

3. TENSIONES POLÍTICO-CRIMINALES EN EL PROCESO PENAL¹

3.1. Tensiones y miradas en el proceso penal

El proceso penal es una encrucijada de caminos que nos obliga a tomar decisiones difíciles. Las necesidades sociales que se expresan a través de él no son menores y nos interpelan con mucha mayor fuerza que en otras áreas de la administración de justicia. Por una parte, nos enfrentamos a la tarea de evitar graves daños a los ciudadanos y al dolor de las víctimas – o la desesperación ante la impunidad –, que se multiplican en formas cada vez más hirientes. Por otra parte, nada nos indica que debemos disminuir la histórica sospecha ante el posible abuso de poder o bajar la guardia en la defensa de las libertades públicas, siempre frágiles ante el Estado Leviatán. Al contrario, la última década nos ha sorprendido con nuevos y variados mecanismos de violencia sin control, y con argumentaciones renovadas a favor de las limitaciones al derecho de defensa, el secreto de la actuación pública, o

¹ Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, realizado en Bogotá, del 5 al 7 de septiembre de 2007, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

directamente la apología de formas no tan solapadas de la vieja tortura².

El reconocimiento de la existencia de estas tensiones no es nuevo, y ya constituye una fórmula clásica en nuestra materia sostener la necesidad de construir un proceso penal que cumpla con la tutela efectiva de las víctimas y que proteja los derechos inalienables de las personas sometidas a enjuiciamiento o investigación. Las viejas fórmulas que encontramos en CARRARA o en MITTERMAIER son repetidas en nuestros tribunales y abogados. Incluso esta fórmula de compromiso ya forma parte del bagaje elemental de todo estudiante de derecho procesal y se sustenta en un “sentido común” que parece blindarla de toda consideración crítica³.

² No cambian de naturaleza los debates porque se los revista de fórmulas jurídicas (tales como el Acta Patriótica en los Estados Unidos o se los pretende presentar como un “simple” dato del ordenamiento jurídico, revestido de academicismo, tal como ocurre en el llamado “derecho penal del enemigo”. Los temas a debatir y las posturas ideológicas que se expresan en ellos son las que corresponden a las tradiciones liberales y autoritarias que han cambiado de nombre a lo largo de la historia, pero mantienen un núcleo central de diferencias que permite reconocerlas pese a sus mutaciones.

³ En mi libro BINDER, A. M. *Introducción al derecho...*, pgs. 52 y ss., ya está planteada esta posición, aunque no con total amplitud. En MAIER, J. *Derecho procesal penal...*, se sustenta la posición que conocemos como “doctrina de la doble eficiencia”.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

Sin embargo, esa fórmula no es buena. No lo es porque simplifica el problema y nos brinda la falsa impresión de que construir esa síntesis entre funciones antagónicas es algo “dado” o fácil de construir en el decurso histórico del derecho procesal penal. Nada más alejado de la realidad. En primer lugar, debemos interrogarnos acerca del plano en el que se halla esa fórmula de compromiso. ¿Es ella una descripción de lo que ocurre? ¿O es una expresión de lo que debería ocurrir en el proceso penal? ¿O, finalmente, es una frase didáctica para hacernos entender las tareas del proceso penal? Es probable que la usemos en todas esas dimensiones y, generalmente, sin advertir en qué plano se haga. Pero, de todos modos, en todos ellos esta tiene problemas. Si nos referimos a una situación de hecho, creo que la idea de una “síntesis” entre la tutela efectiva de los derechos de las víctimas (incluida en esta frase al conjunto de la sociedad que se expresa a través de la acción pública) señala bastante mal las opciones que se toman todos los días en nuestros tribunales. Ellas se nos presentan como antinomias, como contradicciones donde no quedan contentas las dos partes. Mucho más aún cuando el proceso penal, en tanto discierne la aplicación de una pena, no admite soluciones intermedias: o ella es aplicada o el imputado es absuelto. En ese sentido es un sistema binario, sin zonas grises, ya que el principio *in dubio pro reo* impide toda solución de ese tipo. En consecuencia, las necesidades de tutelar a la víctima o al imputado, no encuentran nunca una fórmula exacta de síntesis; en el mejor de los casos se “equilibran” en un punto que nos

ALBERTO BINDER

parece admisible valorativamente, pero que estará siempre en cuestión, sometido a la crítica en un sentido u otro. Esto ocurre tanto respecto a cada caso o a clase de casos. Incluso si queremos usar la de compromiso para referirnos a un determinado momento histórico del proceso penal nos encontraremos con el hecho ineludible de que los “equilibrios” entre ambas necesidades sociales son muy diferentes en los distintos tipos de delitos de los que se ocupa el proceso penal. Como técnica descriptiva, en consecuencia, esta “armonía” en el cumplimiento eficiente de ambas finalidades nos muestra un proceso penal que en realidad no existe. No nos señala la dinámica contradictoria que está en la base del mismo proceso y que no se resuelve en ninguna armonía.

Podemos usar aquella como expresión de un deber ser. En este sentido, el mejor proceso penal sería aquel que pudiera dar satisfacción eficiente a ambas finalidades sociales. Esta nos podría servir tanto de estímulo de corto plazo para perfeccionar el proceso penal, como de horizonte utópico para el desarrollo de una política procesal de largo plazo.

Si se trata del primer caso, en realidad no necesitamos a la fórmula de compromiso, ya que es la consecución de cada finalidad social en sí misma lo que ha empujado y empuja al proceso penal, inclinándolo hacia un lado o hacia el otro, y provocando, de hecho, equilibrios inestables. El proceso penal es llevado, por así decir, por la víctima y el imputado hacia lados diferentes en una puja sin fin. Si se

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

trata de la segunda dimensión, la fórmula ya no es deseable, dado que el objetivo final no es construir el mejor proceso penal, sino algo mejor que el proceso y el derecho penal. La aplicación de una pena podrá ser una herramienta de la que aquí y ahora (o en un futuro, más o menos cercano) no podemos prescindir, pero no es una herramienta que deba sostenerse como un instrumento benévolo de la vida social. Aun quienes tienen una visión pesimista del hombre y la sociedad, pueden reconocer que en el plano de la utopía es mejor sostener una sociedad sin violencia que una con la violencia contenida o institucionalizada. Nos queda discernir si se trata de una buena fórmula pedagógica, si ella nos prepara mejor para entender y actuar en el proceso penal. Si de lo que se trata es de señalar que hay dos finalidades enfrentadas en el proceso penal. Existen muchas otras formas de expresar la misma idea con igual o mayor capacidad comunicativa o plástica. Ahora si se trata de preparar al alumno para entender mejor o actuar con eficiencia en el proceso penal, no le hacemos ningún favor si lo adiestramos por fuera del contexto real de contradicciones en el proceso penal o no le enseñamos a mirar con especificidad los distintos intereses en juego. Los contendientes no tienden al equilibrio sino a la defensa de los intereses que deben representar, sin perjuicio de que finalmente se construya alguna forma de equilibrio.

