

REFLEXIONES SOBRE EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL ITALIANO

REFLECTIONS ABOUT THE STATUTE OF THE VICTIM IN THE ITALIAN CRIMINAL PROCESS

LUCA LUPÁRIA*

RESUMEN

El papel de la víctima en el sistema procesal italiano se presenta históricamente como algo marginal y en la mayoría de los casos relacionado con el resarcimiento del daño que dicho sujeto puede demandar por medio del ejercicio de la acción civil en el juicio penal. El artículo expone el cambio de mentalidad que se está manifestando en Italia, tanto bajo el perfil del reconocimiento de inéditos poderes de impulso a la víctima, como desde el punto de vista de su protección contra los efectos de victimización secundaria, típicos del rito penal. En este marco, el autor asigna un particular relieve a los estímulos procedentes de la comparación con otros sistemas, a los efectos de la jurisprudencia de la Corte CEDU y a las obligaciones derivadas de los actos normativos de la Unión Europea. En la parte final del trabajo se afronta el riesgo de que esta nueva atención por la víctima pueda tener consecuencias negativas en la salvaguardia de las garantías fundamentales del imputado.

Palabras clave: Víctima, justo proceso, garantías defensivas, proceso penal italiano, Derecho de la Unión Europea

ABSTRACT

The role of the victim in the Italian trial system appears historically marginal and generally linked to the compensation for damage that such a subject may claim by exercising a civil action in criminal proceedings. The article illustrates the change in mentality that is occurring in Italy, both from the point of view of recognition of new powers for the victim and from the point of view of the visual angle of his/her protection from the effects of secondary victimisation typical of the penal system. In this area, the author attaches particular significance to the forces coming from the comparison with other systems, to the effects of the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the obligations deriving from the regulatory deeds of the European Union. In the final part of the work, the risk that this new attention for the victim may cause negative repercussions for protecting the fundamental guarantees of the defendant is discussed.

Key words: Victim, fair trial, defence guarantees, Italian criminal process, Eec law.

Recibido: 13 de noviembre de 2012.

Aceptado: 4 de diciembre de 2012.

* Doctor en Derecho Procesal Penal, Universidad de Bologna, Italia. Catedrático de Derecho Procesal Penal, Università di Milano, Italia. luca.luparia@unimi.it

1. LA VÍCTIMA ARRINCONADA: ALGUNOS ASPECTOS DEL SISTEMA

El papel actualmente asignado a la víctima en el proceso penal italiano resulta ser la consecuencia directa –y no podría ser de otra manera– del planteamiento cultural que ha caracterizado la línea histórica del rito penal italiano. Efectivamente, aún hoy en día, el ordenamiento está descontando el peso de la tradicional falta de consideración mostrada respecto a este sujeto por los legisladores que se han sucedido a lo largo del último siglo.

Es inútil entretenernos en este punto. Sería suficiente hojear los documentos escritos a caballo entre los siglos XIX y XX por los representantes de la Escuela Positiva para encontrar la confirmación de cómo, ya entonces, se denunciase un significativo atraso en el aspecto de la tutela de la persona que ha sufrido el delito. Reflexiones que se han repetido continuamente durante los siguientes lustros hasta el inicio del nuevo milenio, tanto que un famoso congreso organizado por la *Accademia dei Lincei* en el año 2000 presentaba un título muy emblemático: “La víctima del delito: la gran olvidada”¹. Una situación señalada en general por todas las intervenciones doctrinales que, en varias fases y diferentes acentos², con fuerza han remarcado las carencias y las lagunas existentes en el ámbito de los poderes de impulso y de los instrumentos de protección del sujeto pasivo del delito³.

De alguna forma, la reticencia en utilizar el término “víctima” en el Código Procesal Penal –donde compareció solo en 2009, en ocasión de la modificación del artículo 498 apartado 4-ter– resulta significativa. Por otra parte, la elección de dividir la unitariedad del concepto en más de una versión y con palabras con un porcentaje de tecnicismo mayor (“persona ofendida”, “dañado por el delito”, “parte civil”) son factores que se pueden interpretar como síntomas de un enfoque adecuado para marginalizar la posición en el interior de los equilibrios del proceso.

Es innegable que en nuestro país la política legislativa respecto a la víctima ha seguido desde siempre la vía del reconocimiento de un

¹ *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma, 2001, 1.

² PAULESU, P, “Persona offesa dal reato”, en: *Enc. dir., Annali II*, Milano, 2008, 593.

³ TRANCHINA, Giovanni, “La vittima del reato nel processo penale”, en: *Cass. pen.*, 2010, 4051.

resarcimiento de matriz económica, en vez de la más compleja de la asignación de una clara colocación en la escena de la constatación judicial. Son testigos de ello la tradicional –aunque incoherente– política de desarrollo de fondos de garantía y de solidaridad apropiados para indemnizar desde el punto de vista monetario a la persona ofendida de algunas categorías de delitos (tráfico, terrorismo, criminalidad organizada, extorsión y usura, etc.) y, en diferente prospectiva, la atribución de incisivos poderes procesales solo a la víctima que, en el juicio penal, resulte portadora de intereses de carácter civil surgidos en el ejercicio de la acción resarcitoria ante el juez competente para conocer el hecho constitutivo de delito.

