

EL OLVIDO DE LA VÍCTIMA. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA A LA LUZ DE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO COMPARADA.

GABRIELA LAURA GUSIS

Planteo del trabajo

A fines del siglo XII y principios del siglo XIII, en Europa se asiste a un fenómeno único: el desarrollo y proliferación de los estados absolutistas, que culminarían en los estados nación¹. Con ellos, la confiscación del conflicto entre los particulares, el apartamiento de la víctima del mismo, el monarca como figura central de la política, y la judicialización centralizada.

En el presente trabajo intentaré realizar un análisis sobre la confiscación del conflicto y la exclusión de la víctima en el procedimiento penal, desde una perspectiva histórico-comparada, tomando como eje transversal el instituto o principio de la persecución penal pública y sus consecuencias.

Por qué

*“Lo importante es no dejar
de hacerse preguntas”
Albert Einstein*

Cuestionarnos el sistema de enjuiciamiento que poseemos nos llevará necesariamente a preguntarnos la sociedad que tenemos, y la que deseamos.

La forma de persecución penal que adoptemos, y la posición que tengamos frente a nuestros conflictos, serán dos puntos fundamentales en este objetivo.

¹ Para el desarrollo de los mismos, ver Melossi, Darío, *Estado y Control social*, Siglo XXI Editores, México, 1992. págs. 23 y ss.

Introducción

*El derecho nos constituye, nos instala,
frente al otro y ante la ley.
Sin ser aprehendidos por el orden jurídico no existimos,
Y luego de ser aprehendidos sólo existimos según sus mandatos.
Alicia Ruiz, La ilusión de lo jurídico*

Es evidente que el proceso de confiscación y la consecuente exclusión de la víctima fueron dándose paulatinamente, y a pesar de haberse presentado en toda Europa, los modos de asimilación, adaptación y aceptación han sido diferentes en cada zona geográfica del continente.

Por ello es necesario realizar un desarrollo diferenciado del proceso de confiscación. Debe agregarse a este planteo, además, una confrontación de modelos de enjuiciamiento penal, y los caminos bifurcados que surgen de ellos.

A los efectos prácticos y sintéticos de este trabajo, intentaré delimitar dos grandes zonas geográficas, como eje del análisis: Europa continental e Inglaterra. Para reforzar este desarrollo, el punto significativo será el ingreso del precepto de persecución penal pública en las distintas regiones, como eje de cambio de modelos y elemento estructural², lo cual permitirá observar las resistencias o adhesiones que cosechó en cada sociedad esta confiscación; y las legislaciones contemporáneas a ese proceso como manifestaciones del poder³.

Europa continental

Europa continental fue el eje central del cambio político, económico y cultural del siglo XIII. Aquí se manifestó con más fuerza el poder de los señores primero, y del monarca después, casi sin resistencia.

Al decir de Maier “durante la última parte de la edad media entraron en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca, quien pretendía aglutinar las diferentes comarcas que reconocía o ambicionaba, bajo su dominio, sobre la base de una única forma de organización política central. La lucha se decidió a favor del rey y el triunfo abrió paso – ya de manera genérica en la edad moderna- a la creación de los estados nacionales, que aún hoy perduran como idea cultural, y al sistema de organización política que ha dado llamarse absolutismo o monarquía absoluta. La base del sistema político fue la concentración de todos los atributos de la soberanía –legislar, juzgar y administrar- en un poder central, el monarca, consustanciado con el mismo Estado...”⁴

² Conf. Bovino, Alberto, “Persecución penal pública en el derecho anglosajón” (en) *Pena y Estado* año 2 número 2, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

³ Es necesario advertir que el apartamiento de la víctima viene de la mano o se inicia con la idea de que el delito es un hecho público en vez de privado, y se relaciona íntimamente con la concentración del poder monárquico y el concepto de delito como infracción.

⁴ Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal – Fundamentos-*, Tomo I, Editores Del Puerto, Buenos Aires, pág. 288 y 289.

Un punto fundacional en el nacimiento del sistema de enjuiciamiento -el inquisitivo- fue la confiscación de los conflictos de las partes y la centralización judicializada del poder en sus manos. Su mecanismo fue la apropiación de la persecución de los delitos por parte del soberano o sus representantes y la exclusión de la víctima mediante la conversión del delito en una cuestión pública.

