o a otros instrumentos vinculados con la justicia restaurativa), o que el tribunal se refiriese, en el caso concreto, a que el infractor estaba en condiciones de hacer frente a la totalidad de indemnización solicitada, eligiendo aquél, de forma inopinada, abonar sólo una parte.

Atendiendo a los parámetros de aplicación actuales del artículo 21.5 CP, no parece que los tribunales españoles sean precisamente partidarios de negar la indemnización económica como una de las modalidades admisibles de reparar el daño⁵⁷, aunque, como se verá más adelante, cuestión distinta es si dicho pago debería aceptarse sin ulteriores comprobaciones (y dar paso a la rebaja de pena) cuando el infractor se limita a pagar una cantidad de dinero, sin mayores aditamentos. En cualquier caso, y aunque se admita el pago monetario como clase de prestación, quedaría aún abierta la cuestión relativa a su extensión mínima, lo que remite a abordar el papel de la reparación parcial como vía que conduce a la mitigación de la pena en la modalidad de conducta de disminuir los efectos del daño que también recoge el artículo 21.5 CP. A este respecto, no son infrecuentes afirmaciones del tenor de que «las cuestiones que puedan plantearse en casos de reparación parcial habrán de resolverse en atención a su relevancia en función del daño causado y de las posibilidades del autor», que dejan entrever, al menos en apariencia, la necesidad de valorar la capacidad del infractor de hacer frente a una reparación dineraria. Sin embargo, mayoritariamente se trata de declaraciones que preceden a otras que las contradicen abiertamente. Esto queda patente, por ejemplo, cuando se afirma que «para la aplicación de la atenuante de reparación del daño, ésta debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado»⁵⁸. Desde luego que resultaría absurdo ate-

⁵⁷ Véase, por ejemplo, la 398/2020, de 16 de julio de 2020 en un delito de lesiones, admite la atenuante por el pago de la responsabilidad civil, por citar un supuesto en el que el bien jurídico afectado era personalísimo.

⁵⁸ Vid. STS 97/2016, de 28 de junio, que hace referencia a unos parámetros presentes habitualmente en la jurisprudencia para resolver alegaciones de este tenor, afirmando que «la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en casación. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007, de 28 de noviembre). Cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin ser exactos, se mueven en torno a pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan «x» euros y no una cantidad lige-

nuar la pena de quien elige indemnizar en lugar de restituir el objeto hurtado que todavía conserva, o prestar únicamente una reparación monetaria parcial pudiendo resarcir a la víctima por la totalidad del perjuicio que se le ocasionó. Pero, del mismo modo, tampoco es de recibo que la atenuante quede reservada para aquellos infractores que estén en condiciones de pagar la práctica totalidad de lo debido y «comprar» así la rebaja de pena sin mayores quebrantos⁵⁹. No obstante, el Alto Tribunal no parece interpretar este extremo de la misma manera, otorgando únicamente una «importancia colateral» al «contexto económico o posibilidades patrimoniales del acusado y su entorno para indemnizar»⁶⁰. Se afirma que «en cualquier caso, la reparación ha de ser relevante y satisfactoria desde el punto de vista de la víctima, que no tiene culpa de que el autor del hecho delictivo, sea solvente o insolvente»⁶¹.

En cuanto a los «rituales» admitidos para prestar la reparación, no son infrecuentes los casos en los que el acusado solicita que se aprecie la atenuante del artículo 21.5 CP aplicada sobre la fianza que el mismo depositó en la pieza de responsabilidad civil, en ocasiones aportando una cuantía suficiente para cubrir totalmente la indemnización debida, aunque a veces también pidiendo la rebaja punitiva ante una reparación parcial.

La mitigación de pena a través de la consignación de la fianza se fue consolidado desde la entrada en vigor del Código penal como una forma de proceder bastante habitual, siempre que el ingreso fuese acompañado de una declaración del acusado expresando su deseo de que las cantidades depositadas fueran destinadas a reparar a la víctima.

El Tribunal Supremo parece conceder, de hecho, una importancia clave a dicha declaración⁶², hasta el punto en que, al tiempo que se reconoce la mitigación de pena cuando el acusado expresa su deseo de que el dinero vaya

ramente superior, o ligeramente inferior». En idéntico tenor, *vid.* STS 207/2020, de 21 de mayo, prevaleciendo la idea de que «la reparación parcial, en una cuantía muy inferior a la del daño causado no puede ser valorada como una circunstancia atenuante», STS 438/2018, de 3 de octubre.

⁵⁹ Especialmente tajante, en sentido similar, HIRSCH, H. J., «Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 102, 1990, p. 546.

⁶⁰ STS 1112/2007 de 27 de diciembre.

⁶¹ *Ibidem*. En el caso de autos, el acusado consignó, antes de la celebración del juicio oral, la suma de 1.500 euros, con destino a la indemnización correspondiente a la víctima, una niña de siete años de edad (aunque el Ministerio Fiscal y la acusación particular habían solicitado la cantidad de 6.000 euros, que fue precisamente la cuantificación del perjuicio a título de daño moral que el Tribunal estimó procedente). No hay clara constancia de si el abono de la cuarta parte de la cantidad debida trae o no causa de la falta de posibilidades de afrontar la totalidad de la deuda por parte del infractor, pero parece evidente, por la argumentación del Tribunal, que dicho extremo no resultó crucial a la hora de adoptar la decisión.

⁶² Aunque hay excepciones, en las que la oferta para reparar de los bienes que el penado tenía embargados en la pieza de responsabilidad civil fue considerada como insuficiente en cualquier medida para atenuar la pena. *Vid.* SSTS 529/2006 o 229/2017, ambas de 3 abril.

destinado a reparar a la víctima, se deniega la apreciación de la atenuante en casos en los que esas declaraciones están ausentes, pese a que la fianza aportada llegue a cubrir la totalidad de lo debido. Todo ello se justifica señalando que «cuando la actuación económica consiste en consignar una cantidad dineraria antes del juicio, *no con la pretensión de reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados*⁶³, sino dando seguimiento a un previo auto de prestación de fianza, garantizándose así que pueda hacerse pago al perjudicado en la eventualidad procesal de que, terminado el juicio, se declare una responsabilidad civil de la que el consignante discrepa y que no admite, no nos encontramos con la actuación configuradora de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, sino con una consignación en garantía de las eventuales responsabilidades civiles que puedan llegar a dictarse. En tal coyuntura, la actuación procesal se limita a dar cumplimiento a la previsión de los artículos 589 y 591 de la LECRIM, que establecen que cualquier fianza monetaria podrá constituirse en dinero en efectivo, eludiéndose el embargo subsidiario contemplado en el artículo 597 de la LECRIM, así como la propia previsión subsidiaria del artículo 738.2 en relación con el artículo 585 de la LEC, que permite eludir y suspender el embargo consignando la cantidad por la que este se hubiera despachado»⁶⁴.

Aun compartiendo el sentido de la decisión, pienso que la argumentación que lleva a adoptarla resulta un tanto confusa. Y es que, *a sensu contrario*, esta pauta en la aplicación de la atenuante a través del pago de la fianza sumado a la declaración de voluntad supone la aceptación de la relevancia penal de una práctica descarnada, consistente en premiar con una rebaja de pena al sujeto que, en lugar de cometer un delito de alzamiento de bienes⁶⁵, se limita a cumplir con una obligación. El hecho de que el infractor exprese su intención de destinar la cantidad depositada a reparar a la víctima no deja de ser una oferta vacía, una declaración más simbólica y estereotipada que con visos de anunciar un rumbo de acción real que pueda controlar el acusado⁶⁶.

Esta evidencia remite a concluir que la práctica de apreciar la rebaja de pena en estas circunstancias probablemente responda sobre todo a la resignación: ante la dificultad añadida que puede suponer el rastreo del patrimonio de un sujeto que se resista a cumplir con sus obligaciones, se transige con la reba-

⁶³ Cursiva añadida.

⁶⁴ Vid. SSTs 126/2020, de 6 de abril de 2020, 754/2018, de 12 de marzo de 2019, y 757/2018, de 2 de abril de 2019.

⁶⁵ GARRO CARRERA, E., «La atenuante de reparación del daño» en Garro Carrera/Asúa Batarrita, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria (a propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo penal n.º 8 de Sevilla)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, pp. 30 y ss.

⁶⁶ STS 757/2018, de 2 de abril de 2019.

ja de pena si aquél opta por no realizar maniobras de ocultación y facilita que su deuda civil quede saldada. Para dar por buena la solución se exige, eso sí, la declaración de voluntad, que queda sobredimensionada al concedérsele, en apariencia, el estatus de requisito de bloqueo y un significado (intención de *reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados*) con el que solo con mucho voluntarismo y de forma muy remota puede conectarse.

Más allá de que resulte oportuno promocionar seriamente la adopción de medidas que eviten maniobras de ocultamiento del patrimonio por parte de los acusados, pienso que en algunos casos, cuando los tribunales desestiman la apreciación de la atenuante (sea por la clase de delito, sea por el contenido y extensión de la prestación reparadora, o sea porque las circunstancias en las que se prestó no permiten inferir una voluntad reparadora seria e inequívoca), parecen hacer patente el deseo de poner barreras para evitar su aplicación inopinada. Es decir, lo que se percibe es que el Tribunal, intuitivamente, es a veces reticente a apreciar la atenuante ante algunos casos en los que la reparación no resulta intersubjetivamente indicativa de una asunción de responsabilidad creíble por parte del infractor, pero no llega a nombrar criterios abstractos de relevancia y a mantenerlos con coherencia, más allá de tratar de esquivar obstáculos que permitan proporcionar soluciones *ad hoc* más o menos justas.

En definitiva, y como queda patente, el problema es que no termina de expresarse de forma clara y sistemática en qué reside ese «algo más» respecto al pago de una cantidad de dinero antes del juicio que pueda ser considerado un elemento irrenunciable para atenuar la pena, aunque sería preciso y urgente poner nombre a ese *plus*, determinarlo, de tal forma que la rebaja de pena se pueda mover en unos parámetros de previsibilidad.

