

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

IV. JUSTICIA PENAL ACUSATORIA Y VÍCTIMAS DEL DELITO

1. Consideraciones preliminares

Las *garantías procesales* tienen carácter subsidiario respecto de las *garantías penales*.⁷¹ En efecto, todo modelo procesal debe ser congruente con los derechos sustantivos que consagra; en tanto la efectiva consagración de éstos dependerá irremediablemente de la idoneidad de las fórmulas procesales para su actualización.

En el derecho penal moderno —que significó en su momento un proceso humanizante de las prácticas inquisitivas propias de modelos absolutistas de ejercicio del poder— las penas pretendieron encontrar en la legalidad, necesidad y proporcionalidad su razón de ser y hallaron en el pacto social su legitimación.⁷² Aquel derecho penal de la modernidad de hace por lo menos dos siglos evolucionaría con lentitud hacia variables más correspondidas con el modelo político que motivó su origen: la democracia. Sin embargo, el andar no sólo fue lento sino de regresiones consi-

⁷¹ Luigi Ferrajoli sostiene que el conjunto de garantías penales quedaría incompleto si no fuese acompañado por el conjunto correlativo de las procesales. *Op. cit.*, p. 537.

⁷² César Beccaria, en *De los delitos y de las penas*, basado en la ideología del contrato social, enuncia el principio de *legalidad de las penas* al afirmar que “sólo el legislador las puede dictar” y sujeta su aplicación al principio fundamental de su *necesidad* como criterio, en tanto de lo que se trata es de mantener el vínculo entre los hombres; pero también de su medida: *proporcionalidad*, por lo que toda pena que vaya más allá de la *necesidad* de conservar dicho vínculo será una pena “injusta por naturaleza”, pp. 216 y ss.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

derables; las prácticas inquisitivas han sido una tentación constante en este devenir y las fórmulas que las legitimaron no se hicieron esperar. La sanción, en tanto castigo, de origen retribucionista,⁷³ ha sido común denominador del ejercicio punitivo en la sociedad moderna,⁷⁴ por ello no es de sorprender que las variables procesales inquisitivas encontraran “fácil” asidero en un proceso penal que pretendía ser más democrático.

Este derecho, también identificado como derecho penal liberal, desarrolló principios fundamentales que pretendían hacer de éste una fórmula idónea para la preservación del orden jurídico y la consecución de fines sociales. La conservación de los vínculos sociales, en la para entonces nueva forma de organización política y social, sería la razón de ser del recién surgido derecho penal.⁷⁵ Esta fórmula por sí misma excluiría tanto a la víctima como a su agresor en tanto sujetos de derechos, pues uno debía ser reprimido y de la otra habría que evitar su venganza.

Paradójicamente, este derecho penal de orígenes humanistas —que pretendió volcarse contra la pena de muerte

⁷³ El modelo retribucionista como fin de la pena ve en la sanción un castigo legitimado por la necesaria expiación de la culpa. Por su accesibilidad, se sugiere la lectura de la obra de Serafín Ortiz Ortiz, *Los fines de la pena*, pp. 110 y ss.

⁷⁴ En este sentido, David Garland escribe: “el papel del castigo en la sociedad moderna, de hecho, no es tan obvio ni tan bien conocido. Hoy en día el castigo es un aspecto de la vida social profundamente problemático y poco comprendido, cuya razón de ser no queda clara. El que no lo percibamos de este modo es consecuencia de la apariencia de estabilidad e impenetrabilidad que tienen las instituciones formales, más que de la transparente racionalidad de los procedimientos penales en sí”. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, p. 17.

⁷⁵ Juan Bustos, siguiendo a Beccaria, retoma la expresión de éste en el sentido de que el surgimiento de la penas sólo es explicable en virtud de la organización social producida por el Contrato. El autor explica que el fundamento teórico del para entonces naciente derecho penal está en la doctrina del Contrato Social de Juan Jacobo Rousseau y por lo tanto delincuente, delito y pena son producto de la sociedad organizada; “la legitimidad del poder punitivo de ésta —la sociedad— se halla a su vez en su acta de constitución, el contrato social”. Juan Bustos Ramírez, “Criminología y evolución de las ideas sociales”, en Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, dirs., *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, pp. 28 y ss.

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

y los tratos crueles e inhumanos— a la postre se enfrentaría a una doble y contradictoria realidad: por un lado, la exigencia de un desarrollo más efectivo de aquellos principios humanistas cada vez más insuficientes para contrarrestar la influencia que las variables represivas tuvieron en una justicia penal que, por el otro lado, encontraron arraigo en las fórmulas legales bajo el eterno intento por contrarrestar los altos niveles de conflictividad que las crecientes sociedades modernas presentarían en su normal proceso evolutivo.

Esta doble tendencia de difícil conciliación —o imposible de conciliar— daría paulatinamente forma a un modelo de justicia penal al que se calificaría de mixto;⁷⁶ esto es, de fórmulas democráticas pero con —vastas— reminiscencias inquisitivas. Así, contradictorio en su estructura, la mixtura de estas variables conformarían un modelo de justicia cada vez menos correspondido con las aceleradas transformaciones sociales y las exigencias de solución de problemas no vividos antes; inercia que evidenció su imposibilidad de atender las necesidades de una sociedad tan compleja y de riesgos como la actual.⁷⁷

⁷⁶ El origen de los sistemas de justicia penal mixtos habrá de buscarse en los códigos termidoriano y el napoleónico a finales del siglo XVIII y principios del XIX. Legislaciones que, pese a la tendencia humanista de la influencia reformadora ilustrada, que se había vuelto en contra de la irracionalidad y arbitrariedad de los procesos, la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la inquisición, revivieron las variables inquisitivas y dieron origen a modelos mixtos de justicia penal con fase de investigación inquisitiva en tanto escrita y secreta en la que predominaba la acusación pública y se excluía la del imputado además privado de su libertad, y una fase de enjuiciamiento acusatoria de juicio contradictorio y público, incluso oral, pero determinado por lo acontecido en una primera fase difícilmente superable. L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 564-567.

