

# LA VÍCTIMA COMO SUJETO PÚBLICO Y EL ESTADO COMO SUJETO SIN DERECHOS

Por Alberto BOVINO\*

Con la Inquisición pasa como con todas las instituciones: ha sobrevivido a su codificación. Codificada, adquirió semblante de vida autónoma; desmantelada, sobrevive merced a la vida que la animaba antes de que tuviera un nombre y se manifestara mediante un procedimiento. Efectivamente, sobrevive —en presente del indicativo— pues aunque la institución parezca muerta, la actitud ideológica —espiritual, ritual, eclesiológica; es amplia la elección de adjetivos aceptables—, de la que era un exponente privilegiado, conserva buena salud.

Luis SALA-MOLINS, *Introducción a El manual de los inquisidores*.

Entre gente desconocida, los funcionarios oficiales se convierten en la única alternativa de control. Pero algunas categorías de tales funcionarios generan delito por su mera existencia. La institución penal está en una situación análoga a la del rey Midas. Todo lo que él tocaba se convertía en oro, y, como todos sabemos, murió de hambre. Mucho de lo que la policía toca, se convierte en delitos y delincuentes, y se desvanecen las interpretaciones alternativas de actos y actores.

Nils CHRISTIE, *Una sensata cantidad de delitos*.

## I. EL SIGNIFICADO DE LA INQUISICIÓN

Inquisición no es una buena palabra. Su carga emotiva es muy fuerte y remite a uno de los episodios más terribles de la historia de las prácticas punitivas. No es necesario que entremos en detalle aquí sobre las actividades de la Inquisición histórica, pero sí se torna necesario analizar la influencia que los sistemas de justicia penal de la actualidad heredaron de la vieja Inquisición.

En nuestro país y, más específicamente, en la cultura jurídica dominante de la Ciudad de Buenos Aires, suele relacionarse la Inquisición exclusivamente con la figura de un monje torturador. Pero la inquisición, como veremos, es mucho más que eso. En este sentido, se ha sostenido:

---

\* Ponencia presentada al V CONGRESO LATINOAMERICANO UNIVERSITARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, realizado en Santiago, Chile, del 12 al 15 de mayo de 1993. El trabajo ha sido mínimamente actualizado, especialmente en cuanto a material bibliográfico, pero debe tenerse en cuenta que se trata de un planteo introductorio, redactado con ánimo de provocar debates y

“La Inquisición, [se] piensa... está enraizada en nuestras prácticas legales, y el proceso penal es el campo en que ésta ha cobrado y mantiene aún mayor vigencia. La Inquisición... está efectivamente entre nosotros.

Pensamos en la Inquisición evocando grilletes, hierros candentes, mazmorras y alaridos de dolor. Pero la esencia de la Inquisición no yace en esta idea del sufrimiento. La Inquisición consiste en perseguir almas descarriadas y el papel de los jueces consiste en descubrirlas para lograr la expiación del pecado. El derecho inquisitorio confunde al delito con el pecado y el proceso penal está teñido por esta falta de diferenciación”<sup>1</sup>.

Este particular modelo de procedimiento es el que reemplaza al sistema acusatorio que existió en la antigua Grecia, en la República romana y hasta el siglo XII entre los pueblos germánicos. Sus principales notas distintivas, la averiguación de la verdad y la persecución pública de los delitos, se conservan hasta nuestros días<sup>2</sup>. A pesar de que como fruto de la Revolución Francesa se impone el sistema llamado mixto, las bases materiales de la inquisición siguen vigentes. Y aunque la tortura no esté formalmente admitida en los textos legales, la ideología inquisitiva continúa entre nosotros e informa nuestros ordenamientos procesales.

La inquisición es mucho más que un modelo de procedimiento, es un método de indagación, una forma de construcción de la verdad, una teoría del conocimiento<sup>3</sup> que produce ciertas y determinadas consecuencias, provocadas por un conjunto

---

reflexiones. Agradecemos al equipo de la revista “Urbe et Ius” la invitación a colaborar con este emprendimiento.

<sup>1</sup> MALAMUD GOTI, Jaime, *Prólogo*, en BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. I.

<sup>2</sup> Actualmente, también se afirma que otra de las características definitorias del derecho inquisitivo es el carácter netamente represivo que lo estructura. Así, se ha señalado:

*“Medieval Europe had originally practiced restitutive justice, a form of community customary law that functioned through arbitration with a goal of reconciliation. Because the objective was the restoration of communal peace, it was not advantageous to wipe out one’s enemies or to inflict long-term punishment on them. In the effort to keep the community functioning as peacefully as possible, accusers were made responsible for their charges... Early medieval justice... was thus personal, requiring face-to-face accusation and judgment by a pannel of one’s neighbours.*

*In the twelfth century, however, a very different system of law developed on the continent. Based on the Roman Law, it stressed punitive justice, emphasizing fines, punishments and the death penalty. Its goal was to protect and to purify the state”* (BARSTOW, Anne L., *Witchcraze. A New History of the European Witch Hunts*, Ed. Pandora, San Francisco, 1994, p. 32).