El contraste entre la víctima en sentido estricto y la parte civil ha comportado la atenuación de las facultades, especialmente en materia probatoria, correspondientes al ofendido que no haya sufrido daños resarcibles o bien que haya decidido demandar el resarcimiento en sede propia o, incluso, renunciar a la acción civil. Por otra parte, los mismos poderes –en cualquier caso satelitares a las acciones de averiguación del Ministerio Público– atribuidos a la persona ofendida en la fase de investigaciones preliminares, se pueden interpretar como una especie de anticipación de las prerrogativas que se podrán llevar a cabo una vez adquirida la función de parte civil.

En conclusión, un rito donde no encuentran un efectivo espacio, en los recovecos de la disputa entre la parte acusadora y defensora, otras figuras respecto a las relacionadas con la exposición en sede penal de las cuestiones civiles resarcitorias.

Solo recientemente, han surgido institutos que presuponen la consideración de un concepto “puro” de víctima: es el caso, por ejemplo, de la normativa sobre la competencia penal del Juez de Paz (decreto legislativo 274 de 2000). En este caso, la justicia penal decline a favor del tentativo de restablecer las pequeñas heridas sociales abiertas con delitos de bajo impacto criminal, ha comportado la valorización del papel de la víctima, «elevada al rango de actor principal de la persecución judicial»⁴, como reconsiderado antagonista del imputado: desde el recurso inmediato al juez, hasta la extinción del delito debido a conductas reparatorias (artículo 35). Todo ello nos permite pensar en

⁴ PADOVANI, Tullio, “Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace”, en: *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, XV (2001), Torino.

un sistema de justicia penal calibrado también según las exigencias del ofendido y en un nuevo protagonismo del mismo⁵.

Desde otro punto de vista, hay que señalar los mecanismos de mediación, que a pesar del inicial entusiasmo provocado, encuentran dificultades en asumir una función central en la vida judicial⁶. Los procedimientos y las intervenciones de justicia reparativa representan sin duda, con especial referencia a los delitos de menor importancia, el terreno de elección de un nuevo modo de entender la relación entre víctima y autor del delito, entre pretensión punitiva del Estado y valor de la reconciliación social⁷.

En realidad, el ámbito del derecho penitenciario es el que más ha tomado en consideración el papel de la víctima, con un enfoque que merecería una mayor atención doctrinal por lo que se refiere a los numerosos aspectos que se pueden apreciar, así como los perfiles de criticidad presentados. Hay que recordar, entre otras, la medida de libertad condicional, en la que se valoriza, a fin de la concesión de la medida alternativa, el compromiso del condenado respecto a la persona ofendida mediante la prescripción de que «el sujeto bajo libertad condicional haga todo lo posible a favor de la víctima de su delito» (artículo 47, apartado 7 del Ordenamiento Penitenciario); o bien la detención domiciliaria prevista por la Ley 199, de 2010, en la que se encuentra una causa obstativa para la acogida de la solicitud en el caso de que no subsista la idoneidad y la efectividad del domicilio, «así como en función de las exigencias de tutela de las personas ofendidas por el delito». Por último, por lo que se refiere a la medida alternativa de la semilibertad, hay que recordar que los «progresos obtenidos en el tratamiento» (artículo 50, apartado 4 del Ordenamiento Penitenciario) a menudo se miden sobre las «posibles acciones de reparación de las consecuencias del delito» (artículo 27 del Reglamento Penitenciario) y por tanto también están relacionados con una línea de apreciación «del sufrimiento infligido a las víctimas de los delitos»⁸.

⁵ GALANTINI, María, “Improcedibilità per tenuità del fatto ed estinzione del reato conseguente a condotta riparatoria”, en: *Cass. pen.*, 2002, 1194.

⁶ NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

⁷ REGGIO, “*Giustizia conciliativa, giustizia riparativa: linee per un confronto. Alcuni spunti in margine al dibattito internazionale sulla restorative justice*”, en: PICOTTI (dir.), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, 2010, p. 105.

⁸ MANNOZZI, Grazia, “La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia”, en: *Dir. pen. proc.*, 2012, 838.

2. LAS CARENCIAS INTERNAS EN EL MARCO INTERNACIONAL

Cuando se amplían los horizontes a las indicaciones procedentes de fuentes supranacionales, las señales de una carente atención de nuestro legislador demuestran ser numerosas: desde la falta de acatamiento de la Convención del Consejo de Europa sobre las víctimas de delitos violentos⁹, hasta los incumplimientos de la tutela resarcitoria impuesta por la Directiva 2004/80/CE¹⁰, a la insuficiente ejecución de la decisión marco del Consejo del 15 marzo 2001¹¹, así como respecto al retraso en reglamentar todo lo establecido por el artículo 53 de la Ley 96 del 2010¹², el “estado del arte” de la legislación interna resulta seguramente inadecuado.

Las medidas disponibles en nuestro ordenamiento –realmente pocas para un sistema tan delicado y complejo como es el proceso penal– no permiten dar un juicio plenamente positivo sobre el cumplimiento de la normativa local según los dictámenes de la principal fuente en materia, la decisión marco 220 de 2001, que, a su vez, es juzgada en Europa demasiado limitada y obsoleta: hasta el punto que, como se sabe, a una propuesta de directiva en materia de derechos, asistencia y protección de las víctimas, lanzada en 2011 (COM(2011)275 def.), se ha presentado el nuevo texto –aún más amplio y articulado– aprobado por el comité de los representantes permanentes (COREPER), y sometido a la aprobación del Parlamento y del Consejo (*Documento del Consejo 11702/12*, 21 junio 2012).

