

¿DE QUÉ PROTECCIÓN PENAL DISPONEN ACTUALMENTE LAS VÍCTIMAS?*

Reynald OTTENHOF

*Catedrático emérito de Derecho penal
Université de Nantes (Francia)*

Resumen: Se plantea la cuestión sobre la situación actual de las víctimas, examinando la protección que para ellas ofrece el Derecho Penal sustantivo y el Derecho Procesal. Desde la perspectiva penal se aprecia dicha protección tanto en la defensa de los valores sociales fundamentales a que responde el Derecho penal moderno –tipificación de nuevos delitos–, como en la específica protección a víctimas más desvalidas. En el Derecho Procesal Penal se menciona la posibilidad de la personación de la víctima en los procesos y se apunta que ello puede conllevar en ocasiones la ruptura del principio de igualdad entre partes.

Laburpena: biktimen gaur egungo egoera landuko da, eta Zuzenbide penalak eta Zuzenbide prozesalak horientzako eskaintzen dituzten babesak aztertuko dira. Zuzenbide penalaren ikuspuntutik, babes hori hautematen da bai Zuzenbide penal modernoak lantzen duen funtsezko gizarte-balioen defentsan –delitu berrien tipifikazioa– bai biktimarik babesgabeenen babes espezifikoan. Zuzenbide prozesal penalean, biktima prozesuetan agertzeko aukera aipatzen da, eta adierazten da horrek bi aldean arteko berdintasun-printzipioa hautsi dezakeela zenbaitetan.

Résumé : Constatier la protection pénale des victimes nécessite que l'on envisage cette protection tant par le droit pénal de fond que par le droit pénal de forme, c'est à dire la procédure pénale. Le droit pénal de fond assure la protection des victimes en veillant au respect des valeurs sociales fondamentales –en créant les incriminations appropriées–, et en défendant les personnes les plus fragiles. Du point de vue du droit de la procédure pénale, la sollicitude procédurale à l'égard des victimes va parfois jusqu'à rompre en leur faveur l'équilibre entre les parties, au point d'altérer le schéma du procès triangulaire

Summary: Deals with the issue of the situation of victims today, focusing on the protection offered them by Substantive Criminal Law and Procedural Law. From the criminal perspective, such protection is looked at in terms of the defence of the fundamental social values as contemplated within modern criminal law – the legal description and characterisation of new crimes and offenses – as well as specific protection for more helpless victims. Criminal Procedural Law allows for the personal appearance of victims in court, and warns that this can mean a breach of the principle of equality between both parties.

* Ponencia presentada en el VIII Congreso Español de Criminología “Convivencia, Libertad y Tolerancia”, organizado por la Sociedad Española de Investigación Criminológica (SEIC) y la Federación de Asociaciones de Criminólogos de España (FACE), celebrado en San Sebastián, los días 29, 30 de junio y 1 de julio de 2011. Traducción realizada por la Dra. Isabel Germán, investigadora del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua. GICCAS - Grupo de Investigación en Ciencias Criminológicas.

Palabras clave: Victimología, víctimas y Derecho penal, víctimas y Derecho procesal, protección a las víctimas.

Gako-hitzak: Biktimologia, biktimak eta Zuzenbide penala, biktimak eta Zuzenbide prozesala, babesa biktimei.

Mots clef : Victimologie, victimes et Droit pénal, victimes et Droit de la procédure pénale, protection des victimes.

Key words: Victimology, victims and criminal Law, victims and procedural Law, protection of victims.

Cuando los organizadores de este Congreso me hicieron el honor de invitarme a participar, tuvieron la delicadeza de dejarme elegir libremente el tema de mi intervención. Y me pareció natural, en recuerdo del Maestro y muy querido amigo Antonio Beristain, consagrar mi intervención a las víctimas, a las que él dedicó sus más bellas páginas, y por las que mostró un especial interés.

A las víctimas porque estamos en un congreso de Criminología, y la Victimología constituye una de sus ramas más fecundas y novedosas. La obra de Antonio, y yo he sido testigo de ello (y también un poco cómplice), ha sido muy importante para promover la Criminología, no sólo en el País Vasco, sino en toda España. Pero no sin esfuerzo: tuvo que luchar contra las reticencias, y en ocasiones contra la resistencia, de quienes querían mantener celosamente el monopolio. Pero esos tiempos se han acabado. Y la elección de San Sebastián como sede de este Congreso es una brillante expresión de su éxito.