⁷⁷ Bajo el concepto de *la sociedad del riesgo*, Beck designa una fase de desarrollo de la sociedad moderna —que concibe a la modernización como un proceso autónomo de innovación— en la que a través de la dinámica de cambio la producción de riesgos políticos, ecológicos e individuales —deterioro de la modernización, el reverso de la moneda— escapa, cada vez en mayor proporción, a las instituciones de control y protección de la mentada sociedad industrial. Ulrich Beck, “Teoría de la sociedad del riesgo”, en Jostetxo Beriain, comp., *Las consecuencias perversas de la modernidad...*, p. 201.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

Estos modelos de justicia vieron sobrecargada la actividad jurisdiccional y de investigación de los delitos por una demanda creciente y la falta de alternativas viables que le dieran respuesta, lo que propició la ineficacia de la función, el aumento de la impunidad y la corrupción en detrimento de los derechos humanos de los involucrados. Las expectativas de una justicia pronta se alejaron cada vez más, los centros penitenciarios se sobrepoblaron de gente pobre y marginada y se generó una crisis de credibilidad respecto de las instituciones de la justicia penal; todo lo que motivó el incremento de denuncias por violaciones a los derechos humanos y acrecentó la cifra negra de la criminalidad.⁷⁸

La sociedad, objeto primordial del derecho penal, no vio reflejadas sus expectativas de paz social y convivencia armónica; en tanto, dos sectores en lo particular sufrían las consecuencias directas de una cada vez más desbordada función punitiva: los “delincuentes” identificados como el *enemigo*⁷⁹ —en su mayoría gente pobre y marginada— sufriendo un juicio de pocas garantías efectivas para contrarrestar desde su inferior posición los embates de una justicia penal ensañada con ese sector poblacional y sus “víctimas”, de condición vulnerable y sobrevictimizadas por una justicia penal que nunca les consideró.

La mixtura que suponía —y supone— sí, muchas tendencias represivas, en sus variables democráticas desarrolló paulatinamente derechos para los imputados tratando de contrarrestar aquellos efectos nocivos de una justicia penal preocupada más por encontrar el delito en el *delincuente* que por recuperar la verdad histórica de los hechos. El imputado fue el objeto primero de preocupación y por tanto pre-

⁷⁸ Constituida por los delitos sufridos pero no denunciados, generalmente documentada en los resultados de las encuestas de victimización.

⁷⁹ Zaffaroni afirma: “La esencia del trato diferencial que se depara al *enemigo* consiste en que el derecho *le niega su condición de persona*. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre *ciudadanos* (personas) y *enemigos* (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas”. *Op. cit.*, n. 59, p. 19.

Colección de Textos sobre Derechos Humanos

cursor de un modelo más correspondido con los derechos humanos; poco a poco se haría de derechos importantes para su defensa, pero insuficientes para abandonar la inquisición de una justicia que no quería presumir su inocencia sino que partía del presupuesto de su culpabilidad. Otorgarle muchos derechos a los imputados significaba por supuesto —como significa aún— que las potestades punitivas del Estado debían disminuir, de ahí la resistencia a la fórmula. Por otro lado, la víctima debía esperar: la consideración de sus intereses como *privados* la excluían de la naturaleza pública del derecho penal y la reparación del daño como única consideración de su interés, debía ser atendida por el derecho civil —propio de los intereses entre particulares— una vez decretada la responsabilidad penal, pero no más.

La insuficiencia en la incorporación de los derechos humanos de los imputados, la nula consideración de la víctima y el empuje de las alternativas doctrinarias, a la luz de una creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos, motivaron que el derecho penal volteara la cara también hacia las víctimas, que más que justicia exigían reparación pronta, respeto de su dignidad y que se generaran variables procesales para la actualización efectiva de sus derechos, que, con pocas garantías, quedaban como *letra muerta* en la ley suprema. Los derechos se consignaban de manera creciente sí, pero la fórmula inquisitiva no se abandonaba. Derechos sustantivos sin instrumentos procesales adecuados para su actualización son letra muerta en la legislación. Lo mismo sucede cuando de derecho de los imputados se trata.

2. El proceso penal acusatorio

A. Características esenciales

El sistema procesal acusatorio “concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

como una contienda entre iguales, iniciadas por la acusación a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”.⁸⁰

A diferencia de los modelos mixtos en los que la dependencia de la acusación respecto de quien juzga es casi siempre lamentable y la capacidad manipuladora y controladora de la acusación sobre el imputado todavía más, el principio de separación entre quien acusa y quien juzga es sin duda la principal y más importante característica de un sistema procesal acusatorio, en tanto es el presupuesto de las demás características del modelo. Con la debida separación entre quien acusa y quien juzga se diferencian las funciones y los sujetos encargados tanto de acusar como de juzgar. Así el juzgador no tiene injerencia ni poder alguno sobre las partes, es completamente imparcial, lo que supone la imposibilidad de controlar o manipular las funciones —públicas o privadas—⁸¹ de la parte acusadora y por supuesto tampoco las acciones de los imputados. Asimismo, la debida separación entre acusación y defensa hace énfasis en la calidad de *parte* de la primera y la nula posibilidad de injerencia y de poder alguno de ésta sobre el imputado. Son *pares* en igualdad de condiciones, con lo que se nivela en “igualdad de armas” el conflicto que supone el proceso penal.⁸²

⁸⁰ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, p. 564.

⁸¹ La posibilidad de que la víctima se convierta en parte acusadora, ejerciendo la acción penal y sosteniendo la acusación, la pondrá —para el caso— en una cualidad tal, con las potestades sí, que tal cualidad implica, pero sobre todo con los compromisos y obligaciones de la función. *Cf.* pp. 76-80.

⁸² Observar al proceso como una contienda entre iguales —o pretender que así sea— a manera de conflicto es evidencia de la influencia que en el garantismo penal tiene el modelo sociológico del conflicto de origen marxista. Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, intentando describir el sustrato teórico y epistemológico del garantismo penal —de Ferrajoli—, sostienen: “En el nivel extrajurídico (legitimación externa) encontramos la influencia del pensamiento marxista de la Nueva Izquierda (modelo conflictivo, intereses enfrentados, la opción por la defensa del ‘más débil’ y la decisión moral sobre cuáles bienes deben ser protegidos en primer lugar)”. Además, afirman que se pueden distinguir algunos elementos derivados de aquellos supuestos epistemológicos, como el *Materialismo* y el “*Modelo conflictivo*: la idea del derecho

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

Para Ferrajoli, esta distinción es garantía de imparcialidad.⁸³ A diferencia de los atributos para los ritos inquisitivos que deben considerar que se trata de un juez actor, representante del interés punitivo y por tanto erudito en el procedimiento y con capacidad de investigación, los atributos para un sistema acusatorio consideran a un juez espectador dedicado principalmente a la valoración imparcial de los hechos. Por ello las características y “expectativas” de un juez varían en cada modelo procesal.

A diferencia de la dependencia y subordinación de la actividad jurisdiccional a la discrecionalidad de intereses políticos contingentes, y también manipulables, expresión clara de modelos procesales inquisitivos —y mixtos—, en los modelos acusatorios la colocación del juez respecto de los demás sujetos del proceso y, por ende, de los intereses públicos y de los particulares, será reflejo y garantía de su imparcialidad.

Para la búsqueda de la verdad y la tutela de las libertades, la sujeción sólo a la ley de la actividad jurisdiccional coloca al juez en independencia con cualquier interés de carácter político y discrecional de quienes jerárquicamente pueden —como en otros ámbitos públicos administrativos— dirigir las actividades de sus subordinados regidos por parámetros sólo de mera —formal— legalidad. La imparcialidad de la función del juez está regida en cambio por la estricta legalidad, no sólo formal sino sustancial⁸⁴ que vincula al juez a la veracidad de sus pronunciamientos. “La

penal como derecho que debe proteger al ‘más débil’ y la creencia de que el estado debe mantener el poder de manejar los conflictos (actos desviados, por ejemplo) nos muestra claramente que Ferrajoli está pensando en un modelo conflictivo de sociedad”. *Op. cit.*, n. 12, pp. 47-49.