Como derivación de lo anterior, también se deben señalar las debilidades de la presentación del proceso penal bajo una forma dialéctica. Es cierto que ella reconoce las posturas contrapuestas, pero es de la esencia de esta,

ALBERTO BINDER

reconocer la síntesis de los opuestos y poner el énfasis en ese momento sintético. El recurso a la idea dialéctica se presta mejor al proceso penal, visto desde la óptica del juez, y pareciera que finalmente lo que está en juego es solo un problema de perspectivas. Pero no es así, aun cuando nos pongamos en el lugar del juez, lo que él hace no es una síntesis entre dos intereses, sino la opción por uno de ellos. En el caso del proceso penal, el juez o autoriza la pretensión del acusador o la niega. No construye ninguna solución de compromiso.

Es por estas razones que siempre hemos preferido explicar el proceso penal desde su antinomia fundamental, es decir, desde esa contradicción de intereses que constituye su base, explica su dinámica y resalta sus tensiones. Una contradicción que no se resuelve en ninguna síntesis ni armonía, que queda como pura contradicción, como contraste de fuerzas que se equilibrarán de algún modo, modo inestable, mejor dicho, en una multiplicidad de equilibrios que se dan caso a caso y por tipos de procesos y delitos, generando la multiforme vida del sistema penal.

Pero, sin duda, lo afirmado precedentemente constituye también una mirada, una forma de comprender el proceso penal. A lo largo de la historia esas miradas han variado, aunque nunca han ocultado totalmente esa contradicción de intereses y expectativas que está en su base. Ha sido el modelo inquisitorial quien ha tenido más éxito en ocultar esa contradicción de intereses, y presentarnos el proceso

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

penal desde una perspectiva distinta. Es que en la lógica inquisitorial la contradicción es únicamente entre el imputado y el Estado, se trata de un modelo infraccional, que ha desplazado a los intereses de la víctima y se presenta desde la restauración de la relación de obediencia respecto de la cual el hecho es solo una manifestación. Esta visión, despojada ya de sus connotaciones moralistas y teologales, ha logrado pervivir a lo largo de los siglos, y se mantiene aún con gran fuerza, hasta hace apenas unas décadas, con fórmulas que no ocultaban demasiado sus orígenes inquisitoriales. Luego, en la medida que el aparato conceptual del derecho procesal fue depurando la mirada inquisitorial, quedó oculta en la lógica del trámite, y el análisis secuencial que nutrió de ideas a las diversas formas de procedimientos mixtos.

La mirada unitaria sobre el proceso penal todavía mantiene vigencia. Ya sea en las concepciones meramente instrumentales del proceso penal, o en las visiones aparentemente obvias que nos enseñan las reglas procedimentales, o en un derecho procesal penal que se desentiende de las consecuencias políticas de sus normas, y se presenta a sí mismo como el pequeño saber de la burocracia judicial, la más potente ideología estatal de nuestros días. El problema central de la mirada unitaria sobre el proceso penal no es solo que debilita la mirada sobre los intereses contrapuestos, sino que se ubica en un lugar de compromiso que, como hemos dicho, no existe en el proceso penal, salvo bajo el modelo inquisitorial.

ALBERTO BINDER

Pero de todos modos, en lo que nos interesa para esta exposición, lo determinante es que el objetivo de tutela efectiva de los intereses de la víctima (y la consiguiente lucha contra la impunidad), es decir, los objetivos político-criminales del proceso penal, por un lado, y la lucha por la defensa de las libertades públicas siempre amenazadas por esa política criminal, quedan diluidos, opacados en la mirada unitaria sobre el proceso penal. Borrosas en sí mismas, como dimensiones insoslayables del proceso penal, y diluidas en la fuerza de su oposición sin armonía.

Es conveniente, en consecuencia, salvar ambas dimensiones y su contradicción, tal como lo hace la idea de antinomia fundamental. Este rescate es importante porque el desarrollo del proceso penal nos obliga a desarrollar ambas dimensiones en su lógica interna, que es diferente, así como a construir un saber práctico para cada una de ellas, conforme también a sus necesidades específicas. Un derecho procesal penal instalado en la mirada unitaria es como el conductor de una cuadriga que corrige la fuerza de uno u otro de los líderes, pero no deja desarrollarlos en su propia fuerza.

Debemos, pues, abrir una reflexión autónoma sobre la dimensión político criminal del proceso penal, independientemente del sistema de garantías. Pero entiéndase bien, ello no implica que deba dejarse de lado el sistema de garantías o debilitarlo: todo lo contrario, también una reflexión autónoma sobre ese sistema permite

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

desarrollarlo con mayor amplitud y sin autorrestricciones, fundadas en razones político-criminales.

Desde el punto de vista de la construcción de saberes prácticos, está faltando un tipo de conocimiento necesario para desarrollar una verdadera eficacia del proceso penal, independientemente del cumplimiento estricto del sistema de garantías o, incluso, de su ampliación.

La política criminal, como parte de las políticas públicas del Estado (de exclusiva gestión estatal, a diferencia de otras) es mucho más extensa que el proceso penal. De hecho, es solo uno de los instrumentos de ella, aunque uno de gran importancia, ya que está indisolublemente ligado a la pena, que es el instrumento político-criminal por excelencia. ¿Cuál es el saber que orienta, perfecciona y corrige a la política criminal? Todavía no se ha consolidado, y a lo largo del último siglo, tanto el derecho penal (en particular, el orientado a las consecuencias político-criminales) como la criminología, han pretendido ocupar ese lugar. Sin embargo, lo han hecho a medias y de un modo oblicuo. Incluso, una de las políticas públicas de mayor riesgo dentro del Estado (porque implica el uso de los instrumentos violentos del Estado) se encuentra en gran medida al garete, sin un saber que la controle y oriente, y por ende, sin reglas técnicas además de las políticas o morales, sin una comunidad de control, sin claridad en sus propuestas, sin un lenguaje común estabilizado que facilite el debate público y el control democrático.

ALBERTO BINDER

Creo que la constitución de una nueva disciplina, el análisis político-criminal deberá llenar este vacío. Una nueva disciplina no es nada más que eso, un ordenamiento clarificador de conocimientos que ya existen, pero que no han encontrado aún su método. El análisis político-criminal permitirá conjugar de un nuevo modo, hallazgos que ha hecho el derecho penal, la criminología o el mismo derecho procesal, pero en mayor medida permitirá trasladar la enorme cantidad de ideas, experiencias y controversias que giran alrededor del análisis de políticas públicas en los últimos cincuenta años.

