

EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA EN EL CASTIGO DEL AUTOR (ACCIÓN PENAL, EJECUCIÓN DE LA PENA, INDULTO)

Por

CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de las Islas Baleares

carmen.tomas-valiente@uib.es

Revista General de Derecho Penal 35 (2021)

RESUMEN: El art. 13 de la LEV de 2015 introdujo algunas importantes facultades de la víctima en materia de ejecución penal, legitimándola para recurrir determinadas decisiones favorables al reo. Tras analizar algunos factores que pueden haber influido en este reconocimiento o contribuir a fundamentarlo teóricamente (como la incorporación de la víctima a la formulación de los fines de la pena, o determinada jurisprudencia de la CIDH y el TEDH), se abordan las supuestas bondades de esta intervención de la víctima en materia penitenciaria. Aun sin negar que la víctima que haya ejercido la acusación particular puede retener un cierto interés en la ejecución del castigo, se concluye en contra del reconocimiento legal de estas facultades impugnatorias, y se defiende la posibilidad de conciliar esta postura con la legitimación a la víctima para recurrir la concesión del indulto.

PALABRAS CLAVE: Derechos de la víctima, fines de la pena, ejecución penal, indulto.

SUMARIO: I. Introducción y planteamiento. II. Breve apunte sobre el papel de las víctimas en el diseño de la política criminal. III. La incorporación de la víctima a las teorías sobre los fines de la pena. Presupuestos teóricos y posibles derivaciones jurídico-positivas. 1. Presupuestos teóricos. 2. Consecuencias jurídico-positivas. IV. Los derechos de la víctima al castigo del autor en la justicia internacional. V. Las facultades de intervención de la víctima en la ejecución penal (art. 13 LEV). VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

THE VICTIM'S INTEREST IN PUNISHMENT. SOME CONSIDERATIONS

ABSTRACT: Art. 13 of 2015 Victim's Status Act accorded victims the power to appeal certain decisions favorable to the offender relating penal enforcement. After going over some factors that may have influenced this recognition or contribute to support it theoretically (such as the incorporation of the victim to the theories of punishment, or certain jurisprudence of the IACHR and the ECHR), the alleged benefits of this intervention of the victim are analyzed. Not denying that the victim who has exercised private accusation can retain a certain interest in the execution of punishment, the paper argues against the legal recognition of these impugnatory powers, a position that is deemed compatible with granting the victim the possibility of appealing against governmental pardon.

KEYWORDS: Victim's rights, theories of punishment, penal enforcement, prerogative of pardon.

SUMMARY: I. Introduction. II. Short view on victims' involvement in the criminal policy agenda. III. Victim's incorporation to theories of punishment. Theoretical foundations and possible legal implications. 1. Theoretical foundations. 2. Possible legal implications. IV. Victim's right to punishment in International Justice. V. Victim's role in penal enforcement (art. 13 of the Victim's Status Law). VI. Conclusions. VII. Bibliography.

I. 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 ejerció 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 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 art. 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

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”.

interés en la condena también lo tiene en el perdón y en su contenido, pues si aquella *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 bastan 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 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que constreñía al Ministerio Fiscal y al interno la legitimación 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 art. 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 art. 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

³ Las cursivas son, de nuevo, nuestras.

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.

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.

Nos ocuparemos, pues, de construcciones que toman en consideración a la víctima como agente interesado en el castigo. Por supuesto, y conviene reseñarlo desde un principio, pecaría de reduccionismo asumir que cualquier especial atención 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

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.

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

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 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 positivación 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 art. 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

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, J.F., "Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?", *Rev.Bras.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 art. 15 LEV, a su vez un mero traslado del art. 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, P., "La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?" *e-Eguzkilo* núm. 3 (2018), pp. 5-7 y *passim*. Una visión panorámica sobre la idoneidad de la justicia restaurativa en relación a las necesidades de las víctimas, TAMARIT SUMALLA, J.M., "El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, pp. 139 y ss.

