

VÍCTIMA Y SISTEMA PENAL

Julio B. MAIER*

SUMARIO: I. *A modo de introducción.* II. *Algo de historia.*
III. *Una visión sociopolítica del tema.* IV. *A manera de conclusión.*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Nosotros, quienes ya contamos los años hacia atrás, miramos frecuentemente al mundo desde una perspectiva de sentido diferente a aquella que nos guiaba cuando éramos jóvenes. No lo miramos al revés o “patas para arriba”, como alguien podría suponer, sino que lo observamos como sentados en los asientos de un tren, en aquellos que miran hacia el furgón de cola en lugar de mirar hacia la máquina que conduce la procesión de vagones. De vez en cuando, quizá muy de vez en cuando, nos asomamos al trascurrir del presente por la ventanilla lateral, visión que es superada rápidamente por la marcha del convoy. Menos frecuente aún es el hecho de que intentemos cambiar de asiento para mirar hacia adelante. Y cuando intentamos esta última visión, dirigida hacia el futuro, la practicamos como verdaderos espías o, mejor dicho, espiones, procurando observar el panorama por el ojo de la cerradura y abarcar tanto panorama como es posible observar por un agujero pequeño. Claro es, sin embargo, que, en ocasiones, también las

* Investigador y profesor en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Impulsor del sistema acusatorio en América Latina.

menos frecuentes, la máquina que presta su energía para que el tren circule están ubicadas atrás y no adelante.

Preocupados por la pérdida de nuestras habilidades tanto físicas como intelectuales, por nuestro andar canino y en ocasiones doloroso, por el deterioro irreversible de nuestro funcionamiento orgánico, a veces tan complejo que porta nombre de una enfermedad física o psíquica, en fin, por la desaparición paulatina de nuestras costumbres, de nuestra poesía, de nuestra música, reemplazadas por otras costumbres, otra poesía y otra música que emerge con vigor e impiadosamente a nuestro alrededor, incluso por la desaparición personal de nuestros íconos y nuestros compañeros de generación, todos reemplazados por otra cultura y otras personas, solemos orientar nuestra visión hacia la conversión de nuestras experiencias en leyendas y dedicar nuestra acción hacia cierto conservadurismo innato.

Los otros, la mayoría, por cierto, desborda caritativamente su homenaje hacia nosotros, actitud que con razón, sin embargo, no llega al nivel de imitarnos y nos ayuda a vivir y a morir en la complejidad que constituye nuestro mundo y nuestra cultura comunes, nos empujan hacia adelante tanto como pueden.

Aun cuando sea difícil de explicar y, más aún, de imaginar y creer, ésta es la plataforma, el atalaya, desde la cual encaré y luego experimenté mi participación en las Jornadas sobre el juicio penal oral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en México, que versaron, básicamente conforme a sus exposiciones, sobre el papel y posición de la víctima en el sistema de enjuiciamiento penal.

II. ALGO DE HISTORIA

Creo que fui testigo presencial y, por momentos, parcialmente protagonista de aquello que dio en llamarse “reforma del sistema de justicia penal en la América hispánica”. Nací en el mismo año y en el mismo lugar de su origen remoto, en la ciudad de Córdoba (Argentina) de 1939, aunque, por supuesto, no caí en

la cuenta de ello hasta el periodo de mis estudios universitarios en la Facultad de Derecho de su Universidad, antes bien, hasta los últimos años de mi carrera académica de grado (1960). Creo que este origen, con sus más y sus menos, tuvo nombres directos tanto desde el ángulo de observación institucional como desde el personal: el Código procesal penal de Córdoba 1939 y Alfredo Vélez Mariconde, su mentor e instructor. Al CPP de Córdoba de esa época lo siguieron, casi inmediatamente, un ramillete limitado de provincias argentinas y una indiscutible expansión cultural y académica por los países de Hispanoamérica, al punto de que este movimiento culmina en el primer Código de la República de Costa Rica, que incorporó no sólo el juicio penal oral, sino que, además, transformó totalmente la organización de la justicia penal en ese país. Yo, que no soy historiador, puedo dar fe de ese logro cultural con una anécdota que existió en la realidad y que, por razones de límite, reduciré a dos personajes: un mexicano y yo, para evitar un relato complejo, relato que, sin embargo, podría ampliar a varios protagonistas más de origen iberoamericano. Inmediatamente después de culminar mi periplo académico de grado, tuve la suerte de poder estudiar derecho penal, procesal penal y filosofía del derecho en la Universidad de Múnich (República Federal de Alemania, 1964-1965), materias que, en particular las dos primeras, conforman una unidad académica en las universidades de ese país. En lo referente al DPP, para simplificar, mi inserción en ese mundo de conocimientos fue casi inmediata, gracias a las enseñanzas y a la cultura jurídica que sobre el particular había recibido como estudiante en la Universidad Nacional de Córdoba. Recuerdo aún a un conmlitón mexicano y a sus penurias para entender el sistema judicial alemán, al punto de que, sin tener nuestras conversaciones el carácter de clases mías, debí explicarle en términos sencillos el sistema de enjuiciamiento del que yo provenía, muy similar al alemán de esa época —un análisis comparativo en *La Odenanza procesal penal alemana...*, Buenos Aires, Depalma, 1972 y ss.—, con el mismo origen histórico del código cordobés. Incluso, según recuerdo, todo terminó con una visita al

Palacio de Justicia de Múnich (*Karlplatz*) para presenciar un juicio penal oral. Me viene también a la memoria cómo me “pagaba” las “lecciones” mi conmlitón, pues, pacientemente, me explicaba la Revolución mexicana, sus pasos y sus héroes, dado que el debate político —en algunos casos lamentablemente— era tema diario de los encuentros latinoamericanos. Hoy estoy seguro de que esa anécdota no hubiera ocurrido, al menos en los términos en los que yo la cuento: un licenciado en derecho mexicano no necesitaría ese auxilio, y yo debería recurrir al escaso ingenio que tengo para “pagarle” sus lecciones de historia mexicana. En ello, quizá, pueda ver un observador atento y sutil uno de los logros del proceso reformista en la materia.

Las palabras, los significados, también tienen su valor y son parte de nuestra realidad. En ocasiones ellas y ellos, con el tiempo, logran avanzar a realidades empíricas más tangibles. El Proyecto CPP Nación 1986-1989, reformista argentino que yo presidí, fracasó legislativamente, por múltiples razones, entre las cuales se destaca la entrega anticipada del poder político por el presidente, Raúl Alfonsín, y, sin embargo, provocó académicamente todo un nuevo vocabulario para referirnos al DPP, con desplazamiento del histórico, estableció un nuevo programa académico para enseñar y discutir el DPP, aclaró el panorama para el ingreso legislativo inmediato del juicio oral en el sistema judicial federal argentino (1993) y pergeñó casi a la letra el CPP modelo para Iberoamérica, modelo con el que comenzó en Guatemala la llamada “reforma latinoamericana de la administración de justicia penal”, manifiesto valorado hasta hoy en la reforma mexicana. Él fija, después de mucho tiempo, el comienzo (1990) de la nueva oleada reformista en la región.

