

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES: LA VÍCTIMA COMO PROTAGONISTA. EL CAMINO HACIA EL ABOLICIONISMO

Por Victorio Martín de la Canal

INTRODUCCIÓN

Esta breve ponencia tiene como objetivo instalar en los participantes del Congreso una idea superadora al actual sistema penal. Se puede apreciar con prístina claridad el estrepitoso fracaso social y político de un sistema que expropia el conflicto y que como única solución aplica una pena cruel, inhumana y degradante. Un sistema que sólo genera dolor y padecimiento. En definitiva, un sistema que no resuelve absolutamente nada y empeora las cosas en base al sufrimiento de un ser humano.

Con esta idea propongo como norte la abolición de la herramienta punitiva utilizando el camino de la devolución del conflicto, denominado delito, a la víctima. El abolicionismo penal entendido como un movimiento político, con tácticas y estrategias propias, sostiene que la mejor manera de consolidar un paradigma no punitivo es a través de la elaboración progresiva de alternativas concretas al actual sistema penal. Alternativas donde la víctima sea escuchada y ocupe un rol central y donde el victimario no sea tratado como un residuo cloacal. El abolicionismo penal repudia abiertamente las jaulas para humanos, a las que habitualmente se las conoce como “penitenciarías”, y a partir de este repudio pretende contribuir a la elaboración de métodos superadores y más efectivos, beneficiosos para todos los protagonistas de la controversia en cuestión y no sólo – insisto- para las personas actualmente privadas de su libertad. En este sentido, también es absolutamente falso afirmar que el abolicionismo penal propone “no hacer nada frente al delito”. Por el contrario, la posición abolicionista penal es clara: hay que hacer algo, pero no precisamente lo que se hizo hasta ahora.

UN POCO DE HISTORIA...

El derecho griego superó la concepción privada del delito, los dividió en públicos y privados, según lesionaran un interés comunitario o uno individual. En los primeros la acusación era popular lo que significaba que cualquier ciudadano podía perseguir penalmente al infractor. En el caso de los delitos de índole privada sólo se permitía la persecución al ofendido o sus sustitutos. El juicio era oral, público, contradictorio y se estableció la participación directa de los ciudadanos en la tarea de juzgar y acusar¹.-

En el derecho romano el sistema sufrió una lenta y paulatina transformación de sus instituciones de enjuiciamiento desde la Monarquía, pasando por la República para recalar, por fin, en el Imperio. Así, mientras en el nacimiento de Roma se estableció un sistema semejante al griego, con la aparición de la República y posteriormente, el Imperio, el sistema de enjuiciamiento penal sufrió una transformación acorde a las necesidades políticas de la época. Al residir la soberanía en el poder absoluto del emperador se modificó la composición de los tribunales y el ejercicio de la persecución penal pasó a manos de funcionarios estatales².-

En el derecho germano la nota distintiva de su sistema de enjuiciamiento era el tipo acusatorio privado y unido a él un fuerte sentido subjetivo de la verificación histórica. La nota saliente de esto último residía en que la búsqueda de la razón se revelara por signos exteriores tales como los combates físicos y las ordalías. Se le permitía al ofensor y a su familia la venganza privada y a restablecer la paz mediante la lucha armada. El desmadre de este sistema le abrió paso a una institución típica de este derecho: la composición. Los juicios eran orales, públicos y contradictorios³.-

Con el advenimiento de los estados nacionales, las monarquías absolutas y el poder eclesiástico, se implantó un sistema inquisitivo como modelo de enjuiciamiento penal. El tránsito de este modelo recorrió la Europa Continental desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII, momento de su decadencia. El siglo XIX marcó su transformación definitiva, no sin antes dejar tras sí profundas huellas que aún perduran en el procedimiento penal de nuestros días⁴.-

El Iluminismo vino a rescatar al derecho penal del oscuro período anterior. Si bien se humanizó el procedimiento los ideales reformistas debieron ceder ante los embates

¹ MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal I Fundamentos, Editores del Puerto, 2 da edición 1999, pág. 269.-

² MAIER, Julio B. J., ob. citada pág. 284-285.-

³ MAIER, Julio J.B., ob. citada, pág. 264-265.-

⁴ MAIER, Julio J. B., ob. citada, pág. 288.-

conservadores de las instituciones jurídicas existentes y mantuvieron la persecución penal pública en el proceso penal.-

En América, y sobre todo en Argentina, fue imposible despegarse de la cultura inquisitiva que provenía de los imperios colonizadores (a excepción de Inglaterra y Estados Unidos). A ello habría que agregarle el positivismo criminológico de comienzos del siglo XX que terminó de excluir a la víctima del proceso centrando el foco de investigación y objeto en el "delincuente". Es importante destacar que en el siglo pasado la aparición de los Tratados de Derechos Humanos⁵, de indudable repercusión en los sistemas nacionales de persecución penal, afianzaron adquisiciones culturales nacidas bajo la pluma del Iluminismo tales como el derecho de defensa en todo el procedimiento, el debate oral, público y contradictorio, la eliminación definitiva de la tortura o tratos crueles y degradantes y la inadmisibilidad de ciertos métodos para la obtención de elementos probatorios, entre otras conquistas.-

