

RECENSIÓN

Reflexiones a propósito de “LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA PENAL Y SU *DERECHO A LOS DERECHOS*”, de José Luis Eloy Morales Brand

Myriam Herrera Moreno
Profa. Titular de Derecho penal
Universidad de Sevilla (España)

1. DE LA VICTIMOLOGÍA DEL ACTO CRIMINAL A LA DE LA ACCIÓN PROMOCIONAL

Desde los años 70 del ya vencido siglo XX asistimos a una modernísima eclosión victimológica a favor del reconocimiento nacional y mundial de derechos fundamentales a favor de víctimas del delito. Lejos en el tiempo queda ya aquel referencial pronunciamiento asambleario de la ONU, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (1985), que toma origen en las conclusiones el Simposio de la Sociedad Mundial de Victimología, en Jerusalén, 1973. Según la misma, en su art. 1: “Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”. Por primera vez se enunciaba allí un concepto sostenible y globalmente consensuado de víctima, si bien la inclusión del abuso de poder como fuente de victimidad fue responsable de que la aprobación de este documento fuera tan lenta y esforzada (HERRERA MORENO 1996).

Como bien afirma MORALES BRAND, en el artículo que sirve aquí de referencia, por primera vez la figura de la víctima venía a ser conceptuada, en efecto, como legítimo objeto de promoción, mucho más allá que como objeto de investigación. Es un cambio paralelo al que experimenta la Victimología, ya que también la disciplina se había centrado previamente, desde su emergencia en los años 30, en la víctima objeto de análisis, más en que la víctima como fin, lo que supondrá, en suma, un giro que una vez fue calificado como paso de la *Victimología del Acto* a la *Victimología de la Acción*, esto es, a la Victimología activista y reivindicativa de derechos victimales (HERRERA MORENO 2006, pág. 69). En esta línea de progreso humanístico se incardinan los progresos en el sistema judicial mexicano que el inspirado trabajo de MORALES BRAND consigna.

Parta hacer ver cuánto hemos recorrido hasta este afortunado cambio de paradigma, baste hacer notar que los primeros usos del término “Victimología” fueron básicamente médico-legales, esto es, relativos al acopio de pruebas forenses relativas al cuerpo de la víctima. Es bien simbólico que la víctima y su testimonial corporeidad fueran concebidas como estrictos recursos para obtener condenas y resolver los conflictos que perturbaba a la sociedad, al margen del personal interés, esperanzas y

aspiraciones de la víctima. Es asombroso lo desde entonces recorrido por la Victimología en su decidido compromiso con la promoción de las víctimas, muy en especial en el sistema de control penal. Mucho se ha estipulado a niveles nacionales e internacionales en favor de la tutela victimal y derecho a la reparación, y, cabe decir que la gran revolución normativa de las últimas décadas ha sido victimológica. De modo señero, CHRISTIE (1977) aludió al “robo judicial a la víctima de su conflicto” advirtiendo dos tipos de menoscabo victimal, uno por cuenta de la acción victimaria, otro a cargo de un sistema penal que sienta a la víctima como convidado de piedra ante su propio conflicto, ahormado y estereotipando su humanidad y sus posibilidades expresivas.

2. EL DERECHO VICTIMAL

Hoy el bagaje de derechos de asistencia, participación procesal, tutela de figuras de especial vulnerabilidad y reparación de los daños infligidos se ha integrado en un conjunto estatutario que la Victimóloga y activista mexicana Lima Malvido ha aludido como *Derecho victimal* (LIMA MALVIDO 1992, ZAMORA GRANT 2016). Conocidamente, en España, la consagración más destacada de un cuerpo normativo a favor de la victimidad vino dado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, la cual transpuso la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, que articulaba patrones de unívoca protección procesal para las víctimas en el ámbito europeo.

