

Un Derecho de la víctima: el Proceso en "conviction-sentencing"

ANTONIO BERISTAIN

SUMARIO

1. En Toledo, escuela de traducción. 2. Participación ciudadana en la determinación de la pena. 3. Las víctimas más que "objetos" merecedores de reparación. 4. Mediación, conciliación y reconciliación. 5. Un caso en San Sebastián. 6. Un nuevo objeto del proceso penal. 7. Posterior recomendación del Consejo de Europa.

Estas páginas recogen y amplían el artículo publicado en el Libro-Homenaje a los Profs. Walter Stree y Johannes Wessels: W. KÜPER, J. WELP (Comps.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 653-662. Se apoyan en mi Comunicación (inédita) presentada en Toledo, el día 2 de abril de 1992, en el Coloquio sobre "Los movimientos de reforma del proceso penal y los Derechos Humanos", organizado por el Grupo Nacional Español de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

1. En Toledo, escuela de traducción

Del especialista en Historia y Antropología cultural y social, Julio Caro Baroja, hemos leído páginas bellísimas sobre Toledo, la ciudad que nos cobija estos días. "Toledo en sí es un lujo que tiene España... Toledo simboliza una traducción constante. Hay una lengua y una religión que son las que dominan en un momento: pero hay que traducir de otras lenguas y conocer las otras culturas y religiones coexistentes"¹. Estas atinadas consideraciones pueden introducirnos en lo que pretende exponer esta comunicación.

Indudablemente en el proceso penal hay una llamémosle lengua o estructura procesal

Antonio Beristain es Catedrático Emérito de Derecho Penal — San Sebastián

¹ BAROJA, Julio Caro. *Toledo*, Edic. Destino, Barcelona, 1988, pp. 235, 91.

penal y victimológica, que es la que domina en este país y en este momento. Pero, seamos conscientes de que hay también otras lenguas, realidades, instituciones jurídicas, en el amplio sentido de la palabra, que nosotros los juristas debemos traducir, conocer y asimilar. Son realidades coexistentes de un macrocosmos que ojalá no sigamos ignorando. Sería funesto que continuásemos más tiempo ciegos... y, a pesar de ello o por ello, juzgando a personas y condenándoles. Será muy satisfactorio que conociéramos, traduzcamos y aprendamos esas coetáneas (aunque para algunos ajenas y lejanas) lenguas y culturas y estructuras criminológicas y procesales para que nos abran los ojos, como ya profetizaron Juan del Rosal, Rodríguez Devesa y otros juristas.

2. Participación ciudadana en la determinación de la pena

A la luz de las consideraciones que algunos especialistas exponen, parece deseable que en el proceso penal español se amplíe el espacio reservado a las víctimas de los delitos, y para ello se establezca (o quizás más exactamente, se restablezca desde algunas instituciones consuetudinarias) la división del proceso penal en dos fases. Es decir, nuestra legislación y praxis procesal penal deberían distinguir dos (sub) fases o etapas dentro de la fase del juicio oral del proceso penal; separar por una parte las actividades procesales destinadas a la declaración de que el imputado es considerado culpable del delito que se le acusa (etapa primera denominada *Conviction*, en inglés) y después, por otra, en la segunda etapa (denominada *Sentencing*), se determina la sanción concreta que justamente conviene imponer al delincuente. Se pide, pues, establecer separación formal entre la constatación de la culpabilidad y la fijación de la pena, como se pregunta en el Cuestionario concerniente al Tema n.º 3 del XXV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, que se celebrará en Río de Janeiro (4-10 septiembre 1994)².

² Cfr. *International Review of Penal Law. International Convention on the Rights of the Child. XVth. International Congress of Penal Law*, Association Internationale de Droit Pénal, 3.º y 4.º trimestres 1991, p. 1008: "Y a-t-il dans la phase du jugement (audience) une césure formelle entre la constatation de la culpabilité et la fixation de la peine?"; p. 1051: "(c) Is there any 'interlocution of guilt'; is the main proceeding divided into two parts, one which determines whether or not the accused is guilty, and another which deals with the sentencing?"

En la segunda etapa además de todas o algunas de las personas que intervinieron en la primera etapa, intervendrán otras con estudios y formación en ciencias clínicas y criminológicas³. Ya en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal (Madrid, 1983), indirectamente se indica algo de esto al hablar del informe criminológico, en varios artículos: 75, 1ª; 84, 1, 3ª; 87, 2ª; 77, 1ª; 100, 3.