Y precisamente en relación con lo anterior emerge nuevamente una cuestión sobre la que conviene insistir: se ha asumido que el papel de mayor protagonismo que se está reconociendo a la víctima en los últimos años es donde reside el sentido último de la reparación penal, midiendo su impacto sobre la pena a través del grado de satisfacción procurado al ofendido. Pero lo que las víctimas pueden querer y necesitar en el plano individual será diferente, a veces, de lo que el Derecho pueda razonablemente reconocerles. Se puede aproximar más o menos, probablemente dependiendo del concurso e intersección de variables como la clase de delito, la personalidad de la víctima y sus circunstancias personales y sociales. Pero del mismo modo que sería simplista pretender que la medida del desagravio de la víctima coincide miméticamente con que se le abone la responsabilidad civil, lo que es evidente es que procurar satisfacción a la víctima puede ser, en algunos casos, un objetivo imposible de culminar, difícil de operacionalizar e inasumible para el Derecho, a veces por-

que sus expectativas pueden ser desmesuradas, otras porque rechace por completo ser la receptora de cualquier prestación que provenga del infractor o de su entorno (lo que siendo plenamente legítimo, no cambiará el hecho de que la víctima no habrá sido satisfecha), o bien porque perjudicado responda al perfil opuesto al de una víctima «vindicativa» y se considere totalmente reparado con un gesto que intersubjetivamente resulte insuficiente, o que la mayoría interpretaría como vacuo o incluso ofensivo.

En definitiva, el fundamento victimológico de la atenuante se antoja, sin duda, bienintencionado y puede, incluso, resistir algún test superficial en cuanto a su idoneidad y razón de ser para mitigar la pena por reparación. Esto probablemente se deba a lo loable del objetivo que proclama, por presentar un fin legítimo al que aspirar, al igual que ocurre con otras manifestaciones indeterminadas, como cuando se invoca la necesidad de «hacer justicia» después de que se haya cometido un crimen atroz. Es imposible estar en desacuerdo con algunos planteamientos de partida, lo que no impide que en la ulterior concreción de medios con los que se va a perseguir el propósito, o en su legitimación, no se pongan en evidencia contradicciones y problemas que terminen por conducir a aceptar soluciones de compromiso o matizaciones del objetivo inicial. Y es en esa segunda vuelta donde queda patente que el *plus* de la reparación al que me refero difícilmente puede pivotar en torno a la víctima y a su satisfacción: ni la víctima puede erigirse en el epicentro de la atenuante, ni el daño material y moral (indemnizable) que se le causó equipararse con el daño causado por el delito, ni la circunstancia modificativa operar cuando el infractor no ha atajado el daño que de verdad importa⁶⁷.

3.2.2 LA REPARACIÓN PENALMENTE RELEVANTE COMO CONDUCTA ESTABILIZADORA DE ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

En los anteriores epígrafes se han ido poniendo de relieve las tensiones que se generan entre las legítimas expectativas de las víctimas de obtener la reparación del daño, la dotación de contenido concreto a esa expectativa, y las condiciones en las que su cumplimiento debe tener un impacto sobre la pena a imponer al acusado.

No es siempre sencillo llegar a conclusiones tajantes e indubitadas tras la ponderación de estos aspectos y de sus implicaciones, pero como ya se ha in-

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en *RCGPJ*, núm. 45, 1997, p. 198.

dicado, hay algunos ejes que marcan las claves de relevancia penal de la reparación y considero que estos deben operar como líneas rojas que impidan la apreciación de la atenuante en casos en los que ciertas condiciones estén completamente ausentes.

Si, como se ha mencionado antes, se opta por un modelo de relevancia de la reparación condicionado a que la conducta postdelictiva del infractor pueda conectarse con una menor necesidad de pena, esto remite a posicionarse, siquiera brevemente, sobre qué teoría justificativa de la pena se adopta, y a abordar el modo en que la reparación puede encajar en ella, haciendo que la cantidad de pena precisa tras una conducta postconsumativa positiva sea, al menos, inferior.

Pienso que la prevención general positiva es una teoría que explica bien los motivos de la rebaja de pena, y que también resulta valiosa para inferir las características que ha de reunir una reparación a la que se pueda reconocer efectos sobre las consecuencias jurídicas. Concretamente, resulta convincente un entendimiento de la pena como instrumento estabilizador tras la comisión del delito, como un mal que «repara» comunicativamente la conmoción creada por el delito⁶⁸. La circunstancia postdelictiva de reparación, al igual que la de confesión, encaja bien en ese esquema de pensamiento, porque, concurriendo ciertas condiciones, tiene la virtualidad de operar como un equivalente funcional de la pena. Quien toma la iniciativa de reparar el daño ocasionado por el delito y hace patente, a través de su conducta, su absoluta disponibilidad y compromiso para asumir su responsabilidad por el menoscabo que causó, está también contribuyendo a lanzar el mismo mensaje que se atribuye a la pena⁶⁹, del que cabe esperar, por tanto, un efecto similar, aplacador de la perturbación ocasionada por la infracción⁷⁰. Ahora bien, para ello es preciso que la conducta postdelictiva presente unas características de las que se pueda inferir ese significado comunicativo, lo que, a mi juicio, no dependerá primariamente del resultado de la reparación. Y es que el resultado no es, en sí mismo, el aspecto esencial de una reparación valiosa. Lo es, en cambio, el valor que se pueda

⁶⁸ FEJOO SÁNCHEZ, B., 2014, p. 279.

⁶⁹ Sobre la «dimensión comunicativa» del delito, de la pena y de sus equivalentes funcionales, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Introducción. Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en Wolter, J./ Freund, G., (eds.), *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, Barcelona (Marcial Pons), 2004, p. 21; EL MISMO, *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2018, pp. 122 y ss.

⁷⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?» en García Valdés, C./Valle Mariscal de Gante, M./Cuerda Riezu, A. R./Alcácer Guirao, R. (Coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid (Edisofer), 2008, p. 481.

atribuir a la conducta desplegada, cuya idoneidad para mitigar la necesidad de pena dependerá de que pueda ser percibida, intersubjetivamente, como una acción decidida, esforzada e irrevocablemente comprometida con la aminoración del daño.

Esta equiparación de funciones con la pena es posible si se admite que el perjuicio que ha de ser atajado es el daño social aparejado al delito. Si la medida de la pena depende de las necesidades de estabilización normativa que derivan del quebranto que el delito causa en las expectativas de los ciudadanos sobre el legítimo disfrute y ejercicio de sus bienes y derechos⁷¹, una reparación sería debería llevar a descontar la cuantía de pena que idealmente puede conectarse con la contribución a la estabilización por parte de la conducta postdelictiva positiva.

Siendo lo más relevante la conducta positiva exteriorizada, solo puede concluirse que la víctima se convierte en una figura hasta cierto punto accesoria para la viabilidad de la reparación⁷². Con esto en absoluto se está diciendo que en un delito con víctima la reparación no deba ir, siempre que se pueda, prioritariamente dirigida a compensarla, cuestión que parece incontrovertida. Lo que se está poniendo de relieve es que el daño social también está presente en delitos sin víctima, por lo que no hay motivo para que pueda ser atajado a través de prestaciones simbólicas. Tampoco quedaría excluida la atenuante de reparación caso de que hubiese un afectado de carne y hueso que se negase a ser compensado por parte del infractor, o una víctima que no hubiese obtenido una reparación económica completa de los daños materiales o morales que sufrió, debido a la insolvencia real del acusado. En esos casos, aun habría margen de apreciar la atenuante en caso de que se exteriorice una conducta que lleve aparejado un valor de acción. Por lo tanto, ante la pregunta de si los parámetros de apreciación de la atenuante de reparación pueden «emanciparse» de la víctima y de su concreta satisfacción, la respuesta sería rotundamente afirmativa.

Ahora bien, en coherencia con este fundamento preventivo general positivo, la atenuante solo debería aplicarse si el referido valor de acción se aprecia en un caso concreto, independientemente de si la deuda civil (si es que el delito cometido hubiera dado lugar a ella) hubiera sido o no saldada. En conse-

⁷¹ OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.ª edición, Berlin, New York (Walter de Gruyter), 2004, p. 5

⁷² SILVA SÁNCHEZ, J. M., 1997, p. 197; ALCÁ CER GUIRAO, R., «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23.5.º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», en *RCGPJ*, núm. 63, 2001, p. 114; GARRO CARRERA, E., *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21.5 del Código Penal)*, Bilbao (Universidad del País Vasco), 2005, pp. 284-285.

cuencia, no procedería la rebaja de pena (ni siquiera a través de la atenuante ordinaria) ante gestos compensadores que no lleguen a rebasar ese umbral mínimo de significado constructivo. Evidentemente, este diagnóstico requiere de algunos indicadores que actúen como filtro a la hora de realizar una valoración sobre la relevancia de la reparación prestada, indicadores que residirían, a mi juicio, en la voluntad de reparar y en la realización de un esfuerzo por compensar el daño causado.

No se trata, como se verá a continuación, de elementos seleccionados al azar, ni de forma caprichosa. Más bien al contrario: además de estar en plena sintonía con los requisitos que se vinculan a la relevancia de la reparación en derecho comparado, también lo están respecto a los documentos internacionales que se ocupan de la justicia restaurativa y/o de la mediación penal, como procedimientos claves vinculados al comportamiento postdelictivo positivo.

3.2.3 LA VOLUNTAD DE REPARAR

El primero de los ejes para dotar de relevancia penal a la reparación reside en la voluntariedad. No parece que se trate, *a priori*, de un requisito especialmente controvertido, ni que sea necesario detenerse en exceso en explicar que sería imposible atribuir la conducta reparadora a quien la realiza, en casos de reparaciones prestadas por coacción o bajo amenaza.