⁸³ *Op. cit.*, n. 9, p. 567.

⁸⁴ Luigi Ferrajoli distingue entre *mera* legalidad y *estricta* legalidad, vinculando la segunda a la *sustancia* de las decisiones producidas, propias de la actividad judicial; en tanto las primeras sólo sujetas a actividades regulativas de procedimientos de aplicación de la ley, como en las del ámbito administrativo o legislativo. *Cf.* pp. 578 y 579.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a las razones de estado o a intereses políticos contingentes”.⁸⁵

La función jurisdiccional imparcial⁸⁶ debe ser extraña a los intereses en juego. El juez no representa ningún interés y por tanto no puede estar sujeto a ninguno de ellos, más que al interés único de tutela del bien jurídico lesionado; nada más que ello debe condicionar su juicio.

Resulta indispensable identificar que en un modelo procesal acusatorio no es suficiente que quien juzga y quien acusa sean distintas personas, incluso pertenecientes a distintos poderes o funciones públicas, sino además a otras específicas garantías procesales como las relativas a la conducción de la instrucción, a la publicidad del juicio y a las técnicas de formación y refutación de pruebas.⁸⁷ Así, como el juez sólo juzgará libremente las verificaciones y refutaciones expuestas y no podrá ejercer acciones de acusador, quien acusa, sobre todo cuando la acusación es pública (Ministerio Público) no podrá ejercer funciones de juzgador, como por ejemplo privar de la libertad al acusado —como en el arraigo, según se ejemplificó—; las funciones en el modelo procesal acusatorio deben quedar así bien diferenciadas. Todo ello también es presupuesto de la igualdad procesal.

La distinción entre acusación y juez es presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba de quien acusa y fundamento de la presunción de inocencia. A diferencia de los procesos inquisitivos, donde no hay diferencia entre quien acusa y prueba, en los procesos acusatorios la igualdad entre las partes en conflicto supone un juez árbitro, sin

⁸⁵ *Ibid.*, p. 584.

⁸⁶ Para garantizar la imparcialidad resulta indispensable el cumplimiento del principio del *juez natural*, que significa la pre-constitución de competencias por la ley al juicio, lo que supone la no alteración *post factum* del régimen de normas de competencias; un juez pre-constituido por la ley. De este principio se derivan a su vez la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias.

⁸⁷ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, p. 582.

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

intervención ni influencia en la acusación y una defensa a la que le asiste el derecho de refutar la acusación; luego entonces la obligación de probar debe recaer en quien acusa, quien además es quien motiva —inicia— el proceso.

Para que a un responsable se le considere tal deberá ser oído y vencido en juicio, y para ello la garantía de audiencia supone que nadie es culpable hasta que se le demuestre lo contrario, esto es, hasta ser oído y vencido en juicio, lo que trae como consecuencia inmediata la presunción de inocencia. La estructura de las formas procesales previstas por los códigos de procedimientos en materia penal debe ser consecuencia directa de la consagración de tal garantía, la cual trae aparejados otro tipo de derechos de debido proceso, como el de defensa y contradicción, los que suponen el derecho a defenderse y a probar su inocencia.

La presunción procesal de la inocencia es garantía luego entonces de verdad, libertad y seguridad, en tanto garantiza inmunidad para los inocentes; si la inocencia no está garantizada, tampoco la libertad de los imputados, lo que les generará incertidumbre. El imputado debe tener confianza en el juez y en las instituciones que le juzgan, así debe ser en todo Estado de Derecho; por ello, la justicia penal se legitima en tanto es garantía de verdad, libertad y seguridad para el inocente. En este sentido, el objeto del derecho penal y del proceso debe ser encontrar la prueba que demuestre la culpabilidad de un sujeto pero, en tanto, debe presumir su inocencia: es la inocencia y no la culpa la que debe presumirse desde el principio.

En un modelo procesal acusatorio, el derecho a la defensa tiene una connotación muy distinta en tanto la carga de la prueba recae en quien acusa. Si se considera que la verdad buscada por un modelo procesal tal es formal y por tanto relativa, la posibilidad de contradecir —refutar— las pruebas es esencial. Teniendo —como lo es— las partes en conflicto intereses opuestos, de la exposición máxima de

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, dependerá el libre desarrollo del procedimiento —conflicto.

Es el derecho a la defensa una derivación lógica de la carga acusatoria de la prueba; desde la sistematización garantista de Ferrajoli, no hay prueba sin defensa. Para el autor no es atendible ninguna prueba de la acusación sin que se halla activado infructuosamente todas las posibilidades de refutación y contrapruebas; por ello la defensa es el principal instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, basado en el conflicto y regulado y ritualizado entre partes contrapuestas. Un método que no permite juicios potestativos.⁸⁸

El proceso penal acusatorio, como contienda que es, exige de una igualdad de las partes, lo que significa que la defensa esté dotada de la misma capacidad y poderes que la acusación; para ello, la defensa debe tener entonces la capacidad de contradecir, en cualquier momento probatorio, cualquier acto probatorio. Si la acusación es pública o incluso privada, la defensa debe estar en posibilidad de competir contra ésta, lo cual exige una defensa técnica, debido al alto grado de complejidad que suponen hoy día los procedimientos penales. El derecho a contradecir, luego entonces, supone el derecho mismo a ser defendido técnicamente, lo cual obliga al Estado a dotar de defensor gratuito a quien no ha podido conseguir especialista que le defienda o simplemente no ha elegido esa opción. Ello exige una defensoría pública fuerte e independiente.

Cuando la acusación es pública —en la mayoría de los casos lo es— contraponerse al poder de la acusación exige de un conjunto de derechos y garantías suficientes para lograr el equilibrio y la igualdad de armas; para ello, a cada facultad de uno debe corresponder una facultad del segundo; de ahí la necesidad de que estén presentes la acusación y la defensa en todas las actividades probatorias.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 613.

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

Finalmente, habrá de considerarse que tener el derecho a probar la inocencia no significa tener la obligación de hacerlo, en un sistema equilibrado de derechos y obligaciones, presumir la inocencia supone un derecho para el imputado y una obligación para el Estado y sus autoridades; esto es, el imputado tiene el derecho a probar su inocencia y el Estado, a través de las autoridades competentes, tendrá la obligación de probar su responsabilidad. Si el Estado no puede demostrar la responsabilidad de una persona señalada como culpable de la comisión de un delito, entonces debe presumirse su inocencia aun cuando este último no haya aportado prueba alguna para demostrar su inocencia. En suma, el imputado pudiera no hacer uso de su derecho a probar su inocencia y aun así ser absuelto si no se comprueba su responsabilidad o si existe duda.