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 retiene 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*).

II. 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 -ya 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

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, https://elpais.com/elpais/2015/01/29/opinion/1422553991_283553.html, última visita 10-11-2020).

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 CERESO DOMÍNGUEZ, A.I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

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 gestación 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 gestación. Paradigmático de lo que quiere decirse es el caso de la ley 3/2016 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 arrojan 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

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.

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. Mayoritarias 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

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 comunicación y punitivismo”, *InDret* 1/2011, *passim*; GARCÍA ARÁN, M., 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, J.M., *La expansión del Derecho penal*, 2ª 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.

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 actualidad 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.

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.).

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/al-bombero-que-me-grabo-desnuda-en-el-vestuario-solo-le-han-caido-cuatro-meses-de-carcel-es-humillante.html>, última visita 10-11-2020) «las tres víctimas están indignadas con la justicia y han puesto en marcha una campaña en las redes sociales bajo el nombre: “Bomberas 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).

III. 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 (cuando menos) un interés de la víctima en el 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).

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.

²² Una completa explicación y crítica de estas teorías puede encontrarse en GIL 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 der 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”, *JuristenZeitung* 2006, pp. 950 y ss., p. 951.

Aunque en ocasiones se apunta a las teorías retributivas como las más cercanas a la víctima, lo cierto es que en sus formulaciones clásicas no se otorga a la víctima 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 legitima 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

²⁵ PRITTWITZ, C., “The resurrection of the victim in penal theory”, *Buff.Crim.L.Rev.* 3 (1999-2000), pp. 109 y ss., p. 118.

²⁶ GIL GIL, A., 2016, p. 15.

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 y ss., -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.

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 las situaciones 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 es así incorporada a la teorización de los fines de la pena, exigencia que alguna autora engarza incluso 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 misma.³¹ El argumento de 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

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 Baden, 2002, pp. 205 ss., pp. 213-4.

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 Constitución.

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

finde 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 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 concreta-³⁷... 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

que este limitado alcance de la teorización, HÖRNLE, T., 2006, p. 952; lo critica en cambio GIL 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 Reemtsma), 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.

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 Strafverfahrensrech”, *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, 2010, pp. 39 y ss., p. 48.

³⁹ PRITTWITZ, K., 2000, pp. 120-1; WEIGEND, T., 2010, pp. 48-50, o GIL 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*, Srpinge, 2013, esp. pp. 183 y ss., que la pena consiste precisamente en una institucionalización del mecanismo retributivo de la venganza (de un modo

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 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

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.

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, T., 2006, pp. 954-956; HOLZ, W., 2007, pp. 129 y ss., pp. 190-200; GÜNTHER, K., 2002, pp. 207 y ss.; JEROUSCHECK, 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 al Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 159 y ss., pp. 168-9.

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 acompaña del castigo efectivo se ve privada del efecto expresivo que la víctima necesita; tiene que existir “alguna” pena⁴⁴; 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.

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

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, pp. 125, 128-129.

⁴⁴ HÖRNLE, T., 2008, 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.

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 recursos)⁴⁷. El sistema español, con su amplísima atribución de la acción penal a la víctima (ya sea *ab initio* formulando querrela, ya con la decisión de personarse tras el ofrecimiento de acciones) parece casar bien con esta idea⁴⁸.

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 2012/29/UE (en su 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

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., al 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 entenderse 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 también el acusador particular realiza el interés *exclusivamente público* y que con su actuación afirma el *ius puniendi* estatal. Aun sin llegar a tanto, en su interesante repaso de las ventajas de reconocer acción penal a la víctima acentúa DE HOYOS SANCHO mucho más la dimensión pública (en especial la de servir de “potencial mecanismo de corrección del sistema ante un MF inerte”, p. 108) que la de satisfacción de un interés particular en el castigo (*El ejercicio de la acción penal por las víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 105-123).