No es mi propósito reseñar el estado de la reforma procesal penal en Hispanoamérica; no tendría sentido, porque estoy apartado de ella y ya no sostengo el mismo modelo (mi *Dpp*, t. IV, *addenda*, aclara cuál es hoy, a mi juicio, el modelo correcto a seguir), pero casi todos los países hispanoamericanos, unos más, otros menos, han sido influidos por aquel modelo, no sólo acadé-

micamente, sino, antes bien, legislativamente, y han introducido una manera nueva de administrar justicia penal.

III. UNA VISIÓN SOCIOPOLÍTICA DEL TEMA

Escuché en las Jornadas con atención al profesor Luis Pásara, a quien no conocía, pero lo sabía autor del reciente libro: *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*, México, UNAM, 2015, que, confieso, todavía no he podido leer atentamente. Él presentó una versión sociológica de la reforma, midiendo ciertos aspectos básicos de ella y comparándolo con los números estadísticos anteriores, con el sistema antiguo. Es conocida su opinión pesimista que, para decirlo en síntesis y vulgarmente —de otra manera yo no lo podría decir—, expresa que la reforma del enjuiciamiento penal no se traduce en mayores cambios en el mundo real. Lejos estoy de discutir con él este resultado, de debatir acerca de estadísticas, en primer lugar porque no conozco otras cifras y, principalmente, porque mi profesión es la de jurista, no soy sociólogo ni criminólogo, ámbitos en los que me muevo como un hechicero en medicina. Todo lo contrario, confío y creo que él tiene razón en lo principal: la reforma no ha logrado, y probablemente no logre en un futuro inmediato, modificar el mundo real de modo que ella aparezca como una verdadera revolución. Para este aserto bastan las cifras de los llamados “presos sin condena” que expone este continente y que gobiernan nuestros países. A esa revolución, con resultados palpables en la administración de justicia, sólo se llegará, a mi juicio, si varía la diferencia real existente entre las personas que habitan estos suelos —cambio que no depende en gran medida del orden jurídico—, si nos aproximamos bastante más al ideal de la *igualdad* entre ellos, presupuesto inequívoco de la *fraternidad* y de la *libertad*. Con otra expresión: el ideal ilustrado de *libertad, igualdad y fraternidad*, como valores socialmente imprescindibles del mismo nivel, sólo es posible en un mundo de iguales reales o próximos a ese ideal. De tal manera, la *igualdad* no se transforma en un ideal de mayor nivel que sus compañeros de

lema, pero constituye un presupuesto de ellos; cuanto más igualdad, mayores posibilidades de reforma penal.

Y, sin embargo, la opinión del sociólogo nombrado no acierta del todo con su pesimismo. Por fuera de su acierto, que no discuto, él debe aceptar que nosotros somos juristas; esto es, profesionales del derecho, y, por tanto, no sabemos o no tenemos entrenamiento para otra cosa que para cambiar las leyes; esto es, decir en reglas jurídicas aquello que manda una cultura determinada, en este caso, la que ha dado en llamarse Estado social y democrático de derecho, que lleva en su bandera al *juicio oral y público*, al llamado *modelo acusatorio*, como uno de sus pilares fundamentales. No era posible proseguir con la cultura de la Inquisición, heredada de los conquistadores, cuando ni siquiera ellos la mantienen en su organización política actual. Otra cultura debía irrumpir en la administración de justicia penal, que está lejos de atacar y transformar todos los problemas de nuestras sociedades y los suyos propios, pero que significa una actualización de nuestros procedimientos, al menos desde el punto de vista jurídico, presto ahora para recibir, quizá, mejoras y reformas, cuando no revolucionarias, en otros ámbitos relativos a la organización social. Con ejemplos: en nuestros países todavía se construyen chozas de adobe, pero nuestros arquitectos no ignoran el uso en la construcción de los ladrillos modernos o de materiales más sofisticados aún; es correcto afirmar que muchos latinoamericanos no tienen acceso a la salud moderna, pero ridículo pretender que nuestros médicos estudien y practiquen métodos de hechicería o ignoren la revolución de la penicilina. Aunque parezca mentira, eso es lo que pasaba y aún pasa, parcialmente, en nuestras facultades de derecho, según antes lo apunto.

Pero el nivel de acierto del sociólogo se mide en un tema que no hemos comprendido ni abarcado en la reforma, la *organización judicial*. De ella, en primer lugar, no se habla ni se discute seriamente. Todas mis intervenciones, tanto en la República Argentina (1986) como en Guatemala (1990), como posteriormente en Costa Rica y tantas conferencias académicas mías han puesto

el dedo en esta llaga, que se ha constituido, casi siempre, en el límite que conduce a las reformas del enjuiciamiento penal al lugar que, con acierto, nos marca el profesor Pásara. Si exceptuamos de esta imputación a Costa Rica, y quizás a Chile, al menos parcialmente, el resultado es penoso. Desde Córdoba (1939), incluida la reforma del enjuiciamiento no provoca un cambio radical de la organización judicial antigua, al punto de que los parlamentos nunca quisieron aprobar las leyes de organización judicial que proponíamos, sin cuya sanción la reforma se tornaba ilusoria, como determina el sociólogo nombrado. Sin ánimo de incursionar aquí en el debate, lo escaso que yo he podido apreciar de México corre por el mismo camino que, desarrollado sintéticamente, a mi juicio, pasa por la *horizontalización* de la organización judicial en reemplazo del sistema actual gobernado, como la Inquisición, por el principio de la organización *vertical*. Es fácil intuir las razones de este fracaso: la corporación jurídica, incluyendo allí a abogados, jueces y funcionarios judiciales, se resiste a esta transformación básica, porque entroniza a un modelo que conduciría también a un cambio profesional; ello sucede actualmente en mi país de manera expresa y muy fácil de observar para quien quiera estudiar ese fenómeno o asomarse a él.

I. No me propongo, en principio, repetir todo aquello que desde los noventa, aproximadamente, se ha escrito acerca de la víctima y del sistema penal, menos aun repetir aquello que conduce a reconocer derechos de la víctima en el sistema de persecución penal. Antes bien, me propongo examinar las novedades que propone la jurisprudencia penal, creadora del papel que desarrolla hoy la víctima en el proceso penal. Quiero recordar, previamente, casi como confesión de culpabilidad, como atribución de *mea culpa*, que yo fui el iniciador en nuestro país de la corriente que condujo al ofendido por un hecho punible y a sus sustitutos ocasionales a ganar terreno en la persecución penal, al punto de culminar en un punitivismo extremo, no sólo mediante un artículo (“La víctima y el sistema penal”,...), que por esos años pretendió corregir el papel de la víctima en el proceso penal, limitado

a la acción reparatoria según los llamados “códigos modernos” (Córdoba, 1939, y los que lo siguieron), sino, incluso, mediante el libro con el mismo nombre arriba citado, que compaginé, en el cual pretendí instruir al derecho procesal penal de nuestro país con los mejores desarrollos que en esos momentos constituían una moda en el derecho continental europeo, sobre todo en el derecho alemán. Varios años más tarde, eso me fue recordado e imputado, en forma crítica, precisamente, por un profesor de derecho penal amigo, en Corrientes, con motivo de su exposición —crítica, como dije— del derecho penal de nuestros días.