Finalmente, característica esencial de los modelos procesales acusatorios en materia penal son la publicidad y la oralidad. El secreto y la escritura son rasgos característicos de los procedimientos inquisitivos y mixtos; la publicidad y la oralidad, de los acusatorios. Derivación directa del derecho a defenderse y a que se presuma la inocencia, es sin duda la publicidad que niega acusaciones y procedimientos secretos. Beccaria⁸⁹ escribió, a manera de preguntas —y de reclamo—: “¿Quién puede defenderse de la calumnia cuando está armada del *secreto*, escudo el más fuerte de la tiranía? ¿Qué género del gobierno es aquel donde el que manda sospecha en cada súbdito un enemigo y se ve obligado por el reposo público a dejar sin él a los particulares?”

Gracias a la publicidad y a la oralidad de los procedimientos es posible tener certeza de que el juicio y las pruebas y contrapruebas que en él se presentan han respetado las exigencias garantistas que les reviste. Para ello, expresa Ferrajoli, la legalidad o ritualidad de los procedimientos y la

⁸⁹ C. Beccaria, *op. cit.*, n. 72, pp. 244 y 245.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

motivación de las decisiones serán parte fundamental.⁹⁰ La publicidad es un arma contra la arbitrariedad, bajo el control de la defensa y del acusado principalmente, pero también de la opinión pública y de la parte ofendida. Andrés Ibáñez⁹¹ distingue entre publicidad interna y externa; considerando a la primera como garantía del imputado “la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa”. Para el autor, la publicidad externa se supone para el control de quienes como ciudadanos tienen un genérico y objetivo interés en que la aplicación del derecho penal no sea arbitraria y discurra por cauces legales. En este sentido, Binder afirma que la publicidad debe jugar su papel para que la jurisdicción cumpla con el deber social que le corresponde.⁹²

La publicidad de los juicios implica la publicidad de las pruebas.⁹³ Se trata del control público de la veracidad, “es el alma de la justicia” —sostuvo Bentham— y favorece la probidad de los jueces al actuar.⁹⁴

Los modelos procesales mixtos se caracterizaron principalmente por un primera fase —de investigación— secreta, previa a los procesos en los que los principios procesales empezaban a operar, pero evidentemente disminuidos por aquella determinante y “bien aprovechada” *prima facie*. Por ello, es sin duda una medida de control del poder, que reacciona contra aquellas prácticas en las que los testimonios se rinden ante un juez o un secretario y sin la presencia de nadie, principalmente de la defensa. Por ello no es dable

⁹⁰ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 616 y ss.

⁹¹ Perfecto Andrés Ibáñez, *Justicia penal, derechos y garantías*, pp. 259-260.

⁹² Alberto Binder, *Introducción al derecho procesal*, p. 102.

⁹³ Beccaria sostenía: “scan públicos los juicios y públicas las pruebas del delito...” Afirmando que la opinión pública así podía imponer un freno a la fuerza de la acusación. “[...] para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos sino defendidos”. *Op. cit.*, n. 72, p. 243.

⁹⁴ Jeremías Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I, p. 140.

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

la secrecía de las actuaciones cuando no hay nada que se deba ocultar; es incompatible con los valores de la democracia.

De la publicidad de los procedimientos deriva la oralidad, así como las formas escritas dan lugar a la secrecía: si un secreto quiere ser conservado debe implicar la forma escrita. El juicio oral y público, además, “exige la identidad física de los jueces e implica la concentración temporal de los actos del juicio (continuidad)”.⁹⁵ Para Cafferata Nores, la oralidad implica la actividad procesal del juicio mediante el debate en la producción de pruebas, alegaciones y decisiones de mero trámite del tribunal, desarrolladas de viva voz y por la que se potencia interactivamente las virtudes individuales y combinadas de la publicidad, la inmediación, el contradictorio y la identidad física del juzgador, integradas en una unidad de funcionamiento real, susceptible sólo de separarse conceptualmente. Por la fórmula oral, la inmediación significa la actuación conjunta y el contacto personal directo y permanente durante el juicio del tribunal, las partes: acusación, defensa, imputado y víctima.⁹⁶

La inmediación exige que toda la actividad probatoria se lleve a cabo en el acto del juicio oral en presencia del juez, que valorará la actividad probatoria con la oportunidad, por la proximidad, de apreciar la sinceridad de los testigos, la solvencia de los peritos, las declaraciones del acusado y de la víctima.⁹⁷

B. La discrecionalidad de la acción penal

Si bien de origen garantista, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal es una de las variables más adecuada

⁹⁵ José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, p. 158.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 170.

⁹⁷ En este sentido, Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malaréc, *Nuevo sistema de derecho penal*, pp. 29 y 30.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

y, por ende, la que más propicia la participación de las víctimas en el proceso penal y motiva el acrecentamiento de sus derechos. Sin embargo, tal variable no es esencial al modelo garantista en cuanto tal. Es importante reflexionar al respecto: nacida en el seno de la tradición inquisitiva, la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal y el carácter público de los órganos de la acusación contrastan con la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal de quien, en una tradición acusatoria, tiene la potestad de acusar. Para Ferrajoli, sin embargo, la discrecionalidad de la acción penal, aun perteneciendo a la tradición del proceso penal acusatorio, no es lógicamente esencial a ese modelo teórico, por un lado, y por el otro, la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal y el carácter público de los órganos de la acusación, si bien son institutos nacidos en el seno de la tradición inquisitiva, a su juicio no pertenecen a ese modelo de forma exclusiva. El carácter público de la acusación de origen claramente inquisitivo terminó por arraigarse en la época moderna como universalmente válido en todos los ordenamientos procesales evolucionados.⁹⁸

La publicidad de la acción nace, y también se arraiga, con la consideración del carácter público del propio derecho penal y la creación de órganos del Estado encargados de la prosecución, como el Ministerio Público, lo que conllevó a la obligatoriedad de la acción misma en los modelos mixtos de arraigo inquisitivo. Sin embargo, habrá que distinguir —como insiste Ferrajoli—⁹⁹ en que la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal no es ajena ni se contra-

⁹⁸ Para el autor esos elementos pertenecientes a sus respectivas tradiciones históricas no son necesarios lógicamente en ninguno de los dos, pero pueden ser compatibles en ambos. Aclara, sin embargo, que la construcción teórica de lo que es esencial en cada modelo y de lo que es contingente es ampliamente convencional, apareciendo vinculadas tan sólo a la tendencial presencia de los elementos asumidos históricamente, como constitutivos en las respectivas tradiciones. L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, p. 563.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 569 y ss.