Este entendimiento de la voluntariedad como requisito subjetivo mínimo no se cuestiona en la doctrina⁷³ ni en la jurisprudencia⁷⁴, y como se ha puesto de relieve, los tribunales incluso insisten en él como condición *sine qua non* para la mitigación de pena en aquellos casos en los que se admite el depósito de la fianza como conducta reparadora, llegando a exigir una declaración expresa de voluntad de que la cuantía consignada vaya destinada a compensar a la víctima.

⁷³ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*, Pamplona (Aranzadi), 1998, p. 206, que señala que no puede descartarse que, en algunos casos, sea un tercero quien lleve a cabo la prestación, actuando, eso sí, como mandatario del infractor; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., 1997, pp. 266-270; PUENTE SEGURA, L., 1997, p. 411; RUIZ VADILLO, E., «Artículo 21.5», en Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia, tomo I. Derechos fundamentales, artículos 1 a 137*, Trivium, Madrid, 1997, p. 794; POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 395.

⁷⁴ Véase, por todas, la STS 612/2005, de 12 de mayo, que destaca «el carácter objetivo de la atenuante, por cuanto la reparación del daño ocasionado a la víctima, en la medida de lo posible, es el dato determinante, resultando secundarios los propósitos o el origen de la compensación dineraria, siempre que se obtenga por iniciativa del acusado». Cursiva añadida.

Aun compartiendo que la reparación que conduzca a la apreciación de la atenuante ha de ser una conducta voluntaria, pienso que no conviene cargar las tintas sobre este requisito. Me refiero con esto a que debería bastar, para dar por cumplida la condición, con una comprobación negativa, en el sentido de limitarse a constatar que la reparación se produjo en un contexto de ausencia de presiones de cierta entidad sobre el infractor, es decir, de presiones que puedan ser consideradas idóneas para hacer quebrar su libertad de decisión. Los consejos de terceros animando al infractor a reparar, aunque se produzcan de forma insistente y reiterada, no debieran impedir la apreciación de la atenuante, siempre que mantengan la condición de recomendación, y el sujeto tenga un margen razonable de decidir un rumbo de acción.

Ir más allá de este umbral mínimo de contenido de la voluntariedad y pretender sobrecargar la dimensión de este requisito subjetivo restaría operatividad y eficacia a la atenuante⁷⁵, dado que implicaría inmiscuirse en el fuero interno del infractor, con las dificultades que ello entraña, colocándonos, además, en el peligroso umbral de valorar los motivos que le llevaron a reparar, así como su valor ético. No hace falta insistir en que, partiendo de ese escenario, el tránsito hacia el arrepentimiento como elemento nuevamente relevante en la valoración se antojaría fácil, casi como un paso natural.

En definitiva, que la reparación se haya prestado de forma voluntaria, con un entendimiento depurado del requisito, debe contemplarse como una demanda razonable para que la atenuante pueda entrar en juego, quedando consagrada como de los presupuestos básicos de la relevancia de la reparación penal, aquí y en derecho comparado⁷⁶.

3.2.4 EL ESFUERZO POR REPARAR

Más allá de que la reparación se haya producido de forma voluntaria, el elemento clave para dotar de relevancia al comportamiento postdelictivo positivo es que la conducta haya supuesto al infractor la realización de un esfuerzo.

⁷⁵ Cfr. ALCÁ CER GUIRAO, R., 2001, pp. 106 y ss.

⁷⁶ Nótese que no se trata de un requisito que se halle presente en la denominada pena de reparación (*Wiedergutmachungsstrafe*), que obliga al infractor a compensar a la víctima por los daños que le causó y que, al imponer la compensación al condenado, prescinde de la voluntariedad como uno de los presupuestos básicos. Vid. SAUTNER, que señala que, si bien no se trata de una respuesta que pueda encuadrarse dentro de la justicia restaurativa (precisamente por la falta el componente de solución consensuada que la caracteriza) la pena de reparación sigue siendo una pena más constructiva (en contenido) que la tradicional pena de prisión o incluso la de multa, que prácticamente se agotan en la imposición del mal que representan, SAUTNER, 2010, pp. 399 y ss.

Es este un elemento que genera cierta controversia, quizá porque el artículo 21.5 CP no lo requiere expresamente, lo que parece suscitar dudas sobre la opción de erigirlo como condición para la apreciación de la atenuante.

Ciertamente, el esfuerzo está ausente en la redacción de la circunstancia modificativa, del mismo modo que tampoco se halla referencia alguna a la voluntariedad en el texto de la atenuante, sin que esta última ausencia se considere tan decisiva por parte de la doctrina mayoritaria ni de los tribunales. De hecho, pienso que resulta igualmente difícil prescindir del esfuerzo que de la voluntariedad si se desea mantener la aplicación de la atenuante en parámetros racionales para el Derecho penal. Y es que lo mismo que se admite sin problemas que una conducta no puede atribuirse a quien fue obligado a realizarla, tampoco debería dar lugar a demasiadas objeciones que la interpretación de un término se adapte a los parámetros de la disciplina que lo acoge. Como decía al inicio, la reparación puede tener un significado de uso común que no coincide plenamente con el que se le otorga en el ámbito del Derecho civil. De igual modo, no hay motivo para que el Derecho penal no haga sus propios ajustes para dotar a la reparación de un significado específico que encaje dentro de sus propios fines. Es más, prescindir de esa adaptación solo crea graves incongruencias que ya han sido puestas de relieve: es inaceptable que quien disponga de medios económicos para pagar la indemnización civil pueda acceder a una rebaja de pena a través del mero ingreso de una cantidad, sin ulteriores comprobaciones. No es asumible que la determinación de la pena se convierta en una transacción comercial en la que las personas de alta solvencia estén, simplemente por su patrimonio, en una situación privilegiada respecto al resto. En consecuencia, tampoco es admisible que un infractor insolvente se vea automáticamente abocado a sufrir unas consecuencias jurídicas más gravosas por no estar en condiciones de hacer un pago monetario.

No hay duda de que no se pueden depositar expectativas irreales en el Derecho penal y que no es viable esperar que sea en sede penal donde se corrijan la desigualdad y las injusticias que en buena medida derivan de ella⁷⁷. Pero aun admitiendo ese punto de partida, tampoco es de recibo que la jurisdicción penal se instrumentalice para incrementar aún más esas desigualdades en un acto trascendente como la determinación de la pena, y que se avale sin pudor que quien tiene dinero, «necesita» menos castigo por el mero hecho de haber ingresado una cantidad en una cuenta. Aceptar abiertamente que puede haber un Derecho penal más laxo para ricos y otro más estricto para pobres (si se

⁷⁷ Sobre la relación entre la pobreza y el Derecho penal, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, pp. 67 y ss.

permite la simplificación) lanza un mensaje que subraya que las normas y las consecuencias que se aparejan a su incumplimiento están dirigidas con todo el énfasis solo a los segundos. Pienso que cualquiera que admita que la función esencial de la pena es atender a las necesidades de estabilización normativa tras la comisión de un delito, no puede sino asistir con preocupación al mensaje ciertamente perturbador que se traslada con la doble vía de reacción referida⁷⁸.

En cambio, la reparación estaría en condiciones de contribuir al objetivo de prevenir delitos en caso de que se constate que supuso la realización de una conducta valiosa y meritoria, aunque no siempre esté coronada por un resultado de compensación total o de aminoración de la deuda civil. El enfatizar el valor de la acción es del todo coherente con el concepto de reparación estrictamente penal que debería imponerse a la hora de interpretar el ámbito de operatividad del artículo 21.5 CP. Y eso porque es sólo una conducta creíble y comprometida la que está en condiciones de expresar un *actus contrarius*, un mensaje revocador de asunción de responsabilidad que pueda operar como equivalente funcional de la pena. Siendo la credibilidad de la conducta reparadora un aspecto crucial, está en manos de cualquiera (independientemente de su situación económica) la opción de comprometerse en la mitigación del daño de forma concluyente e indubitada, en la medida de sus posibilidades. Y ello porque la carga expresiva de la que depende la relevancia de la conducta reparadora puede ser igualmente rotunda y terminante ante prestaciones de distinto signo, también ante actos simbólicos. Ahora bien, para que esto sea así es necesario que en ellos se vislumbre que el compromiso y el empeño decidido por reparar suponen un esfuerzo a quien los realiza, como forma de visibilizar intersubjetivamente y mediante actos externos la credibilidad del comportamiento postdelictivo. Así pues, considero que es el esfuerzo el filtro definitivo que debe guiar a los tribunales a la hora de discriminar entre conductas reparadoras merecedoras de una rebaja de pena, y aquellas que, o bien son del todo insignificantes, o bien, a lo sumo, representarían un mero «asiento contable» en la disminución de la deuda civil.

La jurisprudencia parece acoger, en ocasiones, una visión similar a la trasladada. Así, por ejemplo, se hallan declaraciones prometedoras como que «en nuestra jurisprudencia (...) el fundamento material a la existencia de la

⁷⁸ Mensaje que no pierde contundencia por apelar a que de este modo se contribuye a atender al muy loable interés de fomentar la reparación a la víctima, por los motivos ya expuestos: no puede dejarse en manos del perjudicado la posibilidad de dirigir de primera mano la medida de la estabilización normativa, ni puede asumirse que sus necesidades de desagravio y compensación se vayan a ver satisfechas con un mero pago dinerario sin mayores aditamentos.

atenuación es la realización de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida (...). Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad»⁷⁹. Pero lo usual es que tampoco estas resoluciones estén del todo depuradas de la «plantilla base» que compone el texto de la mayoría de las sentencias en las que se discute sobre la aplicación del artículo 21.5 CP. De ahí que, mientras se insiste en el esfuerzo desplegado como factor clave para la atenuación, no se renuncie a exigir, al mismo tiempo, un resultado de reparación material relevante de los daños, ni a erigir a la víctima y a su satisfacción como máxima referencia para la rebaja de pena⁸⁰. Así, es frecuente que las declaraciones más inspiradoras terminen finalmente soterradas entre las habituales, a veces en franca contradicción entre ellas, aunque estas incongruencias puedan pasar desapercibidas a primera vista, si no se realiza un escrutinio detallado de la lógica interna de las resoluciones.