La crónica falta de atención respecto a la víctima que se consume en nuestro sistema, también está testimoniada por la ausencia de cualquier referencia a esta en la reforma constitucional sobre el justo proceso (Ley constitucional n. 2 de 1999). En una operación que deseaba entrar a formar parte de la categoría de las grandes Cartas internacionales, no se ha hecho ninguna referencia a los derechos o a los poderes de la víctima en el nuevo artículo 111 Const., completamente enfocado en los fundamentales atributos de un *fair trial* (justo juicio)

⁹ Firmada en Estrasburgo en 1983.

¹⁰ Directiva del Consejo del 29 de abril de 2004, relativa a la indemnización de las víctimas de delitos.

¹¹ Relativa a la posición de la víctima en el procedimiento penal (2001/220/GAI).

¹² Ley Comunitaria de 2009, que delega al Gobierno la modificación del código de rito en la tutela de la persona ofendida.

que gira alrededor de la figura de la persona acusada¹³. Ni han visto la luz los proyectos de ley, estancados en el Parlamento, que habían alcanzado el acuerdo sobre un texto de ley constitucional destinado a insertar la previsión según la cual: «La víctima del delito y la persona dañada por el delito están tuteladas por el Estado en los modos y en las formas previstas por la ley».

En realidad, el ambiente propicio para la experiencia procesal italiana está bastante lejano de otros modelos, siendo el primero entre todos el francés (que, sin embargo, representa una parte significativa de nuestra historia): en el que, con una fundamental reforma (Ley 516 de 2000), destinada a la consolidación de la presunción de inocencia y a la tutela de los derechos de las víctimas, se ha dado un paso en ambas direcciones, demostrando que la atemperación de los derechos de sujetos portadores de intereses contrapuestos es siempre posible en un proceso que desee demostrarse verdaderamente justo¹⁴. No es un casualidad que en el artículo preliminar al código de rito, que representa el símbolo de esa reforma, junto a un nutrido catálogo de garantías para la defensa, se establezca que «la autoridad judicial vigila sobre la información y las garantías de las víctimas a lo largo de todo el proceso»¹⁵.

De la experiencia francesa podemos recordar también la institución, a partir de 2008, del *juge délégué aux victimes* (Decreto n. 2007-1605, 13 noviembre 2007) y la fórmula del juramento de los miembros de la Corte de Asís que contempla el preciso compromiso de «no traicionar los intereses de las víctimas».

Desde el punto de vista de la óptica comparativa, se podrían recordar también las reformas realizadas en el sistema belga¹⁶ o la reciente evolución, en el sector de la *violencia de género*, del proceso español, connotado además por la presencia del *acusador particular*, que permite a la víctima ejercitar directamente la acción penal contra el sospechoso¹⁷. Todos estos contextos manifiestan, una vez más, una

¹³ CHIAVARIO, Mario, “Giusto processo, II Processo penale”, en: *Enc. giur. Treccani*, XV Nº 1 (2001).

¹⁴ LAZERGES, Christine, “Le renforcement des droits des victimes par la loi n. 2000-516 du 15 juin 2000”, en: *Arch. pol. crim.*, Nº 24 (2002), p. 15.

¹⁵ AIMONETTO, María Gabriella, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Torino, 2002, p. 97.

¹⁶ FRANCHIMONT, Michel, “La victime dans le procès pénal”, en: *JT*, 1997, p. 121.

¹⁷ SANZ HERMIDA, Agata Maria, *Victima de delitos: derechos, protección y asistencia*, Madrid, Editorial Iustel, 2009.

cierta divergencia de sensibilidad cultural que separa, en un marco a menudo difícilmente comparable, nuestro país de otros del continente europeo¹⁸.

3. RAÍCES HISTÓRICAS Y FACTORES CULTURALES DE UNA MARGINALIZACIÓN

Las coordinadas trazadas en líneas generales, describen una situación de la que hay que explorar sobre todo las razones. Solo de esta forma podremos comprender si la creciente atención requerida para las víctimas en los sistemas penales –camino emprendido por muchos sistemas continentales– comporta verdaderos valores añadidos o bien presenta también riesgos.

En primer lugar, la mezcla –de ascendencia francesa– entre la ofensa penal y el daño civil, que hace que el sujeto pasivo sea a menudo el portador solo de pretensiones económicas, de alguna forma ha terminado con hacer que la víctima sea “antipática”. En la percepción de los operadores judiciales, esta se transforma en una especie de intruso en la constatación penal, empeñado en monetizar su dolor más que en pedir justicia: de esta forma, como se ha dicho eficazmente, «se descubre el rostro más desagradable de la víctima», que tiende casi solo a la iniciativa resarcitoria contra el imputado¹⁹.

Para denotar este estatus de menor “nobleza” procesal, a menudo los abogados definen significativamente como “patrón” el legal de la parte civil, como si quisieran distinguir el defensor de la “verdadera” parte procesal, del imputado²⁰. Gian Domenico Pisapia, uno de los padres del nuevo Código de Procedimiento Penal, de forma decididamente clarividente, razonó sobre cómo excluir la parte civil del nuevo proceso con el objetivo de asignar un papel más preciso y mayores poderes solo a la persona ofendida. Una perspectiva que en esa época era demasiado temeraria, pero que hoy ha vuelto a ser más que nunca actual, la de eliminar del proceso penal la pretensión resarcitoria de matriz civil, con el fin de obtener una clara separación de *res iudican-*

¹⁸ ARMENTA DEU, María Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2012, pp. 100 y ss.