Zaffaroni, Alagia y Slokar destacan en su obra que *“el modelo de solución de conflictos fue reemplazado por el de decisión, que se resolvía por la inquisitio, conforme a la mutación del paradigma general del saber. La disciplina debía establecerse por actos de poder verticalizantes: los conflictos no afectaban a la víctima sino al soberano. Pasaron a ser faltas disciplinarias contra el monarca que necesitaba una población a sus órdenes y, al mismo tiempo, descubría que el modelo punitivo era una considerable fuente de ingresos que le permitía confiscar fortunas y forzar a los nobles a pagar multas para liberarse de las penas atroces... Cuando el conflicto dejó de ser lesión contra la víctima para pasar a ser delito contra el soberano, es decir cuando su esencia mutó de lesión a un ser humano a ofensa al señor, se desprendió de la lesión misma y se fue subjetivizando como enemistad con el soberano. La investigación de la lesión al prójimo fue perdiendo sentido, porque no se procuraba reparación sino neutralización del enemigo del soberano...”*⁵.

Ello surge como consecuencia de una doble tendencia característica de la sociedad feudal. La primera, debido a una concentración de las armas en manos de los más poderosos, que intentaban impedir su utilización por los más débiles *“Vencer a alguien es privarlo de sus armas, noción de donde proviene la concentración del poder armado que dio fuerza en los estados feudales a los más poderosos y, finalmente, al más poderoso de todos, el monarca”*⁶. La segunda, debido a que los litigios judiciales eran un medio de acumulación y circulación de bienes *“Se comprende así por qué los más poderosos procuraron controlar los litigios judiciales, impidiendo que se desenvolvesen espontáneamente entre los individuos, y por qué intentaron apoderarse de la circulación judicial y litigiosa de los bienes, hecho que implicó la concentración de las armas y el poder judicial, que se formaba en esta época, en manos de los mismos individuos”*⁷.

En perspectiva, la sociedad feudal estaba cambiando, los intereses de los señores eran cada vez más ambiciosos. El poder judicial, que no existía hasta entonces, apareció como consecuencia de las características mencionadas, como una herramienta de poder utilizada por los señores y el monarca: *“no había poder judicial autónomo y tampoco un poder judicial que estuviera en manos de quien detentaba el poder político o poder de las armas. Como el pleito judicial aseguraba la circulación de los bienes, el derecho de ordenar y controlar ese pleito judicial, por ser un medio de acumular riquezas, fue confiscado por los más ricos y poderosos”*.⁸

Con la confiscación de las armas y los litigios en manos de unos pocos poderosos, aparecieron también una serie de fenómenos que Foucault describe como *“el gran saber de indagación que organizó la edad media a partir de la confiscación estatal de la justicia y que consistía en obtener los instrumentos de reactualización de hechos a través del testimonio”*⁹.

Las consecuencias de ello, pueden sintetizarse en I) El alejamiento de los individuos en sus propios conflictos. Ellos ya no son oponentes, adversarios. La justicia les es impuesta, no pueden resolver sus litigios libremente ***“deberán someterse a un poder exterior a ellos que se les impone como po-***

⁵ Zaffaroni, E. Raul, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal – parte general.*, Ediar, Buenos Aires 2002, pág. 233 -235.

⁶ Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas – tercer conferencia.*, Gedisa, Barcelona 2001. págs. 72 y ss.

⁷ Idem.

⁸ Ib idem.

⁹ Foucault, Michel, ob cit, pags. 72 y ss.

der judicial y político"¹⁰. II) El surgimiento de una figura novedosa: el procurador, representante del soberano, quien se hará presente cada vez que haya un crimen o pleito entre individuos "el procurador se hace presente en su condición de representante de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido delito o crimen. **El procurador doblará a la víctima pues estará detrás de aquel que debería haber planteado la queja**"¹¹. III) El desplazamiento del concepto de daño por el de infracción. IV) Finalmente el nacimiento de las multas. La reparación ya no es para la víctima, lo es para el soberano, por haber infringido una ley de su reino y con ello lesionarlo: "todo infractor devino un traidor, un enemigo del soberano"¹².

"Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitirá la aplicación de estos mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de esta transformación."¹³

Este es el proceso que se inicia en la alta edad media. De aquí parte nuestro análisis. En Europa continental parecen nacer juntos o como consecuencia uno del otro, dos procesos: el de la expropiación y confiscación, y el nacimiento de una nueva forma de conocimiento¹⁴: el de la *inquisitio*.

