

¿NULLUM CRIMEN SINE POENA? SOBRE LAS DOCTRINAS PENALES DE LA “LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD” Y DEL “DERECHO DE LA VÍCTIMA AL CASTIGO DEL AUTOR”

Jesús-María Silva Sánchez¹

*“... la exigencia cada vez más grande de una justicia ecuménica,
orientada a reprimir comportamientos que afecten bienes
de gran interés y valía para toda la humanidad, ha llevado a los estados
a replantear la inmutabilidad de ciertos axiomas...”*

Sentencia del Pleno de la Corte Constitucional de Colombia del 30 de mayo de 2001

Sumario: I. Introducción. II. La doctrina (o doctrinas) de la lucha contra la impunidad. A. Introducción. B. El concepto de “impunidad” y los elementos constitutivos de la doctrina de lucha contra la impunidad. C. Las razones de la doctrina contra la impunidad. D. Balance. III. Elementos permanentes. IV. La doctrina del “derecho de la víctima al castigo del autor”. A. Introducción: derechos de las víctimas y deberes de los estados. B. ¿Derechos de las víctimas al castigo de los autores? C. Consideraciones de derecho español. D. Precisiones finales sobre el concepto de “víctima” y sus “derechos”

1 Catedrático de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra.

I. INTRODUCCIÓN

1. La expresión *nullum crimen sine poena*, de algún modo contrapuesta a la clásica de *nullum crimen sine lege*, se vincula al derecho penal autoritario². La idea que la inspira es la de que ningún delito debe quedar impune. Según ello, habría que prescindir de las garantías formales vinculadas al principio de legalidad cuando éstas se opusieran a la sanción de una conducta que se considerara materialmente merecedora de pena.

2. Tras la caída de los totalitarismos, tanto la idea inspiradora de la máxima *nullum crimen sine poena* como las consecuencias que se asocian a ella permanecieron en un relativo segundo plano. Sólo excepcionalmente —como por ejemplo, a propósito de la introducción en el derecho alemán, durante los años sesenta, de una regla de imprescriptibilidad para ciertos delitos con efecto retroactivo³— pudo advertirse, de algún modo, su incidencia⁴.

3. En cambio, a lo largo de la última década, y en particular en los últimos años, han aparecido dos doctrinas que, a primera vista, podrían guardar cierta proximidad con algunos de los criterios subyacentes a la máxima *nullum crimen sine poena*. Éstas son, por un lado, la doctrina de *lucha contra la impunidad*⁵ o de “*impunidad cero*”⁶. Por otro lado, la doctrina del *derecho de la víctima al castigo del autor*⁷. Una y otra tienen orígenes distintos y responden a motivaciones asimismo diversas⁸. Sin embargo, también cabe descubrir puntos de encuentro entre ellas, como el que se advierte cuando el derecho de lucha contra la impunidad se pretende justificar apelando a la

2 Cfr., a título de ejemplo, C. SCHMITT. “Nationalsozialismus und Rechtsstaat”, *Juristische Wochenschrift*, 1934, pp. 713 y ss., 713-714: “A este enunciado liberal (*rechtsstaatlich*) ‘nulla poena sine lege’ le contrapongo el enunciado de justicia ‘nullum crimen sine poena’”; MAGGIORE. “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario”, *Rivista italiana di diritto penale*, 1939, pp. 140 y ss., 159 y ss.

3 Cfr. sobre este punto y la historia anterior, VORMBAUM. “Mord sollte wieder verjähren”, en *Festschrift für G. Bemann*, Baden-Baden 1997, pp. 482 y ss., poniendo de relieve cómo la prolongación o incluso eliminación de los plazos de prescripción se debió al cambio de una concepción material a otra procesal de aquélla, muy influida por la ideología y los conceptos político-criminales de la época nacionalsocialista.

4 Sobre el debate, por todos, CAMPAGNA. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*, Stuttgart, 2007, pp. 130-131.

5 Cfr. D. R. PASTOR. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, 2006, p. 75 y ss., habla, a propósito del contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de una “ideología de la punición infinita”.

6 *Ibid.*, p. 80.

7 REEMTSMA. *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, Múnich, 1999.

8 En particular, sobre el hecho de que nos hallamos en una sociedad de “sujetos pasivos” en la que la mayoría de la sociedad se identifica con la víctima, cfr. SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 2001, pp. 42 y ss.; reimpr. Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 33 y ss. Asimismo, CHOLLET. “Reconnaissance ou sacralisation? Arrière-pensées des discours sur la ‘victimisation’”, en *Le Monde diplomatique*, septiembre de 2007, pp. 24-25, con un buen inventario de la numerosa bibliografía sociológica sobre las víctimas del delito aparecida en los últimos años en Francia.

satisfacción de un supuesto derecho de las víctimas a la justicia (que se identifica con el castigo del autor).

4. En este texto se pretende analizar ambas líneas doctrinales, tratando de determinar en qué medida se dan en ellas rasgos de la vieja ideología del *nullum crimen sine poena*, hasta qué punto se entrecruzan y cuáles pueden ser sus consecuencias como criterios rectores de la evolución de la política criminal.

II. LA DOCTRINA (O DOCTRINAS) DE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

A. Introducción

1. Lo primero que debe resaltarse a propósito de las *doctrinas de lucha contra la impunidad* es que éstas gozan de prestigio en círculos tanto académicos como forenses y, por supuesto, en la opinión pública⁹. Su buena fama se debe, en muy amplia medida, al ámbito concreto en que se han forjado: el de los delitos contra la humanidad; también, a los órganos que las han ido elaborando: tribunales internacionales y, siguiéndolos, tribunales constitucionales nacionales; finalmente, a la fuente de la que se han extraído: los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

2. Así, la evitación de la impunidad se ha convertido en el más “moderno” de los fines del derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación –durante la última década– del alcance de principios político-criminales clásicos¹⁰. El deber de los estados y de la comunidad internacional de castigar simplemente para poner fin a la impunidad aparece en el preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Inter-

9 Es significativo, por ejemplo, que las organizaciones de defensa de los derechos humanos (como, en particular, “Amnistía Internacional”) hayan hecho suya buena parte de los postulados de esta ideología. Crítico con ello, PASTOR. *El poder penal internacional*, pp. 182-183.

10 NAUCKE (*Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt, 1996, *passim*, pp. 55, 76, 80-81) propone que, para los casos de criminalidad de Estado, o apoyada por éste, no rijan los principios de irretroactividad y de prohibición de analogía; categóricamente, NAUCKE. “Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität”, *Festschrift für G. Bemann*, Baden-Baden, 1997, pp. 75 y ss., 82 y ss. Críticamente, STAFF. “Zur Problematik staatsverstärkter Kriminalität”, en BRUNKHORST/NIESEN (eds.). *Das Recht der Republik*, Frankfurt, 1999, pp. 232 y ss., 259, indicando que con ello se sacrifican las garantías constitucionales formales en aras de principios de justicia material. Por su parte, FLETCHER observa –aprobándolo, por cierto– cómo en los nuevos instrumentos internacionales la idea de justicia (*justice*), como derecho de las víctimas al castigo que merecen los autores, ha adquirido prioridad sobre la idea de debido proceso (*fair trial*), como derecho de los imputados a ser tratados de modo igualmente respetuoso sea cual sea la intensidad de las sospechas que recaigan sobre ellos: FLETCHER. “Justice and Fairness in The Protection of Crime Victims”, *Lewis and Clark Law Review* 9 (2005), pp. 547 y ss., 554.

nacional¹¹, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹², en sentencias de tribunales constitucionales¹³, así como en un número significativo de obras doctrinales¹⁴.

3. Sin embargo, el contenido y el alcance de las doctrinas contra la impunidad no se comprenden bien si se prescinde del dato de que éstas se han desarrollado en el marco de la llamada justicia de transición (*transitional justice*) o, en otra terminología, de la superación del pasado (*Vergangenheitsbewältigung*) por medio de instrumentos jurídicos¹⁵. Efectivamente, en este contexto se ha debido decidir, por un lado, cómo abordar el problema de una criminalidad de Estado—o favorecida desde el Estado— que, obviamente, no fue perseguida por la jurisdicción penal durante el régimen político que la promovió (que, a su vez, gozaba del apoyo de un sector, mayor o menor según los casos, de la población). Por otro lado, ha debido examinarse cómo abordar el problema de la criminalidad de grupos guerrilleros/terroristas (que, por su parte, también tenían el apoyo de un cierto sector de la población). Valga esto, de entrada, para poner de relieve la complejidad de las situaciones socio-políticas en las que se han generado las doctrinas contra la impunidad, que determina que cualquier solución simplista genere problemas¹⁶.

4. La casuística de los instrumentos jurídico-políticos y sociales a los que se recurre en estas situaciones resulta tan variada como el número de países en los que han tenido

11 En cuyo “Preámbulo” se indica:

“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional no deben quedar sin castigo (*unpunished*) y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

”Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

Como dice FLETCHER (*Lewis and Clark Law Review* 9, p. 555), el argumento preventivo es secundario. La paradoja del Estatuto de Roma en el mundo moderno es que ratifica una forma de castigo retributivo: la idea de que, por razones de justicia, el delito debe ser siempre castigado.