Nuestra petición en favor de las víctimas como sujetos *activos* en la determinación de la respuesta justa y ajustada al delito y al delincuente se apoya, sobre todo, en la doctrina y legislación victimológica, pero también en otros argumentos, que deseamos comentar en un futuro próximo, apoyándonos en la importante legislación y doctrina en otros países. Hoy y aquí baste citar, en España, a M. Barbero⁴, en Francia a M. Ancel⁵, en Alemania a J. Herrmann⁶ e C. Roxin⁷, en Portugal a J. de Figueiredo⁸ y en Austria a R. Moos⁹.

3. Las víctimas más que "objetos" merecedores de reparación

La división del proceso parece obligada si se consideran los derechos de los sujetos pasivos del crimen y de las otras víctimas desde la perspectiva de la moderna ciencia victimológica. En concreto, a la víctima (incluyendo en

³ Cfr. BERJSTAIN, A. "Preguntas desde la Constitución (Artículo 25.2)", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, agosto 1989, pp. 251 ss.

⁴ BARBERO, M. "La división en dos fases del proceso penal", en *Idem, Estudios de Criminología y derecho penal*, Universidad de Valladolid, 1972, pp. 193 ss.

⁵ ANCEL, M. *la défense sociale nouvelle*, 3ª edic., Paris, 1981.

⁶ HERRMANN, J. "Ein neues Hauptverhandlungsmodell", *Zum Alternativ-Entwurf, Novelle zur Strafprozessordnung, Reform der Hauptverhandlung*, herausgegeben von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer, Tübingen, 1985; *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtsw.*, 1988, pp. 41 ss.

⁷ ROXIN, C. *Strafverfahrensrecht*, 21 edic., München, 1989, pp. 280 ss., 439 s.

⁸ FIGUEIREDO, J. de. *Direito processual penal*, vol. I, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1974, pp. 279 ss.

⁹ MOOS, R. "Ausgewogenere Kommunikationsstruktur der Hauptverhandlung durch Wechselverhör und Teilung in zwei Abschnitte", *ZStW*, 1991, pp. 553-583.

esta palabra también los sujetos pasivos) del delito debe reconocérsele el derecho a intervenir cuando se determine la respuesta concreta al delito objeto del juicio.

Nuestra cuestión merece ser estudiada a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. También aclara algo el tema la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, "De los juzgados de lo penal y por la que se modifican diversos preceptos de las leyes Orgánicas del Poder Judicial y de enjuiciamiento Criminal", y, con anterioridad, el Convenio Europeo de 1983 sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, adoptó y aprobó esa Declaración que había recomendado el Séptimo Congreso de Las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre del mismo año. Esta Declaración significa un paso de gigante en favor de las víctimas, a pesar de sus limitaciones e incluso de su orientación general menos acorde de lo deseable con la doctrina actual. Es de lamentar el tono dominante de esta Declaración, casi exclusivamente asistencial respecto a la víctima. Sólo en cierto sentido le reconoce su papel de sujeto activo.

La casi totalidad de las Disposiciones de la Declaración formulan postulaciones meramente pasivas: que las víctimas sean tratadas con compasión y respeto, que se les repare del daño sufrido, que se les preste asistencia apropiada, que se minimicen las molestias causadas a ellas, que se garantice su seguridad, que se les conceda indemnizaciones, que sean resarcidas equitativamente (devolución de sus bienes, etc.), que se les preste asistencia material, médica, psicológica y social, que el personal de policía, etc., sea receptivo a sus necesidades, que se les garantice su ayuda, atención a los daños que han sufrido, que se les proporcione remedios como asistencia y apoyo social, médico, etc.¹⁰

Los comentaristas de esta Declaración ge-

¹⁰ Cfr. NACIONES UNIDAS, *Derechos Humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, Nueva York, 1988, pp. 262-265.

neralmente se dejan llevar por este talante principal y casi exclusivo de pasividad; y no piden con suficiente claridad que se considere a las víctimas como sujetos activos, sobre todo (pero no únicamente) en el proceso penal.