¹⁹ AMODIO, Ennio, *Mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Milano, 2010, p. 104.

²⁰ AMODIO, *Mille e una toga...*, p. 101.

*da*²¹, aunque las fuentes europeas hacen que este camino sea más bien accidentado.

Entre las matrices de la actual consideración de la víctima, hay que recordar también que cuando, en 1988, el legislador cumplió una precisa elección según el nuevo modelo procesal, acogió un rito acusatorio en el que se incluyeron en seguida importantes distorsiones interpretativas. Por predilección cultural, se ha imaginado un rito *adversary* centrado en la disputa solo entre dos sujetos, acusador y acusado, con la consecuencia de poner los otros, en primer lugar la víctima, en el papel secundario de comprimarios.

Sugestivamente, tomando en préstamo la brillante similitud ofrecida por una estudiosa del derecho comparado²², podremos afirmar que se ha alcanzado una interpretación deformada del rito angloamericano, imaginado como en el tango, danza reservada típicamente solo a dos sujetos, olvidando de esta forma que cada justo proceso resulta más similar a una rumba, un baile colectivo en el que se consideran también los intereses de diferentes sujetos, en particular los testigos y las víctimas.

Claro que, si se tiene en cuenta la experiencia de *common law* o derecho común, hay que reconocer que la víctima es titular de poderes bastante limitados y, sobre todo, no puede hacer valer la pretensión resarcitoria en sede penal (si se exceptúa el *compensation order*). Por otra parte, también es verdad que la historia del proceso inglés nos enseña que el papel de acusador por tradición se asignaba precisamente a la víctima del delito.

El *public prosecutor* estadounidense, al igual que el del *Crown Prosecution Service*, actualmente presente en Inglaterra, comportan trazas de sus propios orígenes, haciéndose a menudo portavoz de los intereses de las víctimas, de los que terminan, de alguna forma, por ser los directos herederos. La misma discrecionalidad de la acción penal, en fase de inicio y de sucesiva conducción, es la señal de la «originaria concepción del proceso entendido como confrontación entre las partes (privadas) ante un juez tercero»²³. Como ha sido escrito eficaz-

²¹ LAVARINI, Barbara, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, p. 7.

²² GRANDE, Elisabetta, "Dances of Justice: Tango and Rumba in Comparative Criminal Procedure", en: *Global Jurist*, vol. 9 (2009), p. 4.

²³ DEZZA, Ettore, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009, p. 123.

mente, en estos países la víctima es un «formidable ausente, siempre presente»²⁴.

En cambio, nuestro Ministerio Público, según el planteamiento burocrático de matriz francesa, opera como terminal de la máquina administrativa del Estado: en calidad de último heredero del Procurador del Rey, no comporta en sí el recuerdo de un proceso penal que movía sus propios pasos de una acusación penal privada.

Por tanto, la escasa atención reservada a la víctima parece también el fruto de una superficial comparación entre modelos y, podremos decir, de un conocimiento parcial de su actual funcionamiento, que sin duda no se olvida de las exigencias de quien ha sufrido el delito. Sería suficiente pensar en el *Code of practice for victims of crime* publicado en Inglaterra en 2005 en el ámbito del *Domestic Violence, Crime and Victims Act* del año anterior, así como del intenso trabajo presentado antes en Estados Unidos por el *National center for victims of crimes* (a través del desarrollo del interesante concepto de “*parallel justice*” para las víctimas) y del *American Bar Association* (al que se deben las *Guidelines for Fair Treatment of Crime Victims and Witnesses* del 1983). Sin olvidar que aún hoy en el sistema inglés para la víctima se puede intentar una *private prosecution* (acusación particular), aunque el instituto sea de limitadísima aplicación

Por lo tanto, en esos países, el *fair trial* tiene que contemplar a las víctimas, los testigos, los auxiliares y todos los coparticipantes que, asomándose en la escena procesal, reversan sus propias expectativas y, a veces, sus propios miedos. Una sensibilidad que se asocia a lo que desde hace tiempo la Corte EDH (Europea de Derechos Humanos) propugna, es decir, la necesidad de buscar puntos de equilibrio entre los derechos fundamentales de la defensa del acusado y la tutela de la posición de los sujetos que coagulan intereses contrapuestos en el proceso penal²⁵.

Teniendo en cuenta la histórica sentencia *Doorson* (Corte EDH, 26 de marzo de 1996, *Doorson c. Países Bajos*), actualmente esa jurisprudencia intenta obtener espacios destinados a la protección de las víctimas y de los testigos, sobre todo vulnerables. Sin duda, en esta operación se abren márgenes de criticidad debidos a la constricción de algunos derechos defensivos del imputado: tanto en el caso de la

²⁴ MARTINI, Aurélien, “La victime en Angleterre: “une formidable absence, partout présente””, en : *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, 2008, p. 47.