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

pone a los modelos procesales acusatorios. En términos del autor eso es congruente con la garantía de igualdad de los ciudadanos, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y sobre todo la tutela de las partes ofendidas más débiles. Para él, esa alternativa no entra ni en la lógica del modelo ni mucho menos le es funcional. En su argumento, la publicidad de la acusación lleva a la obligatoriedad —para el órgano público acusador— del ejercicio de la acción penal, lo que supone un derecho para los ciudadanos; a su vez, la obligatoriedad de la acción supone la obligación de los órganos de la acusación pública de promover juicio sobre toda *notitia criminis* que llegue a su conocimiento, aunque sea para pedir después el archivo o la absolución.

De considerarse lo anterior, es, sin duda, la crítica de Ferrajoli a las tendencias de negociación del conflicto entre la víctima y su agresor; es evidente su rechazo a la fórmula aun cuando reconoce que ésta se ha asociado históricamente a los modelos acusatorios de proceso penal. Afirma que esta obligatoriedad es aspecto de otros rangos y esenciales y estructurales del sistema garantista como la legalidad, por lo que se sujeta a la ley a toda la función judicial y que en consecuencia excluye su activación conforme a criterios puramente arbitrarios o potestativos. Su crítica la centra asimismo en la afectación a la *indisponibilidad* de las situaciones penales, tales como la confesión y las transacciones, aceptaciones o renuncia entre las partes en causa, y a la *igualdad* penal que excluye toda disparidad de tratamiento ligadas a opciones potestativas de oportunidad del proceso o el comportamiento procesal del imputado y su disponibilidad a entrar en tratos con la acusación por el hecho de que muchos serán obligados a renunciar a una defensa y proceso adecuados, por su situación económica, “como si se tratara —afirma— de un lujo inaccesible”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ *Idem.*

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

La discrecionalidad de la acción penal, pese a la sustentada crítica aludida, ha sido, como lo reconoce el propio Ferrajoli, una característica históricamente considerada para los procesos penales acusatorios; la explicación a su recurrida incorporación se puede identificar bajo dos argumentos: Primero, si bien es evidente el origen garantista de la fórmula acusatoria de los procesos penales —claramente estructurada en la sistematización garantista de Ferrajoli—, los modelos acusatorios han ido incorporando variables de otras tradiciones jurídicas o modelos teóricos que les han dado matices diversos no siempre homogéneos, pero sí ampliamente difundidos, aceptados e incluidos en la mayoría de los procedimientos evolucionados en la actualidad. Así, en la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal es evidente la influencia de los sistemas jurídicos anglosajones en las fórmulas negociadoras entre acusación y defensa —independientemente de que la acusación sea pública— y los criterios de oportunidad¹⁰¹ en el ejercicio de la acción penal. Lo que no es de extrañar si se recuerda que el modelo *anglosajón* tomó, en las formas del *adversary system*, hacia el siglo XII —y en cierta medida—, el carácter originalmente privado de la iniciativa penal de los aludidos procesos penales acusatorio en Grecia y la Roma republicana.¹⁰² También es clara la influencia del *abolicio-*

¹⁰¹ El principio de oportunidad, comúnmente incluido en modelos procesales presumiblemente *acusatorios*, proviene de la tradición procesal penal estadounidense, en el que el ejercicio de la acción penal está condicionado a la discrecionalidad del *prosecutor*, que es casi ilimitada. Este principio se antepone como regla en aquel sistema por la falta de vigencia del principio de legalidad en materia de persecución penal. Pero en un sistema jurídico continental, la *oportunidad* no puede contraponerse al principio de legalidad, sino que se mueve en torno a la cuestión del carácter esencial o no de la obligatoriedad y al grado de permeabilidad de aquél a criterios de oportunidad. Se trata de una *oportunidad* reglada en tanto la posibilidad de acogerse a él opera sobre la base de una previsión legal. En este sentido, Fanchiotti y Ferreiro Conde Pumpido, citados por Perfecto Andrés Ibáñez, y el propio Andrés Ibáñez. *Op. cit.*, n. 91, pp. 69-71.

¹⁰² L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 564-565.

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

nismo, modelo teórico que ha propuesto replantear la prioridad del derecho penal hacia la víctima y su reparación.¹⁰³

Segundo, porque la justicia penal de muchos contextos jurídicos es bastante inaccesible, la inoperancia y lentitud de los procedimientos es apabullante y la corrupción un factor a considerar antes de decidir denunciar. Evidentemente quizá en modelos de justicia medianamente funcionales pueda imperar en exclusiva la obligatoriedad de la acción penal por órgano público, pero habrá que recordar que la discrecionalidad en los modelos acusatorios actuales —como se explicará— es exclusiva de ciertos presupuestos legales y por su naturaleza siempre es opcional, aun cuando ello implique reconocer, sin refutación, que la condición económica de la víctima y del imputado acabará por ser, en la mayoría de los casos, un factor determinante. El propio Ferrajoli reconoce que las condiciones de procedibilidad, ligadas a ciertas manifestaciones de la voluntad, no contrarían ni niegan el carácter obligatorio de la acción penal;¹⁰⁴ fórmulas como la querrela las considera incluso necesarias para la procedibilidad penal.

3. El proceso penal como instrumento para la consecución de los fines del derecho penal

La evolución de la justicia penal y de su modelo procesal invita a reflexionar sobre los fines del derecho penal y por supuesto a repensarlos. La cualidad de instrumento para hacer efectivos los derechos sustantivamente reconocidos y

¹⁰³ En palabras de Anitua —al referirse al abolicionismo—: “Aunque su nombre es tomado de la lucha histórica contra la esclavitud primero, y contra la pena de muerte luego, en estos años y en el seno de la criminología crítica recibiría tal denominación la más radical deslegitimación del sistema carcelario y de la propia lógica punitiva”. Gabriel Ignacio Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, p. 431.

¹⁰⁴ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 570-571.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

para hacer efectivas las obligaciones impuestas del proceso penal, lo convierte a su vez en instrumento para la consecución de las expectativas teleológicamente planteadas por/ para el derecho penal. Luego, las expectativas de justicia en el derecho penal deben ser congruentes con los procedimientos estructurados para su consecución. De ahí la importancia de identificar las razones de un derecho penal dado, que en su devenir histórico ha requerido cambiar sus pretensiones en aras de una siempre cuestionada legitimación de la potestad punitiva. Luego, los fines del derecho penal deben ser compatibles con su estructura sustantiva y con el modelo procesal que los hace posible; la poca congruencia entre fórmulas de por sí contradictorias por fines penales no siempre —casi nunca— claros son la causa de modelos procesales poco eficaces y sumamente lesivos.