⁴⁹ Sobre problemas interpretativos al respecto ETXEBERRIA GURIDI, J.F., 2018, “Incidencia del nuevo Estatuto de la víctima del delito en su derecho a los recursos”, *RGDP* núm. 45 (2018), 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, J.F., 2018, pp. 1-14.

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 art. 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 art. 24 CE; sin entrar pues con 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 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, como hacen las teorías que estamos exponiendo, 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

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.

⁵² STC 115/2001, de 10 mayo, FJ 11 (por más que en aquel 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

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.

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)⁵⁸, 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,

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 Constitucione, 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, X., 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 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. Un repaso a la polémica y a los argumentos esgrimidos en uno y otro sentido puede encontrarse en DE HOYOS SANCHO, 2016, pp. 249-261 (con conclusión favorable de la autora al reconocimiento de la acusación particular en esta sede, que entiende compatible con la garantía de los intereses del menor).

⁵⁶ A modo de claro 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 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 Así, STC 218/2007, de 8 de octubre, y todas las que en ella se citan.

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 culpable⁵⁹. 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 víctima⁶⁰, 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 construcciones doctrinales) tanto al proceso como a la pena⁶¹. 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 juicio⁶², y por ello lejana de las expectativas que al respecto pudiera albergar la víctima no constituida en acusación

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Así, partiendo implícitamente de un interés de la víctima en la pena -y al margen de una completa 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.

⁶¹ 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.

⁶² 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.

particular⁶³. Si bien las objeciones a la figura (al menos en la doctrina española) suelen obedecer (con razón) a otras preocupaciones⁶⁴, 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 de reconocer 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 civiles⁶⁵.

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 realmente 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

⁶³ 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*, Aranzadi, Cizur Menor, 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 art. 773.1 LECrim, a velar por sus intereses al pactar la responsabilidad civil en la conformidad.

⁶⁴ 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 TOBOLOWSKI ET.AL., *Crime Victims Rights and Remedies*, 3ª ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2016, pp. 83-97.

⁶⁵ Las citas y propuestas 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 art. 13.1 LEV confiere a la víctima un papel activo en sede de ejecución de la pena.

la satisfacción de la víctima⁶⁶, 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 3ª del TS en la sentencia con que comenzábamos estas páginas- justificarían al menos la atribución de legitimación para recurrirlo⁶⁷.

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 parte⁶⁸, 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 art. 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 en la práctica habitual de consultarla⁶⁹. Importa mencionar, por otra parte, que la LEV no prevé nada al respecto⁷⁰.

⁶⁶ De ahí sus obvias diferencias con la amnistía y el carácter más problemático de esta.

⁶⁷ STS (Sala 3ª) de 20 de febrero de 2013 (vid. *supra*, I). La misma Sala 3ª 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* nº 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”; el subrayado es nuestro 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.

⁶⁸ Así interpreta el TS (Sala 3ª), p.ej. en STS de 12 diciembre 2007, el art. 24 en conjunción con el art. 15.2 de la Ley de Indulto de 1870.

⁶⁹ Detalladamente al respecto, DÍAZ LÓPEZ, J.A., 2019, “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.; 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*, nº 113, 2015, pp. 8 y ss., donde proponía recurrir a la mediación.

⁷⁰ 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.

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.

IV. 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 desarrollo⁷¹: 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 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)⁷², 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), una idea que se ha defendido

⁷¹ Adoptamos así un esquema muy similar al seguido por GIL GIL. A., 2016, *passim*.

⁷² 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, pp. 173-189.

incluso desde un rechazo expreso a reconocer los derechos de las víctimas como fundamento autónomo de la necesidad de castigo⁷³.

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 variantes⁷⁴ (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”)⁷⁵; 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 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 condenatoria⁷⁶. Si la necesidad del castigo y su ejecución (en

⁷³ Así, SANCINETTI, M., “Las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución de la nación argentina”, 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).