La *inquisitio*, que se traduce en un nuevo modo de búsqueda de la *verdad histórica*, en un nuevo modo de entender y ver a sus protagonistas, un cambio radical en la forma de enjuiciamiento penal.

"La iglesia – como depositaria de la tradición jurídica romana imperial, adquirida en su romanización- practicaba la indagación para provocar la confesión, que era el modo de revertir el estado de pecado, entendido como característica personal que la infracción sólo ponía de manifiesto. Esa práctica se extendió como resultado de la persecución de la herejía, que amenazaba su poder vertical... La confiscación del conflicto por parte del poder político surgió en la segunda mitad del siglo XII y se profundizó en el siglo XIII... El proceso inquisitivo fue la vía lógica de averiguación de la enemistad, y la confesión no es más que la confirmación de lo averiguado. La pena era la neutralización de la enemistad con el soberano y la imposición de la disciplina por el terror"¹⁵.

El camino por la totalidad política que inicia el absolutismo, edifica el sistema de enjuiciamiento penal en la redefinición de esos conceptos.

Para comprender el desarrollo mismo del proceso de expropiación de los conflictos¹⁶, acudiré en este momento a la evolución de la legislación del período que comienza durante el fin del siglo XII y el surgimiento del principio de la persecución penal pública, como uno de los ejes centrales de los sistemas de enjuiciamiento penal.

¹⁰ Idem.

¹¹ Ib idem.

¹² Zaffaroni, E. Raul, Alagia, Alagia, y Slokar, Alejandro *Derecho Penal – parte general.*, Ediar, Buenos Aires 2002, pág. 223 y ss.

¹³ Michel Foucault, *La Verdad y las formas jurídicas – Tercer Conferencia-*, Gedisa, Barcelona 2001. pags. 73 y ss.

¹⁴ Que también puede ser interpretado como una forma de reparto de dolor, Conf. Christie, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001. Primera reimpresión.

¹⁵ Zaffaroni, Alagia, Slokar, Ob cit, pág. 225.

¹⁶ En el desarrollo histórico de Europa continental.

Nos señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar que en Alemania, ante la disolución del poder imperial, la confiscación de los conflictos se produjo a través de las centralizaciones locales del poder. Después de *Los libros de derecho*, de los que el *Espejo de Suavia* y el *Espejo de Sajonia* (Siglo XIII) fueron los más importantes, el mayor acontecimiento legislativo del tiempo del derecho común alemán fue la *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507), en que se basó la Ordenanza de Justicia Penal de Carlos V (1532). Si bien el emperador no podía imponer la Carolina a los señores alemanes, éstos la fueron adoptando y fue base de casi todo el derecho penal común vigente hasta la codificación. En Italia se fue estableciendo un *derecho estatutario* a través del que los señores confiscaron los conflictos y vendían la impunidad de severas penas corporales, pues los nobles podían obtenerla pagando a las cajas comunales. En el siglo XIV se separaron más radicalmente la reparación y la pena de las legislaciones estatutarias. No hubo un modelo como la Carolina alemana, de modo que su función fue cumplida por los *glosadores*, que se fundaban en el derecho romano imperial, en los estatutos y, en pequeña medida, en las leyes germanas. Las penas de los estatutos eran terribles y el poder de confiscación y su ejercicio punitivo fue ejercido en forma arbitraria hasta el siglo XVIII. En Francia, a partir del siglo XIII las *Costumbres* (recopilación de leyes y usos feudales) fueron cediendo paso al ejercicio del poder de los *jueces reales*. Los casos *reales* aumentaron hasta organizar una completa jurisdicción y dedicar una sala del parlamento (Tribunal) de París a las causas criminales en 1545. El ministerio público aparece en las Ordenanzas de 1355, 1358 y 1371, y el principio de que el delito se debe juzgar en el lugar de la comisión acabó con el privilegio feudal de la ley del domicilio. El combate judicial fue prohibido en 1380, instalándose el proceso inquisitorio y con él, el secreto y la tortura. Finalmente, en España, la particular convivencia de las culturas germánicas y romana facilitó la tendencia a la confiscación de los conflictos sobre la base romana imperial¹⁷. La utilización de ese poder confiscador, y del mucho mayor poder de control y vigilancia que el pretexto de la necesidad de confiscación proporciona, siempre fue utilizado en beneficio del soberano o señor¹⁸.

Con el sistema inquisitivo aparece la figura del procurador y un nuevo fin en el procedimiento: la búsqueda de la *verdad*¹⁹. Con ellos, la indagación como método, y el concepto de infracción en reemplazo del daño²⁰.