Aquí y ahora nos interesan las importantes (aunque escasas) disposiciones de la Declaración que reconocen (o, al menos, sugieren) la misión activa de las víctimas. En concreto, cuando habla de "derecho al acceso a los mecanismos de la justicia", de "adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas", de informarles "de su papel" en la marcha de las actuaciones, "de facilitar la conciliación"...

Parece oportuno reflexionar sobre estas frases que leídas objetivamente, según la *voluntas legis* (distinta quizás de la *voluntas legislatoris*), pueden permitirnos o exigirnos llegar más adelante que lo que quiso decir el legislador. Quizás fueron formuladas pensando sólo en la asistencia a las víctimas como mero sujeto pasivo, pero pueden admitir preferentemente una segunda lectura alternativa desde una perspectiva científica más moderna de las víctimas como sujeto activo que nos permita exigir, como uno de sus derechos, el derecho a que el proceso penal se divida en dos fases para que puedan intervenir eficazmente en la segunda fase, que tan directa y positivamente puede afectarles a ellas.

Paralelamente a la doctrina internacional, en España se están reconociendo cada día más los derechos de la víctima, aunque todavía menos de lo deseado y lo justo. Todavía, como explican G. Landrove y muy concretamente A. Martínez-Arrieta¹¹, no se evita totalmente la victimización secundaria durante el proceso. Lo comprueban empíricamente las investigaciones de V. Garrido Genovés y R. Berenguer, y E. Neuman¹² refiriéndose especialmente a Ar-

¹¹ LANDROVE, G. "La víctima y el juez", en *Victimología*, comp. por A. Beristain, J. L. de la Cuesta, San Sebastián, 1990, pp. 187 s.;

MARTINEZ-ARRIETA, A. "La víctima en el proceso penal (II)", *Actualidad penal*, núm. 4, 28 enero 1990, pp. 49 ss.

¹² Cfr. "Victimology in Spain: The Empirical Studies", en *Victims and Criminal Justice. Victimological Research: Stocktaking and Prospects*, compilado por G. Kaiser, H. Kury y H. —J. Albrecht, Freiburg i. Br., 1991, pp. 95 ss.; E. NEUMAN, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, 1984, pp. 189 s.

gentina, cuando se trata de menores y jóvenes.

Nuestro avance positivo más importante en el campo procesal-penal se ha plasmado en la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. Esta ley favorece a las víctimas, pues pone algunos medios para evitar la tan lamentable lentitud en la actividad procesal, y abre la puerta a las víctimas como sujeto activo de sus derechos.

Aquí merece destacarse que el nuevo art. 781, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pide al Fiscal velar "por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito", así, como subraya Gimeno Sendra, este nuevo precepto incide "tanto en el derecho de defensa del imputado, como en el derecho a la tutela de los ofendidos y perjudicados por el delito"¹³.

Uno de los derechos de la víctima, como hemos indicado, es el derecho a intervenir mucho más activamente en el proceso, para lo cual ayudará la división en dos fases.

Esta segunda fase se presta, no menos que la primera, para alcanzar las metas que pretende la doctrina y la legislación victimológica contemporánea. Concretamente, por ejemplo, para llegar con frecuencia a la mediación, la conciliación y/o la reconciliación.

4. Mediación, conciliación y reconciliación

El Convenio Europeo, n.º 116 (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1983), sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos (terminología inadecuada, según indica V. Fairén¹⁴, para evitar la denominación de terroristas que sería la propia) recomienda que "las necesidades y los intereses de las víctimas deberían ser tomados más en cuenta en todas las fases del proceso de justicia penal". Y, en su Recomendación Final, 1, apunta positiva y acertadamente hacia los "sistemas de mediación y conciliación". Posteriormente, el año 1985, la Declaración de las Naciones Unidas, en su Disposición 7, vuelve a referirse a la conciliación.

¹³ Cfr. SENDRA, V. Gimeno. "Las partes acusadoras", en *El nuevo proceso penal (Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988)*, Tirant lo Blanch, Reformas, Valencia, 1989, p. 87.

¹⁴ FAIREN, V. "Acción, proceso y ayuda a las víctimas del delito", *La Ley*, año XII, núm. 2788, 16 julio 1991, pp. 1 ss.

Una prueba patente de la apatencia en muchas personas de lograr la conciliación nos ofrecen los numerosos proyectos que en diversos países se están llevando a cabo sobre este tema. Respecto a Alemania, nos informa ampliamente F. Dünkel¹⁵

Durante la *Sentencing* pueden cultivarse semillas de reconciliación mucho mejor que durante el proceso desconocedor de esta fase como autónoma, separada de la *conviction*.