Pese a lo errático de nuestra jurisprudencia, el esfuerzo en absoluto constituye una demanda inopinada o casual. No es superfluo mencionar que en los ordenamientos del ámbito germánico, que pueden considerarse pioneros en esta materia, no hay efectos reseñables para una reparación en la que el esfuerzo esté ausente. Esto queda especialmente patente en al § 46a StGB alemán, que expresamente lo consagra como requisito de sus dos modalidades reparatoras⁸¹. Pero incluso en aquellas figuras del Código penal austriaco que con-

⁷⁹ STS 94/2017, de 16 de febrero.

⁸⁰ Esto queda patente, por ejemplo, en alguna sentencia en la que se discute sobre la procedencia de apreciar la atenuante como muy cualificada, y en la que, de forma errática, se insiste en el fundamento victimológico (unido a procurar un resultado de reparación efectiva) para después poner el acento en el esfuerzo realizado por el infractor como elemento crucial para la mitigación extraordinaria. Pienso que la atenuación cualificada no debería desvincularse del fundamento básico que se acoga para la atenuación, apreciándola si esa motivación está especialmente presente en el caso a enjuiciar. Es decir, supone una inconsistencia en la argumentación apelar a un criterio como fundamento general de la atenuante ordinaria y a uno diferente (que puede llegar a ser contradictorio con respecto al principal) para apreciar la atenuante como muy cualificada. Vid. STS 1112/2007, de 27 de diciembre. Véase también la STS 217/2020, de 21 de mayo, relativa a un delito de apropiación indebida en la que se sostiene que «de los hechos probados no resulta que la situación del recurrente, notario hasta su jubilación, permita considerar que la consignación de esa cantidad demuestre un esfuerzo indemnizatorio que por sí mismo justifique la atenuación», aunque incidiendo en que haber abonado 20.000 euros en lugar de los 400.000 debidos no podía considerarse relevante.

⁸¹ La primera de ellas refiriéndose al esfuerzo por llegar a un arreglo con la víctima para reparar los daños que le fueran ocasionados involucrándose en un proceso de mediación (entendiendo que la disponi-

ducen al levantamiento de pena ante reparaciones que prácticamente coinciden en contenido con la satisfacción de la responsabilidad civil, este efecto quedará siempre supeditado a la concurrencia de factores que implican un valor de acción que sin duda podrían quedar abarcados por la noción de esfuerzo. Esto ocurre con la institución denominada arrepentimiento activo (*tätige Reue*) del § 167 öStGB, que declara no punibles ciertos delitos contra el patrimonio sin violencia ni intimidación ante una conducta postdelictiva que suponga la vuelta a la situación previa a la comisión de la infracción (restitución o resarcimiento pleno) producida con absoluta espontaneidad, es decir, antes de que el infractor tenga noticia de que las autoridades conocen su implicación en los hechos. La generosidad en el reconocimiento de consecuencias jurídicas trae causa, por tanto, del saldo que arroja la combinación de un máximo valor de acción y de resultado⁸².

En España una mirada al relativamente reciente Estatuto de la Víctima del delito también debería resultar inspiradora para llegar a conclusiones similares, y para al menos plantear si procede aplicarlas a una discusión «2.0» en torno al ámbito de operatividad de la atenuante del artículo 21.5 CP. No olvidemos que la referencia a la reparación se enmarca en el artículo 15 del Estatuto, que dispone que «las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa», proceso participativo en el que, a través de distintos mecanismos como la mediación, la conciliación y los círculos restaurativos, las partes involucradas o miembros de la comunidad deciden de forma colectiva cómo lidiar con las consecuencias inmediatas del delito y sus repercusiones para el futuro, con las miras puestas en la conciliación y la reparación, pero también en la denuncia del comportamiento delictivo como un hecho inaceptable⁸³. La par-

bilidad de participar en el propio proceso constituye en sí mismo un indicador del compromiso y de la implicación del sujeto en el propio proceso reparador); la segunda, relativa a la reparación total o casi total de los daños, pero solo si ello hubiese requerido al autor la realización de un esfuerzo o privaciones personales considerables. Sobre el amplio abanico de disposiciones vinculadas a la reparación del daño del ordenamiento jurídico penal alemán, más allá del § 46 a StGB vid., ampliamente, GARRO CARRERA, E., 2005, pp. 29 y ss.

⁸² Con ulteriores referencias a las previsiones vinculadas con la reparación penal en el ordenamiento jurídico austriaco, incluyendo el sistema de derivación de asuntos penales (*diversionelle Verfahrenserledigung*), vid. GARRO CARRERA, E., 2005, pp. 115 y ss.

⁸³ Cfr., por todos, BRAITHWAITE, J., *Crime, shame and reintegration*, Cambridge, New York (Cambridge University Press), 1989; EL MISMO, *Restorative Justice and responsive regulation*, New York (Oxford University Press), 2002; WALGRAVE, L., «From civilising punishment to civilising Criminal justice: from punishment to restoration», en Cornwell, D., Blad, J., Wright, M., (eds.), *Civilising Criminal Justice. An international restorative agenda for penal reform*, Sheffield-on-Loddon (Waterside Press), 2013, pp. 347 y ss; BLAD, J., «Civilisation of Criminal Justice: restorative justice amongst other strategies», en Cornwell, D., Blad, J., Wright, M., (eds.), *Civilising Criminal Justice. An international restorative agenda for penal reform*, Sheffield-on-Loddon (Waterside Press), 2013, pp. 209 y ss; DÜNKEL, F., *Restorative Justice – Aktuelle Entwicklungen einer wiedergutmachenden Strafrechtspflege in Europa*, en Bannen-

tipificación voluntaria⁸⁴ del infractor en un proceso de estas características, supone, en sí misma, una implicación que bien puede ser denominada esfuerzo. Y es que el hecho de participar en un proceso comunicativo en el que el autor del delito se enfrenta a la víctima, la escucha, declara su disposición a asumir su responsabilidad en el daño ocasionado, y trata de consensuar la mejor manera de enmendarlo, no puede sino considerarse un rumbo de acción valioso o meritorio. Y lo será independientemente de las características concretas que adopte la reparación finalmente prestada, siempre que éstas puedan explicarse atendiendo a la situación personal y financiera del infractor.

Pienso, en definitiva, que el propio Estatuto de la Víctima podría servir, con su referencia a la justicia restaurativa, como una norma de la que puede extraerse una «moralaja» clara sobre el propio concepto de reparación penal, que no puede quedar reducido a la inercia interpretativa que se inició con la entrada en vigor del Código penal de 1995 y cuyos matices y características deben cincelarse teniendo en cuenta, precisamente, las funciones de la jurisdicción en la que pretenden reconocerse los efectos a la conducta compensadora. Así, el texto del Estatuto, además de conectar el derecho a la reparación de la víctima con un procedimiento que es, en sí mismo, valioso y potencialmente útil para contribuir a lograr fines preventivos, podría tomarse como referencia para ir desplazando el foco hacia el valor de acción también en delitos en los que no haya un afectado de carne y hueso⁸⁵.

Por último, debe quedar claro que con las referencias al valor de acción no se trata de sustituir el antiguo arrepentimiento, con connotaciones claramente anacrónicas, por otro sentimiento similar pero que resulte más presentable desde las claves de un Derecho penal moderno. Es decir, el esfuerzo reparador no debe evocar un sentido cercano a la expiación, como si se tratara del sacrificio que lleva al infractor a purificarse de sus culpas, a borrarlas, desde una perspectiva auto-punitiva de acto de contrición. Y es que lo relevan-

berg, B./Brettel, H./Freund, G./Meier, B. D./Remschmidt, H./ Safferling, C (Eds.), *Über allem: Menschlichkeit*, Baden-Baden (Nomos), pp. 499 y ss; KILCHLING, 2017, pp. 63 y ss.

⁸⁴ El artículo 15.1.c) dispone que es preciso que «el infractor haya prestado su consentimiento».

⁸⁵ ALCÁZER GUIRAO, R., 2001, p. 116; GARRO CARRERA, E., 2005, p. 285; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2008, pp. 483 y ss. La posibilidad de recurrir a la reparación simbólica como modalidad válida de comportamiento postdelictivo positivo ha sido puesta de relieve frecuentemente en el ámbito germánico, a menudo en relación con delitos contra la generalidad en los que puede individualizarse alguna persona afectada. Véase, BRAUNS, U., *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter: Ein Beitrag zur Neubewertung eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda*, Berlin (Duncker & Humblot), 1996, p. 317; LAUE, C., *Symbolische Wiedergutmachung*, Berlin (Duncker & Humblot), 1999, p. 88; RÖSSNER, D./ BANNENBERG, B., «Das Prinzip des Täter-Opfer-Ausgleichs im allgemeinen Strafrecht. Leitfaden für die Praxis», en Hering/Rössner, D., (eds.), *Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht*, Bonn (Forum), 1993, p. 34.

te no es tanto lo que el sujeto sienta como vivencia personal, sino lo que comunica con su acción reparadora. El esfuerzo por reparar constituye, de hecho, un elemento aprehensible, objetivable y medible a través de indicadores que merece una valoración positiva de forma prácticamente simétrica a la valoración negativa que merece la acción delictiva previa.

4. REFLEXIÓN FINAL

Ni la más decidida defensa a favor de atender las necesidades e intereses de las víctimas puede llevar a ignorar la absoluta vigencia de algunos de los motivos que terminaron abocándola a la insignificancia en el proceso penal. Y es que su progresiva marginación tiene mucho que ver con la construcción de un sistema que se erige sobre la evidencia de los abusos a los que llevaba avallar la vía vindicativa privada o colectiva.

En las últimas décadas se ha cuestionado que la dignificación de la víctima y una mayor atención a sus demandas suponga necesariamente fagocitar las posibilidades de responder de forma ecuánime y proporcional ante el delito. Las víctimas ya no hibernan, han salido de su letargo y, en la euforia de su redescubrimiento, el sistema de Justicia penal parece mostrarse receptivo ante ellas y confiado en mantener, para el infractor, el mismo estándar de garantías y derechos de siempre.