La aparición del principio de persecución penal pública *transformó profunda y completamente el procedimiento, y provocó ... la aparición de un nuevo personaje – el inquisidor-. Siglos más tarde, el desarrollo del procedimiento penal del viejo continente, especialmente en el siglo XVIII significó una tibia reforma que conservó el principio material de la persecución pública*²¹.

He aquí el desarrollo de la Europa continental. El procedimiento ha quedado sobre los seres humanos. El imputado y la víctima han pasado a ser objetos²², de indagación, de prueba, de *verdades*.

¹⁷ El Fuero Juzgo o Libro de los Jueces fue la más acabada tentativa en este sentido, en contraposición al derecho foral, que significó una resistencia a la confiscación. Finalmente el avance definitivo lo marca el código de las siete partidas (1263).

¹⁸ Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob cit., pág. 220.

¹⁹ No es que antes no existieran *verdades*, sino que ahora éstas pasan a ser reformuladas de manera diferente, como verdades históricas, reconstruidas con retazos de hechos históricos, con el objetivo de reconfirmar una hipótesis infractoria.

²⁰ Conf. Foucault, ob cit.

²¹ Bovino, Alberto, ob cit., pag. 35 y ss.

²² Conf. Albin Eser *se ha empujado a la víctima cada vez más a la periferia del derecho procesal penal, en donde le queda solamente el rol de mero objeto del procedimiento*, (en) “*Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal – tendencias nacionales e internacionales*”- traducción de Guariglia y Córdoba-, *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

Han quedado subordinados al poder del inquisidor, a la búsqueda de una verdad histórica. Él es quien perseguirá y juzgará. Él es el dueño del proceso.

El procedimiento del estado liberal -el sistema inquisitivo reformado o mixto- mantiene el principio de persecución penal pública, y con él, el distanciamiento y el extrañamiento de la víctima.

“El discurso iluminista que se consolida no ataca la base del poder penal, esto es, la persecución penal pública. La autoritaria intervención coactiva del poder penal no es cuestionada por la crítica iluminista. ¿Por qué? Por el principio de legalidad. No pretendemos sostener aquí que la persecución de oficio de los delitos es un derivado del principio de legalidad. Ninguna relación lógica existe entre una y otro, ya que es posible concebir un sistema de acción privada que opere con el principio de legalidad. Lo que sí pretendemos sostener es que la garantía de la legalidad apareció en ese momento histórico como un límite suficiente a la intervención penal del estado y esta ilusión produjo un efecto concreto: impedir que se llegara a poner en discusión la base misma del problema. El principio de legalidad produjo un efecto sedante...evitar que en un momento histórico de transformaciones se pudiera poner en crisis la legitimidad del estado para imponer coactivamente un castigo... desde allí en adelante existe, pena estatal, persecución penal pública, extrañamiento de la víctima, persecutores públicos...”²³

²³ Bovino, Alberto, “contra la legalidad”, Trabajo presentado como ponencia al V Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología celebrado en Rosario en el año 1992 en la comisión “víctima y sistema penal” publicado en *No hay derecho*, volumen 8, Del Puerto, Buenos Aires, 1992. pag. 22

Inglaterra

Inglaterra, a diferencia de los países de tradición continental, tuvo un desarrollo histórico profundamente distinto.

En el derecho inglés antiguo, anterior a la invasión normanda de 1066²⁴, existía un sistema de persecución privada que fue evolucionando hacia un sistema reparatorio según el cual el autor del hecho estaba obligado a pagar a la víctima²⁵.

Sin embargo, ello no implicó el aislamiento absoluto a lo que iba sucediendo en el continente. Gradualmente se consolidaba el poder real también en Inglaterra. Con éste, aunque de manera diferenciada, surgió el concepto de delito contra el soberano, y se convirtió en un acto criminal el quebrantamiento de la paz del rey²⁶. El concepto de infracción se infiltró en la isla, más el de daño sobrevivió.

Los reyes comenzaron a desarrollar un sistema de persecución más ordenado²⁷, pero nunca se negó a la víctima el derecho de disponer privadamente de la persecución penal. Tampoco fue negada la participación ciudadana en los procesos de decisión²⁸.

Ello pudo deberse a distintos factores sociales. Es de destacar que la invasión era extranjera, y como tal, ajena a la cultura anglosajona, lo cual pudo haber significado manifestaciones hostiles frente a determinados cambios. Además, la distancia que el océano generaba con el continente, pudo haber incidido en la escasa filtración de las ideas de la inquisición en Inglaterra²⁹.