Actualmente, diferentes escuelas procuran cierta despenalización al buscar la solución de los casos por medio de instrumentos culturalmente no penales. El timón empieza a encauzar la nave hacia la compensación, mediación y conciliación. Institutos como la suspensión del juicio a prueba y el criterio de oportunidad reglada le otorgan a la víctima mayor injerencia en el proceso penal.-

Eugenio Zaffaroni describe sintéticamente la idea que se intenta transmitir del siguiente modo: *La historia de la legislación penal es la de los avances y retrocesos de la confiscación de los conflictos (del derecho lesionado de la víctima) y de la utilización de ese poder confiscador, y del mucho mayor poder de control y vigilancia que el pretexto de la necesidad de confiscación proporciona, siempre en beneficio del soberano o señor. De alguna manera es la historia del avance y del retroceso de la organización corporativa de la sociedad sobre la comunitaria, de las relaciones de verticalidad (autoridad) sobre las de horizontalidad (simpatía), y en esta historia la posición de la víctima y el grado de confiscación de su derecho (de su carácter de persona) constituye siempre el barómetro definitorio*⁶.-

⁵ Por ej.: La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), La Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre (1948), El pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (1966) y La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), entre otros.-

⁶ ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: Derecho Penal Parte General, ed. Ediar, 2da, edición 2002, pág. 230.-

DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES EN NUESTRO CODIGO PENAL

Reza el artículo 71 del Código Penal: *deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1º) Las que dependieran de instancia privada. 2º) Las acciones privadas.* Los artículos 72 y 73 del mismo cuerpo legal determinan cuales son las acciones que refieren los puntos primero y segundo del artículo transcrito⁷.-

Recuérdese que la Inquisición hizo del derecho penal actual una cuestión de estado, al expropiar a los ciudadanos su poder de perseguir penalmente al ofensor y reaccionar contra él, y colocó como piedra base de su justicia al conocimiento histórico acerca de los hechos atribuidos al transgresor. De allí que el procedimiento penal actual se debate entre dos intereses que, en principio, son contradictorios: la razón de Estado, en forma de interés público por el descubrimiento de los hechos punibles y por la actuación de la coacción estatal, y el interés individual por librarse de la persecución y de la pena⁸. *El procedimiento penal actual es, en realidad, un compromiso político entre ambos intereses cuya colisión está presente en las principales soluciones normativas del sistema*⁹.-

¿Cuál es la norma que debe reglar la titularidad de la acción? La respuesta se encuentra en la naturaleza de la misma. La acción penal tiene naturaleza material, no procesal. No es sino la potestad de castigar en sí misma, como derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal (art. 75 inc. 12 CN). Esto determina fatalmente la inclusión de su regulación en el código de fondo. Pero el adjetivo utilizado tiende a desaparecer gradualmente con el avance de los criterios de oportunidad reglados que las provincias legislan en su territorio para descomprimir la escandalosa cantidad de procesos penales abiertos con la consecuencia, también escandalosa, de la duración de los mismos¹⁰.-

⁷ ART. 72: Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Los previstos en los arts. 119, 120 y 130 del Cód. Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91. 2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. 3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su autor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuera por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquel. ART. 73: Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Calumnias e injurias. 2º) Violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157. 3º) Concurrencia desleal, prevista en el art. 159. 4º) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.-

⁸ MAIER, Julio B. J., ob. citada, pág. 812

⁹ MAIER, Julio B. J., ob. citada, pág. 813.-

¹⁰ Máxime con la oprobiosa utilización de la prisión preventiva.-

LA ACCION Y "EL INTERES PUBLICO".-

En sentido técnico procesal se puede definir a la *acción* como una *facultad* o poder constitucional de promover protección jurisdiccional de un derecho subjetivo. Es el derecho de instar (apertura de la instancia), es decir de excitar (estimular, provocar) la actividad jurisdiccional del estado¹¹. Se hablará así de un derecho a la vida, de un derecho a la libertad, de un derecho a la propiedad, etc.-

En los comienzos, la composición era la forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, la principal forma de persecución penal. Pero la víctima fue despojada abruptamente por la Inquisición. Este movimiento expropió sus facultades al crear la persecución penal pública y desplazó por completo la eficacia del ofendido en la incidencia del proceso penal. Transformó el sistema penal en un instrumento de control directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o cuando menos, la compensación del daño sufrido. La pena estatal aparecía como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central y como el instrumento de coacción más intenso en manos del Estado que lo utilizaba de oficio y sin necesidad de una queja externa a él; en definitiva, el conflicto se había estatizado.-