⁷⁴ No es el caso de SANCINETTI, M., (*ibidem*) que sostiene la ilegitimidad de las leyes de Punto Final en Argentina.

⁷⁵ 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*, 3ª época, nº 9, 2013, pp. 205 y ss., p. 211).

⁷⁶ Como buenos exponentes de esta orientación -con matices según cada autor-, en una bibliografía hoy inabarcable, vid. por ejemplo MACULAN, E./GIL 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. 208-12, y 223-238 (donde insiste en la modulación de los fines de la pena en el contexto por definición

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, como se ha comentado, en las decisiones de la CIDH prime la alusión a la Justicia, y a la Justicia para las víctimas, como un *príus* 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 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

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 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, Y., “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.

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 referendun, 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)⁷⁷. 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 imputado⁷⁸.

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

⁷⁷ Sobre esta jurisprudencia detalladamente, entre otros muchos, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho nternacional 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/Montevideo, pp. 263 y ss., *passim*; o GIL 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/Montevideo, pp. 311 y ss., pp. 311-331.

⁷⁸ 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* (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*.

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*”⁷⁹.

Especial interés merece, por sus obvias implicaciones para nuestro ordenamiento jurídico ex art. 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 prohibidos por el Convenio el indulto del delito de torturas, o un régimen de ejecución que convierta la pena en irrisoria-. Un entramado que se construye no 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 de la protección de los derechos convencionales de las actuales o futuras víctimas (entendida como *potencialmente insuficiente*), y sobre cuya relevancia y enormes implicaciones -especialmente por el potencial expansivo que en ella anida- no parece necesario insistir⁸⁰.

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

⁷⁹ Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, Sentencia de 11.05.2007, Fondo, Reparaciones y Costas, § 196.

⁸⁰ 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.

Estado o simplemente entre particulares⁸¹-. 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 CIDH⁸², en relación al menos a 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 limitan las posibilidades de intervención punitiva estatal, aspecto en el que difiere sustancialmente de la jurisprudencia de la CIDH⁸³;

⁸¹ 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.

⁸² Así, GIL GIL, A., 2011, pp. 311-331; AMBOS, K./BÖHM, M.L., “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.

⁸³ AMBOS, K./BÖHM, M.L., 2011, p. 63; GIL 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).

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”⁸⁴.

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 enfocar la cuestión desde una perspectiva de prevención general negativa⁸⁵. 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

⁸⁴ VIGANÒ, F., “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *Polít.crim.* Vol. 9, nº 18 (Diciembre 2014), pp. 428 y ss. p. 465. La conexión de esta interpretación con los enfoques doctrinales expuestos *supra* III resulta patente.

⁸⁵ 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).

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, de proteger 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)⁸⁶.

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 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.

⁸⁶ 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, K./BÖHM, M.L., 2011, p. 58.

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”⁸⁷-, 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 no 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 grave⁸⁸.

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 al 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

⁸⁷ DOMÉNECH PASCUAL, G., 2006, pp. 364-365.

⁸⁸ *Ônerlydiz 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, § 29, o *Ibrahim Dermitas c Turquía*, de 28 de octubre de 2014, que afirma la responsabilidad internacional de Turquía por vulneración del art. 3 CEDH en un supuesto relativo al proceso, condena y finalmente 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.

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 inamnistabilidad al menos de los delitos violentos graves”⁸⁹. 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, 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 TS⁹⁰. 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

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., 2009, p. 31.

⁹⁰ 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 3ª) de 20 de noviembre de 2013.

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 en *Ibrahim Dermatas 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-, ¿quiere ello decir que una absolución tenida por la víctima por totalmente indebida ha de entenderse susceptible de ser recurrida en amparo?⁹¹

V. LAS FACULTADES DE INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA EJECUCIÓN PENAL (ART. 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 de peligrosidad 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

⁹¹ 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.

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 puede tener 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 carece de cualquier interés 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)⁹².