Cada vez más se vislumbra como terreno normativo, incuestionablemente ganado a la deshumanización de los sistemas penales, el reconocimiento de que la víctima debe ser plenamente escuchada y atendida por los agentes del sistema penal (DAZA BONACHELA 2016). Existen dos premisas teóricas que sustentan ese enunciado: En primer lugar, desde la lógica utilitarista convencional, la víctima es abastecedora de una información valiosa, única: ella ha interactuado, a veces larga o densamente con el victimario, y aporta un punto de vista insustituible sobre las dinámicas criminales y las resultas e impacto de la victimización. Además, en segundo lugar, la voz de la víctima precisa ser escuchada para romper el encapsulamiento de la llamada *soledad ética* victimal, (WALKLATE *et al.* 2018) situación socialmente desintegrada que trae causa de haber sido la víctima descendida o rebajada de su esfera cívica por la acción victimaria. Desde un punto de vista de *jurisprudencia terapéutica*, se ha afirmado, en efecto, que el bienestar personal, la capacidad personal de recuperación del impacto victimizador vienen a depender, de un modo central y esencialísimo, de la calidad de atención y participación de la víctima en el proceso (EREZ, KILCHLING, WEMMERS, 2011, DANCIG-ROSENBERG y PUGACH, 2015). De hecho, es muy frecuente que la víctima que ha sido dignificada por un trato procesal adecuado, manifieste su satisfacción con la justicia, al margen de las resultas del proceso. Así, se ha hecho valer la información de que las víctimas que recibían un trato procesal adecuado, (WEMMERS, 2013) veían reducidos o aliviados los síntomas de Trastorno de stress post-traumático, confirmándose el valor terapéutico y víctima-integrador de la justicia penal.

La Victimología que analiza las emociones procesales, ha indagado las bases psicológicas sobre las cuales cabe explicar el efecto beneficioso del proceso penal sobre la víctima. Así, se ha aplicado la teoría de la “*gestión de incertidumbres*”. Conforme a este modelo, la situación ambigua donde la víctima se halla inmersa genera inseguridades vitales muy elementales (así, sobre si son creídas y apreciadas por la comunidad o si se les culpa de lo ocurrido o se les acepta, tal como son en la etapa de post-victimización). Esta incertidumbre genera emociones negativas, como la ira o la ansiedad, emociones que serán desactivadas por un trato victimológico dispensado por operadores del sistema penal, el cual confirmará que, pese al delito sufrido, y su impacto desocializador, ellas siguen formando una parte valiosa de la comunidad (BARKWORTH Y MURPHY, 2016).

Esencialmente, este corpus normativo de derechos se aboca no solo a un abastecimiento procesal positivo de oportunidades víctima-sanatorias: junto a ello, otro de los objetivos promocionales será la evitación a la víctima de una re-victimización, o *victimización secundaria*, que acostumbra a venir referida a los impactos dañinos del Sistema penal sobre la víctima. La erosión procesal de la víctima puede producirse por dinámicas relacionadas con el carácter adversarial del proceso penal que articula verdaderas *batallas narrativas*, (testimonios de víctimas frente a versiones de victimarios) así como con las duras necesidades probatorias que arrastran del respeto a la fundamental defensa y contradicción del imputado. Puede así apreciarse una *victimización secundaria directa*, que emana de la intervención lesiva de los operadores institucionales, policía, jueces, abogados, asesores y asistentes de la víctima, que pueden discriminar, confundir, ofender, o desatender a la víctima en cada etapa de contacto con el Sistema penal. Existe también una *victimización secundaria indirecta o difusa*, cuyo efecto erosivo tiene que ver menos con una acción determinable que con la lógica procesal genérica, abocada al esclarecimiento y condena de los hechos, que anima tendencialmente a las instancias de reacción y control a postergar la atención al daño y la reparación en sí mismos considerados.

MARTÍN RÍOS (2012) alude a las condiciones sistémicas que propician aún la victimización secundaria, entre las que la autora señala la lentitud de la justicia y sus injustas dilaciones, los problemas de prescripción, la sensación victimal de extrañamiento ante su propio conflicto, y la eventual rigidez de algunos regímenes de *cosa juzgada*, el español, entre ellos; la inadecuada atención a la víctima-testigo, en especial en el caso de los menores y víctimas de especial vulnerabilidad y la insuficiente preservación de la intimidad de las víctimas. Frente a ello, el amplio espectro de los derechos de las víctimas reivindicados y normativizados en las últimas décadas viene presidido por un principio calificado como *de protección de víctimas* en el orden penal (SUBIJANA ZUNZUNEGUI, 2006) donde un sistema judicial garantista debe integrarse con la inspiración víctima-tutelar, dirigida a la evitación de daños adicionales que agraven gratuitamente el coste de la victimización y el pronóstico de recuperación victimal (PEREDA BELTRÁN y TAMARIT SUMALLA, 2013).