<sup>3</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Il caso '7 de aprile'. Lineamenti di un processo inquisitorio*, en “*Dei Delitti e Delle Pene*”, Ed. De Donato, Bari, 1983, año 1, N° 1, p. 189.

de valores que sostiene determinada forma política. Entre estas consecuencias podemos destacar el papel que ha de cumplir el juzgador en la indagación, el lugar en el que quedan colocados el imputado y la víctima, y la única respuesta posible que habrá de darse al conflicto.

El modelo inquisitivo se afianza ante los requerimientos de centralización del poder político de las monarquías absolutas que terminan conformando los Estados nacionales. Surge, entonces, como ejercicio de poder punitivo adecuado a la forma política que lo engendra.

Del mismo modo y con anterioridad, surge en el seno de la Iglesia para servir a sus vocaciones de universalidad:

“El camino por la totalidad política que inicia el absolutismo, en lo que a la justicia penal se refiere, se edifica a partir de la redefinición de conceptos o instituciones acuñados por la Inquisición”<sup>4</sup>.

Y la idea de pecado es central en este diseño: el pecado, un mal en sentido absoluto, debe ser perseguido en todos los casos y por cualquier método. Esta noción de pecado influye en las prácticas que el nuevo procedimiento contendrá. El fundamento de la persecución penal ya no es un *daño* provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de *infracción* como lesión frente a Dios o a la persona del rey. Y este fundamento, que sirve para que el soberano se apropie del poder de castigar y que surge en un contexto histórico en el que el poder político se encuentra centralizado, este fundamento autoritario que implica la relación soberano absoluto-súbdito, y que refleja la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los súbditos, no logra ser quebrado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros días.

Con el sistema inquisitivo aparece la figura del procurador y un nuevo fin del procedimiento: la verdad.

“El reclamo que efectuará el procurador en representación del Rey necesita la reconstrucción de los hechos, que le son ajenos, y que intenta caratular como

---

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y JORGE, Guillermo, *Los últimos días de la víctima*, en “No Hay Derecho”, s. ed., Buenos Aires, 1993, N° 9, p. 14.

infracción. La búsqueda de la verdad histórica o material se constituye así en el objeto del proceso. La indagación será el modo de llegar a esta particular forma de verdad, que nunca pasará de ser una ficción parcializada de lo ocurrido”<sup>5</sup>.

En el nuevo método de atribución de responsabilidad penal, el imputado se convierte en un simple objeto de persecución para llegar a la verdad. Pierde la cualidad de sujeto que tenía en el procedimiento acusatorio. Esta redefinición de sujeto a objeto se ve justificada por la necesidad de llegar a la determinación de lo acontecido. Y el procedimiento que se adopta ha de conducir, necesariamente, a descubrir esa verdad ya formulada a medias cuando se inicia el procedimiento penal. La indagación inquisitiva es, como afirma FERRAJOLI, un método *circular y tautológico* que conduce a la infalseabilidad de la acusación. La hipótesis inicial que da lugar al proceso determina el enfoque del inquisidor y guía la investigación de la verdad judicial, que sólo avanza en una dirección y deja de lado cualquier elemento que contradiga la hipótesis de culpabilidad<sup>6</sup>.

Pero el imputado no es el único sujeto redefinido por las nuevas prácticas punitivas. La víctima, en el nuevo esquema, queda fuera de la escena. El Estado ocupa su lugar y ella pierde su calidad de sujeto de derechos. Al desaparecer la noción de daño y, con ella, la de ofendido, la víctima pierde todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal. La necesidad de control del nuevo Estado sólo requerirá su presencia a los efectos de utilizarla como testigo, esto es, para que legitime, con su presencia, el castigo estatal. Fuera de esta tarea de colaboración en la persecución penal, ninguna otra le corresponde<sup>7</sup>.

Con el movimiento reformador del siglo XIX, surge el procedimiento mixto que, en lo fundamental, conserva los pilares sobre los que se generó el método inquisitivo. Y la ideología autoritaria sigue presente en nuestros códigos. Aun cuando se

---

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ BLANCO, y JORGE, *Los últimos días de la víctima*, cit., p. 14.

<sup>6</sup> Cf. FERRAJOLI, *Il caso '7 de aprile'. Lineamenti di un processo inquisitorio*, cit., p. 189. Cf., también, BOVINO, Alberto, *Ingeniería de la verdad*, en “No Hay Derecho”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, n° 12, ps. 13 y siguientes.

<sup>7</sup> Sobre el papel de la víctima en el procedimiento penal actual, cf., entre las obras más recientes, MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, t. II, ps. 582 y siguientes.

establecieron ciertos límites a los métodos de averiguación de la verdad, aun cuando el procedimiento termine con un juicio oral y público, aun cuando se hayan separado las funciones requirentes y decisorias, la inquisición sigue entre nosotros. Este modelo, adoptado en un marco histórico de *concentración absoluta del poder político* y de *desprecio por los derechos de los individuos*, persiste en el derecho penal vigente.