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

Las nuevas facultades de intervención reconocidas a la víctima en sede de ejecución por el art. 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. 80.2.3ª, 80.3 Cp)⁹³. 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

⁹² Obsérvese que no tratamos la cuestión aquí desde un enfoque de máximos como un “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).

⁹³ Además de valorarse en especial el esfuerzo para reparar el daño causado a efectos de la suspensión excepcional del art. 80.3 Cp.

estimular simultáneamente la satisfacción de un derecho de contenido patrimonial del que la víctima sí es titular indiscutible⁹⁴.

En un plano diferente, puramente simbólico, se sitúa la por diversas razones absurda (además de inoperante en la práctica) cláusula del art. 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 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 art. 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 art. 36.2 Cp. Por su parte, a partir de la ley 5/2010, el art. 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”⁹⁵.

Pues bien, yendo claramente más allá de todo lo arriba apuntado, el art. 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 delitos⁹⁶.

1) El auto del JVP por el que se autorice a la Administración Penitenciaria a sortear en la concesión del tercer grado el período de seguridad del art. 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

⁹⁴ Al margen de posibles 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 merecería 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), *passim*].

⁹⁵ Una previsión claramente distorsionadora a la luz del fin rehabilitador de las medidas de seguridad y los presupuestos sobre su adopción y mantenimiento.

⁹⁶ 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 ALECrím 2011 y 638 ALECrím 2013).

propio art. 36.2 Cp impide para estos delitos prescindir del período de seguridad, se está concediendo la facultad de recurrir unas resoluciones que sencillamente nunca podrán llegar a producirse⁹⁷. 2) El auto del JVP que permite que no se aplique el art. 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.

Otras decisiones judiciales en sede de ejecución permanecen (por el momento) ajenas a posibilidades impugnativas de la víctima, aunque el art. 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 personada 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 víctima⁹⁸.

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 víctima⁹⁹, desde la doctrina sobre todo penalista se han vertido severas críticas a la

⁹⁷ 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*, de 21 de octubre de 2013, 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).

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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

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 Estado¹⁰⁰. 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 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 5ª LOPJ asigna carácter suspensivo a los recursos contra las concesiones de libertad condicional que 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 art. 13.1c) LEV¹⁰¹. Pero al margen de estas y otras muchas dificultades aplicativas¹⁰², 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.

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.

¹⁰⁰ 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).

¹⁰¹ 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 (*ib*) 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; en sentido similar, ETXEBERRIA GURIDI, J. F., 2018, 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 art. 13 LEC inevitablemente comportará, MANZANARES SAMANIEGO J.L., “Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal”, *Diario la Ley*, núm. 8351 (10 julio 2014), p. 17.

¹⁰² 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 (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 mayo de 2016), *passim*, o ARANGÜENA FANEGO, C., 2015, *passim*.

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 jurídico¹⁰³ -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 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 art. 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 simbólico-expresivo 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 produce; 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 impetrar 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 extremos. 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 ejercitable¹⁰⁴. En el caso del indulto, en

¹⁰³ DE HOYOS SANCHO, M., 2014, pp. 50-51.

¹⁰⁴ 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

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; 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 voz¹⁰⁵.

Algún autor ha defendido el reconocimiento de legitimación de la víctima por el art. 13 LEV como un cauce adecuado para controlar extralimitaciones o abusos de la discrecionalidad judicial y el principio de oportunidad en materia penitenciaria¹⁰⁶. 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

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.

¹⁰⁵ 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 enero de 2016), pp. 4-10; QUINTERO OLIVARES, G., 2014, *passim*; RENART GARCÍA, F., 2015, *passim* y pp. 53-60.

¹⁰⁶ 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.