²⁵ SCOMPARIN, Laura, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, p. 1.

asunción “indirecta” de las fuentes de prueba (Corte EDH, 10 de mayo de 2007, *A.H. c. Finlandia*), como, con mayor razón, en la hipótesis de testigos ausentes o ilocalizables²⁶. Sin embargo, en estos casos, el necesario equilibrio de valores que hay que cumplir en el rito penal, comporta normalmente que la Corte Europea considere *fair* (justo) el proceso que atempere la protección de los testigos vulnerables y la garantía del contradictorio, entendido como derecho del imputado para confrontarse con el propio acusador²⁷.

Resumiendo, una interpretación maniquea del arquetipo *adversary* no se puede plantear correctamente como fundamento de formas de ostracismo respecto a la víctima²⁸. El análisis de la relación entre nuestro código y sus referencias culturales no puede prescindir de la toma en consideración de las precisas ascendencias históricas de los modelos angloamericanos y de los desarrollos normativos que se han delineado en los últimos decenios en el universo de *common law* o derecho común. Como tampoco puede prescindir de la comprensión de la bondad de algunas raíces continentales que han permanecido en el DNA de nuestro modo de hacer justicia y de las positivas influencias de un derecho europeo capaz de conjugar a menudo los aspectos mejores de las dos tradiciones jurídicas.

4. LA CARA OSCURA DEL CAMINO DE REDESCUBRIMIENTO

El análisis realizado hasta ahora, en la maraña de coordinadas internas y comunitarias, deja preconizar que el viento está cambiando rápidamente de dirección. El apoyo por parte de la Unión Europea, que ha hecho de la salvaguardia de la víctima una especie de eslogan para los próximos años de acción común, ya ha incidido parcialmente en los contrapesos de nuestro rito penal; además, de aquí a poco tiempo, se esperan medidas específicas que solo podrán comportar un ulterior cambio de marcha en los enfoques del legislador interno.

²⁶ UBERTIS, Giulio, “Contraddittorio e testi assenti, vulnerabili o anonimi alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”, en: *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, p. 188.

²⁷ LONATI, Simone, *Il diritto dell’accusato a “interrogare o fare interrogare” le fonti di prova a carico*, Torino, 2008, p. 195.

²⁸ CHIAVARIO, Mario, “Droits de l’accusé ... et autres dans la perspective de la justice pénale internationale”, en: *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milano, 2003, p. 329.

Ahora bien, si el proceso penal se tiene que considerar más justo si es capaz de representar el resultado de una virtuosa dosificación de equilibrios entre los diferentes intereses en juego, el estudioso, aunque por una parte solo puede complacerse de este nuevo curso, tiene la obligación de explorar también la otra cara de la medalla: el riesgo de un desequilibrio excesivo del sistema hacia la víctima en el momento de un decisivo viraje, en el sentido de un mayor respeto de su papel y de las instancias de las que se hace portador²⁹.

Por lo demás, son situaciones ya conocidas y estudiadas en el panorama comparativo. La experiencia sudamericana³⁰, por ejemplo, a partir de la evolución del sistema argentino³¹, nos ha demostrado como, para salir en ayuda de las legítimas solicitudes de las víctimas, todo el sistema sustancial y procesal ha terminado por degenerar.

Un fenómeno que se recuerda con el apelativo de “neopunitivismo”³², para significar como la excesiva polarización del proceso hacia la satisfacción de las víctimas, termina con concentrar la actividad jurisdiccional en la búsqueda de los culpables, en nombre tanto de las familias de los *desaparecidos* como de las comunidades afectadas por el terrorismo, o bien de las poblaciones que han salido de regímenes dictatoriales, solo para recordar algunas de las hipótesis más conocidas.

Un cambio de la misma finalidad del juicio, doblegado a las razones del dolor de las víctimas y en general destinado a obtener verdades que satisfagan la paz social.

El acento puesto en la persona afectada por el delito corre el riesgo, en otras palabras, de transformarse en sed de justicia sumaria. En un proceso cargado de finalidades atípicas, como la reconstrucción histórica reclamada a grandes voces por las víctimas³³, a veces con-

²⁹ BERISTAIN, Antonio, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p. 1.

³⁰ RAMÍREZ CARVAJAL, “La protección de la víctima en el ordinamiento jurídico colombiano”, en: ARMENTA DEU, OROMÍ VALL-LLOVERA (dir.), *La víctima menor de edad (Uno estudio comparado Europa-América)*, Madrid, 2010, p. 439.

³¹ DONNA, *Las palabras, los hechos y la víctima en el Derecho argentino*, en: *La víctima menor de edad (Uno estudio comparado Europa-América)*, cit., p. 419.

³² PASTOR, Daniel (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2008, p. 33.

³³ PASTOR, *El Estatuto jurídico de la víctima menor de edad en las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en *La víctima menor de edad (Uno estudio com-*

densadas en una masa de sujetos, se cela el peligro de una correspondiente podadura de los derechos del imputado. Se trata de derivaciones no deseadas, de las que incluso la Corte Penal Internacional puede ofrecer un concreto testimonio³⁴, ya que en particulares contextos la víctima desempeña un papel absolutamente central, como comprueba la actividad del *Bureau du Conseil Public pour las Victimes*.

Por último, desde el punto de vista del derecho penal sustancial se pone a discusión el concepto mismo de pena, obligado a sufrir los efectos de una dinámica de “privatización” que hace asumir a la sanción la principal finalidad de un resarcimiento respecto al afán de venganza por parte de la víctima del delito.