II. Me parece que, para exponer el tema en su visión actual, nada mejor, desde el punto de vista didáctico, que la metáfora del caballo y sus jinetes, que escuché en una reunión casi informal, convocada para estudiar el tema: una metáfora sin par. Ella consta de un caballo, cuyo nombre es *persecución penal*, cuyo jinete, conductor principal, se llama *fiscalía*, y cuya “china” en ancas se denomina *víctima*, u ofendido por el delito, como descripción más genérica, pero no exhaustiva. En efecto, como se dijo, la *persecución penal* es un caballo que, entre nosotros, dirige hacia su destino un jinete *principal* en los delitos de acción pública, la fiscalía. Ello es absolutamente cierto conforme al texto del artículo 71 del CP, y ésa es también la razón por la cual toda persecución penal importa la necesidad de organizar un departamento estatal —se lo llame como se lo llame, entre nosotros Ministerio Público Fiscal—, oficio que, en nuestro país, sigue el ejemplo del derecho continental europeo. Empero, además, existe otro interesado en cabalgar en conjunto con *la fiscalía*; es el caso el ofendido por el delito, la *víctima* —o, en algunos casos, su sustituto—, al que algunos reglamentos le permiten subirse al caballo de la persecución penal pública para ser llevado *en ancas*, como monta la “china” de un gaucho cualquiera. El problema se manifiesta en toda su extensión cuando el jinete principal decide no cabalgar más, cuando el gaucho se baja del caballo; y ello puede suceder en diferentes momentos del procedimiento: al comienzo, cuando la fiscalía no tolera la *notitia criminis*; durante la investigación

preparatoria, cuando la fiscalía requiere del juez el archivo de la causa y el sobreseimiento del imputado, si existe una persona individualizada a quien se le atribuye el delito de acción pública que constituye su objeto; al culminar ese primer periodo procesal con el mismo requerimiento, porque la fiscalía entiende que no debe acusar; o incluso durante el debate cuando, al finalizar, cuando la fiscalía, a mérito de ese debate, requiere la absolución. Es claro que cuando el jinete —la fiscalía— desciende del caballo, no le ofrece las riendas a quien lo acompaña y, por tanto, la china queda en ancas de “Persecución penal”, pero el caballo carece de conducción.

El problema consiste en conocer si la “china” debe bajarse del caballo, cuando su gaucho no prosigue; esto es, al descender el jinete principal, o puede montarlo y proseguir la marcha en busca de una decisión judicial que dé satisfacción a su pretensión, como, según la opinión que estimo tuvo el autor de la metáfora y, casi seguro, algunos otros que sostuvieron esa posición —la mayoría de los asistentes, a mi juicio—, resultaría justo en virtud de reglas generales y básicas sobre el acceso a la justicia, contenidas incluso en las convenciones regional y universal sobre derechos humanos.¹ Para mí, todo lo dicho revela una imaginación y una capacidad didáctica fuera de todo cálculo y un acierto básico, pero, mal que le pese a los sostenedores de la metáfora, todavía falta decidir si puede tomar las riendas la “china” inmediatamente, sin gaucho que la acompañe, para conducir a “Persecución penal” hasta su objetivo final, la sentencia penal posterior al debate, y no cualquier sentencia, sino una de condena penal. Presumo que los imaginativos sostenedores de metáfora tan valiosa opinan que sí, pues incluso se ejemplificó de la mano de la queja —recurso— contra la sentencia final que no acogió su pretensión condenatoria. Esta suposición provocó mi intervención final para intentar vanamente aclarar el tema, ya que yo, seguramente más conservador que los imaginativos creadores de la metáfora, pretendía que la “china”, si era “justo” el descenso

¹ CADH, artículo 8o., núm. 1; PIDCyP, artículo 14, núm. 1.

del jinete principal —esto es, si un tribunal consideraba injusta la prosecución de la persecución penal—, no siguiera adelante, sino que acompañara a su gaucho; ello veda el camino a la última estación por una decisión del teórico “señor” de ese camino —el tribunal—, todo para ahorrarle esfuerzo al caballo y evitar el congestionamiento del camino —ciertamente estrecho— del procedimiento penal con relación al número de caballos que pretenden transitarlo. Lamentablemente, como ocurrió en otras ocasiones, alguien se sintió molesto por mi intervención, que no pretendía ser crítica, sino excitar su aclaración, pues partía de una mera suposición de mi parte, que precisaba de una afirmación final para fijar posición. Como nadie de los adeptos a la metáfora quiso aclarar el caso, él no mereció aclaración, lo hice yo.

De este ejemplo tan didáctico extraigo como enseñanza que es correcto afirmar el derecho de cualquier persona a que, si acude ante un oficio judicial, éste trate su pretensión y la conteste positiva o negativamente. También el querellante, o particular damnificado, en términos de la provincia de Buenos Aires, tiene ese derecho, pero el derecho no involucra uno más amplio al desarrollo de todo un procedimiento penal sin que los jueces competentes para determinadas decisiones puedan, conforme a la ley, responder a su petición negativamente, vedándole conducir a “Persecución penal” hasta la estación final. No me parece que exista ninguna prescripción constitucional que vede explicarle a quien querella, que el hecho descrito no es punible, según los elementos que integran esa descripción verificados por el tribunal, con lo cual el procedimiento penal carece de uno de los presupuestos para su apertura, y que, por ello, no se abrirá la vía judicial del procedimiento penal. Lo mismo ocurriría en el procedimiento de derecho privado —civil y comercial— si la demanda pretende un objeto prohibido, como, por ejemplo, contraer un segundo o tercer matrimonio a quien ya está casado, no se ha divorciado y su esposa aún vive, aunque la pretensión estuviera fundada en costumbres distintas a las de nuestro Código Civil, respetables ellas como se respetan las distintas religiones en un