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 Fiscal¹⁰⁷; ciertamente, resultaría contraintuitivo que una medida de 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 jurisdiccional¹⁰⁸. En cambio, el margen de discrecionalidad en el ámbito penitenciario, y en concreto de las decisiones recurribles ex art. 13 LEV, es mucho menor que en el ejercicio de la prerrogativa de gracia, y en todo caso el Ministerio Fiscal está legitimado para impugnarlas en aras del respeto a la legalidad, y en consideración también a 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 art. 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 hartamente 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 verá 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.

¹⁰⁷ 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 HIERRRO, 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 problemático 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 3ª 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.

¹⁰⁸ 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.

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 art. 13 (y también otras que, aun no siéndolo, se consideran de interés 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 art. 6.4 de la Directiva 2012/29/UE que viene a consagrarlo¹⁰⁹-. 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 puede 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 al dilema, 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 una cierta 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 emocional¹¹⁰.

VI. CONCLUSIONES

Desde la perspectiva de todo lo argumentado hasta aquí, podemos volver con una mirada algo distinta sobre las resoluciones que nos sirvieron de punto de partida 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

¹⁰⁹ Recuérdese en todo caso que el art. 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.

¹¹⁰ Ya lo apunta el voto particular al informe del ACPJ al Anteproyecto de la LEV, o RENART GARCÍA. F., 2015, p. 58.

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 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.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

AGUADO RENEDO, C., “La clemencia vinculada por el Derecho”, *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 74, enero-abril 2009, pp. 335 y ss.

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.

ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

AMBOS, K./BÖHM, M.L., “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.

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.

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.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Parthenon, Madrid, 2007.

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.

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 al Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 159 y ss.

DE HOYOS SANCHO, M., *El ejercicio de la acción penal por las víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- "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.

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.

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.

- "La participación de la víctima en el indulto", *La ley penal*, nº 113, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *RECPC* 2004.

DOMÉNECH PASCUAL, G., "Los derechos fundamentales a la protección penal", *REDC* núm. 78, 2006, pp. 333 y ss.

DONDÉ 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/Montevideo, pp. 263 y ss.

ETXEBERRIA GURIDI, J.F., "Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?", *Rev.Bras.de Direito Processual Penal* vol.5 núm.1 (enero-abril 2019), pp. 33 y ss.

- "Incidencia del nuevo Estatuto de la víctima del delito en su derecho a los recursos", *RGDP* núm. 45 (2018).

FARALDO CABANA, P., "Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado", *EPC* núm. 26, 2006, pp. 7 y ss.

FATTAH, E., "Victimology: Past, Present and Future", en *Criminologie* 2000, v. 33 núm. 1.

FERNÁNDEZ, T.R., "Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto", *RAP* núm. 194 (2014), pp. 209 y ss.

FERRÉ OLIVÉ, J.C, "El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*", *RECPC* 20-06 (2018).

FERREIRO BAHAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.

FLETCHER G., "The place of victims in the theory of retribution", *Buff.Crim.L.Rev.*, vol. 3 (1999-2000), pp. 51 y ss.

FRANCES LECUMBERRI, P., "La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?" *e-Egizkilore* núm. 3 (2018).

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.

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.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Análisis del nuevo estatuto de la víctima: retos y oportunidades”, *RADPP* núm. 38 (abril-junio 2015).

GARCÍA VALDÉS, C., “Tres temas penales de actualidad”, *la Ley penal*, núm. 12 enero-febrero 2015.

GARLAND, D., *The culture of control, Crime and social order in contemporary society*, University of Chicago Press, Oxford, 2002.

GIL GIL, A., “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *InDret* 4/2016.

–”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/Montevideo, pp. 311 y ss.

GIL 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.

GEPC, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, Valencia, 2014.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la víctima*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., “El estatuto de la víctima del delito y los juzgados de vigilancia penitenciaria”, *Diario La Ley*, núm. 8755 (5 mayo de 2016).

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 Baden, 2002, pp. 205 ss.

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.

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.

HOLZ, W., *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, Dunker & Humblot, Berlin, 2007.

HÖRNLE, T., "Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht", *JuristenZeitung* 2006, pp. 950 y ss.