12 Así, en las sentencias del caso *Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*—del 14 de marzo de 2001 (“*caso Barrios Altos*”)— o, más recientemente, del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*—del 26 de septiembre de 2006—. Ambas declararon la responsabilidad internacional de los países respectivamente demandados. Puede verse asimismo, en esta línea, la sentencia del TEDH del 17 de enero de 2006 (*Kolk y Kislyiv vs. Estonia*).

13 En la Argentina o en Colombia: vid. *infra*.

14 Así, AMBOS. *La parte general del derecho penal internacional* (trad. MALARINO), Montevideo, 2005, p. 33, con múltiples referencias a otras obras suyas; también, por ejemplo, FLETCHER. “The Place of Victims in the Theory of Retribution”, *Buffalo Criminal Law Review* 3 (1999-2000), pp. 51 y ss., 60.

15 ARNOLD/SILVERMAN. “Regime Change, State Crime and Transitional Justice: A Criminal Law Retrospective Concentrating on Former Eastern bloc Countries”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6/2, 1998, pp. 140 y ss., 141.

16 Sobre esto, especialmente, MALAMUD GOTI. “What’s Good and Bad About Blame and Victims”, *Lewis and Clark Law Review* 9 (2005), pp. 629 y ss.

lugar tales procesos. Con todo, simplificando al máximo, puede indicarse que responde a la combinación o no –y, por consiguiente, a la conformación de modelos puros o mixtos– de reparación (rehabilitación y compensación de las víctimas), comisiones de verdad y procedimientos penales¹⁷. Las soluciones alternativas a la punitiva (basadas, por tanto, en la reparación o en una combinación de verdad y reparación) han venido precedidas o se han visto acompañadas, en general, de un bloqueo de la vía jurídico-penal en virtud de leyes de amnistía o de limitación de responsabilidad. Asimismo, se han presentado bajo el lema de la obtención de la *reconciliación social* y la *paz* (lo que da cuenta de la existencia de un conflicto socio-político previo)¹⁸.

5. Las doctrinas de lucha contra la impunidad surgen precisamente como reacción frente a estos métodos. Propugnan, pues, un recurso irrestricto al derecho penal. En esta línea, no sólo rechazan los modelos de renuncia incondicionada al derecho penal, sino también las propuestas en las que se admite una renuncia condicional a la atribución de responsabilidad penal (por ejemplo, si tiene lugar una confesión ante las comisiones de verdad)¹⁹ o en las que se acepta una significativa atenuación condicionada de dicha responsabilidad (en el mismo caso de confesión de los hechos).

B. El concepto de “impunidad” y los elementos constitutivos de la doctrina de lucha contra la impunidad

1. Etimológicamente, impunidad no significa otra cosa que “ausencia de castigo” y, por tanto, carece de connotación peyorativa alguna. Sin embargo, en las formulaciones de los tribunales internacionales, por impunidad se entiende la “*falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos protegidos*” por el derecho internacional de los derechos humanos²⁰. Esta definición sí atribuye al término “impunidad” una clara connotación peyorativa²¹. Por lo demás, en la concepción jurisprudencial aludida, el concepto de impunidad²² alcanza tres situaciones: 1. la de ausencia de toda intervención jurídico-

17 ARNOLD/SILVERMAN. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6/ 2, 1998, pp. 149 y ss.

18 Así, en el modelo surafricano de la “Truth and Reconciliation Commission”, seguido luego en otros países: sobre él, cfr. la visión crítica de CROCKER. “Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation”, *Buffalo Criminal Law Review* 5 (2002), pp. 509 y ss. Sobre este tipo de modelos, cfr. también: APONTE. “Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del ‘proyecto de alternatividad penal’ en el caso colombiano”, en AMBOS/MALARINO/WOISCHNIK (eds.). *Temas actuales del derecho penal internacional*, Montevideo 2005, pp. 117 y ss.

19 Cfr. CROCKER. *Buffalo Criminal Law Review* 5 (2002), pp. 514, 531.

20 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “*caso Almonacid*”, n.º marg. 111.

21 Pero ello es debido, en parte, al “pre-juicio” que late en ella: los no investigados ni perseguidos son “los responsables”, es decir, aquellos sobre los que ya ha tenido lugar un juicio extrajudicial de responsabilidad.

22 Cfr. también VIÑUALES. “Impunity: Elements for an Empirical Concept”, en *Law and Inequality* 25 (2007), pp. 115 y ss., 117.

estatal sobre los hechos²³ (impunidad fáctica); 2. la de limitación explícita de su enjuiciamiento y castigo en virtud de leyes de exoneración emanadas de parlamentos democráticos (impunidad normativa –o legal– por acción)²⁴; y 3. la de no anulación de dichas leyes (impunidad normativa –o legal– por omisión)²⁵.

2. Así, en la elaboración de la doctrina de lucha contra la impunidad se ha declarado que las violaciones de derechos humanos son inamnistiables, imprescriptibles e inindultables, no rigiendo en ellos tampoco la prohibición de *double jeopardy* (*non bis in idem* procesal, cosa juzgada) ni el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables²⁶. Especial interés tiene, a mi juicio, la doctrina sentada en materia de *non bis in idem*. Por una parte, se ha rechazado que se trate de un derecho absoluto, negándose efecto vinculante a la cosa juzgada cuando ésta es “fraudulenta” o “aparente”, es decir: a. cuando obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; b. cuando el procedimiento no se instruyó de forma independiente o imparcial; c. o cuando no hubo intención de someter a la persona a la acción de la justicia²⁷. Sin embargo, la nueva doctrina sobre el alcance del principio *non bis in idem* no se queda ahí. Adicionalmente, se ha declarado que una sentencia absolutoria correcta pierde el efecto de cosa juzgada cuando, luego, aparecen nuevos hechos o nuevas pruebas²⁸. El argumento esgrimido es que “*las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y el espíritu de la Convención Americana desplazan la protección del ne bis in idem*”²⁹.

23 Lo que suele acontecer cuando los delitos se cometen en el marco de un régimen político que los propicia o, al menos, cierra los ojos ante su comisión.

24 Este era el caso, por ejemplo, de las leyes argentinas de Extinción de la Acción Penal (Punto Final), de (n.º 23.492, del 24 de diciembre de 1986) y de Obediencia Debida (n.º 23.521, del 8 de junio de 1987), declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de aquel país en su sentencia de 14 de junio de 2005. Asimismo, el del Decreto Ley de Amnistía n.º 2.191, del 18 de abril de 1978, en Chile. O el de las leyes de amnistía n.º 26.479 y n.º 26.492 del Perú.

25 Situación en la que se han encontrado diversos países tras el dictado de aquellas disposiciones y hasta que han optado por anularlas.

26 Cfr., por ejemplo, recogiendo doctrina consolidada, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “*caso Almonacid*”, n.º 151: “el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”. Entre tales excluyentes se hallan las disposiciones de amnistía y de indulto.

27 Sentencia del “*caso Almonacid*”, n.º marg. 154. Así también el artículo 20 del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional.

28 Esto va, naturalmente, mucho más allá de la posibilidad de revisión de sentencias firmes establecida en el § 362 StPO, que la admite ciertamente en perjuicio del sujeto absuelto cuando se acredita que tal absolución se basó en documentos falsos o en falso testimonio, o bien el sujeto absuelto confiesa tras la comisión del hecho.

29 Cfr., en la propia sentencia del “*caso Almonacid*”, n.º marg. 154. Sorprendentemente, este último aspecto queda fuera de la reseña de NOGUEIRA ALCALÁ. “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”, *Ius et Pax*, año 12, n.º 2, pp. 363 y ss., 378. En relación con la cuestión, también, por ejemplo, la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia del 30 de mayo de 2001. En esta se alude a la doctrina de la propia Corte en que,