A la protección penal de las víctimas porque abordar una cuestión de Derecho penal en un Congreso de Criminología supone mostrar el vínculo indisoluble entre el Derecho penal y la Criminología, como ha demostrado Antonio Beristain, quien destacó con éxito en estas dos disciplinas durante toda su vida universitaria y en sus trabajos científicos. Todo esto no podía más que reforzar nuestra complicidad, y en Francia, a un nivel más modesto, intentamos seguir el mismo camino, aunque sin obtener los mismos resultados...

¿De qué protección penal disponen actualmente las víctimas? entre interrogantes, porque mi intervención no pretende hacer balance, sino plantear algunas cuestiones sobre la situación actual, su efectividad, ver la coherencia de una protección, realmente esperada y buscada por los defensores de las víctimas, pero sobre la que cabe cuestionarse si los objetivos perseguidos son claramente visibles, a día de hoy.

Por consiguiente, para abordar la protección penal de las víctimas en su globalidad es preciso plantear esta protección tanto desde el Derecho penal sustantivo (I), como desde el Derecho procesal penal (II), lo que responde a los dos grandes apartados de mi intervención.

PARTE I: LA PROTECCIÓN PENAL DE LA VÍCTIMA DESDE EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

El examen de cómo, desde el Derecho penal sustantivo, se garantiza la protección a las víctimas, nos lleva a analizar la forma en que el legislador –obligado por el principio de legalidad– estructura el arsenal represivo, ya sea a través de la creación de las

incriminaciones apropiadas, o por medio de la legitimación de las incriminaciones ya existentes.

Para ello, el legislador utiliza dos funciones tradicionales del Derecho penal: la función directiva y la función de protección.

En cuanto a la función directiva, la ley penal tiene por objeto velar por el respeto de los valores sociales fundamentales, aquellos que están en la base de los vínculos sociales, garantizados por el Estado: la dignidad de la persona, el respeto al otro, la moral pública, etc.

Por lo que respecta a la función de protección, la ley penal tiene como finalidad impedir la imposición de la ley del más fuerte. Decía Lacordaire “Entre el débil y el fuerte, la libertad oprime y la ley libera”¹. Y esto es lo que se pretende transmitir al hablar del Derecho penal “defensor de la viuda y del huérfano”: la ley penal se aplica para defender a los más débiles.

A) La protección de las víctimas á través de la defensa de los valores sociales fundamentales

- En primera línea de las competencias penales destinadas a proteger a las víctimas de la ley del más fuerte podemos encontrar, evidentemente, las destinadas a proteger la integridad física de las personas, es decir, aquellas que incriminan las diversas formas de violencia física:
 - o Atentados contra la vida: asesinato, homicidio, actos de tortura y de barbarie.
 - o Violencia en diferente intensidad: desde las lesiones más graves a las más leves, ejemplos de lo que se ha denominado “dosimetría penal”.
- La incriminación de la violencia moral, más reciente en nuestros sistemas jurídicos, ha experimentado un progreso real del que se han beneficiado las víctimas, que lleva a un mayor respeto hacia la dignidad humana: tener en cuenta el dolor moral permite velar por el respeto a la integridad psíquica, más difícil de calificar penalmente, pero también igual de importante para el respeto de los valores sociales fundamentales.
- La incriminación de la violencia de masas ha permitido luchar contra las víctimas colectivas generadas por los conflictos armados: el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad serán reprimidos en adelante no sólo desde el Derecho interno, sino también –y quizás incluso sobre todo– por los Convenios Internacionales: la existencia de un derecho humanitario demuestra que de lo que se trata es no sólo de proteger a las víctimas individuales, sino también, a través de ellas, a toda la humanidad.
- ¿Cómo no mencionar aquí a las víctimas de actos terroristas, a las que Antonio Beristain consagró toda su atención y compasión? La dificultad para calificar la violencia-terror, con una única definición, tanto en Derecho interno como

1. Henri LACORDAIRE: « Entre le fort et le faible c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ».

en los Convenios internacionales, ilustra los límites que encuentra el legislador penal cuando, ante este tipo de violencia, se trata de conciliar la protección de las víctimas con el principio de legalidad.