Una de las pretensiones más recurrentes de quien ha sufrido un delito en primera persona reside en que le sea reparado el daño que le fue ocasionado. Nadie duda de la legitimidad de estas demandas, pese a que su materialización se vea en ocasiones dificultada por la insolvencia del infractor, o por maniobras de ocultación de su patrimonio dirigidas a eludir la responsabilidad por parte de quien cometió el delito. La dificultad práctica de rastrear el patrimonio alzado, combinada con el renacido interés por fomentar la satisfacción de las necesidades de la víctima, han favorecido que la interpretación de la atenuante de reparación discurra por unos derroteros confusos, y a veces perturbadores, que desenfocan la razón de ser de la circunstancia modificativa.

Y es que la atenuante no puede concebirse como el instrumento principal de dignificación de la víctima, como el medio óptimo para fomentar que obtiene aquello que precisa. Lo que el perjudicado necesita para su propio desagravio y aquello a lo que el Derecho penal o civil pueden reconocer naturaleza de reparación relevante no tienen por qué coincidir. Quizá lo hagan, a veces. Pero en muchas otras ocasiones formarán a lo sumo círculos secantes, o incluso mundos paralelos sin intersección alguna.

El instrumento principal del Código penal vinculado al comportamiento postdelictivo positivo difícilmente puede tener como finalidad preponderante garantizar que se atienden los intereses privados de la víctima. La concesión de efectos a la reparación penal tiene sentido si se conecta con la evidencia de su potencial estabilizador, en caso de que sus características como comportamiento meritorio permitan considerarlo un equivalente funcional de la pena. Y es precisamente el énfasis que se pone en el valor de la conducta reparadora (más que en el resultado) lo que llega a explicar que el contenido concreto de la reparación penal pueda estar, en ocasiones, completamente alejado de las expectativas de la víctima o de su compensación.

Puede antojarse contradictorio o chocante asumir la relativa «accesoriedad» de la víctima y de su satisfacción cuando se habla de la reparación del daño. Pero con la reparación, como en otros ámbitos, no podemos sino lidiar con lo posible, lo realizable, poniéndolo en el contexto de poder legitimarlo adecuadamente.

V. VÍCTIMA, VICTIMIDAD Y VIOLENCIA DE GÉNERO: UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO DE LA PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO

TÀLIA GONZÁLEZ COLLANTES*

1. LA PENA DE PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO A LA VÍCTIMA EN ESPAÑA Y EN PORTUGAL

En España cuando la prohibición de acercamiento a la víctima se impone como medida cautelar es facultativa, tiene que respetar determinadas garantías y atender a la existencia de una amenaza real o potencial para la integridad de la víctima. Sin embargo, no ocurre igual cuando se impone como pena; no siempre. En el artículo 57.1 CP se indica que cuando se cometen determinados delitos que allí figuran, los tribunales «atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o diversas de las prohibiciones contempladas en el artículo 48», entre las cuales encontramos, en el apartado segundo, la prohibición de aproximarse a la víctima. Pero sucede que el artículo 57 CP tiene un apartado segundo que opera a modo de excepción a cuanto se acaba de decir, pues aquí se establece que en el marco de la violencia de género y doméstica «se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48», es decir, la acabada de indicar. Se apuesta, pues, por la imposición preceptiva de esta pena accesoria, la cual, en consecuencia, se impone sin tener en cuenta la gravedad en términos penales de la conducta realizada,

* Profesora Contratada Doctora de Derecho penal. Universidad de Valencia.

presumiendo la peligrosidad de todos los condenados, y definiendo la peligrosidad en base a criterios no validados en el plano científico, negándose a admitir prueba en contrario y a permitir la realización de exámenes periódicos que confirmen o descarten la continuidad de la peligrosidad presumida, y que posibilitarían establecer en cada caso y momento la necesidad y la intensidad de la actuación punitiva.

En Portugal, en cambio, en el artículo 152.4 CP únicamente se dice que cuando un hombre ejerce violencia contra quien es o ha sido su pareja sentimental pueden serle impuestas en la sentencia condenatoria una serie de penas, entre las cuales está la de prohibición de contactar con la víctima, que incluiría tanto la prohibición de aproximarse como la de comunicarse con ella. No consta de manera expresa qué tiene que tener en cuenta el tribunal a la hora de decidir si impone o no esta pena, pero el silencio del legislador se ha interpretado en el sentido de que tiene que atender a la gravedad de la conducta, a la peligrosidad del autor y, también, a la voluntad de la víctima. Me interesa destacar esto último, pero también que el hecho de que se haya querido tomar en consideración qué quiere la víctima no significa que no se pueda prescindir de su consentimiento en pro de su seguridad. Ahora bien, en casos en los que la gravedad del delito lo permite, no existiendo una relación conflictiva entre las personas implicadas ni episodios posteriores de violencia, y descartada la existencia de síntomas de vulnerabilidad o debilidad en la víctima, siempre y cuando ella así lo quiera, no debe impedirse que pueda mantener el contacto e incluso retomar la convivencia con ese hombre que contra ella ejerció violencia, pues se entiende que ello implicaría un rebasamiento ilegítimo de la libertad y de la autonomía de voluntad de la propia ofendida. En este sentido puede consultarse el Acuerdo Unánime del Tribunal de Relação de Évora de fecha de 29 de noviembre de 2016.

2. POR QUÉ EN ESPAÑA SE APUESTA POR EL AUTOMATISMO Y SE RENUNCIA AL MISMO EN PORTUGAL

Vemos en el artículo 57.2 CP un claro ejemplo de cómo el pensamiento dicotómico está detrás de algunas decisiones político-criminales adoptadas en España, el fundamento de las cuales, al menos en este caso, radica en una comprensión estereotipada de los sujetos activo y pasivo del delito, en términos de

victimario peligroso y víctima pasiva¹. Se parte de la existencia de un sujeto declarado culpable, el delincuente o victimario, de cuya peligrosidad no puede dudarse, por eso que siempre, sin excepción, tiene que quedar apartado de su víctima. Ésta, la víctima, es la otra parte, una persona pasiva, inocente e indefensa, que ha sufrido y sufre todavía, y a quien por esto el Estado tiene que proteger siempre, incluso de ella misma.

En relación a esa visión del autor de un delito de violencia de género, en lo indicado en el artículo 57.2 CP también apreciamos un buen ejemplo de que se ha impuesto la tendencia consistente en recurrir a métodos actuariales para gestionar los grupos considerados de riesgo². Y, de hecho, el propio Tribunal Constitucional ha dado su visto bueno a esta perspectiva actuarial en la materia que nos ocupa. Lo ha hecho en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo. Aquí, para justificar la diferenciación introducida por el tipo del artículo 153.1 en comparación con el artículo 153.2, afirma, en el fundamento jurídico 9, que «las altísimas cifras alrededor de la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja» constituyen «un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena»³.

¹ LALIGA MOLLÁ/BONILLA CAMPOS, «Políticas públicas en el tratamiento de la violencia de género: una aproximación crítica a la eficacia de las herramientas jurídicas y alternativas», *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, 2015, p. 42; TAMARIT SUMALLA, «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *InDret*, 2013, pp. 13 y 14; HERRERA MORENO, «¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología», *RDPC*, núm. 12, 2014, pp. 343-404; FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008A; EADEM, «Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género», en Muñoz Conde, F. (dir.): *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008B; EADEM, «Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género», en Muñagorri Laguña/ Pegoraro (coords.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Dykinson, 2011; LÓPEZ RODRÍGUEZ, «¿Cuáles son los marcos interpretativos de la violencia de género en España? Un análisis constructivista», *RECP*, núm. 25, 2011, pp. 11-30; CASADO APARICIO, «Tramas de la violencia de género: sustantivación, metonimias, sinécdoques y Preposiciones», *Papeles del CEIC*, núm. 85, 2012, pp. 1-28; GRACIA IBÁÑEZ, «Justicia y política de compasión en relación con las víctimas», *Revista de Victimología*, núm. 7, 2018, pp. 77-106.

² SUBIJANA ZUNZUNEGUI, «La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal», *RECPC*, 2010, pp. 05:1 a 05:24; DEL ROSAL BLASCO, «¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?», *RECPC*, 2009, pp. 08:19, 08:23, 08:35 y ss.; FARALDO CABANA, 2008A, pp. 737 y ss.; EADEM, 2008B, p. 197; EADEM, 2011, p. 269 y ss.; LALIGA MOLLÁ/BONILLA CAMPOS, *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, 2015, p. 42.

³ DEL ROSAL BLASCO, *RECPC*, 2009, p. 08:43; COLÁS TURÉGAÑO, «Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo», en Carbonell Mateu *et al.* (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 1, 2009, p. 371 y ss.

Y en relación ahora con la víctima de la violencia de género, parece estar imponiéndose la tendencia consistente en ver e interpretar a esta mujer según un único modelo de victimidad, la cual se asemeja mucho al estereotipo de víctima ideal de la cual habló por primera vez Christie⁴, describiéndola como un ser débil y vulnerable que desarrolla una actividad respetable cuando se comete el delito y a quien no se la puede responsabilizar por aquello que ha pasado. Otros autores con posterioridad han añadido características complementarias a esa víctima ideal, como por ejemplo no ser provocadora y mostrarse cooperadora con las autoridades, detalles estos añadidos por Strobl⁵. A la vista de esta descripción creo que tiene razón Van Dijk cuando dice que se ha impuesto una imagen de víctima ideal que se acerca a la proporcionada por el cristianismo⁶. Y tratándose de una víctima mujer, Schafran hablaba de la «víctima María», en oposición a la «víctima Eva»⁷. María sería una mujer casta, doméstica, para quien la maternidad es la suprema realización y a quien no se le da bien tomar decisiones que implican autoridad sobre otras personas. Eva, en cambio, sería la eterna tentadora que lleva a los hombres a delinquir, y que es también agente de su propia victimización. Adaptando la categorización de Schafran, la portuguesa Duarte habla de la víctima inocente, que sería el tipo de víctima ideal que va al encuentro de María. Sería una mujer que, a pesar del maltrato recibido, hizo un gran esfuerzo por mantener a la familia y la relación afectiva, lo cual ayudaría a entender por qué tardó en presentar una denuncia contra su agresor (si es que la presentó)⁸, y pudiendo influir también en esto la falta de instrucción de la mujer o su dependencia económica al hombre que la maltrata⁹. Y no muy distinta a ésta es la víctima ideal de la violencia machista descrita por diversas autoras españolas, como Bustelo y Lombardo¹⁰, Larrauri Pijoan¹¹, Faraldo Cabana¹², Herrera

⁴ CHRISTIE, «The ideal victim», en *From Crime Policy to Victim Policy*, Fattah, Ezzat A. (Ed.) New York, 1986, *passim*.