Pero los estudios sobre victimización secundaria en nuestros días afinan y apuran ámbitos y problemáticas victimales aún inéditas y precisadas de identificación. Así, por ejemplo, para muchas víctimas vulnerables o marginales, la interacción con la

policía no es lo fluida que sería deseable, por la desconfianza de quienes ven en ella menos un aliado que una instancia fiscalizadora. Así, se viene trabajando en los mecanismos adecuados para la mejora del trato policial con las víctimas (KOSTER 2017), más allá de los protocolos profesionales en uso, dimensionándose la percepción victimal de legitimidad policial y confianza institucional, esenciales variables que inciden en la cooperación de la víctima. En materia de expresión forense, se ha detectado, por otra parte, un “daño lingüístico” (PUGACH, PELEG Y RONEL 2017). Éste se produce cuando el sistema se dirige a ellas ignorando su condición legal, y abusando de un lenguaje críptico, profesional que las petrifica y las obliga a adaptarse a una tecno-jerga burocrática, con la intensificación en ellas de sentimientos de impotencia y alienación social.

3. MODERNOS DEBATES EN VICTIMOLOGÍA: EL DERECHO VICTIMAL A LA PENA Y EL DERECHO A LA VICTIMIDAD ANTICIPADA

En las últimas décadas en el debate sobre los fines del Derecho penal, y sobre el sentido de la pena, ciertas tesis han querido incluir a la víctima en sus premisas legitimadoras. Sin duda la participación de la víctima en el proceso penal se ha validado ampliamente como un recurso terapéutico que perfila positivamente la identidad social de la víctima. Sin embargo, la pena del victimario, en sí misma considerada como contenido de un derecho subjetivo de la víctima, resulta un expediente más problemático. Son polémicas tesis que postulan la necesidad de una igualación punitiva entre víctima y victimario, o que sustentan la noción de una legítima prevención víctima-especial positiva debida por el Estado a la víctima (SILVA SÁNCHEZ 2009). A ellas se suma la idea de *closure punitiva*, la cual defiende que la víctima solo conseguirá cerrar la crisis abierta por el delito a partir de un imprescindible “cierre”, que solo una pena drástica podrá proporcionar (HERRERA MORENO 2014).

Frente a ello, se viene observando que estas expectativas resultan defraudadas con harta frecuencia, con la intensa generación de frustración y desencanto en las víctimas, las cuales descubren que la pena no las empodera (aunque sin duda rebaje o disminuya al infractor) o que nada, más allá de una fecunda narrativa interior, les puede recuperar el sentido vital para poder cerrar en las víctimas la crisis abierta por una traumática acción victimaria. La idea de un *derecho de la víctima a la pena* es un error de concepto frecuentemente impulsado desde instancias activistas y mediáticas. Subyace en este entendimiento la idea de que la pena tiene, al fin y al cabo, un subyacente y natural fundamento víctima-retributivo, y ya que *un día* interferimos la justicia victimal, debemos dar a las víctimas *algo* a cambio. La pena sería, ni más ni menos, ese *algo*, de sentido substitutivo y contenedor de la vindicta. ¿Es la pena pues un inmediato substituto cultural de la venganza?

Si nos vamos a los umbrales de configuración ética más remotos, esto es, si no fechamos en el Antiguo Régimen aquel *día de expolio*, sino regresamos a fundamentos los bio-sociales de la acción punitiva humana, esas premisas decaen: la víctima no fue privada de su conflicto por la comunidad, como CHRISTIE planteara. En algún momento evolucionario, *ella misma* recurrió a la comunidad, ante la imposibilidad de

ejercer su reacción privada. En efecto, según conjeturan KURZBAN y DESCIOLO (2009), la víctima ancestral solía ejercer una punición vengativa, basada en reciprocidad negativa e impulsada por sus intereses particulares, si bien dicha represalia conjuntamente servía al control comunitario de los conflictos ancestrales, como al sostenimiento normativo. Pero el desarrollo en los seres humanos de una mente coalicional cada vez más poderosa, alteró este esquema. Los victimarios buscaban ya en clanes aliados su protección frente a la venganza victimal y así *un solo sujeto agraviado* no podía en adelante cobrarse su propia retribución. Se trataba de una evolutiva *guerra armamentística*. De este modo, la víctima se vió obligada a dirigirse a instancias comunitarias no afectadas por el agravio, para que fueran ellas las que lideraran la punición. Por cuanto la punición, en aquellas etapas, era un ejercicio de elevadísimo riesgo, la comunidad solo la aplicaría de modo restringido y utilitario: nunca en la medida de la personal represalia victimal, sino solo *hasta tanto fueran servidos los intereses generales de control*. De este modo, los intereses de la víctima se alcanzarían estrictamente en lo compatible con los intereses de control que ejercería ahora la comunidad punitiva, pero no menos ni, desde luego, más allá. Es de ese segundo equilibrio, socialmente útil y comunitario-punitivo, no del original y víctima-retributivo, de donde habría evolucionado culturalmente la moderna pena estatal.