3. La cuestión es si tal restricción (o incluso eliminación) de principios básicos del derecho penal es asumible. A mi juicio, en este punto resulta inevitable realizar distinciones. No es, desde luego, lo mismo afirmar la inamnistiabilidad, inindultabilidad e imprescriptibilidad de tales delitos, que concluir que en ese ámbito no rige el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables ni el principio *non bis in idem* (cosa juzgada, *double jeopardy*). En cuanto a lo primero, debe empezarse por señalar que, en realidad, no existe un derecho en sentido estricto a la prescripción de los delitos³⁰. El argumento de mayor fuerza contra la imprescriptibilidad³¹ o el establecimiento de largos plazos de prescripción es la consideración de que resulta ilegítimo³² castigar a alguien por hechos realizados en un lejano pasado, cuando el sujeto y la sociedad han cambiado significativamente tras el tiempo transcurrido³³. Frente a él puede argüirse, sin embargo, que la propia doctrina que justifica la prescripción de los delitos con base en la idea de que “el tiempo todo lo cura” ha de admitir que algunas heridas no cierran nunca³⁴. Con todo, un análisis tanto de la persona del autor como del devenir social

partiendo de la diferencia entre juzgar e investigar, se había avalado la constitucionalidad de normas que permiten la existencia de pluralidad de procesos en varios Estados, como instrumento idóneo para lograr la efectiva persecución de delitos ejecutados en varias partes del mundo. Lo prohibido en la Constitución sería la doble condena (ser juzgado dos veces por el mismo hecho) y no el doble proceso. Sin embargo, se añade que esa misma doctrina había admitido la posibilidad de que el principio *non bis in idem* (en su dimensión de efecto de cosa juzgada) no se entendiera de manera absoluta, partiendo de que “hay casos excepcionales en los que la realización de otros valores y principios constitucionales hacen necesario atenuar su aplicación sin límites”. Por ejemplo, absoluciones o imposiciones de penas leves en sentencias extranjeras a propósito de conductas que podrían ser juzgadas por los tribunales colombianos. Sentado lo anterior, se destaca que, en materia internacional, “el principio de la cosa juzgada no posee carácter absoluto, pues cede frente a las exigencias de la justicia. Así ocurre en los casos que se llevan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción el estado colombiano ha reconocido para ocuparse de un asunto cuando se hayan agotado los recursos internos. En esos casos la Corte puede ordenar que se revise el proceso, sin importar que ya haya hecho tránsito a cosa juzgada”. La conclusión es que “si bien diferentes pactos y tratados internacionales reconocen la garantía mínima fundamental a no ser juzgado ni sancionado por un hecho punible respecto del cual se ha sido condenado o absuelto de conformidad con la ley [...] lo cierto es que la exigencia cada vez más grande de una justicia ecuménica, orientada a reprimir comportamientos que afecten bienes de gran interés y valía para toda la humanidad, ha llevado a los Estados a replantear la inmutabilidad de ciertos axiomas, entre ellos el de la cosa juzgada y, por ende, el del *non bis in idem*”.

- 30 Como señala en España la STC 157/ 1990, del 18 de octubre, se trata de una institución que encuentra fundamento también en principios y valores constitucionales, pero la Constitución ni siquiera impone su propia existencia, aunque “sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas”.
- 31 Que puede defenderse desde perspectivas de justicia absoluta: así, ROBINSON/CAHILL. *Law Without Justice*, Oxford, 2006, pp. 58 y ss.
- 32 Por lesionar la dignidad humana.
- 33 NINO. *Radical Evil on Trial*, New Haven-Londres, 1996, pp. 182-183.
- 34 JANKÉLÉVITCH (*L'imprescriptible. Pardonner? Dans l'honneur et la dignité*, París, 1986, p. 25), a propósito del holocausto judío indica que “cuando una acción niega la esencia del ser humano como ser humano, una prescripción que tendiera a perdonarla en nombre de la moral contradiría la misma moral”. La cita es de CAMPAGNA. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 133. Por lo demás, sobre posibles justificaciones de la imprescriptibilidad de ciertos delitos, esto es, de la prolongación de su

conduce necesariamente a advertir que existe un punto en el que se deja atrás el presente y se entra en la historia³⁵, que no debería ser objeto de la intervención del juez penal. La cuestión es cómo determinar el momento en el que tiene lugar el “paso a la historia”³⁶. Dado que en este punto es imposible prescindir de una dimensión de gradualidad, las soluciones intermedias podrían estar justificadas en no pocos casos.

Quienes propugnan la imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos, que conduce en la práctica al enjuiciamiento de ancianos por hechos cometidos por éstos treinta o cuarenta años antes, no parecen pretender tanto el castigo efectivo, cuanto la necesidad de reafirmación jurídica de la dignidad de la víctima como ser humano³⁷. Sin embargo, ello podría no impedir la aceptación de la prescripción, siempre y cuando ésta no apareciera como un obstáculo procesal que impidiera un pronunciamiento sobre el injusto culpable del autor³⁸. La declaración del injusto culpable no seguida de pena (por prescripción) podría ser suficiente, en casos de transcurso de un largo período de tiempo, a los efectos del restablecimiento de la situación de la víctima.

4. Lo señalado puede valer también para distinguir entre amnistiabilidad e indultabilidad. Como es sabido, entre el indulto y la amnistía existe una radical diferencia. El indulto tiene lugar sobre un sujeto ya condenado y, por tanto, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal. La amnistía, por su parte, incide antes del proceso penal, de modo que bloquea la propia declaración de dicha responsabilidad³⁹. Esta distinción constituye un argumento para rechazar la amnistía⁴⁰ y, en cambio, admitir la posibilidad de indultos. En éstos, no obstante prescindirse de la ejecución de la pena impuesta, el

persecución hasta la muerte del presunto autor, cfr. RAGUÉS I VALLÈS. *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004, pp. 91 y ss.

35 VORMBAUM. *Festschrift für G. Bemmman*, p. 498.

36 Contra lo que parece sugerir BLÜMMEL (*Der Opferaspekt bei der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung*, Berlín, 2002, p. 263) al hablar de que debe conseguirse la paz con la víctima, no creo que ello deba dejarse en manos de esta última. BLÜMMEL cita a JÄGER, *KritJustiz* 1968-1969, p. 153, y BOLLINGER. *DRiZ* 1992, p. 73.

37 CAMPAGNA. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 133.

38 Pese a que en España es dominante la concepción de la prescripción como institución de derecho material, lo cierto es que ello sólo se compadece con su regulación en el código penal. Si, por el contrario, se tiene presente su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como artículo de previo pronunciamiento, cuestión de orden público que debe resolverse en cualquier momento del procedimiento, se advertirá que en la realidad la prescripción opera como un obstáculo procesal que impide un pronunciamiento sobre el fondo. Esto debe analizarse con calma.

39 Cfr. PÉREZ DEL VALLE. “Amnistía, constitución y justicia material”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n.º 61, enero-abril de 2001, pp. 187 y ss., 197; CAMPAGNA. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 135-137. Sobre la posibilidad de fundamentar en justicia la procedencia de una amnistía para los delitos cometidos en la antigua República Democrática Alemana, es muy interesante la argumentación de HILLENKAMP. “Offene oder verdeckte Amnestie – über Wege strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung”, *Humboldt Forum Recht* 1997, Beitrag 6, pp. 6 y ss.

40 A la que, además, ha solido acompañar siempre la tacha de representar una “autoexoneración” (autoamnistía). De todos modos, resulta asimismo cuestionable que la aceptación o rechazo de la amnistía se

injusto culpable del autor y, con él, la constitución del afectado como “víctima” pueden quedar perfectamente establecidos en la condena⁴¹.

5. Como ya se anticipó, bastante más relevante es la cuestión de la propugnada irrelevancia del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables. Con todo, también aquí debe distinguirse, aunque sea sólo con fines analíticos, entre el efecto que despliega dicho principio al proyectarse, indirectamente, sobre disposiciones exoneratorias como una ley de amnistía, y el que tiene lugar cuando incide, directamente, sobre una ley gravosa como la que extiende *a posteriori* los plazos de prescripción de determinados delitos, hasta la imprescriptibilidad.

6. En primer lugar, puede considerarse la incidencia del principio en relación con las leyes de amnistía⁴². Si resulta que tales disposiciones favorables, a las que precedía y siguió luego una desfavorable (respectivamente, la que no las reconocía y la que las derogó), son declaradas nulas, entonces no podrá hablarse de vulneración del principio de irretroactividad si se procede a castigar. Pero para declarar nula la disposición intermedia favorable, es preciso negar su legitimidad material, lo que debería derivarse de una disposición de derecho supralegal y, seguramente, supraconstitucional⁴³. Desde esa perspectiva, el caso de las disposiciones de exoneración dotadas de legitimidad democrática resulta absolutamente distinto⁴⁴. Con respecto a tales disposiciones, se hace inadmisibles esgrimir el argumento de la nulidad⁴⁵. Luego también es imposible eludir las consecuencias del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables, salvo que la ley democrática exoneradora vulnerara lo dispuesto en un tratado internacional ratificado de modo previo por el Estado (y, de nuevo, fuera, por esa razón, nula). Al margen de esta última eventualidad, la elusión de las consecuencias del prin-

haga depender de cómo es ésta “sentida subjetivamente” por las víctimas, de cuáles son las “necesidades de pena” de éstas. Así, sin embargo, BLÜMMEL. *Der Opferaspekt*, pp. 272-273.

41 CAMPAGNA. „Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung“, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 89, 2003, pp. 172 y ss., 180 y ss.

42 Cfr., por ejemplo, la línea argumental de NINO. *Radical Evil on Trial*, pp. 158 y ss.

43 Como de hecho hace NINO (*Radical Evil on Trial*, p. 163), si se trata de disposiciones dictadas sin legitimidad democrática. Lo cual supone, no obstante, adoptar un punto de vista material externo, indefendible desde perspectivas positivistas de seguridad jurídica. Más débil es el argumento de NAUCKE (*Die strafjuristische Privilegierung*, p. 55), cuando indica que el autor que tiene el poder de quedar impune mediante la promulgación de reglas, su no promulgación o mediante una praxis de impunidad pese a las reglas vigentes en el momento del hecho, “se mofa de la prohibición de retroactividad y pierde su protección”. De hecho, la mayor parte de los “autores” cuya punibilidad pretende fundamentar no entrarían en ninguna de esas categorías.