⁵ STROBL, «Constructing the victim: theoretical reflections and empirical examples», *IRV*, vol. 11, 2004, pp. 307 y ss.

⁶ VAN DIJK, «A critique of the Western Conception of Victimhood», *IRV*, 2009, p. 24.

⁷ SCHAFRAN, «Eve, Mary, Superwoman – How Stereotypes About Women Influence Judges», *Judges Journal*, 1985, pp. 12-17.

⁸ El paréntesis es añadido.

⁹ DUARTE, «O lugar do Direito nas políticas contra a violência doméstica», *Ex aequo*, núm. 25, 2012, p. 69.

¹⁰ BUSTELO/LOMBARDO, «Los “marcos interpretativos” de las políticas de igualdad en Europa: conciliación, violencia y desigualdad de género en la política», *RECP*, núm. 14, 2006, p. 129.

¹¹ LARRAURI PIJOAN, «Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... Y algunas respuestas del feminismo oficial», en Lorenzo Copello *et al.* (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 311-328.

¹² FARALDO CABANA, «Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género», en Muñagorri Lagua / Pegoraro (coords.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 276 y 277.

Moreno¹³, Casado Aparicio¹⁴, Casado-Neira¹⁵ y Martínez¹⁶, quienes destacan la prevalencia de la imagen de una mujer marcada por la falta de agencia y la necesidad de ayuda externa para ser salvada¹⁷.

Y precisamente teniendo en cuenta este prototipo de víctima y aquel otro de victimario del cual he hablado anteriormente, en España se apostó por imponer de manera obligatoria y automática la pena de prohibición de aproximación a la víctima en el marco de la violencia de género, mientras que en otros países, como en el vecino Portugal, se ha renunciado a ello.

La principal razón por la cual en Portugal se rechaza al automatismo es que tanto en el artículo 65 CP (que abre el capítulo dedicado a las penas accesorias), como también en el artículo 30.2 de su Constitución, está recogido de manera expresa el principio de no automaticidad de las penas, al cual se le da mucha importancia por entenderse que éstas siempre tienen que estar sujetas a una serie de reglas propias de cualquier Estado Democrático de Derecho, como el cumplimiento de los principios de reserva judicial, el de culpabilidad, o el de proporcionalidad, entre otros.

Ahora bien, también influye en esto el que en Portugal no hayan penetrado, o no del mismo modo, las tendencias antes indicadas, así como también que sea uno de los pocos países de nuestro entorno cultural que al menos de momento no se ha sumado al llamado «punitive turn», que implica aspirar a conseguir a través de la pena el castigo del culpable y su inocuización, con poca preocupación por la exigencia de proporcionalidad.

Y quiero decir, igualmente, que a pesar de que hay autores que denuncian cierta postura paternalista por parte del legislador penal portugués en la regulación de la violencia contra la mujer¹⁸, el hecho de que sin impedirlo se permita a los tribunales no aplicar la pena de prohibición de contactos si libre y autónomamente así lo ha decidido la mujer, demuestra que no se llega al extre-

¹³ HERRERA MORENO, «¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología», *RDPC*, núm. 12, 2014, p. 363.

¹⁴ CASADO APARICIO, *Papeles del CEIC*, 2012, p. 7.

¹⁵ CASADO-NEIRA, «Las marcas en el cuerpo de la víctima: la veracidad encarnada en la violencia de género», *Kamchatka*, núm. 4, 2014, pp. 359-380.

¹⁶ CASADO-NEIRA/MARTÍNEZ, «La víctima simulada. Identidades forzadas en la violencia de género», *Política y Sociedad*, vol. 53, núm. 3, 2016, p. 882.

¹⁷ Véase también ALEMÁN SALCEDO, «La declaración de la víctima en los procedimientos penales por violencia de género y ambivalencias del sistema judicial penal», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 11, núm. 3, 2021, pp. 833-859.

¹⁸ LAMAS LEITE, «Penas accesorias, questões de género, de violência doméstica e o tratamento jurídico-criminal dos shoplifters», en *As alterações de 2013 aos códigos penal e de processo penal: uma reforma cirúrgica?*, Coimbra Editora, 2013, p. 60.

mo del caso español¹⁹. Y como acabamos de ver, los tribunales tienen claro que en determinadas circunstancias no tienen legitimidad para, sin más, prohibir a la ofendida y al condenado que vuelvan a estar juntos o incluso a convivir.

3. TOMA DE POSTURA SOBRE ESTE PARTICULAR

En mi opinión, todo tribunal tendría que poder decidir, caso por caso, si procede, o no, la imposición de la pena accesoria comentada, para lo cual tendría que valorarse, por una parte, la existencia de una amenaza real o potencial para la víctima a partir de la realización de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva verificado a partir de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor; y por otra parte, tendría que tomarse en consideración la voluntad libremente autodeterminada de la mujer. También podría preverse, o al menos permitirse, que una vez impuesta la pena, el tribunal pueda levantarla cuando se aprecie que el condenado ya no supone un peligro merecedor y necesitado de esa reacción. Creo, además, que el artículo 57.2 CP es contrario a la Constitución Española, y lo creo así a pesar de negarlo el Tribunal Constitucional en la Sentencia 60/2010, de 7 de octubre, y también en otras posteriores. Ahora explico por qué.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que con la imposición de la pena de prohibición de acercamiento a la víctima se produce una afectación del libre desarrollo de la personalidad de ésta, de la víctima, y, en consecuencia, de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución. Siendo así, hay que comprobar la satisfacción por parte de la pena contenida en el artículo 57.2 CP de ciertos presupuestos de constitucionalidad, y yo creo que la pena indicada no pasaría un test de proporcionalidad, porque su verificación exige comprobar el cumplimiento de tres requisitos, y al menos el de necesidad no se daría.

¹⁹ MAQUEDA ABREU, «La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral», *RP*, núm. 18, 2006; EADEM, «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico», *Indret*, núm. 4, 2007; EADEM, «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», 2007; LAURENZO COPELLO, «La violencia de género en el Derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo», en Laurenzo Copello *et al.* (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; GONZÁLEZ COLLANTES, «Maltratos, amenazas, coacciones, reformas habidas y por haber y críticas al tratamiento penal de la violencia de género», en Roig Torres, M. (dir.), *Últimas Reformas Legales en los Delitos de Violencia de Género. Perspectiva Comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; EADEM, «Violencia de género, protección, sobreprotección o paternalismo. A propósito de las órdenes de alejamiento no deseadas», en Guzmán Ordaz / Gorjón Barranco (coords.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Aquilafuente, Salamanca, 2019; EADEM, «Violencia de género o violencia contra la mujer: un debate sobre el concepto con consecuencias en la aplicación de los tipos específicos», en Castillejo Manzanares / Alonso Salgado (dirs.), *El género y el sistema de (in)justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

No puede obviarse, como hace el Tribunal Constitucional, que ya tenemos el artículo 57.1 CP, donde se contempla la imposición de esa misma pena pero que, por ser facultativa, comporta una menor intensidad coactiva y, sin embargo, permite igualmente proteger la integridad de la víctima. La alternativa a la pena impuesta en todo caso no es la pena impuesta en ninguno, sino sólo en los casos en los que sea necesario. Quisiera añadir, además, que tal vez preferiría que en el artículo 57.1 CP se indicara de manera expresa que se tomará en consideración la voluntad libremente autodeterminada de la víctima, pero también creo que este precepto no impide que así sea.

VI. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE IMPACTO DE LA VÍCTIMA: PROPUESTA DE DEBATE ACERCA DE SU INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ*¹

El creciente protagonismo de la víctima en el sistema jurídico-penal es incuestionable. A nivel europeo y nacional, especialmente tras la aprobación de la Directiva europea 2012/29/EU y la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima, se ha hecho patente un particular interés por la garantía de los derechos de información, apoyo y protección de las víctimas, además de un significativo aumento del grado de participación de las mismas en los procesos penales. En esta línea, algunos países de nuestro entorno, a razón del derecho de la víctima a ser oída, han implantado en sus ordenamientos jurídicos la figura de la «declaración de impacto de la víctima» (en adelante, DIV). En las siguientes líneas pretendemos realizar algunas valoraciones acerca de la conveniencia de su incorporación al ordenamiento español, haciendo referencia a sus bases,

* Asistente Honorario del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Doctorando en Derecho Penal. Director: Prof. Dr. Borja Mapelli Caffarena, Catedrático de Derecho Penal.

¹ Esta comunicación fue seleccionada como finalista para su exposición en el III Seminario de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid «El papel de la víctima en Derecho penal», celebrado durante los días 6 y 7 de junio de 2019. Quisiera agradecer a la prof.^a M.^a del Carmen Gómez Rivero la confianza y el apoyo demostrado al haberme animado a presentar este trabajo; a mi maestro, el prof. Mapelli Caffarena, su constante dedicación y supervisión; y, finalmente, al Área de Derecho Penal de la UAM la importante oportunidad recibida, así como la atenta y cortés recepción durante la celebración del Seminario.

contenido y posibles efectos. Igualmente, haremos mención a la experiencia comparada².