A. El utilitarismo penal y la prevención del delito

Como se ha afirmado, fundado en la filosofía contractualista, el derecho penal nació y se erigió para la defensa social, para la restauración del orden jurídico afectado por el delito, no para anticiparse al delito, tampoco para prevenirlo y mucho menos para resolverlo. Un derecho penal tal, así estructurado, no tendría entre sus objetivos la protección de los intereses privados —ni de víctimas ni de acusados—, luego, sus variables procesales tampoco tenderían a aquéllos. El nascente derecho penal de orden público se diferenciaba tajantemente del derecho civil, haciendo de su preocupación una causa pública diferenciada de los intereses particulares a los que se avocaría el derecho civil; así, el derecho penal y el derecho civil que habían andado caminos comunes en la Roma democrática, por ejemplo, se desligaría uno del otro, diferenciándose, de la misma manera, pena de reparación.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Binding, al distinguir entre pena y resarcimiento del daño, afirmó que la reparación es prestada siempre en favor de quien sufre el daño y la pena, en cambio, es

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

No obstante la naturaleza reactiva de este, para entonces, naciente derecho penal, la necesaria legitimación que permite al *ius puniendi* existir —y permanecer— encontró en las variables preventivas un pretendido —y difícilmente logrado— fin de la pena.

Desde el nacimiento del derecho penal en la modernidad, hace aproximadamente dos siglos, surgió una modalidad en la aplicación de las sanciones: la privativa de libertad, esto es, la cárcel. Las razones de su surgimiento según la teoría de la pena atienden a muchas variables, todas sin duda complementarias entre sí y motivadoras en cierta medida de su arraigada implementación. Una de éstas, de interés para este argumento, destaca la razón misma del surgimiento de un Estado democrático que consagra los derechos humanos y principalmente las libertades en términos de igualdad, por lo que la vida, como derecho fundamental, no podía seguir siendo el costo del castigo. El nuevo derecho penal —para entonces— se tornó humanista y más respetuoso de la vida, por lo que la pena de muerte, aun cuando se preservó, disminuyó en su incidencia para dar paso a la pena privativa de la libertad.¹⁰⁶

Quedaba clara la necesidad de la sanción para hacer valer la ley, pero la restricción a los derechos por la sanción era válida en tanto no significara dar la vida misma sino sólo parte de las libertades; con ello la noción filosófica del castigo encontró su decadencia en términos expiatorios y dio paso a una nueva concepción más correspondida con la

prestada siempre al Estado, que cumple un deber en infligir una pena. Citado por Claus Roxin, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en Julio B. J. Maier, comp., *De los delitos y de las víctimas*, p. 137.

¹⁰⁶ Deduciendo de la afirmación de Beccaria, que escribió: “fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover los hombres para que le defiendan”, se infiere que no es congruente que con fundamento en aquel pacto los hombres cedan no sólo su libertad sino su vida misma. *Op. cit.*, n. 72, p. 217.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

nueva forma de concebir la vida y la organización social. El advenimiento de las libertades para entonces —y hasta ahora— reconocidas en términos de igualdad, veía en las acciones sociales, y en las reglas que las determinaban, una tendencia a la utilidad exaltada principalmente en su forma económica. En el derecho penal, la cárcel significaba la restricción de la libertad de sujetos que podrían, en libertad, ejercer su fuerza de trabajo y generar para sí riqueza, sin embargo, reclusos y trabajando, generarían riqueza para otros y con escasa o nula retribución económica, pero sobre todo, se disciplinaban para el trabajo, lo que resultaba indispensable para el naciente “modelo capitalista” de producción.¹⁰⁷ Feuerbach¹⁰⁸ expresa claramente el vínculo entre modelo de producción y pena privativa de libertad al afirmar que de lo que se trataba era de disciplinar a los individuos mediante la coacción sobre su psique de modo que interiorizaran la relación costos-beneficios de su actividad y, evidentemente, la mejor forma para hacerlo patente consistía en afectar su libertad, esto es, su capacidad para disponer de su fuerza de trabajo en el mercado, por eso la pena privativa de libertad pasa a ser la pena por excelencia.

La pena privativa de libertad —la cárcel— encontró así una primera forma de utilidad para la sanción y poco a poco dejó atrás las inercias retributivas y expiatorias del castigo.

Así, la sanción —ya no castigo— encontró en la utilidad su legitimación en un modelo político y de la utilidad económica se pasó a la pretendida utilidad social. Sin embargo, el derecho quiso reaccionar contra actos —derecho penal clásico o liberal— pero acabó tratando de anticiparse a los hechos y prejuzgando a las personas —derecho penal

¹⁰⁷ Michel Foucault escribió: “Las Luces, que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas”. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, p. 255.

¹⁰⁸ Citado por Juan Bustos Ramírez, “Estado y control. La ideología del control y el control de la ideología”, en Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, dirs., *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, p. 15.

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

de autor— cuando fundamentó sus expectativas en la prevención delictiva. La influencia del positivismo criminológico y de la así denominada Escuela Positiva, en un derecho penal tal —de autor— significó la estructuración de procedimientos nuevamente inquisitivos con variables muy represivas y poco considerados con las conquistas *clásicas* que a manera de derechos y principios el derecho penal liberal había desarrollado. El fin de la pena se concentraría una vez más en el castigo y en la *anulación del delincuente*, nacido tal e incapacitado para la convivencia social.

Definitivamente, prevenir los delitos no es uno de los atributos del que alguna vez siquiera el derecho penal pudiera presumir; y aún superada la influencia del positivismo criminológico del derecho penal de autor, las intenciones de prevención delictiva como fin de la pena desarrollarían sendas explicaciones para su justificación.¹⁰⁹ Ello no obstante, el modelo procesal siguió arraigado en sus cualidades

¹⁰⁹ Con el advenimiento del derecho penal y el abandono de los criterios retribucionistas, se desarrollaron sistematizaciones respecto de los fines de la pena y por tanto del derecho penal que centró —y aún centra— sus expectativas en ella. Así, se ofreció una explicación teórica a lo que nunca se pudo verificar empíricamente, al menos de manera seria; sin embargo el modelo fue aceptado como sistema teórico que es. La división de los fines de la pena es universal “y tal parece que fue Bentham su creador, empero, es de uso generalizado a fines del siglo pasado, atribuyéndose a Franz von Liszt la implementación y divulgación de la versión moderna” (Serafín Ortiz Ortiz, *op. cit.*, n. 73, p. 143). Se sostuvo que el fin de la pena era la prevención del delito, con lo que cruzó los modelos dogmáticos con variables de política criminal y se explicó que la prevención se daba en dos modalidades, a las que calificó de general y especial: por la primera se evitaba que quien no había delinquido lo hiciera y por la segunda que quien había delinquido lo volviera a hacer; así, una dirigida a las personas y la otra al así sentenciado *delincuente*. Ambas expectativas preventivas tendrían dos modalidades: positivas y negativas; así, la prevención general positiva cifraba sus expectativas en la reafirmación del orden establecido y la confianza en la justicia penal y en el Estado que la imparte. La general negativa, por su parte, acudió al argumento de la intimidación con fines disuasorios. La prevención especial positiva, también llamada prevención integración, se sustentó en la resocialización de la pena privativa de libertad y la especial negativa en la neutralización del delincuente que, cooptado por la prisión, no podría delinquir. Evidentemente esta clasificación de los fines de la pena es de mucha utilidad para explicar lo que el derecho penal no es capaz de hacer. Para una crítica seria de esta sistematización se sugiere la consulta de la obra de I. Rivera Beiras, *op. cit.*, n. 63, pp. 20-26.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

inquisitivas y las expectativas *preventivas* se pretendieron alcanzar con la aplicación y ejecución de la pena por excelencia: la privativa de libertad.