Los porcentajes de presos sin condena; la existencia de jueces instructores; la violación sistemática de los derechos del imputado en aras de la investigación de la verdad; las facultades instructorias del tribunal de juicio; la consideración de la declaración del imputado como método para obtener su confesión y no como medio de defensa<sup>8</sup>; la organización jerárquica de los tribunales; la ineficiente y secreta burocracia de la administración de justicia penal, son sus manifestaciones cotidianas.

Todas estas características heredadas se presentan sutilmente en los textos legales, más allá de que algunas de ellas sean manifiestas en las mismas prácticas punitivas. Pero los principios materiales de la inquisición se conservan declaradamente: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica. Estos dos principios producen consecuencias que determinan la aplicación del castigo y la función que el Estado desempeña en esta aplicación.

---

<sup>8</sup> Sin necesidad de entrar en el análisis del texto de un código procesal determinado, el simple hecho de que la declaración del imputado se denomine “declaración indagatoria” revela la ideología que lo sustenta. Y si nos tomamos el trabajo de realizar un análisis más detallado, encontraremos que, si bien de un modo más sutil, la indagatoria sigue, como en los tiempos de la Inquisición, intentando arrancar la confesión del imputado. En un manual de los inquisidores puede leerse: “Durante el interrogatorio conviene que el acusado se siente en una silla más baja, más sencilla que el sillón del inquisidor. El interrogatorio se hará de forma que se evite sugerir al acusado qué es lo que se pretende, indicándole con ello el modo de eludir las preguntas peligrosas... El Inquisidor prestará suma atención a la manera de responder del testigo —se refiere, en realidad, al imputado, a quien se hacía jurar obligación de decir verdad—. Si ve que el interrogado responde con precaución y astucia, le tenderá trampas forzándole con ello a responder correcta y claramente”. Si analizamos los arts. 378 a 380 del nuevo código procesal penal nacional de nuestro país veremos que la idea sigue siendo la misma: obtener la confesión del imputado. Cf. EIMERIC, Nicolás y PEÑA, Francisco, *El manual de los inquisidores*, Ed. Muchnik, Barcelona, 1983, ps. 144 y 146.

El Estado define cuáles son las conductas prohibidas penalmente; el Estado inicia la persecución penal; el Estado decide si impone la sanción; el Estado determina cuánto vale la ofensa; el Estado se encarga de ejecutar la sanción penal. A este programa político criminal diseñado, implementado y realizado por el Estado omnipresente se oponen las severas críticas de un grupo de personas que son definidos como miembros del movimiento abolicionista<sup>9</sup>. No los une el amor sino el espanto; desde las más variadas perspectivas ideológicas y teóricas sólo comparten un objetivo común: la destrucción, desarticulación o neutralización de su objeto de reflexión y acción política, esto es, de las prácticas represivas de la administración de justicia penal estatal.

## II. LA PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA

La decisión por la persecución oficial de los delitos implica que ésta es promovida por órganos del Estado. El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justifican esta intervención<sup>10</sup>. La consideración del hecho punible como hecho que presenta *algo más* que el daño concreto ocasionado a la víctima, justifica la decisión de castigar y la necesidad de que sea un órgano estatal quien lleve adelante la persecución penal. Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y sociedad o, dicho de otro modo, entre autor del hecho y Estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima<sup>11</sup>. A esta expropiación del conflicto en sentido literal, señalada reiteradamente por los abolicionistas, se agrega la "expropiación de

---

<sup>9</sup> Contra el esquema de justicia represiva se levanta la fuerte crítica del movimiento abolicionista. Cf., entre otras obras, AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989; CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992; CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

<sup>10</sup> Cf. BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 42 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, José L., *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*, en "Jueces para la Democracia", Ed. Jueces para la Democracia, Madrid, 1997, n° 30.

<sup>11</sup> Cf. CHRISTIE, *Los conflictos como pertenencia*, cit. Este autor desarrolla diversas consideraciones sobre el proceso de exclusión de la víctima que genera el derecho penal. Cf., además, BOVINO, Alberto, *Contra la legalidad*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, n° 8; también en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, citado.

sentido” que el proceso penal realiza, esto es, la resignificación del comportamiento que en el marco del derecho penal se define como desviado y, por lo tanto, punible. Las consecuencias de la intervención del acusador público consisten en una *definición reductora* del conflicto, y en la *expropiación de sentido* que el derecho penal produce, pues el proceso de transformación semántica del conflicto es consecuencia directa del sistema de persecución pública<sup>12</sup>.