Por otra parte, se conocen los efectos de la entrada de la víctima en la fase del *sentencing* norteamericano: ya que después de haber escuchado la “voz” de la familia del asesinado, se ha registrado un aumento exponencial de los casos de irrogación de la pena capital. Además, en ese contexto, los *victim impact statements* (las declaraciones suministradas por la víctima sobre el impacto del crimen en su persona y en su familia) se han convertido en uno de los elementos esenciales para decidir la entidad de la pena y la concebibilidad de una eventual liberación anticipada en libertad vigilada por parte del *Parole Board* (Junta para la libertad condicional). No es una casualidad si se ha planteado su inadmisibilidad en procesos para los delitos de máxima gravedad. En efecto, algunos Estados habían considerado dichas declaraciones no admisibles precisamente en virtud del hecho de que, condicionando el órgano juzgante, hacen que sea más probable condenas con penas bastante más severas (dudas de admisibilidad en parte rechazadas por la Corte Suprema Federal en el caso *Payne v. Tennessee* de 1991).

También merece la pena recordar que una de las primeras frases que se encuentran en el sitio del *National Office for Victims* de Canadá es «*your rights as victims do not end at sentencing*» (sus derechos como víctimas no terminan en condenas): una clara señal de cómo la ejecución de la pena puede ver como protagonista la víctima, no como

parado Europa-América), cit., p. 457; PÉREZ MARÍN, *La participación de las víctimas en el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ibídem, p. 485.

³⁴ MELONI, Chantal, “Le vittime nel procedimento davanti alla Corte penale internazionale”, en: *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, p. 387; OLÁSOLO, Kiss, “The Role of Victims in Criminal Proceedings before the International Criminal Court”, en: *Int. Rev. Pen. L.*, vol. 81, 125 (2010).

punto para la recuperación del condenado o como testigo de un recorrido reeducativo del mismo, sino como guardián de la severidad de la pena infligida y de una aplicación que tenga en cuenta las expectativas de quien ha sufrido los efectos, directos o mediados, del delito.

Esta inclinación a sobreponer el plano de la sanción estatal y la de los intereses privados de la víctima inicia a presentarse también en Europa, como demuestra un reciente caso español que ha difundido una cuestión prejudicial en la Corte de Justicia (15 septiembre 2011, causas C-483/09 y C-1/10, *Gueye y Sánchez*). En este caso, el Tribunal de Barcelona había condenado al imputado por maltratamientos en familia a su compañera y, al mismo tiempo, había dispuesto a su cargo la medida de la prohibición de acercarse a la víctima. Sin embargo, después del fallo, el autor del delito había vuelto a convivir con su compañera por expreso deseo de la misma, de forma que fue nuevamente condenado, esta vez por la trasgresión de la medida impuesta.

La Corte tuvo que expresarse sobre la compatibilidad respecto a las fuentes comunitarias de una obligatoria adopción de las medidas de alejamiento en el caso de que las mismas víctimas se opongán a ello. La particularidad del caso podía abrir una brecha en la tradicional concepción de la pena, ya que esta tipología de sanción podía, *prima facie*, aparecer casi exclusivamente dispuesta como tutela del familiar maltratado. Sin embargo, los jueces de Luxemburgo han aclarado, correctamente, que aunque la legislación de la Unión tienda a garantizar que la víctima pueda participar en el procedimiento penal de forma adecuada, esto no implica que una medida de alejamiento obligatoria no pueda ser pronunciada contra su parecer³⁵. El derecho de las personas ofendidas de ser escuchadas y tomadas en consideración por el juez no puede transformarse en un poder de las mismas para incidir directamente en la pretensión punitiva del Estado, casi como si las sanciones se pusieran directamente en sus manos.

Una decisión importante que confirma como, más allá de peculiares hipótesis de justicia alternativa, a la víctima no le corresponde ningún derecho en la elección de las formas de la pena que hay que infligir a los autores, ni tampoco respecto a la entidad de las penas. En caso contrario, se podría llegar a esas situaciones, lejanas a nuestra sensibilidad jurídica, en la que la pena está sustancialmente en la dis-

³⁵ VOZZA, Donato, *La 'saga' della giurisprudenza europea sulla tutela della vittima nel procedimento penale continua con la sentenza Gueye*, disponible en: www.penalcon-temporaneo.it, 8 novembre 2011.

ponibilidad del ofendido³⁶. Es suficiente pensar, por ejemplo, en los institutos presentes en los países del área musulmana que permiten a la familia de la persona asesinada decidir si la pena de muerte decidida por el Estado se tiene que infligir o sustituir por sanciones de carácter resarcitorio³⁷.

5. VÍCTIMA Y ACUSADO. LOS FRÁGILES EQUILIBRIOS EN LA MODERNA CONCEPCIÓN DE JUSTO PROCESO

Por tanto, un modelo *victim-oriented* (orientado hacia la víctima) comporta el peligro de un desequilibrio sistemático y una puesta a discusión de las garantías históricamente dispuestas a favor del que es –y tiene que ser– el protagonista del juicio penal, el imputado³⁸. Si la cultura procesal moderna impone que en la plantilla de los actores del rito se incluya también a la víctima³⁹, esta línea no tiene que comportar el sacrificio de los derechos de la persona acusada.

Por otra parte, una correcta centralidad de la presunción como se describe en el artículo 27 de la Carta Fundamental, tendría que permitir reflexionar también sobre el concepto de “presunta víctima”, que hay que asociar al de “presunto inocente”. Aunque la existencia de la víctima a veces se puede considerar cierta respecto al delito (a pesar de que no se puede olvidar la categoría de las “falsas víctimas”⁴⁰), esta se tiene que entender como solamente hipotética respecto al imputado, precisamente porque este último es considerado no culpable hasta la condena definitiva.