La creación de esta institución se contempló en la recomendación n.º 10 a) del «President's Task Force on Victims of Crime», bajo el mandato del Presidente Ronald Reagan³. Después, se expandió a otros países anglosajones como Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Reino Unido e Irlanda. También ha sido incorporada por los Países Bajos recientemente⁴. La DIV consiste en una oportunidad que se le otorga a la víctima para explicar, en sede procesal, cómo le ha afectado el delito. Su contenido esencial se centra en el daño sufrido, lo que abarcaría los daños psicológicos, físicos, emocionales y/o económicos. Además, cabe hacer mención también al tratamiento que haya tenido que someterse la víctima e incluso a la manera en la que el delito ha afectado también a aquellas personas más allegadas a la víctima. Se centra, por tanto, en las consecuencias del delito, por lo que no cabe incluir ni una descripción del crimen ni cómo sucedió.

Estas declaraciones pueden emitirse de forma oral o por escrito y se configuran como un derecho de la propia víctima, por lo que su ejercicio es opcional en cualquier caso. Igualmente, queremos señalar que la DIV es generalmente escrita por la víctima, salvo que ésta sea incapaz de hacerlo, en cuyo caso podrá hacerlo otra persona que ella misma decida. Del mismo modo, nos parece especialmente importante remarcar que, de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado en cuestión, puede llegar a influir en la condena (aunque no influya de la misma forma en todos *e. gr.*: Estados Unidos, Nueva Zelanda, Reino Unido..., etc.) o no (Holanda). Además, esta figura resulta especialmente controvertida si la víctima puede expresar su opinión acerca de la condena. Así por ejemplo, en Reino Unido está prohibido, aunque la DIV pueda influir en la condena, mientras que en Holanda y en Australia está vetado y además no puede tenerse en cuenta para la condena. En cambio, en Estados Unidos se admiten ambas posibilidades, pues de esta manera los jueces pueden conocer los daños físicos, psíquicos, emocionales y

² En concreto, se consideró la materia de singular interés debido esencialmente a la absoluta ausencia de bibliografía científica en español que trate la materia. En efecto, no contamos con ninguna referencia bibliográfica especializada en el tema en lengua española y apenas algunos autores de lengua hispana mencionan la temática de soslayo.

³ PATERNOSTER, R., y DEISE, J., «A heavy thumb on the scale: The effect of victim impact evidence on capital decision making». *Criminology: An Interdisciplinary Journal*, 2011, vol. 49, n.º 1, pp. 130-133.

⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La valoración judicial del impacto del delito en la víctima en casos de abuso sexual infantil». *Revista de Victimología*, 2017, n.º 6, p. 37.

económicos que ha sufrido la víctima a la hora de dictar sentencia y determinar la pena a imponer⁵.

Por su parte, las razones esgrimidas a favor de la inclusión de la DIV postulan que la participación de la víctima dentro del proceso ayuda a conseguir varios de los objetivos del enjuiciamiento, tales como la retribución, disuasión y rehabilitación⁶. En esta misma línea, autores norteamericanos han señalado que la DIV supondría un mecanismo para hacer el proceso judicial más democrático y reflexivo acerca de la respuesta al crimen cometido a la par que, por un lado, reconocería expresamente la dignidad individual de la víctima, y por otro ayudaría a recordar a jueces, jurados y fiscales que detrás del propio Estado se encuentra una persona con un interés especial en la forma en que vaya a resolverse el caso, facilitando a su vez la cooperación de ésta⁷. Además, más allá de su simbolismo dentro del proceso, la función expresiva de la DIV puede ayudar al bienestar de la víctima, contribuyendo a la recuperación de su equilibrio emocional⁸. Otros autores, por el contrario, denuncian que el componente emocional de la DIV distrae al Tribunal de consideraciones que son claramente relevantes para la decisión, tales como las circunstancias del delito y el trasfondo y carácter del acusado, por lo que debería, si no prohibirse, limitarse⁹. Igualmente, se ha postulado que las víctimas pueden llegar a sentirse en muchas ocasiones inseguras e incómodas tras haber emitido una DIV, debido a que no tienen certeza o control alguno acerca de los beneficios que pueden llegar a obtener¹⁰. Además, algunos autores rechazan todo aquello que suponga reconocer que el delito es fundamentalmente una ofensa a las

⁵ EREZ, E., «Victim participation in sentencing: Rhetoric and reality». *Journal of Criminal Justice*, 1990, vol. 18, n.º 1, pp. 28-29. Debe destacarse que en Estados Unidos la DIV será aceptada siempre y cuando la aportación al proceso y la posterior valoración por el órgano judicial en cuestión hayan respetado los principios y derechos constitucionales, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema. MYERS, B., y GREENE, E., «The prejudicial nature of victim impact statements: Implications for capital sentencing policy». *Psychology, Public Policy, and Law*, 2004, vol. 10, n.º 4, p. 511.

⁶ TALBERT, P. A., «The relevance of victim impact statements to the criminal sentencing decision». *UCLA Law Review*, 1988, vol. 36, pp. 211-219.

⁷ HENDERSON, L. N., «The wrongs of victim's rights». *Stanford Law Review*, 1985, n.º 37, pp. 1003-1005, KELLY, D. P., «Victims». *Wayne Law Review*, 1987, vol. 34, p. 76 y DAVIS, R. C., «Victim/witness noncooperation: A second look at a persistent phenomenon». *Journal of Criminal Justice*, 1983, vol. 11, n.º 4, pp. 289-290.

⁸ EREZ, E., (1990), pp. 22-26, ROBERTS, J. V., y EREZ, E., «Communication in sentencing: Exploring the expressive function of victim impact statements». *International review of Victimology*, 2004, vol. 10, n.º 3, pp. 227-228, y EREZ, E., y TONTODONATO, P., «The effect of victim participation in sentencing on sentence outcome». *Criminology*, 1990, vol. 28, n.º 3, p. 453.

⁹ MYERS, B., y GREENE, E., (2004), p. 511 y SULLIVAN, B. E., «Harnessing Payne: Controlling the admission of victim impact statements to safeguard capital sentencing hearings from passion and prejudice». *Fordham Urban Law Journal*, 1997, vol. 25, p. 635.

¹⁰ DE MESMAECKER, V., «Antidotes to injustice? Victim statements' impact on victims' sense of security». *International review of victimology*, 2012, vol. 18, n.º 2, pp. 133-153.

víctimas y no contra el Estado¹¹. Sin embargo, como expondremos a continuación, la mayor parte de los argumentos a favor y en contra se han centrado fundamentalmente en la parte emocional de la DIV y en sus «efectos y/o beneficios terapéuticos».

En efecto, la efectividad de la DIV como parte del proceso de recuperación de la víctima es ampliamente debatida. Así, encontramos autores que expresan su evidente fallo en la práctica, mientras que otros argumentan que sus beneficios terapéuticos tienen *algo* de valor¹². Debido a este enfrentamiento teórico, se llevó al plano empírico la discusión doctrinal, obteniendo resultados muy contradictorios. No obstante, nos conviene, por razones expositivas y argumentativas, destacar un par de problemas de partida antes de comenzar con la discusión empírica. En primer lugar, no todas las víctimas deciden ni desean presentar una DIV, aportando ya un problema a nivel de representatividad y calidad de la muestra analizada. En segundo lugar, la doctrina científica ha enumerado distintas trayectorias como consecuencia de eventos traumáticos, por lo que no existiría una única evolución psicológica de la víctima¹³. En tercer lugar, habría que tener en cuenta que la DIV supondría expresar los problemas que el delito le ha causado a la víctima o a los perjudicados de una vez y de una forma especialmente intensa, lo cual entendemos sea una experiencia particularmente comprometedora y tensa para la propia víctima.

Así pues, como señalábamos, la doctrina se plantea si realmente es bueno para la víctima emitir una DIV. Las respuestas y argumentos aportados, como igualmente referíamos, son realmente controvertidos. En primer lugar, resulta llamativo comprobar que las personas que se muestran muy afectadas psicológicamente por el delito deciden realizar la DIV con más frecuencia que aquellas que no lo están¹⁴. En relación a sus beneficios terapéuticos, algunos auto-

¹¹ ASHWORTH, A., «Victim impact statements and sentencing». *Criminal Law Review*, 1993, p. 507.

¹² Cursiva añadida. Vid.: SANDERS, A., HOYLE, C., MORGAN, R., y CAPE, E., «Victim impact statements: Don't work, can't work». *Criminal Law Review*, 2001, p. 447, Cfr. CHALMERS, J., DUFF, P. R., y LEVERICK, F., «Victim impact statements: Can work, do work (for those who bother to make them)». *Criminal Law Review*, 2007, p. 366.

¹³ Sin ánimo exhaustivo, la doctrina especializada ha llegado a distinguir varias categorías en función de las cuales la víctima realiza su trayectoria de recuperación. Estas categorías oscilan gradualmente entre que no haya habido ninguna afectación a la víctima en ningún sentido hasta una aparición intensa y repentina de los síntomas conforme va pasando el tiempo tras un periodo inicial de poca o nula afectación. BONANNO, G. A., «Loss, trauma, and human resilience: Have we underestimated the human capacity to thrive after extremely aversive events?» *American psychologist*, 2004, vol. 59, n.º 1, pp. 20-27 y LAYNE, C. M., WARREN, J. S., WATSON, P. K., y SHALEV, A. Y., «Risk, vulnerability, resistance and resilience: Toward an integrative conceptualization of posttraumatic adaptation», en FRIEDMAN, M. J., KEANE, T. M. y RESICK, P. A. (Eds.), *Handbook of PTSD: Science and practice*. Guilford Press, 2007, pp. 497-520.