Tomada la decisión político-criminal por la persecución estatal de los delitos, resta decidir si, además, la persecución debe iniciarse frente a todo hecho que aparezca como delictivo. En aquellos países en que rige el principio de legalidad procesal — persecución penal obligatoria en los delitos de acción pública—, la balanza se inclina a favor de perseguir toda conducta que pueda considerarse como delito. Este es el caso de Argentina, en cuyo Código Penal se establece que “deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales”, con excepción de aquellas que dependieran de instancia privada y de las acciones privadas (art. 71). De todos modos, estas excepciones no alteran, por el número y por el tipo de figuras que incluyen, la base de la persecución oficial.

El principio de legalidad procesal trae consigo el deber de promover la persecución ante la noticia de un hecho punible. De allí que una vez promovida la persecución penal, no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar. Ningún criterio utilitario o relacionado con la escasa gravedad del hecho puede ser utilizado para no iniciar o continuar la persecución<sup>13</sup>. Este modelo es, sencillamente, absurdo. El programa político-criminal de nuestros Estados es, simplemente, irrealizable. Cualquier investigación sobre la “cifra negra” de la criminalidad es una buena prueba de ello<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Quizá el caso más paradigmático de expropiación de sentido sea el de las agresiones sexuales, definidas por el las prácticas de la justicia penal como atentados contra la “honestidad” o el “pudor” de las mujeres “honestas” (cf. AA.VV., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000).

<sup>13</sup> Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., 1996, t. I, ps. 828 y siguientes.

<sup>14</sup> Cf. BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1986, ps. 101 y siguientes.

La ínfima capacidad del sistema de justicia para procesar la totalidad de los hechos punibles es una de las causas de la arbitrariedad con que el sistema selecciona los pocos casos de los que se ocupa. Cuanto mayor es el catálogo de conductas delictivas, mayor es la posibilidad de los operadores de elegir arbitrariamente cuáles serán perseguidas; la gravedad del hecho no es una circunstancia relevante para la selección, mientras que la posición social del autor aparece como la variable más importante.

Frente al reconocimiento de la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos que supone la vigencia del principio de legalidad procesal, surge el principio de oportunidad, según el cual, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal por diversas razones. A través de su aplicación se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar, a partir de criterios distintos de los que regular e informalmente aplica todo sistema de justicia penal.

Existen dos modelos de aplicación del principio de oportunidad<sup>15</sup>. Para el primero de ellos la oportunidad es la regla, elevada a principio rector de la persecución penal. Este es el sistema de EE.UU., en el que los fiscales ejercen discrecionalmente la acción penal y utilizan prácticas como el *plea bargaining* y el *guilty plea*, que dan lugar a condenas aun contra un imputado que confiesa un

---

<sup>15</sup> En la actualidad no se hace referencia a “oportunidad” sino, en vez, a “principio dispositivo”. Cf. LANGER, Máximo, *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, en AA.VV, *El procedimiento abreviado*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 118. Ello pues en los EE.UU. rige el principio de disposición absoluta de los fiscales —federales o estatales— sobre la acción penal pública. De allí la ausencia de todo criterio de legalidad procesal que oriente la persecución pública, y las facultades reconocidas al fiscal para negociar la imputación con el acusado. La idea de que el fiscal pueda ser obligado por el legislador a iniciar la persecución en términos generales —como lo dispone nuestro CP, 71—, o aun para cierto tipo de delitos, resulta inimaginable para un jurista estadounidense, dado que el sistema no admite que el fiscal pueda ser obligado por el juez a perseguir en un caso concreto. El *principio dispositivo* es la *regla absoluta* del sistema que los tribunales han respetado, a pesar de que algunas leyes establecen el carácter obligatorio de la persecución penal, en términos similares a los de nuestro derecho positivo (cf. WELLING, *Victims in the Criminal Process: A Utilitarian Analysis of Victim Participation in the Charging Decision*, p. 106). La legislación federal, por ejemplo, establece que “cada fiscal de distrito... debe... perseguir todos los delitos contra los Estados Unidos...” [28 USC § 547 (1966) (destacado nuestro)]. En términos similares la legislación de Kentucky, Ky. Rev. Stat. §15.725(1) (1985)].

delito “legal y lógicamente imposible”<sup>16</sup>. La aplicación de este sistema arrojaba como resultado —hace ya una década— uno de los más altos índices de población carcelaria: 504 reclusos por cada 100.000 habitantes, lo que significa 1.200.000 personas encerradas en prisión (en los países occidentales europeos este índice oscila entre 40 y 109 reclusos por cada 100.000 habitantes)<sup>17</sup>. Si a esta cifra agregamos las personas bajo *probation* y en libertad condicional, llegamos a un total de 1.794 personas por cada 100.000 sometidas a control formal jurídico-penal<sup>18</sup>.