³⁶ NANZER, Alberto, *La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo*, en: PASTOR (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2009, pp. 353 ss.

³⁷ ROSEN, Lawrence, *The Justice of Islam*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 69.

³⁸ ARMENTA DEU, LUPÁRIA, NÚÑEZ OJEDA, PARIZOT, PASTOR, RAMÍREZ, SCARANCE, SARRABAYROUSE e INCARDONA, *Consenso de Ushuaia. Acerca del aporte de la doctrina académica al movimiento de reforma del derecho procesal penal*, 10 noviembre 2010, en: *Reflexiones sobre el proceso penal*, Medellín, 2011.

³⁹ BELOOF, Douglas, “The Third Model of Criminal Process: the Victim Participation Model”, en: *Utah L. Rev.* 1999, p. 289; CRAWFORD, Adam y GOODEY, Jo, *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice*, Dartmouth, 2000, p. 1.

⁴⁰ DANET, Jean, «Victimes et parties civiles dans le nouveau procès pénal», en : *RJIF*, 1995, Nº 35 (1995), p. 7.

Sin embargo, el verdadero punto crítico en la gestión de la relación entre imputado y víctima se tiene que individualizar en el *right to confrontation* (derecho a la confrontación). Teniendo en cuenta el léxico constitucional, cada proceso se tiene que realizar en el contradictorio entre las partes y el acusado tiene que tener «la facultad, ante el juez, de interrogar o hacer interrogar a las personas que hagan declaraciones a su cargo» (artículo 111, apartado 3, Const.).

Rigurosamente entendida, la previsión principal no parece dejar espacio a lecturas reductivas de las prerrogativas probatorias del imputado: la fuente de causa se tiene que escuchar en presencia del juez mediante preguntas que procedan de la defensa. Por tanto, todo consiste en llegar a un acuerdo sobre el alcance del derecho de confrontarse con el acusador y en las modalidades a través de las cuales se pueda satisfacer concretamente.

Teniendo en cuenta una interpretación coherente de la sintaxis constitucional, parece ser que en el derecho de hacer interrogar las fuentes de prueba a cargo, se puede incluir también una progresión de la tipología de confrontación entre acusado y víctima. Respecto a la necesidad de esta última de ser protegida del proceso y del imputado, la pureza del examen directo también podría ceder un poco a favor tanto de la serenidad del declarante, como de la genuinidad de su contribución.

En efecto, las virtudes del contradictorio no pueden negar que a veces este sea capaz de reflejarse negativamente en el resultado de prueba: si la fuente es frágil, la dureza de la confrontación comportaría resultados negativos en términos de credibilidad de la versión ofrecida y, por último, también de inservibilidad futura del testigo. Si por una parte nuestro sistema prevé formas protegidas o asistidas de exámenes del sujeto vulnerable, de la misma forma y desde hace tiempo la jurisprudencia de la Corte EDH demuestra su apertura para considerar compatibles con el justo proceso formas atenuadas de examen: desde la ausencia de publicidad de la audiencia (Corte EDH, 12 de octubre de 2007, *Kovač c. Croacia*), hasta el examen realizado en ausencia del imputado o del defensor (Corte EDH, *A.H. c. Finlandia*), a la ausencia de examen cruzado (Corte EDH, 19 de junio de 2007, *W.S. c. Polonia*). El *fair trial* es respetado siempre que a las partes se les ofrezca la posibilidad de controlar las modalidades con las que la fuente es examinada, así como, si se desea, se pueden predisponer las

preguntas que hay que someter al testigo (Corte EDH, 2 de octubre de 2002, *S.N. c. Suecia*)⁴¹.

De esta forma, lo que se deja en el terreno de la confrontación directa es en parte recuperado a nivel de utilizabilidad y evaluación de la prueba: se tiene que reconocer al acusado una ocasión suficiente para confrontarse con su acusador, en el momento de la deposición o bien más tarde, en caso contrario sus declaraciones se excluirán del grupo de las pruebas sometidas al libre convencimiento judicial (Corte EDH, 20 de noviembre de 1989, *Kostovski c. Países Bajos*). Además, no se puede juzgar culpable sobre la base exclusiva o predominante de declaraciones hechas por personas que han eludido el contraexamen defensivo (Corte EDH, 27 de febrero de 2001, *Lucà c. Italia*; Corte EDH, 28 de febrero de 2006, *Krasniki c. República Checa*).

Equilibrar las posiciones quiere decir buscar soluciones normativas capaces de no comprometer las garantías defensivas y, al mismo tiempo, presentarse como portadoras de los valores de la víctima, desde la privacidad hasta la protección física (tanto respecto a la máquina procesal como del imputado). Sin olvidar que la salvaguardia de las víctimas en el proceso y del proceso no se tiene que transformar en una «huida del proceso y de las pruebas» a pesar de los derechos fundamentales reconocidos al acusado⁴².