El papel de la víctima no es un problema exclusivo del derecho procesal penal o del derecho penal material. Se trata de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de los medios de realización que cuenta a su disposición para alcanzarlos. Se trata pues, de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto.-

Ninguna herramienta, en este caso la expropiación del conflicto, puede ser válida cuando ha sido creada con fines espurios. La Inquisición no sólo pergeñó la idea de que el conflicto trascendía a la víctima porque afectaba al soberano¹². El nuevo modelo punitivo también descubría una considerable fuente de ingresos que le permitía confiscar fortunas y forzar a los nobles y campesinos a pagar multas para librarse de las penas atroces, fortunas que terminaban en las arcas del soberano.-

¹¹ Diccionario Jurídico, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2 da. Edición, t I, pág. 35.-

¹² Más adelante se modificó "soberano" por "interés social" o "estado"

Actualmente se sigue manteniendo la excusa que el sistema penal estatal oficia de control directo para las condiciones elementales de la vida social pacífica dentro del sistema: el delito representa un daño social por sobre el daño individual que pueda causar. Velez Mariconde resume la idea: *es un imperativo de la necesidad ya que hay delitos que afectan el interés general y no pueden quedar impunes por la inactividad de los particulares*¹³.-

Se reitera, la evolución de las políticas criminológicas se viene dando entre modelos de reacción hacia el conflicto: uno es el modelo de solución entre partes y el otro es el modelo punitivo expropiatorio. La línea divisoria se traza por la posición de la víctima. En este último modelo, que aquí se critica, la víctima deja de ser considerada como persona lesionada y/o afectada y se la cobija como una excusa de intervención de las agencias del sistema penal. El pretexto de limitar la venganza de la víctima o de suplir su debilidad sirve para descartar su condición de persona, para restarle humanidad. La invocación del dolor de la víctima no es más que una oportunidad para el ejercicio de un poder cuya selectividad estructural lo hace antojadizo y arbitrario¹⁴. *Al degradar a la víctima a un puro signo habilitante del poder, el autor de una acción lesiva también queda reducido a un objeto sobre el cual se puede ejercer dicho poder. La víctima, es entonces, reducida a un objeto que proporciona el dato que permite individualizar a otro sobre el cual se puede ejercer poder, siempre que las agencias del poder punitivo así lo decidan*¹⁵.-

Pero este sistema no sólo ha fracasado estrepitosamente, sino que también ha metido una cuña en su propio programa del ejercicio de las acciones que lo transforman en palmariamente contradictorio. El argumento que los *intereses de la sociedad trascienden a los de la víctima y el Estado DEBE ACTUAR ante la inacción o desinterés de la misma* choca con la propia limitación de los artículos 71 inc. 1° y 72 inc.1°. De la rápida lectura de ambas normas se puede colegir que el poder punitivo se ve impedido de actuar en uno de los delitos más graves que describe el código de fondo si la víctima no realiza la denuncia. Aquí se ve la contradicción: si un sujeto viola a un determinado número de mujeres (mayores de edad y sin incapacidades) y ninguna de ellas decide hacer la respectiva denuncia el Estado no puede actuar ni perseguir al supuesto autor. En la violación, estupro y rapto se privilegia la privacidad de la víctima sobre los intereses de la sociedad, no ocurre ello en delitos muchos menos graves, como los patrimoniales, donde las

¹³ VELEZ MARICONDE, Alfredo: Derecho Procesal Penal, ed. 1986, t I, pág. 90.-

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio..., ob. citada, pág. 230.-

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio...: ob. citada, pág. 230.-

intenciones del damnificado no son tenidas en cuenta. La pregunta cae sola por decantación: ¿Qué causa más alarma social: una violación o un robo?.-

Asimismo, si bien no existe una investigación empírica al respecto, inductivamente se puede aseverar que el cálculo del monto pecuniario de los conflictos patrimoniales que se dirimen en los fueros civiles, comerciales y laborales excede en cuantía al monto de los bienes patrimoniales afectados y que se investigan en el fuero penal. Para ahondar en este argumento hay que agregar que en evasiones fiscales, cuando el Estado juega el papel de víctima, se da él mismo la oportunidad de privilegiar el cumplimiento de la obligación tributaria (la reparación) frente a la pena estatal (art. 14 Ley 23.771)¹⁶ .-

Sobre la propia incongruencia del sistema se apoya la idea desarrollada.- Ubicar a la víctima en un lugar privilegiado del proceso penal, que sea dueña de las riendas de sus propios intereses particulares y que, en definitiva, también se haga cargo de sus propias decisiones.-