En efecto, como señala SUBIRATS:

(...) los trabajos de gente como SIMON, DAHL, LINDBLOM, WILDAVSKY o MAJONE han resultado esenciales para comprender que la política no es solo preocupación por los mecanismos de poder y legitimidad, ni tampoco exclusivo interés por el mundo de la representación política, a través de análisis exhaustivos de partidos o elecciones. La llamada escuela de *public policy* nos ha ido aportando un volumen significativo de estudios y análisis en los que subyace la preocupación por la formación de decisiones políticas y su puesta en marcha. El mundo de las políticas ha permitido analizar la política en acción, conectado con otras disciplinas, como

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

la economía, el derecho o la sociología, en la voluntad de explicar procesos de intervención pública en sociedades pluralistas. (...) Se parte del presupuesto pluralista, en el que poderes y recursos se distribuyen de manera desigual, y en el que los procesos decisionales son más bien el resultado de interacciones múltiples en las que participan muchos actores (políticos electos, funcionarios de todos los niveles, pero también partidos, grupos de interés, expertos, académicos, medios de comunicación) de manera simultánea. Se “burocratizan” los procesos políticos, se “politizan” los procesos burocráticos, se socializan unos y otros”⁴.

En el mismo sentido, AGUILAR VILLANUEVA establece que:

(...) nuestros politólogos han prestado gran atención a la historia de la formación del sistema político, a los alcances y límites de su funcionamiento, a los canales y procesos de producción del consenso, a las varias patologías del sistema. Contamos con estudios extraordinarios pero pocas han sido comparativamente las investigaciones especializadas acerca de la forma, patrón

⁴ LINDBLOM, CH. E. *El proceso de...*, pg. 5.

ALBERTO BINDER

y estilo de elaborar las políticas, acerca de sus éxitos y fracasos en diversas áreas de asuntos públicos, que en mucho habrían ayudado a allegar evidencia favorable a las atrevidas hipótesis sobre el funcionamiento y destino (casi siempre imaginado como catastrófico) del sistema político⁵.

Por ello, insiste AGUILAR VILLANUEVA que el esfuerzo intelectual y práctico ha de centrarse en el proceso de la política, en sus condiciones de consenso, corrección y factibilidad, así como en su formación, implementación, impacto y evaluación. En averiguar y depurar la manera cómo ciertos problemas sociales o grupales devienen públicos, la manera cómo se obtiene y depura la información acerca de estos, cómo se les define y explica; las teorías causales que sustentan la construcción y evaluación de las opciones de acción gubernamentales, la confiabilidad de los cálculos de costos y beneficios, así como las consecuencias; los mecanismos gubernamentales de comunicación y persuasión para obtener el apoyo de los ciudadanos en torno de una política; los defectos y emergencias a lo largo del proceso de implementación, la evaluación de las políticas, los criterios para terminarlas o continuarlas, la opinión pública que juzga su efectividad y propone opciones diferentes de abordaje.

⁵ AGUILAR, L. *El estudio de...*, pgs. 6 y 22.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

¿Debe provocar el análisis político-criminal un desplazamiento de las tareas del derecho procesal penal? Sin duda, aunque esto todavía no se vislumbra con claridad, porque nos obliga a replantear buena parte de su aparato conceptual. Si el análisis nos brindara los conocimientos necesarios para procurar la eficacia del programa punitivo y la defensa de los intereses de las víctimas, al derecho procesal le compete, al igual que al penal, el desarrollo exclusivo de los límites al poder punitivo, es decir, la expansión del sistema de garantías. Cada saber, de este modo, sirve a una finalidad específica, no necesita realizar transacciones valorativas entre necesidades contrapuestas, y permite dotar coherencia racional a su estructura conceptual en la medida que también tiene en la base una coherencia valorativa sin necesidad de compromisos. No es otro, era en mi opinión, el programa original de V. LISZT, mientras no quedó desplazado por la idea de ciencia penal conjunta.

En efecto, tal como lo ha reconocido el propio ROXIN, para oponerse a esta concepción:

(...) la idea del fin en el derecho penal, bajo la que LISZT había colocado su famoso programa de Marburgo, es la meta de la política criminal, mientras que el derecho penal, como “magna carta del delincuente”, según expresa confesión de LISZT, protege, “no a la comunidad, sino al individuo que se rebela contra ella”,

ALBERTO BINDER

garantizándole el derecho de ser castigado solo bajo los presupuestos legales y únicamente en los límites legales. LISZT no quería, como hubiera sido consecuencia de su idea de fin, que “sin toda la triquiñuela formalista de los “criminalistas clásicos” se pudiera dar en el caso concreto una decisión que sirviera a la comunidad” sino que opinaba: “En tanto que aspiremos a proteger la libertad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal, en tanto nos vinculemos a la frase *nullum crimen, nulla poena sine lege*, así mantendrá también su alta significación política el arte estricto de una interpretación de la ley que opera conforme a principios científicos”. Desde esta base – continúa Roxin aunque sin aceptar las consecuencias – la misión del trabajo sistemático en derecho penal debe ser ajena e incluso contraria a toda finalidad político criminal⁶.

Tenemos pendiente una reorganización de los saberes alrededor del sistema penal. En gran medida la idea de “ciencia penal integrada”, “enciclopedia de las ciencias penales” o la idea de “ciencia principal y ciencia auxiliar”, todas tributarias de una mirada unitaria ha dificultado el desarrollo claro de las distintas disciplinas, como

⁶ ROXIN, C. *Política criminal y...*, pgs. 16 y 17.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

saberes prácticos al servicio de finalidades específicas y diferenciadas. Ello ocurre, incluso, en el derecho penal, que hoy oculta tras un desarrollo escolástico desmesurado, graves problemas teóricos y políticos en su base. En el caso del derecho procesal penal la situación es similar, salvo que en este, se ha renunciado a un aparato conceptual más complejo, para ganar en su inserción cotidiana en la práctica burocrática, provocando distorsiones político-criminales, siendo estas más profundas en el sistema de garantías que en el derecho penal.

Pero no se trata solo de discusiones metodológicas por más que ellas sean de gran importancia. La constitución del análisis político-criminal permite clarificar puntos de crucial interés para la política criminal en general, y para el proceso penal en particular. En primer lugar, una reflexión real sobre la eficacia nos abre una nueva dimensión a la cuestión de la legitimidad del poder penal. Este está sometido a una doble condición de legitimidad: una la que ya conocemos, vinculada al cumplimiento de todos los límites previstos en el sistema de garantías; la otra, a las condiciones reales de la eficacia. Es decir, condiciones de legitimidad que surgen de la propia política criminal. Estas son a su vez de dos tipos: la defensa real del interés de las víctimas, con toda la complejidad que esto puede llegar a tener (por los intereses contrapuestos de los diversos niveles de víctimas involucrados en cada delito), y la política criminal que no puede ser un ejercicio inútil de violencia, ni fundarse en meras suposiciones o fantasías (como hace en gran medida el derecho penal al proponer

como criterio de fundamentación la idea de prevención general).

Las finalidades político-criminales, como ocurre en toda política pública, a consecuencia del carácter instrumental del Estado, deben alcanzar objetivos sociales tangibles para ser legítimas. La política criminal de un Estado republicano, democrático y sometido al de Derecho, debe usar la violencia lo menos posible. El principio de mínima intervención rige toda la política criminal de este, diametralmente opuesto al de policía, que se funda en el ejercicio de la violencia.