ámbito de libertad. Así como hay acciones prohibidas —reclamar el divorcio vincular cuando no estaba permitido— en el sentido de que no pueden ser objeto de una actuación judicial, así también existen pretensiones penales injustas y no admitidas, como las fundadas en hechos que no son punibles por alguna razón. Tampoco existe prescripción constitucional alguna que le impida al tribunal competente para la apertura del juicio rechazar esa petición —acusación— porque no resulta seria, suficientemente fundada, acusación que, como acto procesal, es absolutamente necesario para seguir transitando con “Persecución penal” el camino del procedimiento judicial y claramente sometida a ciertas condiciones, que incluso abarcan la seriedad en la fundamentación. Y, por supuesto, no resulta inicuo el hecho de que la sentencia final, *a contrario* de aquello pretendido por el particular damnificado o el querellante, la condena, culmine el debate con una absolución pronunciada por sus jueces o con una condena más benigna que la pretendida por los acusadores, sean éstos públicos o privados. En estas decisiones, previstas por la ley para la oportunidad correspondiente, anida la contestación al ejercicio del derecho de acudir ante los tribunales del que es portador toda persona humana (capacidad de derecho). En definitiva, cabe recordar que, como lo dice un aforismo conocido, al derecho de pedir, el poder de decidir. Nadie tiene derecho a eliminar estos controles periódicos que establece la ley procesal penal con varias finalidades, entre ellas evitar que innecesariamente progresen y lleguen a juicio asuntos poco serios, o de los que, de antemano, puede predicarse que no conducirán a una sentencia condenatoria y a una pena.

III. El problema que tratamos siempre se ha presentado entre nosotros de modo unilateral: la fiscalía, perezosa e inútil, como todo organismo burocrático, responsable de la impunidad —o, al menos, de la falta o falla de una persecución penal efectiva—, y el ofendido, adalid justiciero, que *suple* su inactividad. La presentación del problema entre nosotros corre a contramano de una cuestión idéntica en el derecho comparado, sólo que dada vuelta,

al revés, y esa contraposición constituye la primera paradoja del problema. En Inglaterra, por ejemplo —y calculo que para todo el derecho anglosajón—, el verdadero problema para el órgano estatal de la persecución penal —en verdad, genéricamente, la policía—² consiste en lograr el concurso de la víctima para exponer la lesión de su derecho en el debate ante el jurado. La policía, órgano estatal que conduce regularmente la persecución penal en Inglaterra, no abriría un juicio ante el jurado si no obtiene anticipadamente el concurso de la víctima; si el ofendido no desea comparecer, sobre todo en el juicio, para apoyar a la persecución penal —por razones que no cabe definir ni criticar—, es seguro que ello determina el final de la persecución penal. He allí la primera paradoja: nosotros, preocupados por la holgazanería del fiscal, que pretendemos curar con la actuación de la víctima; ellos, preocupados por la falta de apoyo de la víctima a la persecución penal, que, ante el tradicional sistema de acusación personal, privada, pretenden curar con un órgano público que auxilie al acusador particular, con la policía o, más recientemente, con una suerte de fiscalía para ciertos delitos “demasiado públicos”.³

IV. Yo mismo creí, originariamente, como otros, que la participación de la víctima se justificaba no tanto por su derecho a obtener satisfacción a pretensión alguna fundada en un derecho propio, sino, antes bien, como método para desperezar la modorra burocrática del oficio estatal encargado de la persecución penal pública, en cuyo poder se hallaba la importante tarea estatal de descubrir la verdad y perseguir penalmente, en su caso. Alguien me hizo notar, no hace mucho tiempo, en un homenaje a un amigo común, que ése fue mi error, que el libro sobre *Los delitos y sus víctimas*⁴ o, mejor dicho, con comienzo en él, ha-

² Bovino, Alberto, “La persecución penal pública en el derecho anglosajón”, *Pena y Estado* [Ministerio Público], Buenos Aires, 1997, año 2, núm. 2, pp. 35 y ss.

³ Crowne Prosecution Service, abreviado CPS (Servicio de Persecución Pública de la Corona), dirigido por el Director of Public Prosecution (director de la persecución pública).

⁴ Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

bía desencadenado una tendencia político-criminal con final de *neopunitivismo*. Tengo que aceptar mi error político, pues nunca imaginé tamaño desarrollo; pero quiero recordar que, conforme al sistema —según veremos más adelante—, yo siempre pensé a la participación del ofendido como accesoria a la pretensión estatal (CP, 71), y más aún cuando intenté darle importancia básica, por aquello de que los bienes jurídicos tienen portadores de carne y hueso, con ciertos derechos sobre ellos, casi siempre disponibles para el portador, sólo creí auxiliar al autor, para que no sufriera el sistema penal más allá de lo razonable y para poder reemplazar la pena por otro tipo de soluciones. Hoy en día la tendencia parece ser la contraria: el autor *debe* sufrir el sistema penal y su consecuencia, aunque ellos resulten, en el caso, irrazonables como reacción (estatal o privada). Para ello, definir a la víctima como sustituto procesal, que suple la inactividad de la fiscalía y conduce al inculpado a juicio y condena, cuando el titular de la acción “abandona” la persecución penal —antes bien, la ejerce, pero en favor del acusado—, es la meta de esta *autonomía*, declarada para punir en casos en los que el jinete principal se “baja del caballo”.⁵ Por lo contrario, la intervención del ofendido no representa más a una rueda de auxilio para el inculpado.⁶ Esta advertencia y este arrepentimiento político nos conducirá como de la mano a la segunda paradoja.

V. Todos los fallos de esta tendencia conocidos, internacionales o nacionales, de nuestra Corte Suprema o de tribunales locales, provinciales o nacionales, hacen pie en los derechos humanos, antes bien, en las convenciones Universal y regionales

⁵ CCC, núm. 21.229, “Storchi, Fernando s/ homicidio culposo” – Interloc. 5/116, res. 8/3/2004; CSJN, “Santillán, Francisco Agustín, s/ recurso de casación” – S. 1009. XXXII; Sala I, núm. 29.787, “Mena, Pablo Jorge y otro s/ consulta 348 CPPN” – Interloc. 30/164, res. 19/10/2006, con resumen de consecuencias normativas; recientemente, en contra, Sala VII, núm. 31.985, “Scandroglio, Lidia D. s/ falsedad ideológica” – Inst. 3/110, resuelta el 24 de mayo de 2007.