En el Comentario y el Cuestionario del Professor Tiedemann para el Tema 3 del próximo Congreso internacional de nuestra Asociación, con satisfacción puede leerse una palabra que va bastante más adelante que la mediación y la conciliación, pues se habla de reconciliación, lo cual resulta inusitado en Europa central, salvo excepciones que confirman la regla. En Alemania (y otros países) los victimólogos suelen pedir la compensación (*Ausgleich*), pero la inmensa mayoría se niega a mencionar la reconciliación (*Versöhnung*). Rechazan su entrada en el campo jurídico. Quizás desean mantener la *Ent-zauberung* de Max Weber¹⁶.

En contra de lo profetizado y deseado por el inteligente sociólogo alemán, algunas (aunque no muchas) personas, a pesar de su victimación, no viven desencantadas; sus "necesidades" en cuanto víctima no son sólo, ni tan siquiera principalmente, necesidades de recibir compensación económica y de asistencia, sino más bien necesidades también de *dar*. Para satisfacer su generosidad ellas, las víctimas, desean se les informe "de su papel", y de que éste sea activo en la marcha de las actuaciones procesales; que se les reconozca como sujetos, no como meros objetos que se reparan. Algunas (aunque no muchas) veces esas víctimas desean — más allá de recibir lo suyo (el *suum cuique* de los romanos ha sido rebasado por la cosmovisión de la persona "excéntrica", según Lacan, Laín Entralgo, Martín Buber, Zubiri, etc.) — colaborar al bien común, en general y en particular, procurando la reconciliación del delincuente con todas sus vic-

¹⁵ DÜNKEL, F. "La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del Derecho penal en el Derecho comparado", en *Victimología*, San Sebastián, 1990, pp. 113 ss.

¹⁶ Cfr. STREE, W. en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24 edic., München, 1991, § 46, pp. 649 s.

timas¹⁷. No olvidemos que éstas en algunos casos, como el del terrorismo, pueden ser varios miles de personas, indirecta pero intensamente afectadas. Con frecuencia los ciudadanos, e incluso algunos especialistas, se olvidan de que las víctimas pueden ser muchas más, en número, que los sujetos pasivos del delito¹⁸.

5. Un caso en San Sebastián

Actualmente, en el País Vasco está dirigiendo el movimiento más conocido y eficaz en cuanto a concienciación pública contra el terrorismo unilateral de ETA la joven Cristina Cuesta, cuyo padre fue asesinado por los miembros de esa organización terrorista (1982). Esta mujer hubiera visto con muy buenos ojos que el procedimiento judicial le hubiera brindado más posibilidades de satisfacer las "necesidades" que siente de actuar como sujeto activo en favor de la reconciliación con los asesinos de su padre y en pro de la concienciación pública en contra del terrorismo y en favor de la paz. Ella fundó el año 1986 el Movimiento "Asociación por la paz" (hoy denominado "Coordinadora Gesto por la Paz") para, entre otros fines, celebrar concentraciones de 15 minutos de silencio al día siguiente de cualquier acción terrorista con víctimas. Hoy se celebran más de noventa.

Probablemente se pueden aducir otros casos semejantes probatorios de que algunas o muchas víctimas desean intervenir como sujetos activos en el proceso — y especialmente en la determinación de la sanción — no sólo para lograr el resarcimiento de sus daños (muchas veces el "daño" principal no se puede reparar, como en el caso de Cristina Cuesta nadie puede resucitar a su padre) sino también, o más aún, para que la justicia, la paz y la armonía se robustezcan y que los delincuentes se reconcilien con sus víctimas.

Como indica el Prof. H. J. Schneider, "toda nueva reglamentación legal debe servir para la mejor pacificación entre el autor y la víctima"¹⁹.

Quizás los legisladores, los comentaristas

¹⁷ Cfr. KAISER, G. "Victim-Related Research at the Max-Planck-Institute. Point of Departure", en *Victims and Criminal Justice. Victimological Research: Stocktaking and Prospects*, pp. 4 y 11.