Este principio se comprende mucho mejor cuando se integra a la política criminal dentro del marco de la de gestión de conflictividad – de las cuales ella es solo un segmento y no precisamente el de mayor capacidad de resolver aquella –. Es necesario abandonar, de una vez por todas, la idea de que el derecho penal y el proceso penal operan en un vacío, y pueden darse el lujo de ser autistas respecto a las otras formas de intervención en los conflictos. Tampoco es cierto que el derecho penal se enfrenta a la conflictividad de un modo directo; al contrario, siempre está mediado por esas otras formas de intervención, y es dependiente de su éxito o su fracaso.

Esta es otra manifestación del carácter subsidiario que tiene la política criminal, y que en los últimos tiempos ha perdido fuerza frente a quienes pretenden poner al poder

penal en el centro de las regulaciones sociales sobre la conflictividad.

En definitiva, las evidentes funciones político-criminales que se canalizan a través del proceso penal, la necesidad de realizar una reflexión mucho más rica sobre las condiciones de su eficacia y de construir un saber específico para la consecución práctica de esas finalidades, así como la necesidad de depurar al actual derecho procesal penal de la dualidad que le impregna la asunción de finalidades duales y contradictorias; es posible, en consecuencia, la apertura de una nueva mirada político-criminal sobre el proceso, que permita tomarnos en serio su eficacia y extender las exigencias democráticas también a esa dimensión.

3.2. Política criminal y contexto social

Señalar que toda política pública se da en un determinado contexto social es una obviedad. Sin embargo, para el caso específico de la política criminal sigue siendo una afirmación necesaria, ya que ella fluctúa entre una falsa autonomía o una referencia genérica al entorno social. O los problemas político-criminales surgen de necesidades internas (muchas veces, por una desviación escolástica, tales como las necesidades intrasistemáticas del derecho penal), o por simple lucha de doctrinas, o se busca referenciarla con problemas, tales como la pobreza, la exclusión, etc., que sin duda, por su radicalidad siempre tendrán algo que ver con ella, pero cuya referencia siempre

ALBERTO BINDER

estará mediada por otros fenómenos sociales. Llama la atención, sin embargo, la poca atención que se le presta a las diversas clases de conflictividad que forman el contexto más cercano a aquella, tanto en sus manifestaciones como en la manera de intervención, es decir, en la realidad de las políticas más cercanas. En el análisis de cualquiera de ellas, subyace siempre una visión de la sociedad. La cual no debe ser vivida como un prejuicio, sino como uno de los requisitos de toda comprensión de los fenómenos sociales, ya que el mismo sujeto que formule ese conocimiento será parte, lo quiera o no, del proceso que busca comprender. Esta irremediable inmersión en dicho proceso, hace que siempre tengamos una visión de él, más o menos consciente. Pero el análisis debe superar este nivel de comprensión del sentido común para formular con claridad los supuestos de esa visión, y de esa manera, facilitar el debate público. En especial, porque en todo momento debemos evitar la tendencia a que el análisis, por más riguroso que sea, reemplace aquello que es propio de las decisiones democráticas. Muchas decisiones político-criminales, como veremos, no son comprensibles en su magnitud o en su eficacia sin conocer los presupuestos de la visión social de la que se parte.

La sociedad, o mejor dicho, el proceso social (ya que no existe nada estático que pueda recibir el nombre de “sociedad”) está imbricado de conflictos y de acuerdos de cooperación. Es inimaginable una que no tenga conflictos. Esta frase parece obvia – y lo es en cierto plano –, pero

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

si analizamos las distintas posiciones que la teoría social y política ha tomado alrededor del conflicto, deja de serlo. Ha sido bastante usual la consideración del conflicto como una realidad transitoria de la sociedad, y ello ha empujado no solo a las valoraciones negativas sobre la conflictividad, sino a la creencia de que era posible pensar teorías que presupusieran una que no tuviera tales.

La fuerte presencia histórica del pensamiento utópico, aunque sea como técnica literaria es una muestra de ello, tal como nos ha señalado DAHRENDORF⁷. Partir de una visión conflictivista de la sociedad significa, antes que nada, repudiar una visión de la que es fundada en la idea de “orden”. Esto no quiere decir que ambas visiones estén en el mismo plano, ya que la idea de orden es siempre un constructo, en cambio la constatación de la existencia de conflictos puede ser sostenida como una evidencia empírica con mucho menor contenido de construcción si nos atenemos únicamente a esta. Fundar una política criminal sobre una u otra visión es determinante. GINER indica “la posibilidad de que ambas visiones de la sociedad sean, de hecho, muy compatibles, es menos que remota”⁸.

Sostener una visión conflictivista de la sociedad en este plano no implica asumir ninguna idea sobre el modo como

⁷ DAHRENDORF, R. *Las clases sociales...* (1957), *Ensayos sobre...* (1968), *El moderno conflicto...* (1988), entre otros. Es considerado uno de los autores principales de la moderna teoría del conflicto.

⁸ GINER, S. *El progreso de...*, pgs. 176 y 199.

ALBERTO BINDER

se resuelven esos problemas, ni acerca de las dificultades en la construcción de consensos o las reglas de dominación entre grupos. Solo importa señalar la realidad inocultable del conflicto en el proceso social y el rechazo a todo prejuicio sobre el valor del conflicto en sí mismo, como si fuera un elemento negativo, frente al carácter benévolo del orden social.

Es impensable una sociedad sin conflictos, es casi una contradicción lógica porque es inimaginable un proceso social sin cambio y sin movimiento, ello implica consensos y rupturas de estos, pluralidad de intereses, deseos y demandas insatisfechas, realizaciones y frustraciones; en fin, todo el material de la naturaleza humana del cual se nutre la idea del conflicto. La vida social es el resultado de una interacción constante de intereses, y este es el elemento básico de la conducta social del hombre. El conflicto de intereses domina la vida social (...). La contienda entre los diversos sectores conduce al cambio, que es universal y permanente.

La toma de conciencia del plano de la conflictividad al que se enfrenta la política criminal es doblemente importante para la consideración político-criminal del proceso penal, ya que por razones históricas a él, le ha costado asumir la base conflictual de la que parte. En la tradición inquisitorial – una de las manifestaciones más eminentes del derecho penal infraccional – lo que existe es orden y ruptura de este, nunca conflicto en el sentido que

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

hemos utilizado en los párrafos anteriores. Por otra parte, las políticas de intervención son delicadas, ya que se está tocando el elemento dinámico de la sociedad, allí donde se cuecen los valores del futuro.

La historia del proceso penal está plagada de ejemplos de la utilización del derecho penal para retrasar cambios inevitables, con gran costo para la vida social. De todas las políticas que tiene un Estado, aquella que implica ejercer violencia en la dimensión de los conflictos, debería ser la más precisa, la más pensada, aquella que se diseña sobre un conocimiento claro y exhaustivo de la realidad, la más cuidada y debatida; es decir, todo lo que hoy no hacemos con la política criminal y que genera su crónica falta de efectividad.