⁶ Vitale, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1996, § 3, pp. 13 y ss., y cap. III, pp. 41 y ss.

sobre derechos humanos⁷ y se aferran a ellas para concluir, en favor de la víctima y en contra del imputado, en persecuciones penales obligatorias hasta su final, por inconsistentes que ellas sean material o temporalmente, y, peor aún, a pesar de la anulación de ciertas reglas de principio del sistema penal, tradicionalmente concebidas en beneficio del imputado y reconocidas en esas mismas convenciones, como el derecho a la duración razonable de la persecución penal, para acudir a un ejemplo. Así, los derechos humanos de la víctima interferirían con los relativos al imputado —habrían sido concebidos, perdónenme el léxico, “per jodere” al imputado y a sus derechos, según una sentencia vulgar, pero de increíble fuerza de definición—, de modo tal que su pretensión punitiva *debe ser* atendida siempre, aun cuando la ley la categorice como pública y el Estado no la asuma como razonable. Uno puede comprender que en casos de violaciones sistemáticas y extendidas (a gran escala) —tanto en el tiempo como respecto de las personas— de derechos humanos básicos, como la vida y la integridad física, por hechos atroces, repetidos sistemáticamente e indiscutiblemente gravísimos, de gran poder ofensivo, cometidos por funcionarios estatales en cumplimiento de un mandato, se enjuicie una ley de autoamnistía y se predique de ella, como excepción, que sólo intenta cubrir crímenes imperdonables de los funcionarios estatales que el Estado que los unge procede a perdonar, para no aplicarla en la ocasión (caso *Barrios Altos* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), pero hallar fuera de toda medida la fundamentación de ese resultado en una suerte de “fundamentalismo penal”, “rasgo característico del neopunitivismo”,⁸ que erige a la pena y a la persecución penal; esto es, al poder penal del Estado, en un *absoluto*, radicalizando su funcionamiento como única y necesaria solución de un conflicto (de *ultima ratio* a *prima donna* y a *sola ratio* de la política

⁷ PIDCyP, artículos 2o., núm. 3, y 14, núm. 1; CADH, artículo 8o., núm. 1.

⁸ Pastor, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, Buenos Aires, NDP, 2005/A, pp. 73 y ss.

social), máxima expresión de una medicina —al fin hallada por el hombre— que todo lo cura (como lo he dicho antes de ahora: “sanalotodo de todo problema social”). Sólo esa fundamentación a favor de las víctimas de aquellos hechos aberrantes, que prometía un paraíso de derechos para ellas, ya sin posibilidades de regresar de los sufrimientos a que habían sido sometidas, pudo dar ocasión a la desmesura del caso “Bulacio”,⁹ sucedido entre nosotros. Allí, en ese caso único, individual, reconocido como hecho imprudente, no doloso, se dejó sin efecto, en homenaje a los mismos derechos de las víctimas —en este caso familiares del ofendido por el delito—, la institución penal de la prescripción, al menos un plazo razonable de duración de la persecución penal de origen legislativo. De ello se puede deducir, para nuestro apunte, que todas las defensas opuestas a la persecución penal y a la condena se tornan ilegítimas frente a los derechos de las víctimas. He allí la segunda paradoja: los derechos humanos, desde antiguo concebidos en materia penal como freno y límite para la persecución penal estatal y como razón de ser de su existencia legislativa, incluso universal, han involucionado hacia la despreocupación por ellos y frente a la medicina restaurativa de la pena, gracias a una suerte de “mesianismo penal”¹⁰ de los organismos internacionales y nacionales, cuya función es protegerlos, y de las organizaciones no gubernamentales, cuyo objeto es su custodia. Todo esto en homenaje a las víctimas. A tal involución se la denomina *bilateralidad*:¹¹ las víctimas poseerían, incluso, los mismos derechos y garantías que el sospechoso, que el autor y, quizá, que el penado, a pesar de que las situaciones que ellas y ellos atraviesan —por tanto, la adjudicación de derechos y de garantías a cada posición—, de manera evidente, no son paran-

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2000, núm. 3, c, pp. 15 y ss., y núms. 5 y 6, pp. 43 y ss.

gonables (*nulla poena sine lege praevia*, estado de inocencia, *in dubio pro reo*, *nemo tenetur*, etcétera), ni siquiera comparables. Para colmo de males, la base legal de la fundamentación de la famosa bilateralidad sólo está constituida por una lectura ligera de los textos de las reglas mencionadas, que, en el caso de jueces profesionales, orilla el prevaricato. Invito a quienes están preocupados por el tema tratado a leerlas con cierta atención: en unos casos el texto sólo quiere introducir remedios inmediatos para lesiones manifiestas de rango constitucional —por ende, sencillas de observar sin mayor acopio probatorio—, con el fin de restituir o reparar el derecho básico afectado lo más pronto posible, como el *habeas corpus* y el *amparo*, y, en otros, el texto no dice más que el derecho de demandar ante los órganos judiciales aquellas pretensiones que quien las invoca cree admisibles jurídicamente, fundadas en derechos que la ley le concede. De manera alguna existe una suerte de *derecho constitucional a la punición*, menos aún en cabeza de la víctima. Y este cambio de sistema, como si se hubiera dado vuelta la media, constituye, según se verá, la tercera paradoja.

VI. Si el derecho penal o, si se quiere, el poder punitivo estatal, reposa en algún fin, extraño a él, que lo justifique —único justificativo racional, pues no parte de él mismo, sino de una valoración social, extraña a él—, él es el evitar la venganza particular, principalmente del ofendido. Históricamente, el peculiar sistema de solución de conflictos de los germanos, una vez desaparecida la influencia principal y directa del Imperio y del derecho romano, consistía —para cualquier materia jurídica de las hoy escindidas, válida entonces para aquello que hoy sería derecho privado y derecho penal— en enfrentar a ofensor y ofendido que, si no se avenían contractualmente a vivir en paz, comprometiéndose recíprocamente en un contrato que fijaba las obligaciones recíprocas (el hecho inicial constituía una *pérdida de la paz*), reñían o combatían entre ellos de múltiples maneras y formas hasta llegar al combate físico, para determinar un vencedor y un vencido; esto es, quién conservaba la paz comunitaria y quién la perdía. El sistema debió ingresar en un cono de sombras una

vez que se acentuó la desigualdad, el mayor poder de unos sobre otros (hoy sucede algo parecido con el derecho privado y, por ello, el derecho busca —el laboral como ejemplo— formas de restablecer la igualdad para el litigio). Es por ello que los relatos de la Inquisición inicial en el continente europeo, con la creación del Estado-nación (siglo XIII), no trasuntan otra cosa que un hálito de liberación, liberación de la injusticia y del poder de quienes entonces lo ostentaban. Como siempre, los sistemas imaginados y aplicados por el hombre para trascender hacia la paz social acaban por desgastarse y mostrar sus hilachas.

¿Cuál sería el remedio?: en primer lugar, transferir el poder a una única persona y legitimar ese poder en cabeza del monarca, quien había triunfado en su lucha contra el poder feudal, a quien, por definición, se creía justo y a quien ese poder —nace la pena estatal en una organización social diferente a la anterior— le servía como medio de conservar su soberanía sobre todos los súbditos;¹² en segundo lugar, variar el sentido de la aplicación del poder punitivo; esto es, construir el fin de la pena alrededor del intento de evitar la guerra entre los súbditos, de impedir la venganza y conservar la paz del rey, la paz estatal, y, para ello, erigir a la verdad —correspondencia con la realidad— en fuente y sinónimo de toda justicia.¹³ Esa revolución social, política y jurídica, a la que desde el derecho penal llamamos Inquisición, gobierna todavía hoy el sentido del derecho penal. De allí la existencia del texto claro de nuestro artículo 71 del CP. De allí que los particulares, en especial el ofendido, cualquiera que sea su definición, no puedan gobernar a su gusto y paladar el poder penal del Estado ni la pretensión penal, que sólo corresponde, como *jinete principal*, al Estado, por intermedio del órgano estatal predispuesto por la

¹² *Crimen lesae majestatis*; Baratta, “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”, *Poder y control*, Barcelona, 1986, núm. 0, pp. 77 y ss.