En una conversación con Antonio intenté demostrar cómo la Criminología podía ayudar al legislador penal a delimitar mejor, y por tanto a definir mejor, los límites de la infracción terrorista. Es obvio que la literatura criminológica se ha dedicado más al análisis global del terrorismo, que al análisis de los otros dos niveles de interpretación: el acto (es decir, el mecanismo del terror) y el sujeto (a saber, el terrorista), debido al desinterés hacia la Criminología clínica.

- En la defensa de los valores sociales fundamentales se apunta por último la existencia de las incriminaciones dirigidas a luchar contra el racismo, el antisemitismo, el revisionismo, incriminaciones necesarias para mantener la cohesión social.

B) La segunda técnica de la ley penal, más subjetiva, consiste en proteger a las víctimas que yo denominaría “poblaciones frágiles”

1. La primera causa de fragilidad tiene relación, evidentemente, con la edad de la víctima. Los menores son objeto de una protección específica, ya sea a título principal o bien a través de una circunstancia agravante que se suma a la infracción principal: violencia física, abusos sexuales, cuya denuncia ha facilitado el legislador.

La fragilidad vinculada a la edad, motivada en particular por la prolongación de la esperanza de vida, conlleva una mayor vulnerabilidad física y psíquica, lo que ha llevado al legislador a otorgar actualmente una cada vez mayor protección para las personas mayores, especialmente a través no sólo de una circunstancia agravante, sino también de una infracción específica, objeto de demanda cada vez en más ocasiones: el abuso de debilidad.

2. La segunda causa de fragilidad reside en la situación de la víctima, que le sitúa en una posición de debilidad, física, mental, sociológica (prejuicios).

En este grupo de población encontramos en primer lugar a las mujeres; prueba de ello es el número, la importancia, la calidad de los trabajos y comunicaciones sobre violencia de género presentados en este Congreso. Debo citar como ejemplo el caso de España, por el progreso realizado en su legislación en esta materia. La incriminación del acoso moral, especialmente en el ámbito laboral, es ilustrativa del largo camino que resta por recorrer para conseguir la igualdad.

No debe olvidarse, entre las poblaciones frágiles, todas las demás formas de discriminación de las que son objeto las personas discapacitadas, los enfermos mentales, los homosexuales, los inmigrantes, etc. que la ley penal se esfuerza mal que bien en proteger.

La protección penal de las víctimas, cuya cifra muestra su vulnerabilidad, ha llevado a la multiplicación de las incriminaciones dirigidas a respetar los valores sociales fundamentales. Y esta lista conlleva, por tanto, la diversificación y multiplicación de las acciones judiciales al respecto.

La existencia de este contencioso afecta necesariamente al funcionamiento del sistema de justicia penal, puesto que la ley simplemente se quedaría en el papel, y no sería nada más, si no permitiera aplicar la protección que se ha concedido a las víctimas.

Y es esto lo que nos lleva a verificar, en una segunda parte, las técnicas procesales dirigidas a la puesta en práctica dicha protección.

PARTE II: LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS VÍCTIMAS DESDE EL DERECHO PROCESAL PENAL

La protección penal de las víctimas quedaría en papel mojado si no se acompañara de los medios de protección que permitan la puesta en práctica de los instrumentos que la ley les confiere para hacerla efectiva.

Ahora bien, es preciso recordar que la víctima, durante mucho tiempo, ha sido la “gran olvidada de la justicia penal”.

Su progresiva personación ante los tribunales le ha convertido en un actor cada vez más presente en el debate judicial. La protección establecida por ley correría el riesgo de quedarse en papel mojado si no dispusiera de los medios que le permitieran ser la actora de su propia protección.

Por tanto, es importante preguntarse sobre las consecuencias que se derivan de la naturaleza del proceso penal, antes de abordar las técnicas procesales sobre la puesta en práctica de la protección.

A) La transformación de la naturaleza del proceso penal

La mayor presencia de la víctima en el proceso penal modifica –algunos dicen que altera– el esquema clásico del proceso dual, que enfrenta a acusador y acusado.

Históricamente, la eliminación progresiva de la venganza privada ha llevado a sustituir a la víctima por el acusador público (el Ministerio Fiscal), encargado de representar a la sociedad en su defensa.