Esta reflexión en el contexto actual latinoamericano y en el desarrollo de las ideas democráticas en nuestra región, es muy importante. En primer lugar, se debe comprender que las condiciones de vida de nuestro continente – el más inequitativo del planeta – hace que sea una fortuna que tengamos sociedades conflictivas, que no aceptan sumisas esas condiciones de vida. Quizá ahora esta frase suene exagerada o demagógica, pero estoy convencido que en unos años la veremos con otra mirada, convencidos de que allí se están gestando nuevos valores de igualdad y solidaridad que serán finalmente asumidos como pilares imposibles de esquivar. O acaso, cuando hoy miramos la conflictividad de las primeras décadas del siglo XIX no

la asociamos a la aceptación – sin duda difícil, dolorosa, esforzada – de valores sobre la libertad y la igualdad que hoy nos parecen insoslayables, entre otros; los fundantes de la misma idea democrática.

América Latina no tiene otro horizonte que el de una sociedad altamente conflictiva, y eso no nos debe llevar a una mirada ni escéptica ni negativa sobre ese fenómeno. Todo lo contrario. Sin embargo, algo muy distinto es la capacidad que tengan nuestros estados para manejarla sin caer en el autoritarismo, en la comunidad violenta o en formas de abuso de poder, tanto del mismo Estado o de distintos grupos sociales.

En ese sentido, desde la realidad del proceso penal se han hecho muchos esfuerzos en los últimos años para adecuar sus reglas y estructura a condiciones mínimas, provenientes de la idea republicana y del propio Estado de Derecho (oralidad, división de funciones entre jueces y fiscales, publicidad, defensa, etc.); y el proceso de reforma de la justicia penal en nuestra región ha sido rico en reflexiones técnicas y políticas sobre los vínculos entre las primeras etapas de la nueva democracia en América Latina y la administración de justicia penal. Pero hoy ya todo ello es insuficiente. Las demandas de la sociedad sobre el sistema democrático son hoy más grandes. Existen sobre una mayor eficacia en garantizar una convivencia pacífica (no todas dirigidas a la justicia penal, como suele creerse, en una interpretación sesgada), en el sentido de acabar con

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

los tradicionales bolsones de impunidad (delitos de los poderosos, corrupción, criminalidad económica, delitos de lesa humanidad, etc.), demandas en una mayor sensibilidad respecto de las necesidades de las víctimas, tan olvidadas como los derechos del imputado (y no es cierto que esos derechos sean olvidados por respetar el sistema de garantías, sino que estas son olvidadas por la prevalencia de intereses corporativos y burocráticos en la justicia penal). En fin, por fortuna, el proceso penal está hoy sometido a nuevas y exigentes demandas. Por desgracia, no estamos respondiendo con la profundidad y celeridad que requiere la sociedad, en el diseño de nuevas y eficaces políticas de persecución penal; al contrario, nos hemos dejado ganar de mano por el nuevo populismo penal, que oculta los problemas, distorsiona la demanda social y mantiene a nuestros sistemas en un nivel de ineficacia útil para interés sectoriales.

3.3. Populismo, retórica e inflación penal

Cualquier análisis elemental del funcionamiento del sistema penal puede demostrar sus grandes niveles de ineficacia. Esto en cualquiera de sus niveles. Si tomamos el sector de los delitos no tradicionales, esa ineficacia llega a parámetros tan altos que puede ser calificada de absoluta – criminalidad económica, delitos de los poderosos, corrupción, economía ilegal, delitos contra el medio ambiente, etc. –. En el plano de la criminalidad tradicional, también presenta grandes niveles de ineficacia

y el descontrol general sobre los problemas de criminalidad urbana es solo una señal. Es más, estos serían mucho más grandes si se respetaran derechos mínimos, ya que gran parte de la eficacia se consigue todavía gracias al uso distorsionado de la prisión preventiva.

Sin embargo – y esto no deja de ser altamente llamativo –, se sigue apelando a la “solución penal” para responder a los problemas más variados, ya sean importantes, populares o simplemente menores. Esto ha provocado el fenómeno conocido como “inflación penal”, que es la ampliación de la cantidad de las leyes, de pérdida de orientación de la legislación penal y de su capacidad comunicativa, es totalmente complejo y no resiste una sola explicación.

El recurrir a la amenazas del uso de la violencia es una figura retórica que esconde la poca predisposición de tomarse en serio la solución de un problema. Muchas cuestiones que se pueden solucionar con otro mecanismo de intervención en conflictos, de tal manera que si esos mecanismos son solucionados o perfeccionados, se ingresan al sistema penal para evitar tener que afrontar la tarea de crear o perfeccionarlos.

Hoy, en consecuencia, una de las formas de mantener al sistema penal en un estado de infructuosidad es, justamente, esa inflación. Para muchos sectores políticos es por otra parte, una forma sencilla de demagogia política; reemplaza la responsabilidad y capacidad de buscar

solucionar con el golpe airado sobre la mesa que promete castigar y encarcelar a todo el mundo, aunque a los pocos meses uno pueda demostrar que nada de eso ha ocurrido y ni siquiera se han tomado las medidas más elementales para poner en marcha el programa punitivo. Atrás de esto se encuentran conductas muy profundas del presente, es lo que se conoce como “industrias del miedo”.

A partir del hito que ha significado el libro de CHRISTIE⁹ que mostró la influencia del mercado carcelario en la prisión punitiva, ya no se puede tener una mirada ingenua sobre todos estos fenómenos. Otros se han sumado a este, en primer lugar, el mercado de la seguridad privada, uno de los más dinámicos de la región y en continua expansión. Este, tal como hoy está estructurado se nutre de la inseguridad objetiva y del miedo. Su negocio es la inseguridad real, la sensación de esta y la ineficacia de las políticas públicas de seguridad (de donde recluta, por otra parte, a sus principales actores, sean dueños de las empresas o simples agentes y empleados). Existe otro mercado que proviene del espectáculo del miedo, que hace el nuevo amarillismo masivo, que nos aterra con sucesos reales o con la edición repetitiva de hechos ocurridos a veces a miles de kilómetros. Y existe finalmente una industria política, que hace que muchos dirigentes prometan “mano dura” como una forma de lucrar con el miedo de la gente, evadir las relaciones de representación – tan poco respetadas por los

⁹ CHRISTIE, N. *La industria del...*

ALBERTO BINDER

dirigentes políticos de esta época – para establecer las de protección o “señorío”, tan propias del caudillismo o del viejo fascismo.