La ausencia de persecución penal pública centralizada durante el proceso de consolidación y concentración del poder político que condujo de la organización medieval a la formación de los estados absolutos puede ser explicada, según Bovino, a partir del hecho de que el procedimiento inglés, a diferencia del europeo continental, no adoptó las formas inquisitivas durante la edad media³⁰.

²⁴ Como señala Ignacio Gabriel Anitua en *Justicia Penal Pública*, Del Puerto, Buenos Aires, 2003; los intentos de consolidar una estructura estatal comienzan antes que en el continente.

²⁵ Según Caballero y Hendler, el procedimiento de aquel entonces conducía a la práctica de las ordalías lo que no fue cambiado sustancialmente por los normandos. Lo que sí hicieron estos últimos fue ir sustituyendo las centurias locales por jueces del rey, así como ir implementando el combate en vez de las ordalías. *Justicia y Participación*, Ed. Universidad, Buenos Aires, pág. 68.

²⁶ Durante el reinado de Enrique II (1154 a 1189) se extendió notablemente el sistema con la designación de jueces que se trasladaban a los distintos lugares del país. Con el pretexto de intervenir en todos los casos en que se alterase la paz del reino, estos jueces fueron sustituyendo a las jurisdicciones locales. Ver en este sentido, Caballero, Hendler, ob cit.

²⁷ Con el objetivo de acrecentar el poder real, el soberano comenzó por unificar las costumbres y por arrogarse la administración de la justicia.

²⁸ Según referencia Anitua, contra ese régimen político comienza a gestarse una resistencia, que se advierte en los tribunales inferiores, quienes intentan imponer la ley común de origen popular y mítico, contra los estatutos reales normandos de los jueces reales, logrando finalmente que Guillermo las acepte y reconozca, en una transacción política de conveniencias. En esos pactos persisten algunas instituciones de las que será parte importante la presencia del pueblo como público y luego como jurado en las causas menos importantes. Ob cit, pág. 77.

²⁹ A mayor abundamiento sobre las razones por las cuales no se filtraron los principios de la inquisición en Inglaterra ver Anitua, Cappuccio y Zentner "el sistema penal de Inglaterra y Gales" (en) *Sistemas Procesales Penales comparados*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999. pág. 274 y ss.

³⁰ Aunque es dable mencionar que existieron Cortes eclesiásticas con el funcionamiento inquisitivo hasta 1680 aproximadamente.

Acontecimientos fundamentales de limitación del poder del monarca tales como la carta magna de 1215 influyeron negativamente en la imposición de un sistema inquisitorial en Inglaterra. Las hostilidades frente a determinados avances absolutistas reconocieron fuertes resistencias.

Finalmente, el punto crucial respecto de la no implementación de un sistema inquisitivo y la monarquía absolutista fue la Revolución puritana de Cronwell que da lugar al *Instrument of Government* y luego la Gloriosa Revolución de 1688 que producirá el *Bill of rights*.

El sistema procesal penal inglés, a diferencia del inquisitivo continental, se fue centrando en dos características propias, desarrolladas y aún consolidadas a lo largo de su historia. La primera, la controversia entre partes, que no buscaban la verdad histórica, sino la confrontación de pruebas, y la segunda, la amplia participación ciudadana en la tramitación y decisión de los procesos³¹.

La persecución penal pública es, para ellos, relativamente reciente. La aparición del acusador estatal, por otra parte, no representó ninguna alteración significativa del sistema de enjuiciamiento contradictorio en el que antes participaba la víctima³².

La resistencia a la introducción de una oficina encargada de la persecución penal pública, pudo deberse a las mismas razones por las cuales no se introdujeron de manera terminante los demás principios de la inquisición; aunque una mirada interesante presentan Anitua, Cappuccio y Zentner, al mencionar que ello pudo deberse a *criterios liberales que reconocen en el sistema de acusación privada un valor constitucional fundamental*³³.

Si bien es posible hallar un antecedente de la persecución oficial en Inglaterra en 1554 y 1555 – en dos leyes que casi imperceptiblemente erigieron a los jueces de paz como perseguidores públicos de los delitos –, lo cierto es que hasta fines del siglo XIX³⁴ no se institucionalizó en un órgano del Estado encargado oficialmente de la persecución de los delitos.