44 PASTOR. *El poder penal internacional*, p. 188: “Limitadamente, y si son decididos de modo democrático, no puede existir una objeción jurídica fundamental a los mecanismos de no punibilidad”.

45 El propio NINO (*Radical Evil on Trial*, p. 164) admite en tales casos la necesidad de prescindir de la sanción, desde una fundamentación del castigo no retributiva, sino prudencial. Sin embargo, parece que la cuestión trasciende lo prudencial. Se trata de una cuestión de seguridad jurídica y de legitimidad del *ius puniendi*.

cipio de irretroactividad de disposiciones desfavorables sólo podría sostenerse desde la postura de quien pensara que los principios generalmente reconocidos en derecho internacional satisfacen las exigencias del principio de legalidad jurídico-penal⁴⁶; y que uno de estos principios es el de la nulidad de las disposiciones exoneratorias, aun democráticas y no vulneratorias de disposiciones internacionales, en casos de violación de derechos humanos.

7. En cuanto a la prescripción, se ha sostenido la opinión de que la prolongación de sus plazos o incluso la declaración de imprescriptibilidad tras la comisión del hecho no plantea problemas de legalidad. La razón esgrimida es la de que las garantías del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables sólo alcanzan a los elementos definitorios del delito y no a las condiciones de su persecución⁴⁷. Además, se aduce que esa extensión retroactiva de los plazos compensaría el hecho de que durante un tiempo fue imposible perseguir los delitos, lo que es un fundamento suficiente para la suspensión del transcurso de los plazos de prescripción⁴⁸. Ciertamente, como se ha indicado, no existe un derecho en sentido estricto a la prescripción de los delitos. Sin embargo, una vez establecida ésta, difícilmente puede negarse que la regulación de los plazos de prescripción sea una garantía para el autor⁴⁹. En la STC (1ª) 63/ 2005, del 14 de marzo, el Tribunal Constitucional español ha reforzado esa idea. Por tanto, la extensión retroactiva de los plazos de prescripción no resulta admisible.

8. Finalmente se halla la privación de efecto de bloqueo a las resoluciones judiciales firmes. De nuevo resulta necesario efectuar distinciones. En los casos de cosa juzgada “fraudulenta” o “aparente” puede sostenerse que se trata, en puridad, de resoluciones prevaricadoras o, en todo caso, con vicios procesales determinantes de su nulidad. Por tanto, un nuevo enjuiciamiento no vulneraría el principio de *non bis in idem*. Ese argumento, en cambio, carece de valor alguno tratándose de resoluciones correctas, cuando resulta que han aparecido hechos nuevos o pruebas nuevas. En este caso, no cabe sino afirmar la vulneración del principio *non bis in idem*, vinculado a la estabilidad de las sentencias y, con ello, a la tutela judicial efectiva⁵⁰.

46 Como puede entenderse que ocurre en el Estatuto de Roma, arts. 21. 1. b y art. 22.3.

47 Cfr. las referencias a la doctrina alemana, muy influida por la cuestión de la persecución de los crímenes del nazismo, en RAGUÉS I VALLÈS. *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, pp. 77 y ss. A una finalidad de legitimar la ampliación retroactiva de los plazos de prescripción se orientó, ya en la época nazi, por cierto, la calificación de la prescripción como institución procesal y no sustantiva, dominante en aquel país. Por lo demás, el argumento más usual es que el delincuente no tiene una pretensión legítima sobre los plazos de prescripción que determine que éstos hayan de resultar amparados por el principio de legalidad. Cfr. en este sentido: BLÜMMEL. *Der Opferaspekt*, p. 260.

48 NINO. *Radical Evil on Trial*, pp. 182-183.

49 En este sentido, RAGUÉS I VALLÈS. *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, pp. 83-84, esgrimiendo el argumento contractualista del compromiso del Estado sobre el tiempo durante el que un delito va a ser perseguido y apelando, así mismo, al elemento de la confianza de los ciudadanos.

50 Aunque el Tribunal Constitucional español haya tendido a contemplarlo desde la perspectiva del derecho fundamental a la legalidad.

C. Las razones de la doctrina contra la impunidad

1. Las razones para la lucha contra la impunidad de los delitos contra la humanidad muestran, de entrada, un cierto formalismo⁵¹. Así, de entrada, los tribunales constitucionales nacionales afirman que los estados han de combatir la impunidad para cumplir con sus deberes internacionales⁵². Sin embargo, ello debe remitir necesariamente a una fundamentación ulterior: la de por qué las situaciones de impunidad (no persecución de hechos punibles; promulgación de leyes de exoneración; o, en particular⁵³, no anulación de estas últimas) vulneran los convenios internacionales de derechos humanos⁵⁴. Es en este punto donde aparecen las razones materiales. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos alude a un “*derecho de las víctimas a la justicia*”, que se asocia a su derecho “a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables”; a un “*derecho a la verdad*”, que se encuentra subsumido en el “derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”⁵⁵. Es por este motivo por el que se considera que las disposiciones exoneratorias darían lugar a una “indefensión de la víctima”.

2. Lo primero que llama la atención en la línea argumental anterior es la ausencia de cualquier consideración de prevención general negativa o positiva. Ni la disuasión de autores potenciales ni la confianza de víctimas potenciales son objeto de consideración. El deber de castigar—el rechazo de la impunidad— se afirma a partir de los derechos de las víctimas “actuales” o “efectivas”. La cuestión es si, entonces, en estos casos debe hablarse de una fundamentación retributiva del castigo. Dado que el problema conduce a determinar, de modo general, si las doctrinas que fundamentan el castigo con base en un derecho de las víctimas son retributivas o no, nos ocuparemos de ello en la segunda parte de este texto. Baste, por el momento dejar constancia de que, en general, las doctrinas retributivas no se han construido en torno a la víctima del delito, sino, más bien, a partir de la relación entre el hecho realizado por el autor y la norma⁵⁶. Lo que

51 Así también, por ejemplo, OTERO. *Hacia la internacionalización de la política criminal ¿castigo o impunidad?*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, 16 (2003), pp. 113 y ss., 132: “Debido a que el Estado argentino tiene la obligación de garantizar el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en los pactos internacionales, debe castigar penalmente determinadas conductas”.

52 En el caso de las resoluciones de la Corte Interamericana se afirma que dicha impunidad vulnera el art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, así como los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

53 Pues esta es la situación que se ha planteado en los últimos años.

54 Pues, en principio, tanto el castigar como el no hacerlo conforman “el mundo posible” del poder penal: PASTOR. *El poder penal internacional*, p. 187.

55 Así, reiterando una doctrina asentada, la sentencia del “*caso Almonacid*” afirma la existencia de una obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales (n.º marg. 150).

56 FLETCHER. *Buffalo Criminal Law Review* 3 (1999-2000), p. 54, aludiendo al restablecimiento de la norma vulnerada, la privación de la ventaja ilícita alcanzada por el autor, etc.

sí conviene subrayar ahora es que en el párrafo anterior han aparecido entrecruzados derechos distintos, sobre cuya existencia y alcance conviene pronunciarse, provisionalmente, de modo diferenciado: así, al menos, un derecho a la verdad, un derecho al proceso, un derecho a la justicia y un derecho al castigo.

3. Difícilmente puede negarse la existencia de un derecho de las víctimas y de sus familiares al conocimiento de la verdad⁵⁷. Lo problemático es sostener que dicho derecho puede (y debe) satisfacerse mediante el proceso penal⁵⁸. En realidad, la reconstrucción procesal del hecho histórico no pretende declarar la verdad de lo acontecido, sino sencillamente sentar las bases para una atribución de responsabilidad⁵⁹. Por eso, tienen razón quienes afirman que la verdad que resulta de la atribución de reproche es más bien limitada⁶⁰. Incluso la obtenida en las “comisiones de verdad” adolece de limitaciones notables, que sólo pueden superarse mediante el diálogo abierto entre interlocutores honrados e informados⁶¹.

4. Algo distinto sucede con el derecho a la justicia. Parece, en efecto, que el lugar natural de las pretensiones de justicia es el proceso: luego el derecho a la justicia pasa por un derecho al proceso. Ocurre, sin embargo, que no resulta claro qué significa “derecho a la justicia” y cómo se puede pretender su satisfacción. Una primera posibilidad es que con dicha expresión se quiera aludir, sencillamente, a la pretensión que puede tener quien se considera víctima de que ello se declare objetiva y públicamente. Para el cumplimiento de tal finalidad aparece, en primer plano, la institución del reproche. Ya se ha sugerido que la propia idea de un reproche selectivo puede cuestionarse, dado que produce una simplificación de realidades complejas. Culpar a alguien por algo implica liberar a otros de todo reproche por ese algo, lo que puede ser inexacto⁶². Sin embargo, pese a ello, probablemente pesen más las ventajas morales que proporcionan los procesos, en tanto que expresión de reproche, que el inconveniente reseñado. Me-

57 CAMPAGNA. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 154.

58 Es fundamental PASTOR. “¿Verdad, historia y memoria a través de la justicia penal?”, 2007, manuscrito de 35 páginas. Por lo demás, sobre el papel de los juicios como instrumentos de revelación de la verdad, de promoción de la discusión pública y de procesos de autoexamen, por un lado, pero también como generadores de nuevas hostilidades, cfr. matizadamente, GARGARELLA. *Cultivar la virtud. La teoría republicana de la pena y la justicia penal internacional*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, 16 (2003), pp. 99 y ss., 108.