Lo dicho hasta ahora no niega que existan situaciones de mayor violencia, en especial en las grandes urbes, causadas por una trama compleja de variables económicas, demográficas, familiares y morales, que conforman una nueva cultura de la violencia en nuestras ciudades. Pero es justamente lo difícil de esta lo que obligaría a no caer en el rápido expediente de la amenaza, además cuando se sabe que resulta inútil. Como hemos dicho, el desarrollo de las nuevas políticas de gestión de la conflictividad en democracia deben ser las que respondan a esa realidad. Por ello, el problema no está en la queja ciudadana, en la demanda de seguridad, en el repudio a la cultura de la violencia, todo ello constituye demandas legítimas de una sociedad que no tiene la obligación de diseñar las soluciones adecuadas. La cual compete a los sectores dirigenciales, de todo tipo, y son precisamente estos los que hoy no atinan a diseñar soluciones inteligentes y profundas para un problema de tal magnitud. Les resulta más sencillo apelar a soluciones populistas, engañar con una falsa energía que esconde la pasividad, asustar más a quien ya lo está y mantener al sistema penal desahogado, fuera de cauce, girando en falso, y de ese modo, garantizar también los grandes bolsones de impunidad. La ineficacia del sistema penal se ha convertido en un gran negocio.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

La dogmática penal también tiene su parte de responsabilidad en este problema. Es bastante usual ver coexistir sus quejas ante la inflación penal con una casi inmediata preocupación por los problemas más nimios, con la creación de una agenda de situaciones artificiales y muchas veces impuesta por las modas intelectuales antes que por el responsable análisis de los problemas sociales. Una dogmática penal impregnada de un nuevo moralismo, escondido en jerga sociológica o política superficial, pero sobre todo, que esconde modelos político-criminales, que los encubre en soluciones aparentemente técnicas o de sistema, y que bajo el pretexto de desarrollar el equilibrio, en realidad lo fabrica y lo renueva desde posiciones políticas, sin control y sin competencia.

En definitiva, la nueva retórica del populismo penal se expande por su gran capacidad de prestar servicios a los negocios y mercados que subyacen al sistema, permite prosperar a una dirigencia irresponsable o incapaz de diseñar verdaderas soluciones, así como crecer hasta el hartazgo a una dogmática penal escolástica, que no toma el guante de las grandes interpelaciones sociales y las desdeña como asuntos menores, “irrelevantes” en términos científicos y, posiblemente, lo que sea más grave, permite mantener amedrentados a los ciudadanos, rompiendo las exigencias que ellos mismos podrían hacer a sus dirigentes, los gravísimos problemas que debemos enfrentar para organizar la sociedad, la economía y el Estado, bajo parámetros verdaderamente republicanos,

democráticos y sometidos al Estado de Derecho.

Como ya hemos dicho, la ineficacia del sistema penal no es un “hecho”, es un gran negocio, una construcción social compleja. Quienes quieran ocuparse realmente por revertir esa situación, deben repudiar clara y rotundamente, el populismo irresponsable de la retórica, de la mano dura cuya mayor fuerza consiste en presentarse como parte del sentido común cuando en realidad, es la visión ideológica de los sectores que lucran con la situación de inseguridad.

3.4. Proceso penal y política criminal. Cinco grandes tareas

Reflexionar democráticamente en la eficacia del proceso penal presenta un desafío a un pensamiento como tal, que asume rápidamente las formas y los métodos del sistema autoritario. Centrarse en la eficacia significa, por una parte, hacerlo en la persecución penal, como actividad organizada del Estado para acabar con la impunidad, es decir, para volver real el programa punitivo y, por la otra, poner a disposición de las víctimas los instrumentos necesarios para que ellas sean gestoras eficientes de sus propios intereses. Nada de eso significa – ni debe – un debilitamiento del sistema de garantías; no lo es ni debe, ya que en un Estado sometido al Estado de Derecho, el respeto a esos límites es una condición esencial de la legitimidad del poder penal.

En la situación actual de ineficacia existen cinco tareas que se presentan como urgentes y que deben ser destacadas en una visión político-criminal del proceso penal; las cuales son desarrolladas a continuación.

3.4.1. Construir una visión estratégica de la persecución penal

Desde el punto de vista de los intereses personales de la víctima, el proceso penal se enfrenta a un caso, a un conflicto individual en el que una o varias personas están inmersas, y que extiende sus efectos a un círculo restringido.

Y tratándose de la persecución estatal, este se enfrenta a un caso, en tanto expresión de una regularidad social. Es discutible si puede existir una intervención estatal más extensa si no está en juego una regularidad social respecto de la cual existe un interés como tal, en que disminuya o desaparezca, es decir, lo que en términos técnicos se conoce como control de la criminalidad.

Ello no significa que el Estado no deba prestar auxilio a las víctimas en otros casos, pero el fundamento de su intervención (acción pública) es totalmente distinta a las regularidades sociales (otras formas de acción pública, ya que ella, si es que constituye un concepto que se deba mantener, tiene diversas formas y fundamentos).

ALBERTO BINDER

Los fenómenos criminales más comunes (y respecto a los que algo se puede hacer) responden a estructuras reconocibles. Por ejemplo, muchas de ellas lo hacen a formas de mercado, tales como el robo de vehículos, robos de mercaderías, incluso la pequeña rapiña, robo de ganado, hasta llegar a los niveles más complejos, tales como el ilegal de capitales, el de personas, etc. Una parte importante de las agresiones responde también a patrones sociales, como la violencia doméstica, las reyertas entre pandillas juveniles, la violencia en los espectáculos, etc. Las formas de resistencia política que utiliza la violencia ilegal también responden a regularidades. En fin, gran parte del fenómeno de la criminalidad responde a patrones comunes, a formas sociales, a acciones colectivas estructuradas. La persecución penal, sin embargo, de un modo casi exclusivo, se sigue organizando bajo la lógica del caso a caso. Es cierto que el sistema de garantías como es correcto, se debe preocupar de cada uno, pero desde la persecución penal estatal, este debe ser visto como parte de una regularidad social. La finalidad de control de la criminalidad se vuelve tangible, frente a la metafísica de la prevención general.

Un ejemplo simple nos puede aclarar la idea. El robo de vehículos es paradigmático. Se trata de un tipo de criminalidad común, que preocupa al conjunto de la sociedad y genera altos costos. Prácticamente es impensable considerarlo por fuera de la estructura de este mercado. O se roban para vender ciertos vehículos más costosos – normalmente en otros lugares distintos al del robo, implica una logística de traslado – o para desarmarlos y vender las

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

piezas separadas como repuestos. Todo esto responde a una lógica económica de ganancias y se organiza como cualquier mercado, con proveedores de distintos niveles, acopiadores, distribuidores, vendedores y compradores. Un fiscal que pretenda tener éxito persiguiendo caso por caso, por fuera de esta lógica, seguramente no tendrá ningún éxito en términos de control de la criminalidad, e incluso, desde esa perspectiva puede agravar los problemas, como ocurre cuando se provoca la participación de ladrones, cada vez más jóvenes y menos adiestrados, lo que aumenta la violencia. Desde el punto de vista de la sociedad no hay ganancia en esa persecución penal.

Frente a la persecución penal estatal organizada de un modo ciego caso por caso, pretendemos construir una persecución penal estratégica (en adelante PPE), que integre la acción del ministerio público con otras acciones en distintos niveles, y esté guiada por la consecución de un objetivo claro de control de la criminalidad. ¿Qué sentido tiene perseguir cada robo de vehículo en particular, si nada se hace con los acopiadores, intermediadores y vendedores de los otros segmentos del mercado?