Desde 1879 hasta hace pocos años (1985³⁵), el aumento de las facultades de control del Director de Persecución Pública ha contribuido a limitar la importancia de la acusación privada. A pesar de que teóricamente, los casos penales en general, pueden ser perseguidos por un particular, por la policía o por la oficina del Director de Persecución penal pública, en la gran mayoría de los casos el procedimiento es iniciado por la intervención de la policía³⁶.

Los motivos por los cuales puede sostenerse que más allá de la incorporación de dicha figura, el sistema no fue cambiado de manera sustancial son: 1) la perduración del jurado (primero de tipo inqui-

³¹ Este es un punto fundamental y diferenciador del proceso continental europeo respecto del inglés. La participación popular, sea como público o como jurado, pasa a ser un dato fundamental en los procesos judiciales, a los que de alguna manera da legitimación.

³² Bovino, Alberto, "La persecución penal pública en el derecho anglosajón", en *Pena y Estado – año 2 tomo 2*- Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

³³ Ob cit.

³⁴ El funcionario inglés que más se asemeja al actual fiscal de distrito estadounidense es el Director de Persecución Pública, cuya oficina fue creada en 1879.

³⁵ Fecha en que fue creada la Fiscalía General del Estado (*Crown Prosecution Service*). Éste sólo puede intervenir en casos donde un particular o la policía hayan iniciado la acción. Si la policía no inicia e informa, ésta no puede actuar, ni puede tomar ningún tipo de intervención.

³⁶ Lo curioso es que los ingleses consideran la intervención de la policía del mismo modo que la intervención de un particular. Así, se considera que cuando la policía persigue penalmente no representa al estado, sino que ejerce el derecho de cualquier ciudadano a llevar adelante la persecución penal. Conf. Bovino, ob cit.

sidor y luego de tipo imparcial)³⁷, y 2) al hecho que hasta 1908 no se corrieran costas al investigador particular del Estado, por lo que el costo de la administración de justicia para el Estado era nulo.³⁸

Como puede observarse, Inglaterra recorrió un camino diferente al continental. A pesar de la centralización del poder político, la participación de los ciudadanos en el procedimiento de resolución de conflictos fue resguardada y aún reforzada. La víctima continuó y continúa ocupando un papel central en el eje de resolución de los mismos³⁹. La figura del inquisidor fue resistida, el juzgador desde 1680 aproximadamente pasó a ser el pueblo reunido en jurado; el acusado, un sujeto en igualdad de posición con el acusador.

³⁷ Caballero y Hendler, ob cit.

³⁸ Conf. Anitua, Cappuccio y Zentner, obcit. Pág. 278.

³⁹ Más allá de la posibilidad que tienen las víctimas para accionar, es cierto que la mayoría de los casos ingresan al sistema por la Policía. Sin embargo también es cierto que los casos en los cuales la víctima está inhabilitada para actuar por su cuenta son ínfimos, y se refieren a casos de terrorismo u otros en los que necesariamente se requiere una autorización estatal.

Conclusión

Del desarrollo realizado sobre la evolución de la confiscación del conflicto en Europa continental, por una parte y en Inglaterra, por la otra, y especialmente del análisis del instituto de la persecución penal oficial en cada uno de los modelos, es dable concluir que las tradiciones arrojan niveles diferentes en las consecuencias de la misma⁴⁰.

Por una lado, el panorama que nos presenta Europa continental trasluce un apartamiento absoluto de la víctima del proceso judicializado de resolución de conflictos – o de suspensión temporaria de los mismos⁴¹. La víctima, una de las partes del conflicto original, queda como sujeto sin derechos⁴². La reparación, por la incorporación del concepto de infracción, pasa de manos del particular lesionado al Estado. Su voz no es escuchada en tanto reclamo, sino en tanto habilitación punitiva del Estado en su conjunto.

El lesionado ya no puede decidir libremente frente a esa situación que se le presenta, ya que el Estado intervendrá de todos modos. La víctima no puede autodeterminarse, no puede exigir reparación autónoma⁴³. La víctima queda degradada a un puro signo habilitante del poder⁴⁴.

El órgano estatal encargado de la persecución penal dobla a la víctima, la cosifica, la vuelve insignificante, la revictimiza. La víctima ha sido excluida totalmente del conflicto. Su lugar quedó desplazado por la persecución penal oficial.