¹⁸ Cfr. MARTINEZ-ARRIETA, A. "La víctima en el proceso penal (I)", *Actualidad penal*, núm. 4, 28 enero 1990, pp. 46 s.

y los jueces debemos reflexionar sobre el grado de altruismo de nuestros pensamientos y sentimientos para evitar que — por mimetismo — defraudemos a las víctimas. Muchas de éstas son personas "excéntricas" en el sentido lacaniano, que desean y "necesitan" mirar y actuar por encima de sus necesidades, perjuicios y beneficios individuales.

6. Un nuevo objeto del proceso penal

La separación del proceso penal en dos fases encuentra apoyos en muchas otras consideraciones jurídicas. Aquí nos limitamos a indicar que si "la justicia emana del pueblo", según reconoce el art. 117 de nuestra Constitución, fluye como consecuencia lógica de este principio que "Los ciudadanos (sin necesidad de pertenecer a la carrera judicial) podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado (en alguna de sus formas tradicionales o en una nueva forma que resulte más oportuna y justa) así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales" (art. 125)²⁰.

La participación de los ciudadanos en la *Sentencing*, es decir, en la selección y decisión de qué sanción concreta se deba imponer a una persona declarada culpable de haber cometido un delito, importa más de lo que puede parecer. El hecho de que puedan intervenir todos los ciudadanos, también los dotados con formación criminológica, contribuirá a que se cumpla menos difícilmente el art. 25 de nuestra Constitución, que pide la resocialización de los condenados a penas privativas de libertad.

Desde cierto punto de vista, la conclusión de lo hasta aquí dicho es muy sencilla, de no mucha transcendencia y sin obstáculos mayores, pues todos estamos de acuerdo y nadie se opone a que se tome más en consideración a las víctimas. Para lograrlo pedimos "únicamente" la división del proceso penal en dos fases.

Pero, desde otra perspectiva, el tema ad-

¹⁹ SCHNEIDER, H.J. "La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal. Nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la República Federal de Alemania, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas", en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 392.

²⁰ Cfr. SENDRA, V. GIMENO, et al., *Derecho procesal*. T. II: *El Proceso penal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 47 s.

quiere complejidades, dificultades y trascendencias inesperadas, muy positivas, pues se puede y debe llegar a propuestas (o al menos a preguntas) radicales, como las siguientes:

1 — La urgencia de que las cátedras de Derecho penal y de Derecho procesal penal se fusionen, como sucede tradicionalmente en muchos países de nuestra cultura. Los derechos penal sustantivo y procesal exigen un tratamiento unitario, según señala el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, E. Ruiz Vádllo²¹.

2 — La conveniencia de que los penalistas, cuando estudiamos el tema tan preocupante en la actualidad de las alternativas a la privación de libertad, acudamos inexorablemente al campo procesal donde se esconde, en mi opinión, una de las claves principales para solucionar ese problema.

3 — La necesidad de que penalistas y procesalistas, ante el nuevo y más amplio espacio que obtiene (mejor dicho, que recupera) la víctima, reflexionemos acerca de cuál es propiamente hoy el objeto del proceso penal (sin olvidar la libertad de decisión del delincuente)²².

Comento únicamente esta última propuesta. El prestigioso procesalista José Almagro Nosete²³, después de estudiar el problema, define así el objeto del proceso penal: "enjuiciamiento de una supuesta acción u omisión aparentemente delictiva para determinar, en su caso, con carácter de certeza su naturaleza delictiva y la responsabilidad criminal del agente, declarando la culpabilidad o inocencia del mismo, mediante la condena a la pena correspondiente o mediante su absolución con las demás consecuencias jurídico-civiles que sean menester".

Esta definición logra totalmente evitar los "factores míticos" que, como bien indica Almagro Nosete, se ocultan o pueden ocultarse en el "hecho penal"; logra mantenerse fiel a una concepción objetiva del delito, y así responde a un planteamiento político de libertad

²¹ VADILLO, E. Ruiz, "La sociedad y el mundo penitenciario (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)", *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 4, 1990, p. 67.

²² Cfr. WESSELS, J., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 21 edic., 1991, Heidelberg, pp. 112 s.

²³ NOSETE, J. Almagro. Cfr. VICENTE GIMENO SENDRA et al., *Derecho procesal*, T. II, p. 192.

por la garantía que esa cosmovisión objetiva ofrece al ciudadano de evitar una consideración subjetivista. Así se solidariza con un Derecho penal de hechos frente a un Derecho penal de autor²⁴.