Si bien la constitución estadounidense establece el derecho a ser juzgado por un jurado imparcial, casi ningún imputado hace uso de ese derecho. Más del 90 por ciento se declara culpable, antes de correr el riesgo de ir a juicio por un hecho más grave o por una pena mayor. LANGBEIN afirma, frente a esta realidad, que EE.UU. ha logrado, utilizando el *plea bargainig* como elemento coercitivo, un sistema de confesiones como el del procedimiento inquisitivo de la Europa medieval. El sistema de *plea bargaining* pone en manos del fiscal las tres fases del procedimiento estadounidense: acusadora, decisoria (que corresponde al jurado) y sancionadora (que corresponde al juez que determina la pena si el jurado declara la culpabilidad)<sup>19</sup>.

El segundo modelo de principio de oportunidad es el de países que tradicionalmente adoptaron el sistema de legalidad en la persecución. En estos países —p. ej., Alemania—, la oportunidad opera como excepción a la regla de legalidad y permite, en algunos casos definidos por la ley, prescindir de la persecución penal pública<sup>20</sup>. Pero si nos detenemos a analizar los casos en que se

---

<sup>16</sup> Cf. CARRIÓ, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1990, p. 63, nota 75.

<sup>17</sup> Cf. CHRISTIE, Nils, *Crime control as industry*, Ed. Routledge, Londres-Nueva York, 1993, p. 28. Hay edición castellana: *La industria del control del delito*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

<sup>18</sup> CHRISTIE, *Crime control as industry*, cit., p. 82.

<sup>19</sup> *Torture and plea-bargaining*, en “The University of Chicago Law Review”, 1978-1979, vol. 46, ps. 3-22, citado por CHRISTIE, *Crime control as industry*, cit., ps. 137-138. El trabajo citado ha sido publicado hace algún tiempo en nuestro país: cf. LANGBEIN, John, *Tortura y plea bargaining*, en AA.VV., *El procedimiento abreviado*, cit., ps. 3 y siguientes.

<sup>20</sup> Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, ps. 834 y siguientes.

permite al fiscal utilizar criterios de oportunidad, comprobamos que estos criterios pueden ser aplicados en muy pocos casos, en general cuando se trata de hechos leves y también en otro tipo de supuestos de escasa relevancia práctica<sup>21</sup>. Esta breve descripción del sistema permite afirmar que no resulta adecuado para revertir la selección arbitraria del sistema penal. La magnitud de la “cifra negra” y las diferentes causas que producen la selectividad de las personas más expuestas a la acción de la justicia penal por condiciones socio-económicas, entonces, implican que esta disfuncionalidad no puede corregirse con esta implementación de la persecución oficial.

### III. EL SUJETO PÚBLICO

Ninguno de los sistemas conocidos para llevar a la práctica la persecución pública de los delitos permite llegar a resultados admisibles. Y es aquí donde debemos cambiar la pregunta. Es hora de que dejemos de preguntar cuál es el mejor modo de implementar la persecución de oficio para preguntarnos por qué el titular de la acción penal debe ser un órgano del Estado, y no un individuo —o, en su caso, una asociación de personas privadas—<sup>22</sup>.

Los fundamentos que dieron origen a la persecución pública no pueden sostenerse actualmente. El Estado de derecho, integrado por *ciudadanos* y no por *súbditos*, no justifica la subsistencia del par “acción penal pública/sanción represiva” como regla general y exclusiva del sistema. Una opción posible consistiría en abandonar el modelo acusatorio formal, que nunca permitió la realización del programa iluminista, y de su catálogo de garantías individuales, y volver a un modelo acusatorio material, en el cual el ofendido recupere su carácter de sujeto de derechos interesado en la persecución penal. La víctima debe dejar de ser ese sujeto privado de algo que le pertenece y que le ha sido expropiado.

---

<sup>21</sup> Cf. GÓMEZ COLOMER, Juan L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, ps. 47-48. Los supuestos de oportunidad están regulados en los §§ 153, 153a-153e, 154 y 154a-154e de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

<sup>22</sup> El planteo realizado en este trabajo hace referencia, exclusivamente, a los delitos con víctimas individuales, que constituyen la amplia mayoría de los casos que se resuelven en los tribunales.

El fundamento de la persecución estatal está dado por ese *plus* que, supuestamente, contiene el hecho punible, y que excede el daño ocasionado a la víctima. Pero aun si estuviéramos de acuerdo con aquellas justificaciones del castigo que encuentran este *plus* en conductas que se desarrollan estrictamente entre individuos, y que sólo producen consecuencias entre estos individuos, ello no significa que un órgano del Estado deba llevar adelante la función de acusador. El interés público que justifica la intervención penal no exige esta decisión por la persecución oficial. Este interés ya está representado por la definición estatal de las conductas prohibidas penalmente, y por la facultad decisoria de la pretensión penal a cargo de un órgano jurisdiccional del Estado. Si sumamos a estas dos actividades la facultad de decidir sobre la persecución a través de la obligatoriedad de la acción penal, y la de decidir sobre la existencia de la lesión que exige la mayoría de las figuras penales, ignorando la voluntad de la supuesta víctima, estaremos en presencia de un derecho penal autoritario que niega los fundamentos del Estado de derecho: el respeto a la dignidad de la persona y el reconocimiento de su derecho a la autodeterminación y a la autonomía de su voluntad<sup>23</sup>.