¹³ Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 1988, Tercera conferencia; *cf.* la tensión entre estas dos definiciones de “justicia” en la literatura, por lectura de los círculos de tiza brechtianos.

ley para ello. De allí que cuando ese jinete desciende del caballo y desensilla, también baje el ofendido o su sustituto, y que sólo obligándolo a subir de nuevo para retomar el camino de la persecución penal pueda el ofendido acompañarlo en ese camino, en ancas de ese caballo. Entonces, cuando la ley procesal penal (CPP Nación, artículo 348), ante la desaveniencia entre jinete principal, que desensilla, y su acompañante, que desea ensillar de nuevo para proseguir, regula un cierto método o mecanismo para resolver el entuerto por un tribunal, no hace otra cosa que conceder al ofendido una instancia ante la cual conducir su queja. Se puede juzgar el remedio como políticamente deficiente y proponer otro control distinto, pero mucho más allá no se podrá ir. La ordenanza procesal penal alemana contiene un remedio más perfecto, pero básicamente similar: la denuncia para obligar a la fiscalía a sostener la acción penal pública: en primer lugar, la víctima puede reclamar, por una suerte de recurso jerárquico, válido para cualquier organismo de la administración, la prosecución de la persecución penal y la promoción de la acción penal pública por acusación, frente a los superiores del fiscal actuante, y, en segundo lugar, la víctima que ha denunciado el hecho posee un recurso jurisdiccional ante un tribunal especial, por intermedio del cual es posible obligar a la fiscalía a promover la acción penal pública, una suerte de amparo contra la decisión de la administración, en este caso, del Ministerio Público organizado verticalmente.

Con ello dejo también mi queja por la ligereza con que nuestros tribunales —también nosotros, los juristas argentinos— manejan/manejamos la palabra *inconstitucionalidad*, sobre todo en boca de nuestros tribunales superiores, que, además, la *declaran*, cual si fuera una epidemia que trascenderá al futuro, fuera del caso juzgado y para un objeto distinto al de construir la regla aplicable a él, todo ello a pesar de la geometría ejercida por los seguidores acrílicos de la CSJN, para los cuales esa palabra trasciende el caso, a semejanza de la ley —textual en algunos fallos citados para esta ocasión y en algunos expositores—, quienes,

por ejemplo, aclaran que la inconstitucionalidad declarada por la CSJN en el caso “Quiroga”, fuente original, con su antecedente, “Santillán” (*Fallos CSJN*, 321 y 322, pp. 2021 y ss.) no se extiende a la desaveniencia entre acusador público y particular. A la luz de la experiencia jurídica universal de sistemas similares, de donde nuestro sistema penal fue extraído, todo este rubro parece un desaguisado que sólo comento a manera de ensayo.

Me pregunto: ¿cuándo habla nuestra Constitución del querrelante y sus derechos?; ¿estipula ella, en verdad, algún sistema penal?, y, en ese caso, ¿alguno en especial?; si así lo hace, ¿con qué nivel de detalle lo estipula como para poder afirmar que el sistema de ejercicio de las acciones peca por defecto? Busco un texto referido a este sujeto; por ende, no busco desarrollos lingüísticos rebuscados —en el fondo infantiles y confusos— sobre sus derechos, que los tiene, pero no por vía de confundir el sistema que la ley penal fija al establecer el sistema de ejercicio de las acciones (CP, artículos 71 y ss.). Nuestro sistema penal es hijo del origen que antes establecimos y de los fines político-sociales fijados hace más de setecientos años. Él sólo constituye un remezón del terremoto que significó su nacimiento revolucionario, remezón ocurrido básicamente en los siglos XVIII y XIX, con el advenimiento de la Ilustración, pues allí la ley penal, pese a conservar y perfeccionar el sistema, pasó a ser la *carta magna* del imputado o, si se quiere, del delincuente, al regular todas las limitaciones y fronteras que hoy conocemos para perseguir penalmente, para punir y para ejecutar la sentencia judicial de condena. Nadie ha sostenido, ni se va a animar a sostener en el futuro, que ese sistema, cuyo núcleo es el jinete principal y su caballo (CP, artículo 71), sea lesivo de nuestra Constitución y, menos aún, lesivo de los pactos internacionales sobre derechos humanos. Me pregunto nuevamente: ¿el CPP de Córdoba y sus subproductos provinciales o proyectos nacionales, que yo he criticado —políticamente— por no dejar espacio para cierta participación de la víctima, eran sistemáticamente inconstitucionales, sin que ilustres juristas se hayan dado cuenta en más de medio siglo? Al menos nadie

sostuvo tamaña irracionalidad ni la sostendrá para dar vuelta la media, con objeto de que, una vez excluida la fiscalía, la persecución penal, por irracional que ella sea, no pueda ser detenida antes del debate y la sentencia, si el ofendido insiste en ejercerla con exclusión del Ministerio Público (autonomía predicada). Al respecto, resulta posible pensar políticamente —*de lege ferenda*— que una ley penal futura traslade la persecución penal al ofendido en ciertos supuestos especiales —como en el que se produce cuando la ley autoriza a la fiscalía a prescindir, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones (*oportunidad*), de la persecución penal oficial—, pero aun allí la pretensión del ofendido insistente debería quedar sometida a todos los controles que la ley procesal penal establece para evitar persecuciones penales injustas por irracionales (por ejemplo, no se puede abrir el juicio sin tornar al menos plausible la condena del autor), ya sea por debilidad de la misma persecución penal o por acción del imputado (excepciones).

He allí expuesta la tercera paradoja: un sistema penal establecido por ley que, en origen, se edificó mediante la —como acostumbra a decirse— *expropiación* de derechos de reacción contra el injusto que, en el sistema precedente, pertenecían al ofendido, se ve conducido, sin modificación alguna en la ley penal que regula el ejercicio de las acciones, tan sólo por obra de la jurisprudencia de los tribunales que aplican esa ley, al destino opuesto contradictorio, mediante devolución de derechos y de autonomía persecutoria a la víctima o a su sustituto procesal; va de suyo que hablamos de los delitos que para los que la ley penal establece la acción pública (CP, artículo 71). Esto equivale a decir que, sin modificación legal, la interpretación judicial alteró el punto de partida para arribar a otro destino. Algo más intelectualmente: el propósito antiguo del derecho penal de evitar el combate *ofensor-ofendido* en la mayor medida posible, de impedir la venganza privada, y, con ello, el uso de la fuerza y la violencia por parte de los particulares en la mayor medida posible, razón de ser externa de su existencia, es hoy rechazado por las modernas tendencias acerca de los derechos de las víctimas a la reacción penal —lo

que equivale a decir: derecho a la privación de libertad y a la cárcel para su oponente (me pregunto: ¿también a su muerte?), fines estos últimos redimidos por los sostenedores de la autonomía en cabeza de los ofendidos.