59 Me pregunto si tiene sentido distinguir entre una verdad histórica y una verdad jurídica (constitucional), siendo esta última la única válida para el Estado, cuando es obvio que las restricciones probatorias propias del proceso penal obligan a considerar no probado aquello que se conoce a ciencia cierta que sucedió.

60 MALAMUD GOTI. *Lewis and Clark Law Review* 9 (2005), p. 641 y ss.

61 *Ibíd.*, p. 646.

62 *Ibíd.*, pp. 634 y ss., 641 y ss. En cambio, CROCKER sostiene que es precisamente la exclusión de la responsabilidad colectiva mediante la retribución lo único que pueden poner fin al ciclo de la venganza (*Buffalo Criminal Law Review*, p. 521).

diante el reproche dirigido al autor, se constituye al afectado por su acción en “víctima”, restableciéndose su dignidad e igualdad⁶³.

5. El tema es qué añade a lo anterior la afirmación de un derecho al castigo, en el sentido de inflicción de daño. Por lo que parece, se trata del especial valor expresivo que el padecimiento de dolor por parte del autor puede tener para el restablecimiento de la posición originaria de la víctima en casos de violaciones de derechos humanos⁶⁴. Sin embargo, resulta difícil no advertir en ello la pretensión de racionalizar (o encubrir) el puro deseo de venganza. Dado que esto deber examinarse en términos generales, valga aquí una remisión a la segunda parte de este texto.

D. Balance

1. Pese a lo indicado, la doctrina de lucha contra la impunidad apenas cuenta con contradictores. Es cierto que, en ocasiones, se afirma que la formación de una conciencia social acerca de la gravedad de las violaciones de los derechos humanos depende más de la exposición de éstas y de su condena que del número de personas efectivamente castigadas por aquéllas⁶⁵. Pero, en general, ello tiene lugar desde perspectivas estratégicas. Sólo por eso se señala que la imposición a los estados de un deber (internacional) de perseguir y condenar las violaciones de derechos humanos producidas durante un régimen político anterior constituye un instrumento demasiado tosco para los gobiernos que han de tratar con las complejidades del restablecimiento de la democracia. De ahí que esta misma perspectiva no se oponga a que una jurisdicción internacional (o extranjera) asuma la lucha contra la impunidad, rechazando amnistías o prescripciones⁶⁶. La propuesta es, entonces, que la comunidad internacional asuma, así la protección activa de los derechos humanos mediante el castigo (¿irrestricto?) de sus violaciones.

2. La excepción más sobresaliente a este orden de cosas viene representada por el estudio de DANIEL R. PASTOR sobre el poder penal internacional. En él se pone de manifiesto cómo la ideología de la lucha contra la impunidad (que él denomina de la “punición infinita”) halla acogida en tribunales que, como la Corte Penal Internacional, actúan como *prima ratio* del orden jurídico internacional y se hallan predeterminados a la condena⁶⁷; cómo ello produce una profunda erosión de los presupuestos político-

63 MALAMUD GOTI. *Lewis and Clark Law Review* (2005), pp. 636 y ss., 639-640.

64 Sólo la “inexorabilidad de la ejecución de la pena” (ANTONIO BASCUÑÁN) lograría “negar institucionalmente la validez del mensaje cuasi-normativo de estos delitos, afirmando con ello la vigencia categórica, definitiva y universal de las normas fundamentales”.

65 NINO. “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina”, *Yale Law Journal* 100 (1990-1991), pp. 2619 y ss., 2630.

66 NINO. *Yale Law Journal* 100 (1990-1991), pp. 2638 y ss. Reitera esta línea argumental en NINO. *Radical Evil on Trial*, pp. 149 y ss., 186 y ss., extendiéndola a los casos de terrorismo y narcotráfico.

67 PASTOR. *El poder penal internacional*, pp. 75 y ss., pp. 129 y ss. y pp. 175 y ss., donde concluye que el llamado “derecho penal del enemigo” constituye el modelo del poder penal internacional.

criminales del derecho penal; cómo, en fin, existe el riesgo de que los elementos del modelo de lucha contra la impunidad se extiendan a todo el conjunto del derecho penal. De esto último nos ocupamos a continuación.

III. ELEMENTOS PERMANENTES

1. Sería erróneo afirmar que las *doctrinas contra la impunidad* patrocinan sólo un derecho penal de excepción para afrontar una criminalidad excepcional⁶⁸. Su alcance acaba siendo muy superior, comprendiendo también delitos distintos de los propios de la criminalidad estatal o paraestatal. En particular, el terrorismo⁶⁹ y, en general, los delitos contra la vida: de hecho, no hay ninguna razón especial para pensar que el concepto –y sus implicaciones– no acaben siendo aplicables a otros delitos graves en los ordenamientos internos⁷⁰. Cuando se rechazan las leyes de amnistía con los argumentos de que constituyen una legislación “*ad hoc*”, así como que implican una “perpetuación de la impunidad”, se está por un lado, realizando, afirmaciones válidas para toda amnistía y, por otro lado, incurriendo en una tautología⁷¹. Cuando se afirma que las leyes de amnistía o análogas conducen a la “indefensión de las víctimas y sus familiares”, que se verían privadas de su derecho a obtener justicia mediante recursos efectivos, se vuelve a utilizar un argumento que resulta perfectamente generalizable y que, por lo tanto, 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 grave⁷². Expresado de otro modo, con base en ellas puede sostenerse de modo general la imprescriptibilidad, la inindultabilidad y la inamnistiability al menos de los delitos violentos graves. Las dificultades que aparecen cuando se trata de defender la prescripción para el asesinato y la imprescriptibilidad

68 Aunque es cierto que, en ocasiones, se argumenta que las necesidades de hacer una “justicia histórica” tras el cambio de régimen político puede conllevar el establecimiento de excepciones a los principios generales del derecho penal en unos términos que no podrían extenderse al común de los delitos.

69 Es significativo, por ejemplo, que en Colombia se discuta ahora acerca del indulto concedido –en virtud de la Ley 77 de 1989 y, luego, de la Ley 7.^a 1992– al grupo guerrillero M-19 (responsable, entre otros actos, de la toma del Palacio de Justicia en Bogotá). Entre otros argumentos, se señala que no se trató en realidad de un indulto, sino de una amnistía; y que no se garantizó el derecho de las víctimas a la verdad y a la reparación.

70 Sobre el “efecto metástasis” cfr. PASTOR. *El poder penal internacional*, pp. 176 y ss.

71 Salvo que se quiera aludir, como lo hace la sentencia de la Corte Suprema argentina de 13 de julio de 2007, al declarar la inconstitucionalidad del Decreto 1002/89, de indulto, al argumento de prevención general según el cual la impunidad propicia la repetición crónica de los hechos. Pero ya antes se ha indicado que el argumento de prevención general negativa en realidad no tiene, en estos casos, especial fuerza.

72 Sobre la creciente extensión de la noción de impunidad a ámbitos distintos de la criminalidad de Estado y las violaciones de derechos humanos internacionales, esto es, a la delincuencia común (de género, por ejemplo), VIÑUALES. *Law and Inequality* 25 (2007), pp. 126, 134 nota 60.

del genocidio son reflejo de ello⁷³. Sin embargo, ni la prescripción, ni el indulto, ni siquiera la amnistía⁷⁴, conllevan necesariamente una segunda victimización que los haga inaceptables desde la perspectiva de la dignidad de las víctimas⁷⁵.

2. Sea como fuere, basta con observar la dialéctica política, el discurso de las asociaciones de víctimas o los medios de comunicación para advertir la omnipresencia de los conceptos propios de la doctrina de lucha contra la impunidad. Ello permite afirmar que sus términos marcan una *tendencia evolutiva del derecho penal* de finales del siglo XX e inicios del siglo XXI⁷⁶. Esta tendencia (como, por lo demás, también lo hace su manifestación ceñida a la represión de los delitos contra la humanidad) se vincula, al menos en parte, a la ya asentada orientación del derecho penal a las víctimas del delito. Dentro de ésta, el criterio rector es la existencia de un (supuesto) *derecho de la víctima –en particular, de la víctima de un delito violento– al castigo del autor*.

3. En efecto, como se ha visto, las doctrinas contra la impunidad sitúan en el centro de las misiones del derecho penal la de *hacer justicia a las víctimas* mediante el enjuiciamiento y castigo de los autores. En consecuencia, se oponen a todas aquellas instituciones que, por ser expresión de una cierta orientación del derecho penal al autor o a las necesidades de la sociedad en su conjunto, redundan en la extinción de la responsabilidad penal de aquél o en una renuncia a la ejecución de la pena. Constatado un hecho materialmente antijurídico y culpable, algunos de los argumentos que podrían dar lugar a su caracterización como atípico y, desde luego, la mayoría de los que podrían conducir a calificarlo como no punible son rechazados en tanto que obstáculos a la realización de la justicia que reclaman y merecen las víctimas. Del mismo modo, se rechazan los argumentos que, en el ámbito de la ejecución, permitirían cualquier distanciamiento del *cumplimiento efectivo* de la condena impuesta.