Esto trae aparejado múltiples consecuencias de las cuales únicamente se va a desarrollar aquella que privilegia el dilema abolicionista: evitar que el poder punitivo a secas infrinja un daño a través de la pena, privilegiando la composición entre las partes. Eliminar paulatinamente el monismo sancionatorio y la prisión, buscando retrotraer la situación al statu quo anterior al delito por intermedio de estrategias sistémicas y mecanismos reparadores eficaces.-

También, como factor positivo para el imputado, la intervención formal de la víctima en el proceso expulsando del mismo al fiscal, coadyuva a que se respete literal y seriamente la igualdad de armas. Corren ríos de tinta en pos de describir y analizar este derecho, pero la afirmación más contundente surgió de la pluma del Profesor Maier al describirla como *la idéntica posibilidad de influir en la decisión definitiva (sentencia)*.-

LAS VÍCTIMAS Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

El nuevo paradigma que aquí se propone no le representa ningún costo económico al Estado.

El individuo afectado por una conducta tipificada como delito tiene la facultad de accionar contra el autor/autores excitando la actividad del organismo jurisdiccional competente.

¹⁶ Personalmente me causa mucho más escozor un evasor que un simple ladrón.-

El estado deja de intervenir de oficio (salvo en aquellos casos donde tiene la obligación de actuar por compromisos internacionales, en los homicidios dolosos y culposos, víctimas difusas y víctimas menores de edad o con algún tipo de discapacidad). Esto conlleva un monumental ahorro en recursos humanos y patrimoniales que irían destinados a las cuestiones de mayor trascendencia.-

Paralelamente, la víctima que decide realizar la denuncia y formalizar su intervención tendría el derecho de desistir cuando quisiera o, en su defecto, perseguir soluciones alternativas a la aplicación de una pena. La mediación penal, la conciliación en base a un abanico de posibilidades de resarcimiento que procure remediar el mal causado genera un nuevo camino cuyo destino final es la completa desaparición del encierro como mero castigo.-

En este campo los actuales fiscales ejercerían su función como asesores y representantes técnicos letrados para aquellos ciudadanos que lo soliciten.

Así, el acceso a la justicia estaría debidamente protegido, reitero, con los recursos actuales del sistema.-

CONCLUSIONES

En este esbozo se intentó plantear una idea de cambio ante el inexorable fracaso del sistema penal actual. Volver a las fuentes primigenias y devolver al real damnificado su conflicto. Eliminar paulatinamente la violencia estructural del poder punitivo hasta su completa desaparición, y mantenerlo, sólo por ahora, para aquellas cuestiones que lo ameriten.-

Nuestra Carta Magna es sabia. En su artículo 14 establece que *Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber...; de usar y disponer de su propiedad*, en concordancia con el artículo 17 que reza: *la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada*. Como la gran mayoría de los procesos penales son en virtud de algún daño, o puesta en peligro, de bienes jurídicos individuales de índole patrimonial, el Estado debería indemnizar al afectado si considera que la cuestión es de utilidad pública y que la lesión padecida afecta a la sociedad en su conjunto.-

Tampoco comparto los argumentos que pronostican una lluvia de venganzas descontroladas si se le otorga a la víctima un rol preponderante y ejecutivo en el proceso penal. Hay que recordar que el mecanismo que conlleva a una decisión jurisdiccional de mérito es mediante un procedimiento con formas rigurosas y un juez imparcial dueño de la suerte final del mismo, a los que se debe encauzar, en forma indistinta, tanto la actividad de un fiscal como la de un particular damnificado. Con el precedente "Santillan", la Corte Suprema parece encaminada hacia esas latitudes, respetuosa, también, de la manda del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

¿Estoy planteando una utopía? Claro que no. Imaginen las reacciones de las personas de la época del Imperio Romano, de la Inquisición, de la esclavitud, etc. cuando alguien planteaba su desaparición. Perseguir la eliminación de la cárcel como castigo es un proceso con un final completamente realizable.-

Termino con dos citas plasmadas por el Prof. Maier en su obra: *En un derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente* (Maihofer)¹⁷.-

Y más adelante: *Los que las partes quieren es una solución que armonice sus dificultades, no necesariamente una sentencia que cristalice sus discordias; y desde la perspectiva de la supresión del ius puniendi estatal, los abolicionistas han recreado la exposición real del conflicto social intersubjetivo y, con ello, revalorizado el papel de la "víctima" y de los modos de solución del caso, que no pasan por el sistema tradicionalmente concebido, con ayuda de todas las personas protagonistas del conflicto, propuesta a la que sin duda, se le debe reconocer un grado enorme de racionalidad* (Bernat de Celis)¹⁸.-

¹⁷ MAIER, Julio B. J.; ob. citada, pág. 816.-

¹⁸ MAIER, Julio B. J.; ob. citada, pág. 824.-