Me pregunto: ¿cómo se ve tamaña evolución ya no desde el punto de vista de la víctima, sino, antes bien, desde el atalaya de un observador objetivo, preocupado por el resultado material del cambio paradójico? Desde ese puesto de observación, la cosa en principio no ha cambiado materialmente demasiado; a lo sumo se ha agravado para el procesado, como en muchos otros ámbitos del derecho penal actual. Ahora ya no tiene un acusador a su frente, sino, en el mejor de los casos, la posibilidad de dos acusadores a quienes contestarles. Para resistir con éxito a la pretensión de ejercer el poder penal (me pregunto, ¿sigue siendo estatal?) ahora debe vencer a ambos intereses, uno de los cuales —representado por la fiscalía— continúa limitado por el enrejado que trazan los principios de *objetividad*, *imparcialidad* y *lealtad* para su actuación judicial, mientras que el otro resulta totalmente abierto y, por ello, ilimitado. En efecto, la llamada víctima puede perseguir, incluso a inocentes, porque espera un beneficio, quizá económico en el más racional de los casos, porque el procedimiento penal proporciona un medio sencillo y económico para él de obtener la satisfacción de un interés de derecho privado —por eso me parece admirable y risueña la solución que, como respuesta, esboza el camarista doctor Hendler en *Grosskotf*—,¹⁴ porque es la única forma de intentar olvidar o no olvidar el hecho o por cualquier otro interés, aun cuando irrazonable. Así también su ánimo de persecución finaliza cuando el interés que lo condujo a perseguir penalmente resulta satisfecho o colmado, aun cuando él no coincida con el fin propuesto por la ley penal; y de allí el problema de la primera paradoja que hemos comentado, común en el derecho anglosajón.

VII. Me pregunto nuevamente: ¿por qué desde esta atalaya, la escena penal no ha variado de sentido, pese al cambio, y,

¹⁴ Código Nacional Penal Económico, sala A, 19/4/2007.

por lo contrario, resulta en verdad más gravosa en relación con la pena y con el procedimiento penal, para quien los soporta? La respuesta es sencilla. Los autonomistas tienden una pequeña trampita: ellos denostan la mera respuesta oficial, no creen en el “jinete principal” con su china en ancas, fiel a él, y así le conceden a ella autonomía para querellar y acusar, y, aunque el jinete haya claudicado le entregan las riendas del caballo de la persecución penal al querellante o particular damnificado. Sin embargo, ellos se cuidan de concebir al querellante como autónomo y determinante cuando él decide no acudir al procedimiento penal y a la pena para solucionar “su” caso, cuando él decide no comenzar o no continuar por cualquier razón, y se baja del caballo. En verdad, ellos se cuidan de entregarle todo el poder de decisión penal al acusador particular, según sucede en los enjuiciamientos acusatorios verdaderos (por ejemplo, en el derecho anglosajón). Tampoco nosotros debemos temer que así suceda algún día, según avance esta cruzada y su desarrollo, porque nuestros partidarios de la autonomía son hipócritas, representan un caso verdadero de *neopunitivismo* o, si se quiere, con el garbo lingüístico de un autor español, de “fascinación por la pena”, tal como lo ejemplifica nuestro “juicio abreviado”, eufemismo que sólo intenta esconder la desaparición del juicio público para sostener una condena penal, pues no resulta válido para absolver.

Es por ello, precisamente, que el enorme tema acerca de si el poder penal es *disponible* para alguien, en particular para la víctima u ofendido, que consideran reparado su daño delictivo, se reduce a unos pocos delitos llamados de *acción privada*, en consonancia con el régimen de la acción penal fijado como excepción en el artículo 73 del CP, delitos en los cuales la persecución penal no comienza sin impulso del ofendido y la renuncia del ofendido a su facultad de acción penal extingue la el derecho de perseguir penalmente (véase artículo 59, inciso 4, del CP).

VIII. Es correcto afirmar que, conforme al artículo 71 del CP, la fiscalía adquiere la categoría de *jinete principal* de nuestro caballo y que ello desplaza al ofendido a un papel secundario.

La ley procesal debe regular con claridad sus facultades, y no me opongo a que ella establezca consecuencias del obrar discordante del ofendido en el procedimiento respecto de las decisiones de la fiscalía. Resulta razonable que si rige el *principio de legalidad* en la persecución penal oficial, el ofendido posea mecanismos para provocar su control judicial cuando la fiscalía, según su opinión, se aparta de ese deber. De tal manera no me opongo a que quien pretende acompañar a la fiscalía en la persecución penal recurra ante algún tribunal la desestimación de la *notitia criminis* o el sobreseimiento requeridos por la fiscalía, cuando ella, a mérito de sus fundamentos, resuelve no proceder, o no acusar o cercena el procedimiento penal antes de su mayoría de edad. Por supuesto, tampoco me opongo a que, en ese caso, la decisión judicial adversa a la fiscalía sea ejecutable, de la manera prevista por la ley. No creo que tal falta de oposición genere un caso constitucional según el artículo 120 de la CN, pues, como su texto mismo lo expresa con evidencia, la autonomía del Ministerio Público no empece a su control ni a la coordinación de su labor con el papel que cumplen otras autoridades de la República, en este caso los tribunales. En este punto sólo podría decir que la regulación legal es deficiente por escasa y poco imaginativa; quizá el procedimiento administrativo y contencioso-administrativo provea mejores ejemplos.

IX. Párrafo aparte merece el recurso del querellante contra la sentencia que lo agravia, ya porque él había requerido la condena y el tribunal de mérito absuelve al inculcado, o bien porque la condena resulta penalmente inferior a su requerimiento. Se comprenderá que, para mí, ello no representa dificultad alguna, porque tampoco admito el recurso acusatorio de la fiscalía. Varias reglas de principio de oponen a ese recurso: la que le impide al acusador una segunda o múltiple posibilidad de poner al acusado en peligro de soportar una pena (*ne bis in idem*), la que, para tornar accesible el recurso del condenado, prohíbe la *reformatio in peius*, si a esa regla, como corresponde, se le adjudica un valor material y no tan sólo formal, la que establece el juicio por jura-

dos y sus instituciones procesales, opuestas por principio a un segundo o ulterior juzgamiento en disfavor del acusado, cualquiera que sea el error del primero (aquí sí sirve de modelo el derecho anglosajón), y, en fin, la que establece el *derecho del condenado a impugnar la sentencia condenatoria*, impracticable si la ley común concede también recurso al acusador.¹⁵

Quiero advertir, por último, que en mi postrer trabajo legislativo (no publicado) me pareció racional conceder un recurso al acusador, cuando él puede demostrar que la sentencia favorable al acusado fue obtenida por intermedio de la comisión de un delito doloso; por ejemplo, prevaricato, o mediante cohecho, amenazas o coacción; esto es, cuando el vicio es idóneo para invalidarla como acto jurídico, siempre y cuando, como dije, él pueda verificar la existencia del delito doloso, aunque no le resulte posible perseguir a los autores y partícipes por razones fácticas o normativas.