Una visión político-criminal del proceso penal nos empuja hacia una visión estratégica de la persecución penal. Los nuevos códigos procesales que han surgido del movimiento de reforma de la justicia penal de las últimas dos décadas han legislado métodos e instituciones que solo tienen sentido cuando están vinculadas a la PPE, tales

como las formas de reconocimiento del colaboracionismo, el principio de oportunidad, las formas especiales para procedimiento complejo, etc. En general, todas estas instituciones o están siendo subutilizadas o utilizadas en el marco de un caso particular, sin visión estratégica, lo que distorsiona la legitimidad de esas medidas, o las vuelve propicias para el abuso o la arbitrariedad.

3.4.2. Modernizar el sistema de investigación de los delitos

Pero así como es insoslayable para un adecuado cumplimiento de los fines político-criminales del proceso, organizar la persecución penal bajo un paradigma distinto, es impensable que cumpla sus finalidades sin el apoyo de un sistema eficiente y moderno de investigación de los delitos. Aquí nos encontramos con otra de las grandes tareas político-criminales del proceso penal.

Es cierto que el sistema de investigación de los delitos es algo mucho más extenso y complejo que el propio proceso penal; pero también es cierto que no es posible construir un sistema de investigación moderno y eficiente por fuera de las exigencias, demandas, controles y resultados de este, que es quien recibe, procesa y da validez a lo arrojado de una investigación.

Las tareas necesarias para modernizar el sistema de investigación son varias y extensas. En primer lugar, hay que asumir la idea misma de “sistema de investigación”.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

El uso ágil, coherente y rápido de toda la información disponible en la vida social requiere metodologías de captación de la información, nuevas, extendidas, creativas, flexibles y acumulativas. Esto está muy lejos de la actual situación en la que fiscales y policías ni siquiera logran acceder de un modo eficiente, rápido y productivo, a la información que produce el mismo Estado. La profunda burocratización del Estado que actúa por sectores estancos hace que él mismo sea una caja negra para las investigaciones, o la información se deba lograr con esfuerzos totalmente desmedidos que terminan agotando a los buenos investigadores, abrumando a los inexpertos y dando las mejores excusas a los mediocres, corruptos o burócratas que solo tienen interés, en el mejor de los casos, de mover los expedientes para no tener problemas.

Las deficiencias en el uso de la información disponible se acrecientan cuando se trata de construir una nueva. Si la persecución penal se enfrenta a regularidades, es evidente que ellas producen mucha información justamente sobre sus elementos constantes. En la gran mayoría de los países de la región, los mecanismos para obtener, sistematizar, actualizar y analizar la información específica sobre los fenómenos criminales se encuentra en pañales. Las direcciones de inteligencia policial o no existen, o son recientes, o se encuentran deficientemente organizadas. Vemos pues que, la primera tarea de todo sistema moderno de investigación de los delitos, que es tener información actualizada, sin la cual una PPE es difícil de construir, se

encuentra todavía en ciernes.

Otro elemento central de un sistema de investigación de los delitos es la cooperación entre los distintos tipos de policías, y entre estas y otros agentes del Estado que llevan adelante investigaciones. Agentes aduaneros, de migraciones, de las oficinas de impuestos, de control financiero o bancario, de monopolios, de registros inmobiliarios, en fin, diversas clases de agentes e inspectores que producen información, llevan adelante investigaciones, que no tienen ningún tipo de cooperación, o ella se logra esporádicamente, o bien a costos y esfuerzos muy elevados. No solo en la criminalidad no tradicional esto es un golpe mortal a la eficacia, sino que aun en muchos casos de criminalidad común, afecta de un modo determinante la contribución que el proceso penal pueda hacer al control de esta como tal.

A ello debemos agregarle que la carencia de verdaderas policías de investigaciones autónomas en la mayoría de nuestros países, o modelos de estas, burocratizados por su cercanía con las reglas judiciales, hacen que el propio trabajo de la policía no responda a las exigencias de una verdadera investigación. El apresuramiento, una vocación por registrar antes que investigar, la falta de capacidad, la inestabilidad y falta de preparación de los operadores, y otros problemas de organización, métodos y recursos, hacen que la eficacia de aquella tenga mermas importantes. Finalmente, el tema de la falta de coordinación y

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

cooperación entre policías y fiscales es ya un clásico, respecto del cual se expresan todas las intenciones, pero se avanza poco. En gran medida la falta de claridad acerca de cómo organizar el trabajo del ministerio público y la burocratización de la propia tarea de la policía, hacen que no existen canales organizacionales, culturales y de método para un trabajo mancomunado, que es mucho más que cooperación y coordinación.

3.4.3. Evitar la sobrecarga endémica

Cuando tenemos una visión de la política criminal, vinculada a las restantes políticas de gestión de la conflictividad, surge como es evidente, y ya se ha visto, lo que llamamos crisis externa al sistema penal; es decir, la debilidad, ausencia o ineficacia de los restantes mecanismos de intervención de la conflictividad produce un efecto de congestión endémica de la justicia penal. No funciona el juicio ejecutivo, penalizamos el cheque, no funcionan los juicios ordinarios, entonces convertimos los incumplimientos de contrato en delitos, no funcionan los mecanismos de mediación, entonces usamos al proceso penal como forma de extorsión o negociación indirecta. El proceso de reforma de la justicia penal fue bien consciente de este problema y la gran mayoría de los códigos nuevos tienen incorporados los mecanismos procesales para el diseño de políticas amplias de diversificación, que permitan responder de un modo creativo al problema de la sobrecarga endémica.

ALBERTO BINDER

Los procedimientos abreviados, simplificados, especiales, las formas conciliatorias, la suspensión del proceso a prueba, la reparación directa, en fin, un conjunto de mecanismos procesales aptos para canalizar una respuesta diversificada a la multiplicidad de casos que no requieren una respuesta penal, o es muy costosa o poco eficaz.

Es importante indicar que el solo hecho de contar con mecanismos procesales no alcanza para construir una política de diversificación que esté a la altura de la gravedad del problema. Es necesario que las instituciones encargadas, en particular el ministerio público, pero también en su porción de injerencia la propia Judicatura, asuman una política completa de impulso en el uso coherente de estos mecanismos. Muchos textos procesales han incluido figuras tales como la suspensión del proceso a prueba, que permite aplicar todo un abanico de medidas sustitutivas de la prisión. Empero, es inusual que se apliquen con un sentido claro de su finalidad, o se realicen programas para que tengan efectividad o exista algún tipo de seguimiento. Lo que debería ser una forma de construir mensajes sociales de responsabilidad con mucho menor contenido de violencia se convierte en medidas administrativas, sin seguimiento, o en formas de punición indirecta para evadir el rigor probatorio, o puros trámites sin mayor reflexión.

Se podría decir con justicia que las políticas de diversificación no son estrictamente medidas político-

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

criminales sino, precisamente, una forma de evitarlas, por otras con muy bajo o nulo contenido de violencia. Sin embargo, dada la crisis externa que opera sobre el sistema penal y las profundas distorsiones político-criminales que produce la sobrecarga endémica sobre este tipo de justicia, una amplia política de diversificación es actualmente una condición esencial para el desarrollo de una criminal reducida, precisa, que minimice los costos sociales de su uso y busque alcanzar algunos, por lo menos, de los objetivos que se le asignan.