A través de la persecución estatal, la víctima ha sido excluida por completo del conflicto que, se supone, representa todo caso penal. Una vez que la víctima es constituida como tal por un tipo penal, queda atrapada en el mismo tipo penal que la ha creado. Para ello, el discurso jurídico utiliza un concepto específico, el concepto de bien jurídico<sup>24</sup>. Lo cierto es que, desde este punto de vista, el bien jurídico no es más que la víctima objetivada en el tipo penal. La exclusión de la víctima es tan completa que, a través de la indisponibilidad de los bienes jurídicos, se afirma que la decisión que determina cuándo un individuo ha sido

---

<sup>23</sup> Cf. CORDOBA, Fernando, *La posición de la víctima*, en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 81.

<sup>24</sup> Sobre la racionalización del proceso de extrañamiento de la víctima mediante la teoría del bien jurídico, es sumamente ilustrativo ESER, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, n° 7.

lesionado es un juicio objetivo y externo a ese individuo, que se formula sin tener en cuenta su opinión. Al escindir el interés protegido de su titular o portador, objetivamos ese interés, afirmando la irrelevancia política de ese individuo para considerarse afectado por una lesión de carácter jurídico-penal. Esta concepción de la víctima como sujeto privado no es compatible con el carácter de sujeto de derechos que los actuales ordenamientos jurídicos positivos otorgan a los individuos.

El derecho penal estatal que conocemos surge, históricamente, justificado como medio de protección del autor del hecho frente a la venganza del ofendido o su familia, como mecanismo para el restablecimiento de la paz. La historia del derecho penal muestra, sin embargo, cómo éste fue utilizado exclusivamente en beneficio del poder estatal para controlar ciertos comportamientos de ciertos individuos, sobre quienes infligió crueles e innecesarios sufrimientos, y cómo excluyó a la víctima al expropiarle sus derechos. Las garantías del programa reformador del siglo XIX no han sido suficientes para limitar las arbitrariedades del ejercicio de las prácticas punitivas, entre otros motivos, porque son los órganos estatales que llevan adelante la persecución los encargados de poner límites a esa persecución, es decir, porque deben controlarse a sí mismos. Frente a la concentración de facultades en los órganos del Estado, los individuos fueron constituidos como sujetos privados, esto es, como sujetos sin derechos.

Si el fin que justifica la existencia del derecho penal es la protección de la convivencia social y, además, la protección de la víctima y del autor del delito, el titular de la acción penal debe ser el ofendido y no el Estado. En este marco de justificación, la imposición del castigo sólo adquiere sentido si reduce la violencia que generaría el hecho de no imponerlo<sup>25</sup> y, a la vez, satisface los intereses de la persona agraviada. En este sentido, se ha indicado con agudeza:

“Este olvido del que sufre el daño priva al derecho [penal] de la misión de dignificar a la víctima a través de la condena del transgresor. Si el derecho penal

---

<sup>25</sup> La justificación del castigo a través de esta doble finalidad a sido desarrollada por FERRAJOLI. Cf. *El derecho penal mínimo*, en “Poder y Control”, Ed. PPU, Barcelona, 1986, N° 0, ps. 25-48.

sirve para algo en una sociedad secular, este algo consiste en prevenir daños y, al suceder los daños, en devolverle a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos. El chantajeado, el violado y la persona transformada en cosa por la violencia merecen un remedio institucional redignificante. Este remedio es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso. Llamo a esta versión del derecho, 'derecho protector'. En cambio, el 'derecho perfeccionista' no cumple esta misión"<sup>26</sup>.

Y un sistema penal concreto que opere dentro de este marco de justificación debe verificar empíricamente el cumplimiento de los fines que esta justificación le asigna. Dado que el fiscal, por ser el "representante" de todos, no es el representante natural de nadie, la única forma de asegurar el fin del derecho penal consiste en otorgar la titularidad de la acción a la víctima, constituyéndola, de este modo, en sujeto público<sup>27</sup>.

Un sistema penal con este fundamento y organizado principalmente sobre la base de la acción privada trae aparejadas diversas consecuencias. En primer lugar, el modelo implica una reformulación del catálogo de conductas prohibidas. De este modo, aquellas conductas que no se vinculen con graves lesiones a los derechos humanos, carecerán de relevancia penal, adquiriendo la importancia que nunca tuvo el principio básico del derecho penal como *ultima ratio*. En otro orden de ideas, las figuras penales deben describir comportamientos que afecten bienes jurídicos con un titular cierto —individual o colectivo—. Así, no podrán prohibirse comportamientos haciendo vagas referencias a la protección de la "salud pública"<sup>28</sup> u otros conceptos semejantes.

---

<sup>26</sup> MALAMUD GOTI, *Prólogo*, cit., p. II.