La pena privativa de libertad se constituyó desde entonces en la principal forma de sanción penal y su utilidad social fue exaltada a manera de readaptación. Si la razón del delito era la desadaptación de ciertos individuos a las inercias y a las formas de la organización social, la cura sería la readaptación para hacer a los individuos útiles para la sociedad misma.

La readaptación social legitimó así a la pena privativa de libertad; por décadas, la cárcel ha sido la razón de ser de la justicia penal, pero los pocos niveles de eficacia, esto es, las escasas posibilidades de que los internos finalmente se readapten, la saturación que han sufrido la mayoría de las cárceles en el mundo y el cúmulo y la frecuencia de las violaciones a los derechos humanos, poco a poco dieron cuenta de su decadencia.

Con la intención constante de legitimar a la pena privativa de libertad, los fines del derecho penal se centraron en ésta en particular, pero los modelos explicativos a manera de teorías han cometido —siguiendo a Ferrajoli¹¹⁰— un elemental error: confundir el ser con el deber ser. El ser, esto es, la función empíricamente verificable y la motivación (verificable por la descripción normativa) hecho y derecho, no pueden confundirse con el fin (axiológicamente perseguido); se trata de una confusión entre modelos de justificación —fines— y esquemas de explicación —funciones de hecho y de derecho. Para el autor, deducir lo que es de lo que debe ser y viceversa violenta la ley de Hume.¹¹¹

¹¹⁰ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 321 y ss.

¹¹¹ Según la cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa. En este sentido, Ferrajoli sostiene: “mientras las teorías explicativas no pueden ser corroboradas ni desmentidas mediante argumentos normativos extraídos de opciones o juicios de valor, sino sólo mediante la observación de lo que de hecho sucede, las doctrinas normativas no pueden ser respaldadas ni refutadas con argumentos fácticos tomados de la obser-

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

Los esquemas descriptivos de las normas y explicativos de la realidad no son más que modelos justificativos de funciones apologeticas de respaldo de sistemas penales existentes, responsables de proyectos y estrategias de política penal conservadoras o utópicamente regresivas.¹¹² Para Ferrajoli¹¹³ atribuir a la pena el único fin de prevenir el delito que ha caracterizado al moderno utilitarismo penal, la ha expuesto a tentaciones de autolegitimación autoritaria; un modelo de derecho penal orientado a tal fin “encamina sus opciones hacia la adopción de medios penales máximamente fuertes e ilimitadamente severos”.

En conclusión, dos grandes modelos teóricos desarrollan las expectativas del derecho penal en general o de la pena en particular: el *retribucionismo* que confunde las funciones con los fines al pretender/deducir que aquello que se verifica empíricamente debe ser acreditado como fin, así, del hecho de que la pena retribuye mal con mal, deduce que debe retribuir mal con mal y el *utilitarismo* que acredita como funciones satisfechas lo que sólo son fines teleológicamente perseguidos; por ejemplo: el que se asigne el fin axiológico de prevención del delito a la pena, no significa que efectivamente lo prevenga.

B. La consecución de los derechos de los involucrados como fin del derecho penal

La consecución de los fines del derecho penal y de la pena misma debe estructurarse a través de las fórmulas procesales, esto es claro si se reconoce que el derecho procesal penal, en congruencia con las variables sustantivas del derecho penal, debe ser el instrumento idóneo para que los fines planteados para éste se puedan alcanzar. Pero ni el

vacación, sino sólo mediante su conformidad o disconformidad respecto a valores”.

Ibid., pp. 323-324.

¹¹² *Ibid.*, p. 321.

¹¹³ *Ibid.*, p. 331.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

castigo como fin de la pena en tanto retribución ni la prevención de los delitos propia de los argumentos utilitarios de la pena han podido satisfactoriamente responder a las necesidades sociales de convivencia.

De la mano de los argumentos de prevención delictiva y de las políticas públicas para conseguirlo, la preocupación creciente por los derechos de los involucrados ha transformado —lo sigue haciendo— la naturaleza de los procedimientos penales, lo que invita a pensar que las expectativas del derecho penal —sus fines— centrados en aquella intención de evitar delitos resocializando, neutralizando o intimidando, ha cambiado o al menos está en proceso de transformación. Quizá ha llegado la hora de dejar la responsabilidad de la consecución de tales fines en la pena privativa de libertad, que dejará de ser la pena por excelencia, y entender que si el derecho penal quiere contribuir a la solución del problema social del delito, debe centrar sus expectativas en la efectiva actualización de los derechos de los involucrados: víctimas e imputados. La función del derecho penal no es resolver el conflicto, sino decidirlo bajo premisas que validen la resolución en términos de seguridad jurídica, lo cual es la expectativa de un modelo garantista de justicia penal; expectativa que conlleva la sanción para el culpable, la absolución para el inocente y la protección y resarcimiento de la víctima.

Si se acepta que los fines del derecho penal son éstos y no aquéllos, entonces los fines dependen del proceso más que de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y si se reconoce además que el derecho penal no fue diseñado para prevenir el delito y que el discurso prevencionista no ha sido más que la forma de justificar la existencia de la pena privativa de libertad, se entenderá que lo que el derecho penal sí puede hacer es reaccionar al delito —*a posteriori* y no *a priori*—, de ahí el principio de materialidad como fundamento de un derecho penal que sólo puede reaccionar contra actos o hechos empíricamente —materialmen-

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

te— verificables y nunca anticiparse a los mismos buscando en las personas al del delito. Ello no significa que no se pueda prevenir el delito, sino que el derecho penal no es la vía; el sistema penal no es ni la única ni la mejor manera de prevenir el delito. Si bien el bienestar —como afirma Bergalli—¹¹⁴ es un objetivo que sólo puede alcanzarse en el marco de la ley, el fenómeno de la criminalidad y los aspectos de su control tienen un peso decisivo en los desequilibrios sociales, también por los prejuicios culturales que han deformado tanto el concepto del delito como el conocimiento de sus autores. El autor afirma que

[...] las intervenciones sociales asumen un papel decisivo cuando se pretende que el sistema penal pueda responder a las exigencias de una sociedad democrática, plural y participativa, para asegurar los derechos de todos los ciudadanos, tanto de los infractores del ordenamiento jurídico-penal como de quienes resultan víctimas de delitos o perjudicados por las consecuencias sociales que no puede (porque no está establecido para ello) paliar el sistema penal.

Luego entonces, la prevención no puede ser más el fin —utilitarista— del derecho penal y mucho menos centrar tales expectativas en la pena privativa de libertad.