4. La pregunta abierta es, sin embargo, si la realización de la justicia para la víctima requiere, en todo caso, el castigo efectivo del autor. Al respecto no parece fácil sostener que la víctima o la sociedad tengan una pretensión legítima de castigo que revista caracteres absolutos. Como se ha indicado, a lo que sí tienen derecho víctimas y sociedad es, respectivamente, al restablecimiento de su dignidad y al restablecimiento

73 Cfr. VORMBAUM. *Festschrift für G. Bemann*, p. 500 y nota 96.

74 Al respecto, sostiene PÉREZ DEL VALLE (*Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 61, 2001, 203 y ss.) la posibilidad de una amnistía, siempre que ésta sea “justa”, con base una concepción distributiva, no vulnere deberes internacionales asumidos por el Estado ni afecte a la confianza en que los requerimientos de la ley en la consecución del bien común siguen vigentes.

75 CAMPAGNA. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 159.

76 Cfr. TUROW. “¿Culpable hasta la eternidad?”, en *El Mundo*, 16 de abril de 2007, pp. 6-7: “Puestos a escoger, los legisladores contemporáneos votan inevitablemente en su mayor parte a favor del endurecimiento de las normas penales, por lo que cabe esperar que en los años venideros se deroguen o se endurezcan las normas sobre prescripción de delitos”.

de los vínculos sociales puestos en cuestión por el delito⁷⁷. Pero cabe plantearse si ello no resulta inherente a la declaración de culpabilidad del autor (y la correspondiente declaración del carácter de víctima del sujeto afectado por aquél)⁷⁸. En la medida en que fuera posible restablecer la dignidad de la víctima –mostrar el reconocimiento que ésta merece–, causando el menor daño posible al autor, parece que el sistema del derecho penal debería orientarse a ello⁷⁹.

5. A mi juicio, no cambian sustancialmente las cosas si el problema se aborda eludiendo la perspectiva de la víctima e introduciendo la lógica de la prevención general positiva. Como es sabido, y prescindiendo de los matices propios de las múltiples variantes de tal doctrina, ésta identifica la pena como el mensaje comunicativo que expresa, imponiendo un mal al infractor, que la sociedad sigue confiando en la norma vulnerada⁸⁰. En realidad, esta línea argumental lo único que fundamenta convincentemente es la necesidad de que al delito –a cualquier delito– le siga una reacción penal; esto es, una comunicación penal que tenga lugar “a costa del autor”⁸¹. Pero no precisamente que ésta haya de consistir en infligir al autor el daño derivado la ejecución de la pena. Por eso, en mi opinión, de la explicación de la pena como confirmación de la norma no se puede deducir sin más que “*la falta de punición de una infracción a los derechos humanos es de por sí un ataque a los derechos humanos*”⁸², pues lo mismo valdría para cualquier otro delito grave y, sin embargo, no parece que pueda declararse de modo general la ilicitud de cualquier disposición exoneratoria de responsabilidad del autor de un injusto culpable. Por los mismos motivos, tampoco puede pretenderse concluir, sin introducir premisas adicionales, que “*ante cierta clase de hechos, el orden social no se puede permitir el perdón*”⁸³, pues, efectivamente, habría que concluir lo mismo para otros delitos graves. La necesidad del “dolor penal” no se vincula, pues, a las exigencias de una confirmación ideal de la vigencia de la norma, sino a las de proporcionar seguridad cognitiva a víctimas reales y potenciales. Sería en este punto –y no en lo anterior– en lo que habría que profundizar.

77 CAMPAGNA. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 66-67.

78 Lo que acepta CROCKER. *Buffalo Criminal Law Review* 5 (2002), p. 519: “*the trial affirms the dignity of the victim*”;

79 BRAITHWAITE/PETTIT. *Not just deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, 1990, *passim*, pp. 124 y ss.

80 Perspectiva desde la que argumenta SANCINETTI. “Las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución de la Nación argentina”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 811 y ss., 814.

81 Obviamente, no quiero decir con esto que en el sistema penal argentino se dieran, bajo la vigencia de las leyes de obediencia debida y de punto final, los elementos de esa comunicación penal en todo caso necesaria.

82 SANCINETTI. *Dogmática y ley penal*, p. 815.

83 Ídem.

6. Desde un punto de vista idealista del que, en amplia medida, participan las teorías de la prevención general positiva, puede sostenerse perfectamente que el perdón, en tanto que manifiesta el hecho injusto y la responsabilidad por éste⁸⁴, al tiempo que los elimina, constituye un equivalente funcional de la pena. No en vano se ha indicado que constituye “la más alta expresión del reconocimiento recíproco”⁸⁵. Pero no es necesario participar de esa perspectiva filosófica para poner de relieve que, como el castigo, también el perdón puede poner fin a la irreversibilidad de la conducta reproable⁸⁶.

7. Ciertamente, puede haber quien piense que “el perdón absoluto, sin que la desaprobación del acto malo haya tenido alguna expresión real –aunque sólo sea la privación de la confianza previamente existente– aplicado como máxima general eliminaría la moral: pues no indicaría otra cosa que el que la conducta contraria a la moral no afecta al valor de su causante”⁸⁷. De todos modos, aun así, puede concluirse que “[...] incluso en el perdón más completo, en el sentido de que el autor no sufra como consecuencia de su hecho el menor mal especialmente pretendido, permanecería siempre sobre su carácter como consecuencia del acto malo una sombra que, cuando pretendiera la plena comunidad con nosotros, contendría una desventaja que, aunque quisiéramos, no estaríamos en condiciones de anular sin más”⁸⁸.

IV. LA DOCTRINA DEL “DERECHO DE LA VÍCTIMA AL CASTIGO DEL AUTOR”

A. Introducción: derechos de las víctimas y deberes de los estados

1. Ni en las constituciones ni en los códigos penales se alude explícitamente a la existencia de un supuesto *derecho de la víctima al castigo* del autor del injusto culpable cometido contra ella. En el plano teórico, sólo desde el retribucionismo obligatorio (*mandatory retributivism*) se podría sostener sin problemas la existencia de un derecho así, que no se deriva desde luego del reconocimiento debido a la víctima o a sus familiares⁸⁹.

84 Formulándolo en términos de posibilidad, VON BAR. *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlín, 1882 (reimpr. Aalen, 1992), p. 312.

85 Cfr. HEGEL. *Phänomenologie des Geistes*, 493, para quien la „Verzeihung“ constituye la „höchste Stufe der wechselseitigen Anerkennung“. La cita está tomada de SEELMANN. „Ebenen der Zurechnung“, en KAUFMANN/RENIKOWSKI (eds.). *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt, 2004, pp. 85 y ss., 91.

86 MALAMUD GOTI. “Emma Zunz, Punishment and Sentiments”, *Quinnipiac Law Review* 22 (2003-2004), pp. 45 y ss., 51, 58 y nota 28.

87 VON BAR. *Geschichte*, p. 316.

88 *Ibid.*, p. 317.

89 NINO. *Yale Law Journal* 100 (1990-1991), pp. 2619 y ss., 2621.

2. Del conjunto de normas secundarias (“... será castigado...”) y de la regulación específica del delito de prevaricación sí cabe inferir, en cambio, la existencia de un *deber de castigar* (en el sentido de condenar: imponer una pena) que recae precisamente sobre el juez. Pero ese deber queda excluido en muchos casos por razones ajenas a la inexistencia de un injusto culpable y que tampoco dependen de la víctima: por ejemplo, la concurrencia de excusas absolutorias, la prescripción, etc.

3. Por lo que respecta a la existencia de *deberes de castigar* cuyo destinatario sería el *legislador nacional*, es cierto que la tesis de la existencia de mandatos constitucionales tácitos⁹⁰ de criminalización cuenta con un número creciente de adhesiones⁹¹. Incluso del Convenio Europeo de Derechos Humanos (y en particular de su artículo 3¹⁹²) ha extraído el TEDH la existencia de un deber del legislador nacional de promulgar leyes penales que protejan de modo suficiente a las víctimas⁹³. Sin embargo, el cumplimiento de tales mandatos se agota en la tipificación de determinadas conductas o en su tipificación de determinada manera⁹⁴. Por lo que hace a los –asimismo existentes– mandatos supranacionales explícitos de protección represiva (y, eventualmente, de criminalización)⁹⁵, éstos suelen añadir al deber de tipificación el requisito de que las sanciones sean adecuadas, proporcionadas y disuasorias. Incluso llegan al establecimiento de marcos punitivos de referencia. Pero nada suele indicarse en ellos en cuanto a la condena y, mucho menos, en relación con la necesidad de su ejecución efectiva. En el caso español, cuando el artículo 62 *i* de la Constitución atribuye al Rey el ejercicio del derecho de gracia con arreglo a la ley, se limita a establecer que dicha ley no podrá autorizar indultos generales.