Ciertamente, en el proceso penal se ocultan o pueden ocultarse factores míticos²⁵; pero, quizás por el propósito de huir de ellos se ha ido excesivamente lejos y se ha "caído" en una concepción maxweberiana de lo social, en un desencantamiento tan total que se ha desvanecido la dimensión humana. Se ha llegado a un grado excesivo de objetivismo, peligro del que ya hace treinta años nos previnieron Jiménez de Asúa, Quintano Ripollés, Welzel y otros autores, cuando analizaron la delincuencia con los vehículos de motor²⁶. Recientemente recuerda el fondo del problema C. Perelman²⁷ y explica cómo la justicia surge y se desarrolla, nace y crece, aflora y florece tanto desde la religión como desde la moral, desde la política y desde el derecho.

Tanto la persona como la personalidad del autor y de la víctima deben tomarse mucho más en consideración durante todo el proceso penal, y no menos cuando se decide la determinación de las penas concretas. El proceso penal no debe limitarse a los hechos, con olvido total de quien los hizo y quien los sufrió. A veces, se patentizan planteamientos excesivamente apersonales en muchas Sentencias, incluso de Tribunales superiores.

La definición transcrita del objeto del proceso penal nos ofrece, indirectamente, una descripción acertada del blanco a que se dirige la primera (sub) fase del juicio oral: "declarando la culpabilidad o inocencia" del agente u omitente. Pero, al mostrar que esa declaración de la culpabilidad (o inocencia) con la condena y "las demás consecuencias jurídico-civiles que sean menester" se decide mediante una acción tan (en muchos sentidos) sencilla y tan poco subjetiva-humana como es el "enjuiciamiento

²⁴ Idem, pp. 190 s.

²⁵ SENDRA, V. Gimeno. *Derecho procesal*, T. II, pp. 78 s.

²⁶ Cfr. BERISTAIN, A. "Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico", en Idem. *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, 1979, pp. 93 ss.

²⁷ PERELMAN, C. "Le juge, la règle de droit et la justice", en *Mélanges offerts à Robert Legros*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1985, p. 497.

de una supuesta acción u omisión”, sin referencias al autor y a la víctima, parece excesivamente simples, acabar (sin más problema) todo el proceso con la condena a la pena lógica y matemáticamente correspondiente, según la letra del Código penal. Con sobrados motivos reprochaba Radbruch a los jueces que miraban sólo a la acción delictiva pero olvidaban al autor. En nuestros días autorizados tratadistas insisten atinadamente desde diversos puntos de vista²⁸.

Desde la ciencia victimológica contemporánea resulta lamentable la ausencia de las víctimas en la concepción y descripción del objeto del proceso penal. Quizás legitimen esa ausencia los procesalistas y/o jueces que admitan la posibilidad de delitos sin víctima. Nosotros, con eximios penalistas (entre otros el actual Presidente de la Asociación Internacional de Derecho penal, M. Cherif Bassiouni), rechazamos tal opinión. Lógicamente, consideramos necesario incluir en el objeto del proceso penal (y hacer referencia expresa a) la figura de las víctimas con un papel activo en todo él, especialmente en la fase destinada a determinar la respuesta concreta al autor del delito, para lo cual pedimos la separación formal de la segunda etapa (fase) del juicio oral.

Así, se abrirá otra puerta al tan necesario diálogo de las personas que se sientan en el estrado con las — también — personas que se sientan o están de pie abajo. Así, se evitará parte del actual silencio procesal que, de hecho, se impone a los ciudadanos que acuden o son llamados a los “palacios” de Justicia (con frecuencia, meros invitados de piedra), como testimonia la juez Manuela Carmena cuando escribe: “Le costó mucho relajarse algo y, para normalizar la conversación, intenté persuadirle de que no se cohibiera. Me dijo: “Nunca estuve hablando con un juez”. Cuando le contesté: “¡Pero hombre, si con los juicios que has tenido tienes que estar acostumbrado!”, me respondió: “todas las otras veces en que he hablado con jueces todo consistió en: “yo no lo he hecho”, “yo no estaba allí”, “yo no era ése”...

No era ése, no estaba allí, no había sido. Ese había sido el único intercambio entre el Poder Judicial y un ciudadano que había de cumplir, por delitos contra la propiedad, una

larguísima condena.