X. Se me ocurre resumir todo de la manera siguiente: con el “ninguneo” y la exclusión del fiscal, en los delitos de acción pública, sin disposición legal alguna que lo autorice, les sucede a los autonomistas algo similar a lo que le ocurriría a quien pretendiera incluir a la fiscalía en la persecución penal de los delitos de acción privada, sin regla autorizante alguna. El reino del revés (María Elena Walsh) produce, en ocasiones, alguna claridad. Resulta ciertamente difícil, por no decir casi imposible y muy peligroso, pretender cabalgar en un caballo ajeno sin el permiso y, más aún, contra la voluntad de quien lo posee y cuida, en pelo y sin riendas: éste es el imposible que indica, en verdad, el risueño fallo en minoría del camarista en lo penal-económico, doctor Edmundo Hendler, y lo que puso de manifiesto un colega, el señor defensor oficial Langevin, con todos los ejemplos prácticos —casi risibles— que enumeró en la exposición final de la mesa, en forma de preguntas para los autonomistas. A la manera de Sebastián Soler en su disputa con Alfredo Orgaz sobre la incapa-

¹⁵ *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, 1996, t. I, § 6, E, 4, y H, pp. 632 y ss. y 705 y ss., y § 7, D, pp. 793 y ss.

ciudad civil del condenado a pena privativa de libertad, tengo la impresión de que, a la vista de los resultados, el protagonista por antonomasia del procedimiento penal y de la pena, quien sufre a ambos, rogaría para que no saquemos en el futuro conclusiones tan ligeras de constituciones y pactos internacionales nacidos para protegerlo; como dice el autor citado, el personaje “clamaría que lo amáramos un poco menos”.¹⁶

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Observo, por lo demás, que la reforma judicial en materia penal en México se extiende rápidamente a otras zonas y a otros problemas que son condimento del debate actual, sobre todo en materia penal. Como yo lo he denunciado —incluso informado por un exponente de valor en el ámbito penal—, este siglo no es propicio para reformas del sistema o, al menos, para reformas “para adelante”, pues tiende a regresar hacia atrás en la materia. Hasta ahora, poco a poco las reformas del sistema estaban presididas por la intención de humanizar un modo de reaccionar contra la conducta antijurídica de por sí violento y excluyente para las personas. Ahora ese sistema, con centro principal anterior en el derecho penal para el daño efectivo de bienes jurídicos, se transforma en un derecho penal que, conforme al siglo que vivimos —llamado *del riesgo* por los sociólogos conforme a aquello que provoca la ciencia y la técnica modernas—, intenta descubrir y penalizar, prevenir básicamente, acciones u omisiones que no dañan, pero demuestran el riesgo que se corre con el autor, la sospecha de comportamientos antijurídicos y antisociales dañinos futuros que sobre él recaen (el movimiento no sólo alcanza al derecho penal: ya se habla en general de un *derecho preventivo*). La *inflación penal*, confiada en que la pena, como solución social milagrosa, nos evitará

¹⁶ Soler, Sebastián, “Algunas cuestiones civiles en el proyecto de Código Penal”, en Soler-Orgaz, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 44.

riesgos mayores, y, en consonancia, los delitos de *peligro abstracto* y las *medidas de seguridad* representan el centro del problema, movimiento que ha dado en ser llamado *neopunitivismo* o *panpenalismo*, y cuyos fines políticos arrastran también, como siempre ha sucedido en el derecho penal, al enjuiciamiento penal.

Nuestra vocación actual por la *víctima* no es otra cosa que un desprendimiento del mismo problema,¹⁷ razón por la cual le concedemos a ella facultades excepcionales de persecución penal autónomas —respecto del Ministerio Público y de los órganos oficiales—, pero nunca la habilitamos para renunciar a la persecución penal con efectos despenalizadores, según sucede en el derecho anglosajón.

Precisamente este problema, según se observó en las Jornadas, condujo a un nuevo Ministerio Público, al observar que, entre nosotros, como sucede con la defensa del imputado —que también genera otro Ministerio Público—, las víctimas normalmente no pueden ejercer sus derechos por sí mismas o recurriendo al mercado que ofrecen los abogados, al contrario de lo que sucede en países más igualitarios. Síntesis: la reforma, a más de organizar a los tribunales, a la policía y al Ministerio Público que se ocupa de la persecución penal básicamente —no dejar de lado la ejecución penal y el sistema carcelario—, deberá organizar al Ministerio Público de la defensa, que, conforme a nuestras condiciones sociales, se ocupará con la mayoría de los casos y con la mayoría de los imputados en ellos y, más allá, también al Ministerio Público de la víctima, para atender, en la misma proporción, los derechos de intervención que se le adjudican a la víctima en el procedimiento. Más allá de ello, se sostuvo, e incluso se aplaudió, según creo, la intervención principal de la víctima en la ejecución penal y en el tratamiento carcelario, razón por la cual la tarea de este tercer Ministerio Público, inexistente en otras latitudes, se verá increíblemente aumentada.

¹⁷ Silva Sánchez, «*Nullum crimen sine poena*; sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y el «derecho de la víctima al castigo del autor», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. 29, núms. 86 y 87.

Conclusión: estimo que existe cierta exageración “reformista” y que se pretende, a través del procedimiento penal, dar solución a ciertos problemas de base que tiene la organización social mexicana. Sospecho que no existirá la posibilidad económica para responder a esas exigencias, como no existe en países más igualitarios, que el esfuerzo para lograr la propuesta superará las fuerzas disponibles, y que, por ende, la reforma, en caso de tomar en cuenta todos estos aspectos, conocerá los resultados que brinda el sociólogo mencionado arriba. Repárese que ya con lo que mínimamente supone el sistema penal (tribunales, policía, Ministerio Público, defensa oficial, servicio penitenciario) las arcas estatales se vacían en un porcentaje increíble, que nadie ha investigado para tomar decisiones políticas, decisiones que, también sospecho, no nos conducirían al optimismo teórico sobre ciertas áreas del problema.

Conviene, a mi juicio, concentrarse en el núcleo de la reforma y en la organización judicial básica para que él funcione, problema de por sí complejo, y, quizá, ser imaginativo para solucionar algunos otros problemas que presenta nuestra organización social, sin exageraciones evidentes de estructura estatal.