JEROUSCHECK, G., "Straftat und Traumatisierung", *JZ*, 2000, pp. 185 y ss.

KAUFMANN, W., *Honor and Revenge: a theory of punishment*, Springer, 2013.

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.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A./GASCÓN INCHAUSTI, F., "¿Por qué se conforman los inocentes?", *InDret* 3/2018.

LEGANÉS GÓMEZ, S., "La víctima del delito en la ejecución penitenciaria", *Diario La Ley*, núm. 8619 (6 de octubre de 2015).

MACULAN, E., "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.

"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.

MACULAN, E./GIL 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.

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*, 3ª época, nº 9, 2013, pp. 205 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO J.L., "Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal", *Diario la Ley*, núm. 8351 (10 julio 2014).

MARCHENA GÓMEZ, M., *Ley de Responsabilidad penal de los menores*, Trivium, Madrid, 2001.

MATUS ACUÑA, J.P., "Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho penal Internacional", *Nuevo Foro Penal* 81 (2013), pp. 139 y ss.

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.

MOORE, M., "Victims and retribution: a reply to profesor Fletcher", *Buff.Crim.L.Rev.*, vol. 3 (1999-2000), pp. 65 y ss.

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.

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).

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.

PASTOR, D., *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2006.

–“La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva doctrina penal* (1), pp. 73 y ss.

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.

PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., “Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Diario La Ley*, núm. 8683 (18 enero de 2016).

PONS PORTELLA, M., “La legitimación para recurrir las decisiones sobre derecho de gracia”, *Actualidad Administrativa* nº 11 (noviembre 2017).

PRITTWITZ, C., “The resurrection of the victim in penal theory”, *Buff.Crim.L.Rev.* 3 (1999-2000), pp. 109 y ss.

QUINTERO OLIVARES, G., “Protección a las víctimas y función de la Justicia penal”, *AJA* núm. 884, 2014.

REEMTSMA, *Im Keller*, Rohwolt, Hamburg, 1997.

–*Das Recht de Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem*, Beck, München, 1999.

REEMTSMA/HASSEMER, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, München, 2002.

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.

REYES ALVARADO, Y., “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.

RUIZ MIGUEL, A., “Gracia y Justicia: más allá del indulto”, en Molina Fernández (coord.), *El indulto: pasado, presente y futuro*, ed. IBdf, Montevideo/Buenos Aires, 2019, pp. 89 y ss.

SANCINETTI, M., “Las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución de la nación argentina”, en *Dogmática y Ley penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t.I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 811 y ss.

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.

-*La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001.

SOLAR CALVO/LACAL CUENCA, "Consecuencias penitenciarias del estatuto de la víctima", *Diario La Ley*, núm. 9179 (17 abril 2018).

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.

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.

- "Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad", *InDret* 1/2013.

- "El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, pp. 139 y ss.

- "La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?", *RGDP* núm. 1 (2004).

TOBOLOWSKI ET.AL., *Crime Victims Rights and Remedies*, 3ª ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2016.

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.

- "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos," *InDret Penal* 3/2016

- "La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?", *REDC* núm. 102, sept-dic.2014, pp. 167 y ss.

URKOLA IRIARTE, M.J., "¿Gracia vs. Justicia?", *RVAP*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, pp. 2987 y ss.

VARONA GÓMEZ, D., "Medios de comunicación y punitivismo", *InDret* 1/2011.

VARONA MARTÍNEZ, G., "Justicia restaurativa en supuestos de victimación terrorista: hacia un sistema de garantías mediante el estudio criminológico de casos comparados", *Eguzkilore* núm.26, 2012, pp. 202 y ss.

VIGANÒ, F., "La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales", *Polít.crim.* Vol. 9, nº 18 (diciembre 2014), pp. 428 y ss.

VIVES ANTÓN. T., “La dignidad de todas las personas”, *El País*, 30 de enero de 2015.

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