<sup>27</sup> El fiscal no puede saber en cada caso si la víctima actuará vengativamente. El único modo de evitar la venganza cuando este deseo existe, es permitir que sea la propia víctima la que decida sobre la persecución penal. Si la víctima tiene ánimo de venganza, éste será ejercido a través del derecho penal y, en este caso, la sanción penal estará justificada.

<sup>28</sup> La Corte de MENEM sostuvo, en el fallo MONTALVO y respecto a la cuestión de la "salud pública", que entre las razones que llevaron al legislador a reprimir la tenencia de estupefacientes cuando estuvieren destinados al consumo personal, "figura la necesidad de proteger a la comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana. En especial se adujo que no se trata de la represión del usuario que tiene la droga para uso personal y que no ha cometido delito contra las personas, sino de reprimir el delito contra la salud pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto, sino el interés general que está por encima de él". El trámite fue más que sencillo, para burlar la prohibición constitucional de incriminar conductas que sólo representan una autolesión que no trasciende a terceros, la Corte —junto con

Por otra parte, la consecuencia más importante de un sistema de acción privada es la posibilidad de utilizar mecanismos de composición. La adopción del principio de *ultima ratio*, unida a un sistema penal que reconoce a la víctima como sujeto, impone la necesidad de crear mecanismos que permitan evitar la solución penal incluso en aquellos casos en que se trate de comportamientos penalmente relevantes. A través de los mecanismos de composición, no sólo se logra el fin de protección del autor del hecho punible, sino también se atienden los intereses de la víctima que, en muchos casos, puede preferir la solución reparatoria<sup>29</sup>. En este último sentido, sostiene MAIHOFER: “en un Derecho penal entre libres e iguales, la reparación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por composición y por compensación del daño, el procedimiento preferido”<sup>30</sup>.

#### IV. EL SUJETO SIN DERECHOS

En el marco de un sistema acusatorio material, el papel que debe cumplir el ministerio público como órgano del Estado vinculado a la persecución penal es completamente distinto al que desempeña en la actualidad. En principio, poco tiene que hacer el ministerio público en el procedimiento penal —tal como sucede hoy en día con los delitos de acción privada— si en la generalidad de los casos es

---

los legisladores que aprobaron la ley 20.771— se limitó a victimizarnos a todos. Como a nosotros no se nos ocurrió hacer un reclamo ante el hecho de que MONTALVO decidiera consumir una sustancia prohibida, la Corte habló por nosotros, constituyéndonos en víctimas. En este fallo se afirmó que “si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, *la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda*” (destacado agregado).

<sup>29</sup> El movimiento de reforma que se ha dado en América Latina en los últimos quince años ha permitido avanzar en varios novedosos mecanismos que reconocen derechos sustantivos a la víctima del delito. Así, por ej., la reparación/conciliación como causa de extinción de la acción penal, la conversión de la acción penal pública en privada, la suspensión de la persecución penal a prueba, la ampliación de la legitimación para intervenir como querellante en el proceso penal, la legitimación de asociaciones para querellar en delitos que afectan intereses colectivos o contra los derechos humanos. Sobre estos mecanismos, cf. BOVINO, Alberto, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*, en AA.VV., *Sistemas penales y derechos humanos*, Ed. Conamaj, San José, 1997; también publicado en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, citado.

<sup>30</sup> Citado por ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., p. 141.

el ofendido el único titular de la acción penal<sup>31</sup>. Pero esta inactividad del acusador público está sujeta a la voluntad de la víctima. Así, si el ofendido desea iniciar la persecución penal y, además, ejercer por su cuenta la acción, el fiscal no puede ni debe involucrarse en el caso. En cambio, si la víctima opta por la persecución pero no tiene medios o no desea llevar adelante personalmente la persecución, el ministerio público debe brindar su servicio a la víctima interesada, quien conservaría, en todo momento, facultades dispositivas sobre la acción. El tema central en esta delegación consiste en reconocer el derecho de la víctima a disponer de la acción, aun después de haber otorgado su conformidad para que la persecución se lleva a cabo, posibilitándole la retractación de la instancia<sup>32</sup>.

Otra actividad a cargo del ministerio público consistiría en el asesoramiento a las víctimas sobre sus derechos y sobre todas las posibilidades que la ley contemple para la satisfacción de sus intereses. Esta tarea, que algunos consideran secundaria es, en realidad, fundamental en este marco que reconoce a los individuos como sujetos. Frente al fenómeno generalizado del desconocimiento del derecho, esta función clarificadora se torna primordial si la pretensión es no sólo reconocer a la víctima como sujeto de derechos, sino también posibilitar el ejercicio efectivo de esos derechos.

El órgano del Estado conocido como ministerio público, en este contexto, pasaría a desempeñar una función de servicio a favor de las víctimas interesadas en la persecución o en los diversos mecanismos de composición que el derecho penal debe ofrecer, necesariamente, para contemplar los intereses de los involucrados en el conflicto.