4. La cuestión sólo puede remontarse, entonces, a la supuesta existencia de un *deber internacional del Estado* de castigar efectivamente determinados delitos. Un deber cuya infracción podría redundar en la responsabilidad internacional del Estado. Como se ha indicado, la “doctrina de lucha contra la impunidad” se apoya en el hecho de que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, al declarar

90 La existencia de mandatos constitucionales *expresos* de criminalización es, obviamente, indiscutible allí donde éstos aparecen.

91 Cfr. DOMÉNECH PASCUAL. “Los derechos fundamentales a la protección penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 78, septiembre-diciembre de 2006, pp. 333 y ss.

92 Relativo a la prohibición de la tortura así como de los tratos y castigos inhumanos y degradantes.

93 En particular, a las víctimas de maltrato o de violación. Así, en los casos *A. c. Reino Unido y X. & Y. vs. Países Bajos, M.C. vs. Bulgaria y Siliadin vs. Francia*: Cfr. DOMÉNECH PASCUAL. *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 343 y ss.

94 Y su infracción da lugar únicamente a la declaración del Tribunal y, en su caso, a ordenar una reparación económica. Lo que FLETCHER (*Lewis and Clark Law Review* 9, 2005, p. 553) interpreta como el surgimiento de un nuevo tipo de derecho internacional de daños (*torts*), basado en el incumplimiento de los estados de su deber de proteger a los ciudadanos.

95 Que aparecen en el derecho de la Unión Europea, pero también en tratados internacionales de protección sectorial.

la inamnestiabilidad y la imprescriptibilidad de ciertas vulneraciones extremadamente graves de éstos, apoyan significativamente la existencia de tal deber. Ahora bien: ya antes se ha intentado subrayar que la fundamentación del deber internacional de castigar efectivamente determinados delitos⁹⁶ en un supuesto derecho de las víctimas a la justicia no resultaba suficientemente fuerte. En lo que sigue se trata de profundizar en esta línea, afrontando los términos de la doctrina del “derecho de la víctima al castigo del autor”.

B. ¿Derechos de las víctimas al castigo de los autores?

1. La afirmación de que la víctima tiene derecho a castigar al autor parece, de entrada, propia del derecho penal taliónico, en el que la venganza privada tiene una clara connotación satisfactiva. El derecho penal público, en cambio, ha tenido como vocación histórica la de la neutralización de la víctima⁹⁷. Es sabido, con todo, que en las últimas décadas, a raíz del auge de la victimología, se inició un resurgimiento del papel de la víctima en el derecho penal monopolizado por el Estado⁹⁸. Sin embargo, nada hacía presagiar que, en ese marco, apareciera de nuevo con cierta fuerza la idea del derecho de la víctima al castigo del autor. En realidad, todo parece indicar que el responsable de dicha reaparición fue JAN PHILIPP REEMTSMA, un adinerado intelectual alemán, tras su secuestro en 1996. Tras haber dado cuenta de su experiencia de secuestrado en la obra *Im Keller* (1997), REEMTSMA publicó en poco tiempo dos textos más en los que explicitaba su punto de vista⁹⁹. Partiendo del deseo de venganza (y del odio) que tiene la víctima frente al autor, constata que el derecho penal público no debe ser instrumentalizado con tales fines¹⁰⁰. Sin embargo, advierte que todavía hay algo que éste sí puede y debe hacer: en concreto, evitar la prosecución del daño inmaterial sufrido por la víctima. Si no se declara que lo que pasó no debería haber pasado, dicho daño prosigue. Desde luego, ello no significa que tal intervención procesal baste para eliminar el trauma subjetivo de la víctima por el hecho sufrido; pero al menos impide la prosecución objetiva del daño inmaterial¹⁰¹. Mediante el proceso de imputación se

96 Que obviamente sólo es posible en el marco de un replanteamiento de la noción de soberanía.

97 Cfr. BINDING. *Die Normen und ihre Übertretung*, Band I, *Normen und Strafgesetze*, 4.ª ed., Leipzig, 1922, pp. 416-417. Según señala BINDING, una vez establecida la pena pública, el delincuente ya no tiene que “pagar” el precio de su reingreso en la comunidad jurídica. Con ello desaparece el fundamento de la antigua “*Strafanspruch*” del afectado. Las dos prestaciones de la pena (la satisfacción de la víctima y el pago de la paz pública) las asume el Estado. Sin embargo, a su juicio, ello no significa que la pena haya perdido su función de satisfacción (*Genugtuung*). Dado que el derecho dejó en la estacada al agredido en el momento de ser atacado, éste debe poder exigir al Estado la satisfacción consistente en que la agresión que sufrió no quede impune. Sólo que, para BINDING, a ello se subviene suficientemente con la posibilidad de la denuncia.

98 A título de ejemplo, baste citar los trabajos contenidos en el volumen *La victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial xv, Madrid, CGPJ, 1993.

99 REEMTSMA. *Das Rechts des Opfers, passim*; HASSEMER/REEMTSMA. *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, Múnich, 2002, pp. 112 y ss.

100 HASSEMER/REEMTSMA. *Verbrechensopfer*, pp. 122 y ss.

101 REEMTSMA. *Das Recht des Opfers*, p. 27: “Para la víctima de un delito el castigo del autor no es repara-

pone de manifiesto a la víctima que ésta no ha tenido culpa alguna en el hecho, y que tampoco ha sufrido por un acontecer natural o por azar, sino por el injusto culpable de un autor¹⁰². Al ser éste castigado, la víctima obtiene, pues, su resocialización¹⁰³.

2. No muy distantes de éste son los planteamientos de FLETCHER, para quien el delito, una vez consumado, prolonga sus efectos generando una situación de dominación (*dominance*) del autor sobre la víctima¹⁰⁴; o de K. GÜNTHER, para quien lo decisivo es la humillación y el dolor permanentes que el delito produce en la víctima¹⁰⁵. Para todos ellos, la función del castigo es restablecer la igualdad entre autor y víctima, rota por el delito¹⁰⁶. Según REEMTSMA, ello sería perfectamente encuadrable en la teoría del restablecimiento de la vigencia de la norma como variante de la prevención general positiva: el interés de la víctima constituiría su lado subjetivo¹⁰⁷. De hecho, el propio FLETCHER¹⁰⁸ afirma que su argumentación es próxima a la hegeliana; sólo que donde ésta sitúa la norma, aquélla coloca a la víctima. Para GÜNTHER, en cambio, ello va más allá de la retribución y de la prevención, tal y como éstas han sido concebidas tradicionalmente¹⁰⁹.

3. Una cuestión abierta es la de si la resocialización, la anulación de la dominación o la compensación de la humillación sufrida por la víctima¹¹⁰ requieren precisamente la exclusión e inflicción de daño al autor (la ejecución del castigo) y no meramente la declaración pública del reproche¹¹¹. Al respecto, no existe consenso: mientras que en el planteamiento de unos se resalta la suficiencia compensatoria de la declaración de

ción, sino evitación de la prosecución de un daño"; HASSEMER/REEMTSMA. *Verbrechensopfer*, pp. 131, 134; también JEROUSCHECK. „Straftat und Traumatisierung. Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive“, *Juristenzeitung* 2000, pp. 185 y ss., 193 y ss.

102 HASSEMER/REEMTSMA. *Verbrechensopfer*, p. 161.

103 REEMTSMA. *Das Recht des Opfers*, pp. 24, 26-27.

104 FLETCHER. *Buffalo Criminal Law Review* 3 (1999-2000), p. 57.

105 K. GÜNTHER. „Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe“, en *Festschrift f. Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 205 y ss., 207 y ss.; resalta esta dimensión emocional MALAMUD GOTI. *Quinnipiac Law Review* 22 (2003-2004) pp. 54 y ss., para quien la pena cumple la función de poner fin al sentimiento de inferioridad, humillación o vergüenza de la víctima.

106 Y si el Estado no lo hace, incumpliendo el deber de castigar que recae sobre él, permite la prosecución de la situación de dominio (impunidad) y se hace cómplice de ella: FLETCHER. *Buffalo Criminal Law Review* 3 (1999-2000), pp. 60 y ss.

107 HASSEMER/REEMTSMA. *Verbrechensopfer*, p. 137.

108 FLETCHER. *Buffalo Criminal Law Review* 3 (1999-2000), p. 58.

109 Por su parte, al interpretar la propuesta de REEMTSMA, PRITTWITZ la formula como una teoría de la prevención especial positiva y orientada a la víctima: PRITTWITZ. “The Resurrection of the Victim in Penal Theory”, *Buffalo Criminal Law Review* 3 (1999-2000), pp. 109 y ss., 125.

110 O, más genéricamente, el efecto positivo del castigo sobre la víctima: PRITTWITZ. *Buffalo Criminal Law Review*, p. 128.

111 Cfr. el análisis de LÜDERSEN. „Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter – Von der

culpabilidad¹¹², otros requieren el “dolor penal” (castigo efectivo), por entender que en nuestro marco social sólo éste expresa materialmente la idea que se quiere transmitir¹¹³. En este punto se encuentran justo en el extremo opuesto a la postura de quienes sostienen que la única pretensión que las víctimas pueden esgrimir debe canalizarse por una vía jurídico-civil más abierta a las necesidades de aquéllas, así como por la vía del derecho social¹¹⁴.