El concepto de bien jurídico ayuda y fuerza su desplazamiento. La víctima queda objetivizada en el concepto jurídico, en el discurso jurídico que la ha creado:

“Lo cierto es que, desde este punto de vista, el bien jurídico no es más que la víctima objetivizada en el tipo penal. La exclusión de la víctima es tan completa que, a través de la indisponibilidad de los bienes jurídicos, se afirma que la decisión que determina cuándo un individuo ha sido lesionado es un juicio objetivo y externo a ese individuo, que se formula sin tener en cuenta su opinión. Al escindir el interés protegido de su titular o portador, objetivamos ese interés, afirmando la irrelevancia política de ese individuo para considerarse afectado por una lesión de carácter jurídico-penal. Esta concepción de la víctima como sujeto privado no es compatible con el carácter de sujeto de derechos”⁴⁵.

La víctima queda así en la posición más degradante que puede darle el derecho a un ser humano. Muestra la cara perversa de la persecución penal pública, muestra al derecho como un sistema de dominación, un sistema en el cual no hay ciudadanos, sino súbditos. Tal afirmación se refleja en el sufrimiento que debe sobrellevar el lesionado frente a la actitud del Estado que, luego de constituirlo como víctima y permitir la intervención penal, lo excluye, en un mecanismo de *inclusión-exclusión* que permite que el estado actúe en su nombre, la represente, ocupe su lugar y la desaloje del mismo. *El*

⁴⁰ Me refiero a las consecuencias de la confiscación de los conflictos.

⁴¹ Conf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob cit.

⁴² En palabras de Bovino, el conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre el autor del hecho y el Estado, ob cit.

⁴³ Me refiero a que no puede solucionar su conflicto sin la intervención de un órgano estatal que, entre otras cosas, tampoco escucha sus peticiones.

⁴⁴ También es un signo la lesión. Zaffaroni, Alagia y Slokar indican que *el autor de una acción lesiva también queda reducido a un objeto sobre el cual se puede ejercer el poder. Su conducta tampoco tiene valor negativa en sí misma, sino que es la contrapartida del desconocimiento del dolor de la víctima: es sólo un signo o señal*, ob cit.

⁴⁵ Conf. Alberto Bovino, “*la víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*” – *Revista Lecciones y Ensayos* -, Buenos Aires, 1994, pág. 28.

estado actúa sólo en nombre del Estado utilizando para ello dos mecanismos diversos: hacerla hablar cuando desea callar y hacerla callar cuando desea hablar.

Nils Christie destaca de manera excelente que la víctima... *es una especie de perdedor por partida doble en nuestra sociedad: en primer lugar frente al infractor, y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto. El Estado le roba su conflicto, un todo que es llevado a cabo por profesionales*⁴⁶.

Este sistema, perverso, obtuso, excluyente, confiscador, es el que se nos presenta hoy a nosotros. Nuestra tradición legislativa, nuestra codificación, nuestras instituciones y agencias marcan un camino oscuro y silencioso, lúgubre y laberíntico, un camino inquisitivo y poco democrático, un camino en el que el respeto por la dignidad del hombre parece quedar encerrado en la letra de la constitución, donde no se encuentra lugar para la participación de los ciudadanos en los problemas personales o sociales.

Es evidente que este modelo actual, en el cual los postulados de la inquisición se manifiestan tanto por el juez instructor como por el fiscal entendido como un órgano acusador estatal, que además debe mantenerse objetivo o *imparcial* y leal al imputado y su defensa –perdiendo así el lugar como parte del contradictorio –, nos lleva a un Estado autoritario⁴⁷, que debemos negar rotundamente. Ya ha corrido mucha sangre, se han sacrificado muchas almas en pos de la superación de este tipo de Estados. Renovar la discusión sobre este tema sería casi absurdo. La pregunta debería ser, en todo caso, a quién le pertenecen los conflictos: al Estado, o a los seres humanos?

Mediante esa pregunta, hemos recorrido el camino de análisis del trabajo. A través del desarrollo histórico hemos observado el tratamiento de la víctima en los distintos sistemas de enjuiciamiento y por qué no del imputado, en las distintas tradiciones europeas, de las que somos receptores de una u otra manera.

La persecución penal pública como eje transversal ha reflejado distintos niveles y modelos de confiscación del conflicto. Por un lado, como se viene diciendo, Europa continental muestra un nivel casi absoluto de intervención estatal en los conflictos -que han dejado ya de ser entre particulares-; y por el otro, Inglaterra marca una situación diferente, al menos en lo formal.