La burocratización del proceso permite que no se juzgue una conducta sino un expediente, un sumario, un conjunto de papeles que expresan el supuesto de hecho de lo que parece un ejercicio escolar, un problema, un caso práctico que hay que resolver, cuya resolución se encuentra en la hoja siguiente, y que es fruto de una aplicación de la lógica formal que ahora multiplica la informática facilitando resoluciones idénticas para condenas de personas distintas y tan diversas como son siempre dos seres humanos, en las que sólo se cambia la fecha y nombre y apellidos de los sujetos²⁹.

Para tomar en consideración las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho criminal conviene conocer la técnica de los silogismos, pero no basta. No. También hay que conocer el *arte* de juzgar³⁰ y de dialogar, y hay que actualizar las estructuras del procedimiento procesal-penal, introducir cambios radicales en ellas, pues se basan, mantienen y reproducen una cosmovisión tradicional (pero tiempo ha superada) de las relaciones entre el Estado, el Señor Juez, el ciudadano y la víctima.

7. Posterior recomendación del Consejo de Europa

Pocos meses después de presentada en Toledo esta comunicación, el Consejo de Europa adoptó la Recomendación n.º R (92) 17 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a la coherencia en la *sentencing* (determinación de la pena), adoptada por el Comité de Ministros el 19 de octubre 1992, en la 482 reunión de Delegados de los Ministros.

De ella merecen especial atención aquí, al menos, tres párrafos. Pero, antes conviene llamar la atención sobre la dificultad, mejor quizás imposibilidad, de traducir del inglés al francés y castellano, el contenido de esta Recomendación, puesto que la *sentencing* no coincide ni mucho menos con la *determinación de la pena*. Difieren en muchos aspectos objetivos y subjetivos, en cuanto a las personas que actúan y las decisiones que toman, etc., ya que la *sentencing* se lleva a cabo en la segunda fase, que, como sabemos, no existe en nuestro pro-

²⁸ VERHAEGEN, J. “Le fait qualifié infraction”, en *Mélanges offerts à Robert Legros*, pp. 749 ss.; C. HENNAU, J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 9 s.

²⁹ CARMENA, M. “Prólogo”, en J. VALVERDE, *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Ed. Popular, Madrid, 1991, p. 9.

³⁰ MEEUS, A. “L’art de juger”, en *Mélanges offerts à Robert Legros*, pp. 437 ss.

ceso penal.

En el párrafo 6.º, referente al principio básico de la *sentencing*, se afirma que las condenadas fundamentales de la determinación de la pena deberán ser compatibles con las políticas criminales modernas y humanas, en particular en lo que se refiere a la reducción de las penas privativas de libertad, procurando aplicar medidas y sanciones en la comunidad, fomentar una política de descriminalización y utilizar las medidas de "diversión", tales como la mediación y la indemnización a las víctimas.

En cuanto a estudios e información en materia de *sentencing* (I. 1.), esta Resolución aconseja que deben ser tomadas medidas para que los magistrados y el público en general estén informados regularmente del funcionamiento general del sistema de la justicia penal y notablemente de la práctica seguida en materia de la *sentencing*.

Respecto a la investigación, el Consejo de Europa decide que conviene se lleven a cabo investigaciones regularmente (J. 3.) para conocer con precisión el volumen de las variaciones en la *sentencing* en lo que respecta a qué

clase de infracciones se sancionan, qué personas son las condenadas y los procedimientos empleados.

Estas investigaciones deberán prestar particular atención a los efectos que producen las reformas de la *sentencing*. Estos procesos decisoriales (J. 4.) deberán ser objeto de investigaciones cuantitativas y cualitativas que permitan conocer de qué manera los tribunales toman sus decisiones y cómo algunos factores exteriores (prensa, actitud del público, contexto local, etc.) pueden modificar los procesos de la *sentencing*.

Por fin, tratando de la cooperación europea en cuanto a la información sobre la *sentencing* (K. 2.), aconseja concretamente la creación de un boletín europeo regular sobre este tema para información de los magistrados y de otras personas interesadas en este problema. Añade también que los Estados deberán examinar la oportunidad de llevar a cabo reuniones de jueces y de otras personas que juegan un papel importante en el sistema de la justicia penal, de manera que susciten una mayor toma de conciencia de los problemas comunes, y se informe sobre las soluciones posibles.