3.4.4. Utilizar todos los recursos sociales

La impunidad es una preocupación social. La historia reciente de nuestros países muestra que es mucho más de ciertos sectores sociales que de los funcionarios estatales. Ellos se acostumbran a convivir con situaciones de ineficacia casi absoluta, sin entrar ni generar ninguna crisis. Esto ocurre, como ya hemos dicho, en áreas centrales como las violaciones a los derechos humanos, los delitos económicos, la corrupción, los delitos medioambientales, etc. En ellos suelen ser organizaciones, vecinos, etc., quienes hacen avanzar, aunque sea un poco, los graves y complejos casos.

También el diseño de los nuevos sistemas procesales ha incorporado nuevas herramientas de este tipo. Sin embargo, ya sea porque todavía la sociedad no tiene la capacidad para utilizar estos específicos mecanismos

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

y que la introducción de los intereses concretos de las víctimas produce en muchas ocasiones un desplazamiento sano de los intereses burocráticos.

La mayor distancia en el reconocimiento de los derechos de las víctimas se observa en la práctica de los fiscales, pero también en los modelos de organización del ministerio público, en las estrategias de los casos y en la poca capacidad de diálogo entre querellantes públicos y privados, quienes no solo se observan como enemigos, sino que suelen actuar como tales, durante el desarrollo del proceso con grave perjuicio para la tutela de los intereses que unos y otros dicen proteger.

La vieja idea de la acción pública como un atributo esencial del Estado, que preserva la vigencia de las leyes penales por fuera y con prescindencia del compromiso de los afectados, no solo no responde a la configuración histórica de esa facultad y de ese concepto, sino que cada vez se muestra más alejada del funcionamiento real de los sistemas procesales. No se trata de volver a discutir toda la teoría de la acción sino de poner en evidencia, conforme a las necesidades actuales, sus verdaderos fundamentos, siempre ligados a los intereses de personas de carne y hueso, sean estas una, algunas, muchas o todas.

procesales (acciones colectivas, nuevas acciones populares, querellantes institucionales, etc., y, en particular, porque los fiscales u otros sectores del Estado (organismos de control, etc.) no diseñan políticas específicas de colaboración ni de utilización de las capacidades instaladas de estos sectores sociales. Al contrario, suelen entrar prontamente en conflicto con ellos, aunque – por lo menos en abstracto – defiendan los mismos intereses, o los desplazan, desalientan o directamente atacan. Esto genera que mucha de la energía social de lucha contra la impunidad no tenga donde canalizarse, y menos aún, sea usada por las instituciones encargadas de llevar adelante la persecución penal para lograr que exista mayor eficacia.

3.4.5. Una víctima con derechos. Al rescate de la acción

Finalmente, el objetivo de toda política criminal es procurar la tutela de derechos de las víctimas, individuales y colectivas, con todas las categorías que existen entre el individuo y la sociedad como un grupo de personas, y no como una abstracción. También los nuevos sistemas procesales penales han dado un salto importante en el reconocimiento de esta finalidad y de los derechos de las víctimas. Sin embargo, la práctica de los sistemas todavía está muy atrasada en este campo y la vieja idea de que esta era un sujeto que debía ser desplazado para “racionalizar” el ejercicio del poder penal sigue teniendo fuerza, por más que uno muestre con creces que el modo de ejercicio funcional de los propios funcionarios dista de ser racional,

3.5. Conclusiones: Mínima intervención. Máxima precisión y eficacia. El concepto de eficacia no violenta

Sin duda, en el proceso penal se expresan de un modo eminente los mecanismos de preservación de las libertades públicas y ello constituye una de sus principales preocupaciones. Mucho ganaría el derecho procesal penal – como disciplina – si se ocupara solo de esta perspectiva. Hemos visto, por otra parte, que las normas procesales penales son también instrumentos político-criminales. Pero como tales instrumentos están al servicio de una política pública que excede su expresión normativa. El análisis político-criminal nos sirve para clarificar y dotar de eficacia esa función instrumental, saliendo de los estrechos márgenes de la dimensión normativa, por más que la integremos adecuadamente.

Pensar la eficacia de la política criminal es un problema de mayor entidad, porque se trata de aquella que usa instrumentos de gran riesgo, tal como la violencia y la restricción de la libertad. Una política de esas características no puede darse el lujo de ser ineficaz; en ese caso, carecería de toda legitimidad. El poder penal está sometido a una doble exigencia de esta. Una proviene del sistema de garantías; la otra de su eficacia político-criminal.

En un sistema democrático la política criminal forma parte integrada de todo el sistema institucional de gestión de conflictos. De su propia naturaleza violenta y de las dificultades de cumplir objetivos de pacificación mediante

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

el uso (por más que sea legítimo) de la violencia, surge el principio de mínima intervención, que no solo significa poca política criminal, sino precisa, adecuada, sometida a un fuerte estándar de efectividad. Caso contrario, es ilegítimo inyectar violencia de la sociedad.

Por tal razón, debemos ahondar la reflexión y análisis de las condiciones de esa efectividad. De allí surgen evidentes tareas para el proceso penal, que implican superar la visión burocrática, la centralidad del trámite, el juego ambiguo entre la lógica del caso y las necesidades sociales generales, que le permite, según le convenga, instalarse en la visión interna del caso o en la externa de las necesidades de la sociedad. La precisión y utilidad que reclama la política criminal requiere un tipo de aparato conceptual al servicio de esas exigencias que hoy todavía no tenemos. Constituye una de las tareas más importantes del presente construir el método que nos permita diseñar, ejecutar y controlar la política criminal, dentro del conjunto valorativo del sistema democrático sometido al Estado de Derecho, con mayor rigor, menor contenido emocional y un amplio debate público. Eficacia no significa aumentar el contenido violento del poder punitivo, sino todo lo contrario. Eso constituye el núcleo de las exigencias político-criminales al proceso penal de nuestro tiempo, y una de sus tareas más urgentes.

ALBERTO BINDER

3.6. Fuentes

AGUILAR, L. *El estudio de las políticas públicas*. México: Porrúa, 2003. 3.^a e.

BINDER, A. M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993. 1.^a e.

CHRISTIE, N. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

DAHRENDORF, R.

- *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*. Madrid: Ediciones Rialp, 1957.
- *Ensayos sobre teoría de la sociedad*. 1968.
- *El moderno conflicto social*. Madrid: Mondadori, 1988.

GINER, S. *El progreso de la conciencia sociológica*. Barcelona: Península, 1974.

LINDBLOM, CH. E. *El proceso de elaboración de políticas públicas*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1991. Trad. Eduardo Zapico Goñi.

MAIER, J. *Derecho procesal penal*. Argentina: Del Puerto, 2004. T. I.

ROXIN, C. *Política criminal y sistema del derecho penal*.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

Barcelona: Bosch, 1972. Trad. Francisco Muñoz Conde.