A pesar de haberse dado un proceso de confiscación de la justicia y la centralización del poder político, el modelo de la disputa ha permanecido en tanto base del sistema de enjuiciamiento. Cualquier persona se encuentra facultada para iniciar la acción penal. El lugar del lesionado ha sido resguardado. La víctima conserva un espacio en el cual puede tomar decisiones, puede elegir callar o hablar, el juego es más limpio e igualitario.

Sin embargo no debemos ser necios. En la actualidad, la persecución penal por parte de la víctima es ínfima. La mayoría de los casos son perseguidos por la policía. La ficción continúa siendo creada por el derecho, pero con un fundamento histórico-cultural mucho más sincero.

La inclusión de la figura del Director de Persecución Penal, a pesar de tener un carácter similar al fiscal conocido en el medio continental europeo, es sumamente reciente, y no ha cambiado transversalmente el modelo acusatorio que rige todo el proceso penal.

⁴⁶ Nils Christie, “Los límites del dolor”, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pág. 126.

⁴⁷ Julio B. J. Maier destaca que “Esta es la idea que da nacimiento a un derecho penal autoritario, base de la persecución penal estatal, a la vez uno de sus pilares. Ella desaloja de la escena procesal penal a un procedimiento fundado, básicamente, en la persecución penal privada, regido por las máximas “*nemo iudex sine actore*” (allí donde no existe actor, no existe juez) y “*nome procedat iudex ex officio*” (el juez no procede de oficio), y por la concepción de que el procedimiento está gobernado por el interés estrictamente opuesto de dos personas que se enfrentaban en él (partes) y exigían del tribunal la decisión de su relación litigiosa”

La tradición igualitaria entre las partes y la participación ciudadana en los procedimientos judiciales siguen siendo dos de los pilares fundamentales. La víctima es respetada como persona en el juego de la disputa, no pierde su dignidad como ser humano.

Evidentemente, Inglaterra, al resistir la inquisición, también resistió la suplantación del particular por un órgano estatal que lo deje de lado, que le reste significación en su propio conflicto, y por ello también hablamos de acusatorio. Las partes se han encontrado históricamente en pie de igualdad, el pueblo los ha escuchado, ya sea como público o jurado, los ciudadanos no se han desprendido ni despreocupado por el sistema de justicia que se imparte, no se han alejado de algo que les pertenece al punto de resistir fervientemente el modelo de Estado sin controles ciudadanos.

Habiendo llegado a este punto de la conclusión, podemos ver diferencias y similitudes sobresalientes de ambos modelos. Puntos en los cuales se tocan y se confunden, y aspectos en los cuales son sustancialmente opuestos. Entre las similitudes, ya que las diferencias han sido señaladas a lo largo de todo el trabajo, podemos destacar precisamente una característica esencial: ambos sistemas se yerguen sobre la base de un Estado, sobre una concepción de delito como cuestión pública, sobre un concepto de delito como infracción – aunque en distintos niveles en ambas regiones-. Este es el punto crucial que nos lleva a reflexionar nuevamente sobre una cuestión esencial: ¿es incompatible el concepto de daño con el modelo de Estado de derecho? ¿Es incompatible la participación de la víctima en la resolución de sus conflictos con dicho modelo? ¿Es necesaria la intervención de un Ministerio Público nacido de la inquisición en un modelo acusatorio de enjuiciamiento?. Yo considerablemente diría que no.

Por el contrario, si tenemos en miras un estado democrático de derecho, en el cual un eje esencial es la participación de la comunidad – tanto como garantizador de la división del poder, como de legitimador de la actuación de la justicia- en conflictos que no le son originariamente propios, creo que no sólo no son incompatibles las premisas contenidas en las preguntas formuladas anteriormente, sino más bien complementarias y necesarias en pos de un sistema de justicia más controlado, menos autoritario, más legitimado que el que tenemos hoy en día. Y por sobre todas las cosas, más respetuoso de nuestra constitución histórica y más fieles al sistema garantista que en ella se propugna.

Probablemente estas respuestas lleven a reflexionar sobre otras tan o más importantes que las desarrolladas, pero necesariamente vinculadas, tales como si es legítima la pena estatal, o aún cuál es la función del sistema punitivo y el rol que debe ocupar el derecho penal. Tal vez, nos lleven a reflexionar sobre el rol del Estado, o si debe existir uno...

En tanto nos sigamos preguntando, en tanto continuemos buscando soluciones a nuestros problemas sociales, valerá la pena seguir cuestionando.