La adopción de un sistema privado de persecución penal también proyectaría sus influencias sobre el poder jurisdiccional. Es innegable que el programa de límites

---

<sup>31</sup> Aun cuando el sistema esté basado en la acción privada, ello no impide la subsistencia de la acción pública en algunos supuestos, excepcionales, que involucren de modo claro los intereses de todos los grupos sociales, tales como, por ejemplo, atentados contra el orden constitucional, o graves violaciones a los derechos humanos, presupuestos fundantes del carácter de sujetos de derecho de los individuos.

<sup>32</sup> Cf. CÓRDOBA, *La posición de la víctima*, cit., p. 84.

al poder penal del Estado propuesto por el Iluminismo y concretado en las reformas penales decimonónicas aún no se ha realizado. Las garantías enunciadas en las constituciones no han servido para contener el ejercicio del poder penal en un marco de respeto por los derechos fundamentales del individuo. Por el contrario, puede afirmarse que nuestros sistemas penales operan cotidianamente como si hubieran sido diseñados para violar sistemáticamente tales derechos.

Una de las razones por las cuales no se ha cumplido con el programa iluminista está relacionada con la ideología inquisitiva. La necesidad de investigar la verdad y la consideración de que la actividad acusatoria del ministerio público está objetivamente dirigida han provocado que los jueces y los fiscales compartan un objetivo común vinculado a la persecución penal. Porque el fiscal actúa de acuerdo con la regla de objetividad, no se considera injusto que el juzgador colabore —o, en algunos casos, reemplace— con la actividad acusatoria. Nuevamente, como en los tiempos de la Inquisición, se confunden las funciones requirentes y decisorias. Como consecuencia, el juez penal se convierte en otro acusador, sin tener en cuenta que su función no es la persecución. Una vez interesado el juez en la persecución, resulta imposible que lleve adelante esta persecución y, además, controle su propia actividad para respetar los límites establecidos por el marco de garantías individuales. La función de juzgar los casos que son presentados con imparcialidad resulta de cumplimiento imposible en cuanto el juzgador crea que su tarea consiste en perseguir el delito.

En el modelo acusatorio material, las garantías cumplirían una función distinta a la que cumplen actualmente. Su contenido adquiere una nueva significación cuando la acción penal es ejercida por el ofendido, que ahora consistirá en actuar como freno de las pretensiones del ofendido. El Estado pierde sus derechos de persecución, ahora en manos de la víctima, y su tarea se limita a decidir y controlar las actividades de los individuos involucrados en el conflicto. Las garantías, entonces, no tienden a impedir la arbitrariedad del poder estatal, sino a prohibir las pretensiones desmedidas del ofendido. Se produce una brecha, de

este modo, entre los intereses del poder jurisdiccional y el poder requirente, que torna más difícil la confusión de ambas funciones. Esta brecha genera mayores posibilidades para la realización del programa de garantías limitadoras del poder penal.

Aun cuando no podamos asegurar que el sistema acusatorio material pueda revertir la situación a la que hemos llegado por la persecución pública, otra circunstancia abona la elección de la persecución privada. Este sistema carece de una característica fundamental de los sistemas penales actuales: su importancia como instrumento de control social. Si son los sujetos involucrados en el conflicto quienes deciden si los sucesos tienen o no carácter conflictivo, el Estado pierde la discrecionalidad sobre esta decisión, y con ello, el control acerca de lo penalmente relevante. El ejercicio del poder penal, el poder más violento ejercido por los Estados modernos, ya no puede ser dirigido por éste. Si el procedimiento es, en cierto sentido, una oportunidad para la clarificación y la verificación axiológica de las normas sociales, estas dos funciones ya no quedan en manos del Estado, sino que terminan repartidas entre todos los miembros de la comunidad.

El sistema propuesto redefine el papel de los órganos que actualmente intervienen en la persecución penal. Estos órganos tienen, en este contexto, la obligación de actuar al servicio de los individuos y de proteger sus derechos. Un programa tal no puede sino generar numerosas críticas y objeciones, y es bueno que así sea, pero es hora de preguntarse si no tenemos que cumplir con nuestra obligación moral de pensar en el diseño de una política criminal respetuosa de los derechos humanos, y tendiente a cumplir una finalidad tuitiva de las personas reales de carne y hueso que, voluntaria o involuntariamente, se transforman en protagonistas o intervinientes en un conflicto penal.

Nada mejor que acudir al pensamiento de los autores abolicionistas para sacudirnos de la irracional "tranquilidad" y "confianza" que, en el imaginario colectivo, genera el derecho penal. En este contexto, podríamos decir que transformar sustancialmente el sistema de justicia penal puede ser considerado

una paradoja, una utopía, un esnobismo central o una moda local. También puede ser considerado un sueño, un proyecto, una descripción nihilista que paraliza, o un programa milenario. O una apuesta más de trabajo cotidiano. Que es lo que cree un buen abolicionista.