Hoy en día, bien a pesar de las expectativas ilimitadas de “sanación punitiva” que la Política criminal y medios alientan en la víctima, la verdadera reintegración viene dada por el reconocimiento en sentencia de la condición de haber sido objeto de un acto típico injusto, y del acceso victimal a los derechos asistenciales y de justa reparación. El derecho de la víctima a la tutela, la justicia y la reparación parece incuestionable. Un consiguiente *derecho victimal a la pena*, sin embargo, precisa ser cuestionado, y, en el mejor de los casos, estrictamente limitado.

MORALES BRAND se pronuncia con vehemencia a favor de un sistema penal acusatorio, que se despoja en buena hora de los resabios de autoritarismo y adopta una actitud más social, humanizada y resolutive. Desde un punto de vista técnico, acaso necesite matización su planteamiento acerca de un principio de “presunción victimal”. No muy lejos de esta sintonía, el gran victimólogo español BERISTAIN IPIÑA (2010) había ya consagrado un polémico principio hermenéutico procesal: “In dubio pro víctima”. Uno y otro axioma, a pesar de venir transidos de una manifiesta vocación tutelar y victimológica, presentan aristas afiladas en cuanto atañe a la estricta garantía de neutralidad que debe presidir el proceso. Sin duda, con carácter previo a la sentencia, un ciudadano tiene derecho a asistencia inmediata como afectado o sujeto paciente de un evento dañino. Pero el carácter antisocial del menoscabo sufrido no se puede anticipar pues es precisamente lo que estará por dilucidar y no cabe hablar, por tanto de una efectiva y normativa victimidad hasta tanto la condición victimal de la persona afectada, como titular de un bien jurídico injustamente perturbado, no sea reconocida formalmente. Tal condición arranca de un imprescindible pronunciamiento judicial, pues solo éste, en un sistema democrático, puede otorgar la admisión plena ante la comunidad de la injusticia padecida, pasando del plano empírico al jurídico y social. El frecuente trastueque de ambos planos, empírico y normativo, implica una confusión de conceptos que resulta altamente problemática, y que proviene de una llamativa ausencia de normativización del término “víctima”.

Una confusión similar, aunque en sentido inverso, se suscita en la dogmática penal en relación a un supuesto “principio de imputación a la víctima” en casos de auto-puesta en riesgo no amparable penalmente. En dicho supuesto, se está, en realidad, ante una afectación estrictamente material, esto es: en ningún caso podemos hablar de imputación a una *víctima de injusticia*, por cuya asunción de riesgo deba negarse la tutela penal. Que el derecho no ampare frente a la injusticia valdría tanto como una contradicción u oxímoron jurídico, de modo que no sobra puntualizar que la tutela denegada, en tales casos, va referida a una víctima tan sólo empírica.

Sin duda, el planteamiento de MORALES BRAND tiene que ver con una asistencia inmediata, humanitaria y con potencial victimológico, la cual permite que atajar los daños sufridos y que éstos no se amplifiquen o extiendan al momento en que la víctima sea reconocida. En igual sentido podría ser procedente que en favor de quien busca tutela penal se dicten medidas preventivas de protección y prevención si, como denunciante, se halla en situación de riesgo ulterior pronosticable. Sin embargo, el haz de derechos aparejados a la garantía de una legítima tutela judicial solo conflictivamente puede articularse como “victimidad normativa anticipada”, o configurar una presunción de victimidad paralela a la presunción de inocencia.

La única anticipación, si así cabe ser aludida, podría venir dada desde la puesta en juego del criterio de oportunidad, en el contexto de un procedimiento de *Justicia Restaurativa* que, entre otras posibilidades, puede brindar vías alternativas para sortear el fallo judicial a cambio de un acuerdo de reparación, tal como ocurre en España en el proceso de menores, o simplificar los trámites para el pronunciamiento. Según cada modalidad, la admisión de los hechos victimizadores por el victimario produce, en efecto, una humanística validación ante la comunidad de la condición de víctima, al margen del pronunciamiento judicial, o antes de que éste se produzca (SUBIJANA ZUNZUNEGUI, 2012)

Nada se opone, por el contrario, a admitir, con el articulista, que la tutela penal efectiva que el sistema ofrece permite ser plenamente concebida como el derecho de un ciudadano acceder a derechos victimales, y que ello es, en sí mismo, un verdadero triunfo cívico de naturaleza innegablemente victimológica. Es por ello de rigor saludar a un trabajo científico a favor de los valores procesales más civilizados y refinados, como los que postula el citado articulista, quién de modo tan vocacional respalda y consagra una filosofía victimológica ya irrenunciable (ZAMORA GRANT, 2016, SAENZ DE LA FUENTE ALDAMA y BILBAO ALBERDI, 2018) que hoy, por fortuna, comienza a hacerse fuerte en los más progresistas sistemas penales contemporáneos.