Desde esta perspectiva, la víctima aparecía como un elemento perturbador, que interfería el curso de la justicia pública al hacer valer intereses de orden privado, incluso, egoístas.

La promoción de los derechos de la víctima conlleva, evidentemente, la desaparición de esta concepción. La necesidad de luchar contra la inactividad del Ministerio Fiscal, desbordado por el número de procesos, y la insatisfacción social como consecuencia del rechazo de la víctima que queda fuera de la justicia, ha forzado a que se le reconozca un papel cada vez más importante en el desarrollo del proceso penal.

El sistema clásico del proceso dual es sustituido por un proceso triangular, en cuyo seno el autor de la infracción se ve enfrentado a dos oponentes. La búsqueda de un equilibrio que garantice la igualdad de derechos de las partes en un proceso equitativo es más difícil de conseguir.

B) ¿Cuáles son entonces las técnicas procesales que han permitido garantizar la presencia activa de la víctima en el seno de este nuevo proceso penal?

Algunas de estas técnicas son ya conocidas y no es preciso insistir en ellas. Nos limitaremos, por tanto, a mencionar las medidas a favor de las víctimas.

1. La primera técnica consiste en la posibilidad que tiene la víctima de ejercer la acción pública constituyéndose en parte, incluso contra la opinión del Ministerio Fiscal.

Esta posibilidad no se ofrece en todos los sistemas jurídicos, obligando a la víctima a acudir a la vía civil, con todos los inconvenientes que conlleva.

2. La segunda técnica consiste en aumentar la participación de la víctima en el desarrollo del proceso,
 - bien a través del reconocimiento del derecho a participar en la instrucción al objeto de obtener pruebas de la infracción,
 - o por el reconocimiento del derecho a apelar determinadas decisiones en la instrucción y/o en el enjuiciamiento, o de recurrir en casación.

En algunos sistemas este derecho no se extiende a la posibilidad de recurrir las decisiones sobre el pronunciamiento de la pena, lo que conlleva muchas veces que las víctimas se sientan frustradas.

3. La atención procesal hacia las víctimas llega incluso a romper el equilibrio entre las partes inclinándose a su favor, hasta el punto de alterar el esquema del proceso triangular. Un ejemplo de ello es la creación en Francia, por un Decreto de 13 de noviembre de 2007, del juez delegado para las víctimas (llamado JUDEVI), destinado a configurarse como “el interlocutor privilegiado de la víctima”, dotado de amplios poderes administrativos, durante y después del proceso. Esta figura ha sido criticada por algunos sectores que consideran que queda en entredicho la imparcialidad del juez, en la medida en que éste puede, llegado el caso, verse forzado a presidir el tribunal penal, y tomar una decisión, tras su remisión a la vía civil. Entendemos que la creación de este juez no ha estado desprovista de motivos políticos, en un contexto político criminal alentado por consideraciones electoralistas.

Es más, la víctima llega a verse implicada no sólo en el pronunciamiento de la pena, sino también en las modalidades de su ejecución. Así, el juez de ejecución penal puede o debe consultar a la víctima en el momento de pronunciarse, por ejemplo, sobre la libertad condicional (Ley francesa de 1 de julio de 2008 sobre “los nuevos derechos de las víctimas”).

CONCLUSIÓN

Hemos apuntado al comienzo de esta intervención que no era nuestra intención realizar un balance de la protección penal actual de las víctimas. Por tanto, resulta difícil concluir con una respuesta a la cuestión que se ha planteado.

El panorama que hemos esbozado apunta algunos criterios orientativos.

- 1.** La constatación de una cierta expansión del Derecho penal que ilustra la tendencia de los poderes públicos a tratar los problemas sociales recurriendo a la ley penal, con todos los inconvenientes que ello conlleva.
- 2.** De esto se deriva necesariamente el consiguiente desplazamiento hacia el poder judicial para solucionar los problemas sociales. Esta judicialización no se refleja en los medios otorgados a la autoridad judicial, que resultan insuficientes para tratar estos problemas: falta de medios materiales, de recursos humanos, insuficiente formación profesional.
- 3.** Aunque la protección de las víctimas a través de la ley penal se considera necesaria, sigue siendo insuficiente.