Sin embargo, un fin que la pena cumple ha de exaltarse: el de evitar la reacción —a manera de venganza— de quienes a falta de reacción pública —o de penas públicas— pudieran hacerlo, como las propias víctimas, los suyos o fuerzas sociales, en contra del reo o personas a él ligadas. Ferrajoli¹¹⁵ lo denomina el fin de la minimización de la reacción violenta al delito. Así, para el autor, la pena no sólo serviría para prevenir los delitos injustos, sino los castigos

¹¹⁴ Roberto Bergalli y Jock Young, *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*, p. 12.

¹¹⁵ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 332 y ss.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

injustos, tutelando no sólo a la persona ofendida por el delito sino al delincuente frente a las reacciones informales. Sirve así para imponer un límite máximo a la pena y para justificar que no se sustituya por penas informales. Este fin de la pena es el que se ha denominado de prevención general positiva y por el que, a diferencia del de prevención general negativa para evitar los delitos, el derecho penal asume la prevención de las penas arbitrarias o desproporcionadas. En este sentido, Ferrajoli afirma que este fin, generalmente más olvidado, es el más significativo y el que en mayor medida merece ser subrayado. A este modelo de prevención Ferrajoli lo identifica como suficiente para justificar un modelo de derecho penal mínimo o garantista. En sus palabras: “la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir al derecho penal de otros sistemas de control social”.¹¹⁶

La pregunta estriba en si la víctima debe estar considerada entre los fines de la justicia penal y de la pena misma, pese a aquella distinción entre derecho penal y civil por la que se afirmó que la pena es por definición algo distinto de la reparación ya que “el derecho penal sirve para la recomposición del derecho de la sociedad, el Derecho resarcitorio de daños de la reparación, al interés individual lesionado”, por ello “no debe contribuir a determinar, ni positiva ni negativamente, la pretensión punitiva del Estado”.¹¹⁷

La inclusión de la reparación como pena pública primero y la estructuración de mecanismos de composición del conflicto después son muestra clara de que en el devenir histórico del derecho penal moderno la reparación va ocupando un lugar cada vez más ascendente en su consideración dentro de los fines de la pena. Sin embargo, el tema no es menor si consideramos el trastrocamiento no sólo del derecho penal originario y de los principios que le rigen,

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 334.

¹¹⁷ Helmer, citado por C. Roxin, *op. cit.*, n. 105, p. 136.

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

como los de *nulla poena sine lege, ne bis in ídem* e *in dubio pro reo*, sino además la incompatibilidad de la reparación con los fines que han sido atribuidos a la pena, a los que haría fracasar.¹¹⁸

Reconocer un lugar a la reparación en el derecho penal como se ha hecho en la incorporación de ésta en las variables jurídicas de la especialidad, implica reconocer que la esencia del derecho penal ha cambiado definitivamente, reconocer, además, el evidente fracaso de los modelos preventivos, sobre todo el de readaptación y de la cárcel misma, implica a su vez reconocer que la idea misma —como sostenía Binding—¹¹⁹ de que “la pena debe producir una herida y el resarcimiento del daño curar otra, en lo posible sin causar una segunda” es propia de un modelo de derecho penal autoritario; e implica reconocer, finalmente, que aquella distinción entre pena y reparación debe desaparecer y en consecuencia reconocerse a la reparación como una tercera clase de pena.¹²⁰

Es evidente e irrefutable la cada vez más importante influencia de lo que se ha denominado justicia restaurativa; luego entonces la pregunta debe ser, no si la pena debe formar parte de los fines de la pena, sino más bien ¿debe ser el resarcimiento de la víctima el fin prioritario de la justicia penal, por sobre la prevención del delito y la aún sostenida retribución?

Los modelos acusatorios de la actualidad, con sus diversificadas influencias y no siempre homogéneas tendencias, han incorporado a la víctima y por ende mejorado los mecanismos para su reparación desde el derecho penal, ello es incontrovertible, luego habrá de analizarse y estudiarse las bondades de ello y sopesar los beneficios encon-

¹¹⁸ En este sentido Claus Roxin, en su trabajo de 1992, al referirse a algunas de las críticas que se han hecho a la incorporación de la reparación en el sistema de sanciones. *Cf. op. cit.*, n. 105, p. 137.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 137-138.

¹²⁰ En este sentido, C. Roxin, *ibid.*, pp. 141 y ss.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

trados para la víctima en lo individual con los pretendidos para el Estado en lo general.

En este sentido la restauración de la víctima, por qué no, podría ser, a mediano o corto plazo, el fin primordial de la justicia penal.

4. Conclusiones preliminares

Distinguir entre acusar y juzgar, presumir la inocencia, dar protagonismo a las víctimas y priorizar su reparación, son las bases de un modelo procesal más democrático y por tanto susceptibles de hacer efectivos los derechos sustantivos de los involucrados: víctimas e imputados. A tales modelos de justicia penal se les ha denominado acusatorios. Son modelos más democráticos en tanto priorizan los derechos de las personas —involucradas— en detrimento de las potestades punitivas del Estado; es en este sentido un modelo procesal idóneo para desarrollar sus derechos. Un proceso penal acusatorio, para el tema de interés de este trabajo, es un modelo mucho más amigable para las víctimas del delito, para darles un protagonismo nunca antes reconocido en el derecho penal.

El origen garantista de la fórmula procesal acusatoria recuerda que las expectativas son: sí, proteger al imputado de la incriminación penal y de la venganza de la víctima, pero también proteger a ésta por la agresión sufrida. Un derecho penal que se jacte de acusatorio debe tener como una de sus principales preocupaciones la protección de las víctimas; por ello el cúmulo creciente de los derechos sustantivos y sobre todo procesales para las víctimas y ofendidos no se ha hecho esperar. Derechos —de las víctimas— que sin duda le dan el protagonismo necesario para la consecución de sus intereses, al considerarle parte en el proceso penal, dando un nuevo sentido a la naturaleza pública de aquel derecho penal liberal originario.

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

Las bases de un sistema procesal penal acusatorio y, por tanto, de los derechos de los imputados y de las víctimas, se cimentan en ley suprema, pero es la legislación secundaria de la materia la responsable de precisar los contenidos y desarrollar las fórmulas para su mejor consagración y efectiva actualización. Si bien el modelo procesal acusatorio es idóneo para la consagración de derechos de las víctimas, lo cierto es que no existen modelos procesales acusatorios puros —como tampoco inquisitivos— sino variables que le hacen más democrático —que otros— o de reminiscencias inquisitivas; de ahí la importancia de cómo se estructuren para su desarrollo, en la codificación procesal penal, las fórmulas que a manera de derechos han sido consideradas por la ley. Las variables procesales harán la diferencia entre una efectiva actualización de los derechos sustantivos de las víctimas o el que sigan como letra muerta en ley suprema, lo cual resulta digno de analizar.