4. BIBLIOGRAFÍA

BARKWORTH, Julie y MURPHY, Kristina “System contact and procedural justice policing: Improving quality of life outcomes for victims of crime” , *International review of Victimology*, vol. 22, no 2, 2016 págs. 105-122.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “La Dogmática penal evoluciona hacia la victimología “Ayer, ‘in dubio pro reo’; hoy, pro víctimas’; mañana las víctimas protagonistas”. *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional*, vol. 31, 2010 págs. 81-101.

CHRISTIE, Nils "Conflicts as property", *The British journal of criminology*, vol. 17, núm 1, 1977, págs. 1-15.

DAZA BONACHELA, María del Mar *Escuchar a las víctimas: Victimología, Derecho victimal y atención a las víctimas*, Valencia, 2016.

DANCIG-ROSENBERG, Hadar; PUGACH, Dana, *Between secondary victimization and Positive Victimology, Positive Criminology*, Ronel y Segev (Eds.) 2015, págs 292-304

DESCIOLI, Peter, KURZBAN, Robert *Mysteries of morality Cognition*, vol. 112, núm 2, 2009 págs. 281-299.

EREZ, Edna, KILCHLING, Michael, WEMMERS, Jo-Anne M. (ed.). *Therapeutic jurisprudence and victim participation in justice: International perspectives*. Durham, 2011.

HERRERA MORENO, Myriam *La Hora de la víctima*, Madrid 1996

-*Historia de la Victimología*, en *Manual de Victimología* en Tamarit, Echeburúa, Baca, Valencia 2006. págs. 51-74.

-"Rehabilitación y restablecimiento social: valoración del potencial rehabilitador de la justicia restauradora desde planteamientos de Teoría jurídica terapéutica *Cuadernos de derecho judicial*, (14), 2006, págs.169-223.

-*Las dos caras de la victimidad, aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima* en *Víctima, Prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Antonio García Pablos (Ed.), Granada 2009

-*¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología* en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 12, 2014 págs. 343-404.

KOSTER, Nathalie-Sharon N. "Victims' perceptions of the police response as a predictor of victim cooperation in the Netherlands: a prospective analysis" *Psychology, Crime & Law*, vol. 23, núm 3, 2017 págs. 201-220.

LIMA MALVIDO, María de la Luz *El derecho victimal en Victimología* Hilda Marchiori (ED) Buenos Aires, 1992.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar *Víctima y justicia penal: Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, 2012.

PEREDA BELTRAN, Noemí y TAMARIT SUMALLA, Josep Maria *Victimología teórica y aplicada* Barcelona 2013

PUGACH, Dana, PELEG, Anat, RONEL, Natti, "Lingual injury: Crime victims between the criminal justice system and the media" *International Review of Victimology*, vol. 24, núm 1, 2018 págs. 3-23.

SAENZ DE LA FUENTE ALDAMA, Izaskun y BILBAO ALBERDI, Galo *La problematicidad de la asunción ética de la perspectiva de las víctimas en Victimología. En busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Varona Martínez (Dir) Pamplona 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Nullum Crimen Sine Poena-Sobre las Doctrinas Penales de la Lucha Contra la Impunidad y del Derecho de la Víctima al Castigo del autor, Víctima, Prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Antonio García Pablos de Molina (Ed.), Granada 2009

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*. Granada, 2006.

El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa, Eguzkilore núm 26 2012, págs.143-153

WALKLATE, Sandra, MAHER, Jane, MCCULLOCH, Jude, FITZ-GIBBON, Kate, BEAVIS, Kara *Victim stories and victim policy: Is there a case for a narrative Victimology?.* *Crime, Media, Culture*, febrero 2018, págs. 1-17.

WEMMERS, Jo-Anne “Victims’ experiences in the criminal justice system and their recovery from crime” en *International review of victimology*, vol. 19, núm 3, 2013, págs. 221-233.

ZAMORA GRANT, José. *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, Ciudad de México 2016.