4. Quienes exigen el castigo efectivo del autor como elemento necesario de un derecho penal orientado a la víctima sí pueden hablar abiertamente de un “derecho de la víctima al castigo del autor”. En efecto, están afirmando que el castigo efectivo se legitima aunque no existan razones preventivas para imponerlo, lo que, obviamente, haría decaer un propio “derecho del Estado” a imponerlo (un *ius puniendi* legítimo). El derecho de la víctima al castigo del autor sería, entonces, un derecho de la víctima frente al Estado, que redundaría en un deber de éste. Las otras perspectivas, en cambio, deberían hablar sencillamente de un interés de la víctima en la emisión de un juicio de reproche sobre el autor. Sin embargo, esto tampoco es irrelevante: a partir de ahí, puede afirmarse que la víctima entra en competencia con el autor a la hora de determinar el alcance de los principios político-criminales, que ya no podrían verse unilateralmente como garantías de éste, sino también de aquélla¹¹⁵.

C. Consideraciones de derecho español

1. En los códigos penales sí suele aludirse al *derecho de la víctima a perdonar* excepcionalmente determinados delitos de modo vinculante para el Estado. Luego es cierto que la víctima ostenta cierto poder sobre el ejercicio del *ius puniendi*: por un lado, mediante la renuncia a la persecución de ciertos presuntos delitos, que requieren una iniciativa de parte (querrela o denuncia); por otro lado, mediante el recurso al perdón de presuntos delitos sobre los que ya pende un proceso penal. En el Código Penal español, éste aparece como una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130, 5.º CP), aunque en realidad no lo es. En efecto, el perdón, para ser eficaz, debe

Staatsräson über das Gemeinwohl zum Opfer?“, en PRITTWITZ/MANOLEDAKIS (eds.). *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Baden-Baden, 2000, pp. 63 y ss.

112 Especialmente claro, GÜNTHER. *FSf. Lüderssen*, p. 219.

113 HÖRNLE. „Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht“, *Juristenzeitung*, 2006, pp. 950 y ss., 956.

114 Paradigmático, LÜDERSSEN. „Opfer im Zwielicht“, en *Festschrift f. Hirsch*, Berlín, 1999, pp. 879 y ss., 889 y ss.

115 Cfr. AMELUNG. „Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtlichen Argumentation“, en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift f. Eser*, Múnich, 2005, pp. 3 y ss., 6 y ss., subrayando que lo que es norma de prohibición para el autor es norma de protección para la víctima. Otras referencias sobre el derecho penal como *Magna Charta* de la víctima en SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, 2.ª ed. reimpr. 2006, pp. 48 y ss. La consecuencia práctica es una reducción del alcance de las garantías político-criminales del derecho penal que, ciertamente, constituyen limitaciones a la “justicia material”.

haberse otorgado antes de que se dicte la sentencia. Por tanto, no puede extinguir una responsabilidad criminal todavía no declarada. Se trata, en realidad, de una causa de exclusión de la responsabilidad criminal.

2. En cambio, como ya se ha indicado, en los códigos penales no existe mención de un derecho de la víctima a que el autor sea castigado. En España, sí es cierto que a la víctima se considera titular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (art. 24.1 CE)¹¹⁶, de modo que ejerce directamente el derecho a la acción (*ius ut procedatur*)¹¹⁷. Sin embargo, como ha señalado, entre otras muchas, la STC 178/ 2001, del 17 de septiembre, “la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, como persona agraviada, no obliga al Estado, como único titular del *ius puniendi*, a castigar en todo caso, pues la Constitución no otorga a los ciudadanos un pretendido derecho a obtener condenas penales”¹¹⁸. La idea central es que “en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado”¹¹⁹.

D. Precisiones finales sobre el concepto de “víctima” y sus “derechos”

1. Cuando se asiste al discurso del derecho de las víctimas a la verdad, al proceso o al castigo, lo primero que llama la atención es el recurso a la propia expresión de “víctima”. En el lenguaje ordinario se está hablando de víctimas antes de que se haya probado en el proceso –y, luego, declarado– la existencia de, al menos, un hecho antijurídico (y seguramente, también culpable). Ello es, en términos jurídicos, un sinsentido. Antes de que se constate un hecho antijurídico (y, seguramente, también culpable), no puede haber una víctima, sino, como máximo una “presunta” víctima¹²⁰. En efecto, no se es

116 Lo que desconoce FLETCHER, al hacer un balance de las constituciones occidentales: FLETCHER. *Lewis and Clark Law Review* 9 (2005), p. 551. A ello se uno, por lo demás, la regulación española del derecho a la acción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con acción popular incluida...

117 Algo que, en sí, puede cuestionarse, sobre todo dada la existencia de culturas jurídicas importantes que carecen de la institución de la acusación particular.

118 Y antes, la STC (1.ª) 83/ 1989, del 10 de mayo, en referencia al artículo 24.1 CE, indicaba que este precepto constitucional “reconoce ciertamente el derecho a la acción, y en concreto a la acción penal, pero no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, ni obliga al Estado, titular del *ius puniendi* a imponer sanciones penales con independencia de que concurra o no en cada caso alguna causa de extinción de la responsabilidad”.

119 SSTC 157/ 1990; 41/ 1997.

120 A diferencia de lo que parece entender FLETCHER. *Lewis and Clark Law Review* (2005), p. 549. Cuestión aparte es si cabe hablar de presunto inocente, con respecto al imputado, y de presunta víctima, con respecto a quien ejercita la acción. Aunque es cierto que ambas presunciones parecen operar en sentido contrario, no es seguro que resulten incompatibles. En todo caso, es obvio que quien no fuera una “presunta víctima” no podría tener derecho a la acción.

víctima (en sentido jurídico-penal) por el hecho de haber sufrido un daño¹²¹, sino sólo por haber sufrido una lesión antijurídica, lo que únicamente puede determinarse en el proceso¹²². Incluso podría plantearse que las lesiones producidas por inculpables no producen víctimas en sentido estricto (como sujetos afectados en su dignidad por el delito). En todo caso, esta precisión es importante, pues pone de relieve, por un lado, que lo que en ocasiones se presenta como derecho de las víctimas sería sólo un derecho de presuntas víctimas. Por otro lado, que sólo puede hablarse de derechos de las víctimas en cuanto a los pronunciamientos posteriores a la determinación de la antijuridicidad (culpable) del hecho. En fin, y sobre todo, que hablar de víctimas antes del (o durante el) proceso en realidad es “prejuizar”.

2. La “presunta víctima”, a quien se concede un derecho a la acción, tiene obviamente un interés en que se dirija un juicio de reproche al autor e incluso en que, si se constata un injusto culpable, así como los demás presupuestos de la imposición de pena, tenga lugar el castigo. El objeto de su derecho es, pues, que se apliquen las normas legales que regulan el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado. Por eso tiene también un derecho al recurso e incluso a ejercitar una acción por la posible comisión de un delito de prevaricación. Pero ese derecho “a que se apliquen las leyes” no es equiparable a un derecho material al castigo que se situaría por encima de dichas leyes.

3. La teoría del derecho penal orientada a la víctima no es retributiva¹²³ ni preventiva, al menos no al modo clásico. Por ello puede llamársele restaurativa, equilibrante o igualadora. No centra su atención en el pasado ni en el futuro, sino en el presente. El juicio y la condena pretenden poner fin a la situación de dominio, humillación o subordinación de la víctima, restableciendo su posición originaria. Ahora bien: ello significa que la teoría del derecho penal orientada a la víctima se centra en la neutralización del daño inmaterial, permanente, que sigue padeciendo la víctima como consecuencia del delito. Algo que implica, a su vez, que el núcleo de dicha teoría debería venir constituido por las respuestas expresivas-simbólicas (inmateriales): declaración de culpabilidad y condena¹²⁴. La inflicción adicional de un “dolor penal” al autor sólo se justificaría cuando, además, existieran razones preventivas para hacerlo (en particular, de aseguramiento cognitivo). En efecto, la imposición y ejecución de una pena desconectada de tales razones, y justificada por necesidades de la víctima, no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad.

121 Lo que reconoce FLETCHER. *Lewis and Clark Law Review* 9 (2005), p. 549.

122 Desde la perspectiva de la presunción de inocencia, KRAUSS. “Täter und Opfer im Rechtsstaat”, *Festschrift f. Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 269 y ss., 271.

123 Cfr. MOORE. “Victims and Retribution: A Reply to Profesor Fletcher”, *Buffalo Criminal Law Review* 3 (1999-2000), pp. 65 y ss. MOORE entiende que un sistema en el que le corresponda a la víctima decidir si debe ser castigado el autor y cuánto (*victim's turn*) no es sino una institucionalización de la venganza. Añade que las víctimas deben ser ignoradas en una teoría retributiva, pues ya fueron tenidas en cuenta a la hora de configurar la norma.

124 Por muchos, últimamente, CAMPAGNA. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 13.