CONCLUSIONES

La víctima mira con crecientes expectativas la justicia penal para encontrar protección y volcar sus pretensiones. Sin embargo, cualquier intervención a su favor tiene que considerar la particular fragilidad de los equilibrios del proceso penal: en esta delicada división, modernidad jurídica y doctrina de la «antigua ponderación»⁴³, tienen que encontrar los justos puntos de equilibrio para que la valorización del ofendido comporte un proceso capaz de tutelar las expectativas de la víctima sin vulnerar los derechos fundamentales del imputado.

⁴¹ CESARI, Claudia, "Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", en: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1450.

⁴² MARAFIOTI, Luca, "El menor abusado: víctima y testigo vulnerable", en: *Revista de derecho penal y procesal penal*, 2010, 1870.

⁴³ Sobre la importancia de esta doctrina: PASTOR, Ponencia, *Congreso Intenacional "Experiencia comparada en la implementación del nuevo sistema procesal penal"*, Lima, 28 mayo 2012, paper.

BIBLIOGRAFÍA

- AIMONETTO, María Gabriella, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Torino, 2002.
- ARMENTA DEU, María Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2012, 291 pp.
- ARMENTA DEU, LUPÁRIA, NÚÑEZ OJEDA, PARIZOT, PASTOR, RAMÍREZ, SCARAN-CE, SARRABAYROUSE e INCARDONA, *Consenso de Ushuaia. Acerca del aporte de la doctrina académica al movimiento de reforma del derecho procesal penal*, 10 noviembre 2010, en: *Reflexiones sobre el proceso penal*, Medellín, 2011.
- AMODIO, Ennio, *Mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Milano, 2010.
- BERISTAIN, Antonio, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004.
- BELOOF, Douglas, "The Third Model of Criminal Process: the Victim Participation Model", en: *Utah L. Rev.*, 1999.
- CESARI, Claudia, "Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", en: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
- CHIAVARIO, Mario, "Giusto processo, II Processo penale", en: *Enc. giur. Treccani*, XV N° 1 (2001).
- CHIAVARIO, Mario, "Droits de l'accusé ... et autres dans la perspective de la justice pénale internationale", en: *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milano, 2003.
- CRAWFORD, Adam y GOODEY, Jo, *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice*, Dartmouth, 2000.
- DANET, Jean, «Victimes et parties civiles dans le nouveau procès pénal», en : *RJIF*, 1995, N° 35 (1995).
- DEZZA, Ettore, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009.
- FRANCHIMONT, Michel, "La victime dans le procès pénal", en: *JT*, 1997.
- GALANTINI, María, "Improcedibilità per tenuità del fatto ed estinzione del reato conseguente a condotta riparatoria", en: *Cass. pen.*, 2002.
- GRANDE, Elisabetta, "Dances of Justice: Tango and Rumba in Comparative Criminal Procedure", en: *Global Jurist*, vol. 9 (2009).
- LAVARINI, Barbara, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009.
- LAZERGES, Christine, "Le renforcement des droits des victimes par la loi n. 2000-516 du 15 juin 2000", en: *Arch. pol. crim.*, N° 24 (2002).

- LONATI, Simone, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008.
- MANNOZZI, Grazia, "La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia", en: *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 833-851.
- MARAFIOTI, Luca, "El menor abusado: víctima y testigo vulnerable", en: *Revista de derecho penal y procesal penal*, 2010, 1870.
- MARTINI, Aurélien, "La victime en Angleterre: "une formidable absence, partout présente"", en: *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, 2008.
- MELONI, Chantal, "Le vittime nel procedimento davanti alla Corte penale internazionale", en: *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010.
- NANZER, Alberto, *La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo*, en: PASTOR (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2009.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, 220 pp.
- OLÁSULO, Kiss, "The Role of Victims in Criminal Proceedings before the International Criminal Court", en: *Int. Rev. Pen. L.*, vol. 81, 125 (2010).
- PADOVANI, Tullio, "Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace", en: *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, XV (2001), Torino.
- PAULESU, P, "Persona offesa dal reato", en: *Enc. dir., Annali II*, Milano, 2008.
- PASTOR, Daniel (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2008.
- PASTOR, Daniel, *El Estatuto jurídico de la víctima menor de edad en las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en: *La víctima menor de edad (Uno estudio comparado Europa-América)*.
- PÉREZ MARÍN, *La participación de las víctimas en el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- RAMÍREZ CARVAJAL, *La protección de la víctima en el ordinamiento jurídico colombiano*, en: ARMENTA DEU, OROMÍ VALL-LLOVERA (dir.), *La víctima menor de edad (Uno estudio comparado Europa-América)* Madrid, 2010.
- REGGIO, Federico, "Giustizia conciliativa, giustizia riparativa: linee per un confronto. Alcuni spunti in margine al dibattito internazionale sulla restorative justice", en: PICOTTI (dir.), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, 2010.
- ROSEN, Lawrence, *The Justice of Islam*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 234 pp.

- SANZ HERMIDA, Ágata María, *Victima de delitos: derechos, protección y asistencia*, Madrid, Editorial Iustel, 2009, 408 pp.
- SCOMPARIN, Laura, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000.
- TRANCHINA, Giovanni, *La vittima del reato nel processo penale*, en: *Cass. pen.*, 2010.
- UBERTIS, Giulio, “Contraddittorio e testi assenti, vulnerabili o anonimi alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”, en: *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006.
- VOZZA, Donato, *La ‘saga’ della giurisprudenza europea sulla tutela della vittima nel procedimento penale continua con la sentenza Guye*, disponible en: www.penalcontemporaneo.it, 8 novembre 2011.