¹⁴ LENS, K. M., PEMBERTON, A., BRANS, K., BRAEKEN, J., BOGAERTS, S., y LAHLAH, E., «Delivering a Victim Impact Statement: Emotionally effective or counter-productive?» *European Journal of Criminology*, 2015, vol. 12, n.º 1, pp. 26-27.

res señalan que una DIV no tiene un efecto directo y que no reduce el estrés postraumático de las víctimas con el tiempo¹⁵. En esta misma línea, se ha demostrado que la emisión de una DIV puede llegar incluso a ser contraproducente de cara a la recuperación emocional de la víctima¹⁶. Es más, algunos autores han manifestado que las creencias acerca de que tras la expresión de una emoción negativa ésta desaparece es un falso mito¹⁷. En este sentido, las víctimas que emiten una DIV no experimentan necesariamente una sensación de control sobre el proceso de recuperación, aunque se ha comprobado que disminuyen los sentimientos de ira y/o ansiedad en las personas que sí la experimentan¹⁸. Todo esto podría llevarnos a la conclusión de que, aunque la víctima pueda sentirse aliviada, se trataría de unos efectos más percibidos que reales. Por el contrario, los defensores de la DIV han argumentado que el hecho de participar en el proceso hace que la víctima se sienta más satisfecha, con independencia de que la DIV tenga o no efectos terapéuticos sobre los problemas emocionales surgidos a raíz del delito¹⁹. Del mismo modo, aunque la DIV no tenga efecto terapéutico inmediato, bien podría servir para producir una sensación de empoderamiento de la víctima y de recibir un trato respetuoso por parte del sistema de justicia penal. Incluso aunque no pueda decidir sobre la condena, el hecho de permitir a la víctima expresarse podría aportarle una sensación de bienestar y de *locus social* asociada a la DIV. Se ha demostrado, en términos empíricos, que las víctimas que suscriben una DIV experimentan mayores sensaciones de «justicia procedimental», disminuyendo su ira y ansiedad de forma indirecta²⁰.

Seguidamente, otro de los aspectos más polémicos de la DIV es su «posible» efecto en la condena. Si bien hemos visto que en algunos Estados puede llegar a tenerse en cuenta a la hora de la resolución, no es menos cierto que, aunque no pueda llegar a considerarse, bien podría influir de forma indirecta a la hora de valorar las pruebas, pudiéndose llegar a apreciar el llamado «efecto de la víctima identificable» de Schelling o, como algún autor ha sugerido, la

¹⁵ *Ibidem*, pp. 27-28 y VAN EMMERIK, A. A., KAMPHUIS, J. H., HULSBOSCH, A. M., y EMMELKAMP, P. M., «Single session debriefing after psychological trauma: a meta-analysis». *The Lancet*, 2002, vol. 360, n.º 9335, p. 770.

¹⁶ SIJBRANDIJ, M., OLFF, M., REITSMAN, J. B., CARLIER, I. V., y GERSONS, B. P., «Emotional or educational debriefing after psychological trauma: Randomised controlled trial». *The British Journal of Psychiatry*, 2006, vol. 189, n.º 2, p. 154.

¹⁷ RIMÉ, B., KANYANGARA, P., YZERBYT, V., y PAEZ, D., «The impact of Gacaca tribunals in Rwanda: Psychosocial effects of participation in a truth and reconciliation process after a genocide». *European Journal of Social Psychology*, 2011, vol. 41, n.º 6, pp. 700-701.

¹⁸ LENS, K. M., *et al.*, (2015), p. 28.

¹⁹ Por todos, ROBERTS, J. V., y ÉREZ, E., (2004), p. 231.

²⁰ LENS, K. M., *et al.*, (2015), pp. 28-29.

remisión a la problemática de la «víctima ideal»²¹. Desde el punto de vista empírico, se ha llegado a demostrar que el testimonio de la víctima a través del DIV provocaría en el proceso el surgimiento de ira y de hostilidad hacia el acusado, por lo que influiría en el sentido del veredicto²². Por otro lado, alguna investigación ha advertido que, aunque se incrementan efectivamente las emociones negativas, el sentido de los veredictos no se veía afectado por la DIV²³.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, debemos coincidir con algunas apreciaciones de la doctrina española que concluyen que la experiencia de la DIV en los países anglosajones demuestra que no es prudente esperar efectos positivos automáticos de ciertas reformas legales realizadas para favorecer a las víctimas, pues se corre el importante riesgo de defraudar sus altas expectativas generadas²⁴. Por el contrario, sí valoramos de forma positiva la intención de que se intente otorgar un espacio de libre expresión a la víctima como fórmula de humanización de la Justicia. Igualmente, entendemos que la adopción de esta figura es perfectamente coherente con el monopolio del Poder Judicial del Estado y con el actual régimen jurídico de la víctima.

No obstante lo anterior, desde nuestro punto de vista es asunto clave separar dos ideas fundamentales: por un lado, la víctima tradicionalmente olvidada y, por otro, la víctima con poder sobre el proceso, condena y/o ejecución, tal y como se observa actualmente en el ordenamiento penal. Es menester encontrar un término medio entre ambas acepciones, pues no cabe compensar un aislamiento histórico evidente con una influencia cada vez mayor en las fases anteriormente mencionadas. Las actuales corrientes político-criminales intentan equilibrar el mencionado desajuste basándose en una muy forzada discriminación positiva. Y es precisamente esto lo que más nos preocupa de esta propuesta que formulamos: la deriva político-criminal que pudiera otorgarse a esta figura tras su incorporación, además de una más que posible explotación política y mediática de su contenido. Consideramos que la víctima merece ser escuchada y atendida debidamente dentro y fuera del proceso, aunque debe neutralizarse la intervención de ésta frente a la objetividad de los distintos

²¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., (2017), pp. 38-39.

²² En esta línea, *vid.*: PATERNOSTER, R., y DEISE, J., (2011), pp. 153-156, SMALL, D. A., y LOEWENSTEIN, G., «Helping a victim or helping the victim: Altruism and identifiability». *Journal of Risk and uncertainty*, 2003, vol. 26, n.º 1, p. 13 y LUGINBUHL, J., y BURKHEAD, M., «Victim impact evidence in a capital trial: Encouraging votes for death». *American Journal of Criminal Justice*, 1995, vol. 20, n.º 1, pp. 1-16.

²³ BOPPRE, B., MILLER, M. K., How victim and execution impact statements affect mock jurors' perceptions, emotions, and verdicts. *Victims & Offenders*, 2014, vol. 9, n.º 4, p. 413-435 y GORDON, T. M., BRODSKY, S. L., «The influence of victim impact statements on sentencing in capital cases». *Journal of Forensic Psychology Practice*, 2007, vol. 7, n.º 2, p. 45-52.

²⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M., (2017), p. 52.

elementos de juicio a la hora de tomar decisiones sobre el fondo del asunto. Por tanto, creemos que la adopción de esta figura podría llegar a dar más problemas que soluciones. El argumento más solvente, a nuestro parecer, es la constatación de sus dudosos efectos terapéuticos y de la falsa sensación de justicia procedimental, argumento que a su vez ha servido de base para su adopción en otros Estados. Consideramos que esta necesidad de empoderamiento y de vuelta al equilibrio emocional no tiene cabida en el marco de un proceso penal, pues ambas necesidades tienen fines distintos al enjuiciamiento criminal. Por ello, creemos que la recuperación de la víctima debería estar más centrada en el tratamiento físico y psicológico que en potenciar una falsa sensación de alivio, empoderamiento y supuesta «justicia procedimental». Esta satisfacción momentánea, desde nuestro punto de vista, no tiene por qué estar relacionada directamente con el efectivo retorno a su equilibrio emocional. Finalmente, también queremos hacer mención, como argumento en contra de su adopción, a la influencia que puede llegar a tener la DIV a la hora de la toma de decisiones. Pues a pesar de la pericia de los órganos judiciales a la hora de separar los elementos emocionales de las pruebas aportadas, consideramos que se le entrega al órgano judicial una serie de elementos que no tienen interés jurídico-penal en sentido estricto y que podría llegar a distraerle de sus funciones meramente objetivas de valoración de los hechos.

El creciente papel que la víctima ha ido adquiriendo en diferentes ámbitos del Derecho penal es algo que suscita interés, y también preocupación, desde hace tiempo. Tras el *olvido* o *neutralización* de que fue objeto desde que el Estado pasó a ejercer el monopolio del *ius puniendi* a partir del siglo XVIII, en la segunda mitad del siglo XX tuvo lugar lo que se denominó como *redescubrimiento* o *resurgimiento* de la víctima, que reivindicaba una mayor presencia de esta en la administración de justicia. Más allá del papel que pueden desempeñar en los delitos perseguibles a instancia de parte, en los supuestos en los que el perdón del ofendido puede operar como causa de extinción de la responsabilidad penal o, en general, a través del ejercicio procesal de la acusación particular, las pretensiones de las víctimas han ido persiguiendo objetivos cada vez más ambiciosos. Así, se plantea la posibilidad de que la víctima no solo sea parte en el proceso penal sino, más allá, en el de la ejecución de la pena, pudiendo influir en cuestiones tan relevantes como la concesión del tercer grado o la libertad condicional del condenado. Asimismo, su presencia se ha incrementado en un terreno como es el político-criminal, donde las asociaciones de víctimas aspiran a ejercer de inspiración o guía a la hora de confeccionar o reformar las leyes penales. También se ha invocado un supuesto derecho de la víctima al castigo del autor del delito, tratando de incorporar los intereses de esta dentro de los fines de la pena, objetivo también pretendido a través de la reparación del daño en su papel de atenuante de la responsabilidad penal. Y, adicionalmente, se encuentra todavía abierto el papel que la voluntad y el comportamiento de la víctima puede llegar a jugar dentro de la estructura de la teoría jurídica del delito, normalmente en sede de injusto. El papel de la víctima, entonces, parecería tener una creciente importancia tanto a la hora de verificar la existencia de un delito, como en el momento de articular las consecuencias jurídicas del mismo (desde un plano legislativo y desde un plano efectivo).

Todas estas cuestiones, y algunas más, son precisamente las que se abordan en las diferentes aportaciones que ahora se publican en este libro y que son plasmación de las conclusiones del III Seminario de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid.