



JULIO B. MAIER

Profesor Titular Consulto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires.

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

03

TERCERA PONENCIA: *El Principio Acusatorio como símbolo de la Reforma Hispanoamericana del Procedimiento Penal*

12

1.- Presentación del Tema

Es de conocimiento de todos que Hispanoamérica ha llevado a cabo desde los '90 un enorme esfuerzo por reformar —*Yo diría refundar totalmente*— su sistema de enjuiciamiento penal, movimiento que reconoce su comienzo en el Código para la Provincia de Córdoba, sancionado en 1939, que instituyó el juicio oral y público en toda la materia jurídico-penal, ley que fue el producto del esfuerzo del gobierno local y de la Universidad nacional con sede en esa Provincia, instrumento legal rápidamente expandido en las provincias argentinas hasta, aproximadamente, el año 1950, dicho esto en términos generales!¹ En el ámbito hispanoamericano debe mencionarse también al Código de la República de Costa Rica, de 1973, que siguió el mismo ejemplo. No todos los países han alcanzado en la actualidad idéntico grado de realización de la reforma, pero cada uno de ellos, según sus posibilidades, ha remozado su procedimiento judicial en materia penal. El resultado general de la reforma, desde el punto de vista del procedimiento, es, a mi juicio, altamente satisfactorio, pese a algunas dificultades prácticas propias de una organización judicial deficiente, que enfrenta y se resiste al cambio.



1.-Cabe aclarar que ni el Estado federal ni la Provincia de Buenos Aires siguieron el mismo ejemplo hasta 1993, de modo que los códigos actuales de esas jurisdicciones forman parte del movimiento expresado al comienzo de este texto.

También es de conocimiento general el hecho de que el atraso en esta materia no sólo podía contarse por centurias, sino, además, que él representaba una hiriente contradicción entre los principios bajo los cuales los países hispanoamericanos consagraron la independencia del reino español y aquellas máximas básicas predicadas por su sistema de enjuiciamiento penal.

En este último sentido cabe consignar, resumidamente, que España, con la conquista y colonización, trajo a estas tierras no sólo una nueva organización social y política, sino que, además, en conjunto con ellas, introdujo nuevas instituciones de la vida gregaria, para imponerlas por sobre aquellas que hallaron en estas tierras. Entre ellas cobra especial importancia su sistema judicial y, para el tema que hoy nos convoca, su enjuiciamiento en materia penal. Él dependió de aquel fijado en las Partidas del rey sabio, aplicables genéricamente en los territorios hispanoamericanos por remisión de las Leyes de Toro, de la Nueva y de la Novísima Recopilación, sistema que, en lenguaje sintético, se conoce con el nombre de Inquisición.

Precisamente, son las características de este sistema las que riñen con aquellas que los fundadores de nuestra independencia eligieron para gobernar estas tierras y sus habitantes. Mientras la independencia del reino de España tenía como fundamento el principio libertario consagrado por la Ilustración en el continente europeo y por el liberalismo impuesto en las leyes fundamentales de los Estados Unidos de América del Norte, las instituciones de rango inferior, que, en teoría, debían desarrollar aquellos principios, permanecieron unidas al legado hispánico, en especial el procedimiento penal que, por siglos, no abandonó los principios inquisitivos básicos: procedimiento registrado por actas en las cuales los funcionarios relataban los actos que ellos realizaban, concediéndoles certeza para poder transmitir conocimiento y fundar las decisiones judiciales, proceder, por tanto, secreto en el sentido de carente del carácter público, con gran utilización de la delegación de funciones, persecución penal estatal sin enfrentamiento y debate entre partes de un litigio, por ello sin presencia de los protagonistas del conflicto social ante quienes decidirían su solución, organización judicial vertical con enorme vigencia del principio devolutivo, a través del cual los delegantes del poder, funcionarios ubicados en la cúspide de la organización judicial, recobraban de sus inferiores, los delegados, el poder de juzgar y decidir, principio básico de la llamada justicia de gabinete, sistema de organización judicial utilizado por la Inquisición, aún vigente como principio genérico.

Ello determinaba la contradicción con nuestras instituciones fundamentales en materia de justicia penal, que yo he calificado antes de ahora como hiriente: mientras nuestras constituciones políticas abogaban por un juicio público, en presencia de acusador y acusado y con vigencia de garantías máximas para quien era perseguido penalmente, incluso decidido por jurados, en el sentido de jueces no profesionales, la legislación común quedó estancada en los antiguos principios.

La contradicción duró, prácticamente, dos siglos y aún perdura parcialmente, sobre todo en algunos países. La reforma habría de llegar algún día, y para quedarse, porque no era una reforma de ocasión, sino una de principios o, mejor expresado en lenguaje informal, una reforma cultural de aquello que se entiende por “hacer justicia”. Tanto es así que ella significó también, en la materia, una renovación casi completa del vocabulario utilizado por las leyes para indicarla, por los jueces en sus decisiones y, especialmente, en los fundamentos de esas decisiones, y por los juristas al explicarla. Para mí, tras el fracaso en mi propio país con la reforma propuesta en 1986, pero alcanzado pronto por el movimiento que ella inició,

representa una anécdota feliz el hecho, que me adjudico con cierto orgullo, de haber, desde la Universidad, renovado el lenguaje y la organización académica materia procesal penal.

Empero, como toda reforma, también prohió malos entendidos, en ocasiones incluso la utilización hipócrita de sus términos, uno de los cuales pretendo aclarar hoy, porque, como el título de esta exposición lo indica, la calificación de procedimiento acusatorio ha terminado por situarse como símbolo de la reforma hispanoamericana del procedimiento penal. Lo mejor para entender todo el problema y sus derivaciones, a mi juicio, es manejarse socráticamente, por medio de preguntas.

2.- Significados

I. La primera pregunta: ¿Qué significa un proceso penal acusatorio? Un proceso penal acusatorio no significa otra cosa que un proceso de partes, esto es, un procedimiento de lucha o combate —*en el caso de nuestra civilización actual, lucha o combate intelectual*— entre los representantes de dos —o, eventualmente, más— intereses contrapuestos. El Derecho reconoce en uno de los combatientes al pretendido titular o representante del interés que quiere ser reconocido o reparado judicialmente, el llamado “actor” —o “acusador”, *en materia penal*— y, del otro lado, enfrente, a quien, como contrincante eventual, se puede oponer a ello, sobre todo, con interés en oponerse a que el interés denunciado como lesionado sea repuesto en su vigencia a su propia costa; éste es el “demandado” —“imputado” o “acusado”, *en materia penal*—. Ni qué decir que éste es el esquema regular de realización del Derecho privado, incluso en el procedimiento ejecutivo, pero también —*algo más formalmente*— el esquema del litigio judicial en el Derecho público, no bien, por ejemplo, reconocemos en la Administración la facultad de defender sus decisiones, querelladas ante la administración de justicia por quien es afectado por el acto administrativo, en el proceso contencioso-administrativo.

14

Estoy seguro de que ya se observa la dificultad de trasladar este esquema a la realización del Derecho penal, no sólo por aquello de que el Derecho penal es Derecho público —*algo que, con Alf Ross defendiéndome, me atrevo a contradecir*—, sino, antes bien, por aquello de la realización oficial —*ex officio*— del Derecho penal, sin que voluntad libre alguna pueda interferir, con sus preferencias —*todavía menos en el procedimiento ejecutivo de la pena privativa de libertad*—, salvo contadas excepciones, en el proceso de realización del Derecho penal. Empero, como veremos, aun pese a esta circunstancia, el proceso realmente acusatorio tiene sobradas ventajas políticas frente a su opuesto en la actualidad, oponente procesal que nosotros, en Derecho penal, conocemos con el nombre de Inquisición, por razones históricas.

Todavía vale la pena advertir, antes de finalizar esta breve introducción al tema, que acusación e inquisición, procedimiento acusatorio y procedimiento inquisitivo, no son, en realidad, términos opuestos contradictorios desde el punto de vista teórico. Antes bien, el hecho de que siempre aparezca el uno frente al otro se vincula a razones históricas, culturales. Se trata, sin duda, de realidades distintas en la administración de justicia, no sólo en virtud de las características teóricas de cada tipo de procedimiento judicial, sino, antes bien, de realidades histórico-culturales distintas, cada una con características propias. Procedimiento acusatorio denota, históricamente, la finalidad de la actuación de la autoridad —*si se quiere, de la autoridad judicial, mejor aún, del tribunal*—, en un sentido determinado: remite al proceder para la solución de un conflicto entre quien se cree titular o representante de un derecho y

quien debe hacer o tolerar algo para que ese derecho se realice, conflicto que se desarrolla en el seno de una sociedad determinada; remite, entonces, en primer lugar, a la búsqueda de un acuerdo, de un consenso, y, si él no es posible, al hallazgo de un ganador y de un perdedor del pleito, y, en ese caso, de la medida de la pérdida o de la ganancia. No otra cosa significa, en el Derecho germano común, la pérdida de la paz social o, mejor, comunitaria (*Friedensbruch*), como sinónimo de conflicto y lucha entre ofendido y ofensor, el convenio para la recuperación de esa paz social entre los protagonistas (*Friedensvertrag*) —que fija derechos y deberes de ellos para el futuro— como forma de regresar ambos a la paz comunitaria, y el combate judicial, si aquel consenso no se lograba, que establecía un triunfador y un perdedor con consecuencias graves para el perdedor que perdía su derecho de vivir pacíficamente en esa comunidad.

En cambio, procedimiento inquisitivo, denota un cambio político y cultural de enormes dimensiones: el reemplazo de la comunidad por el concepto de nación, de la paz comunitaria por la paz del rey —o con el rey—, de la idea del procedimiento como obtención del acuerdo o consenso de solución (*hoy llamada verdad consensual*) o como lucha o combate, por la idea de justicia estatal, básicamente fundada en el conocimiento de lo sucedido (*la llamada verdad correspondencia*). Este cambio político-cultural de la idea de intervención judicial y procedimiento judicial ha sido referida magistralmente por Foucault, en su libro *La verdad y las formas jurídicas*, 3a. conferencia, libro editado en México por Ed. Gedisa, ya hace años.

Conclusión: *acusación e inquisición no se contraponen; son, en realidad, dos formas distintas culturalmente de realizar y observar políticamente el fenómeno de la administración de justicia entre seres humanos, mejor dicho aún, dos finalidades diferentes perseguidas por quienes tienen la responsabilidad de decidir problemas de colisión en una organización social determinada. A cada una de estas formas van adheridas, por circunstancias históricas, diversas características particulares del procedimiento, interesantes para comprender el tema en debate.*

II. La segunda pregunta reza: ¿Qué mentamos nosotros cuando hablamos de procedimiento acusatorio y lo contraponemos al inquisitivo?

a) En primer lugar la respuesta se ofrecerá mediante la negación, o, si Uds. lo desean, no será positiva. No podemos querer mentar —*regular y genéricamente*— un procedimiento entre partes o de partes, cuyo punto de partida es un equilibrio de armas frente al tribunal, partes a quienes se les reconoce que su libre voluntad domina el litigio y su acuerdo, eventualmente, resuelve el problema que se plantea en un procedimiento judicial que tiene por objeto a un hecho punible. Al menos en nuestro Derecho penal ello no sucede ni es posible jurídicamente en la mayoría de los casos, sino tan sólo excepcionalmente (*en los delitos de acción privada y aun allí con ciertas reservas*), pues la fiscalía no es, en los delitos de acción pública, una parte que gobierna la pretensión punitiva a voluntad, sino, antes bien, es un órgano estatal sin interés subjetivo en la actuación de la ley, como portador del interés jurídico llamado pena estatal o como representante de ese portador; su existencia en el procedimiento penal se debe tan sólo a la necesidad de remedar el método acusatorio del procedimiento judicial sólo formalmente y, en gran medida, como garantía para quien sufre el ejercicio de ese poder, el de perseguir penalmente. La fiscalía no dispone de la pretensión punitiva, sino que, como el tribunal, colabora en la tarea de aplicar y ejecutar la ley conforme

a la verdad —*nos referimos a la verdad correspondencia*— investigada en el procedimiento. Eso es lo que significa que la ley penal operará de oficio, esto es, por actividad oficial, según reza el *art. 71 del CP argentino*. De ello deriva, según todos reconocemos, que sólo quien es perseguido penalmente porte un interés subjetivo legítimo, consistente en evitar la actuación de la ley penal, interés que él puede defender a su antojo, antojo que, por lo demás, no determina necesariamente la solución del caso: su confesión de culpabilidad, por ejemplo, no impone a nadie la necesidad de una condena.

Por lo demás, la preferencia por un procedimiento judicial de tipo acusatorio para la realización de la ley penal, como en general puede afirmarse por interpretación correcta del sentido político de las constituciones de los países hispanoamericanos en algunos casos de sus mismos textos, directamente², que resuelven el problema en ese sentido, inequívocamente, constituciones de cuño liberal, republicano y democrático, y como también surge de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, universales o regionales, no nos conduce, en modo alguno, a dejar de lado la definición de uno de los fines del procedimiento penal como búsqueda o determinación de la verdad, ni tampoco a negar u omitir la definición actual de lo que representa el concepto de justicia como hallazgo del conocimiento verídico fundante de la decisión, característica básica del modelo inquisitivo desde su propio nombre. De allí la necesidad de la existencia de órganos estatales idóneos para averiguar la verdad, llámese a ellos fiscalía, policía o juez de instrucción. El procedimiento penal actual es, y seguirá siendo todavía por un tiempo prolongado, efectivamente, un método propuesto por la ley para conocer —*si se puede*— mediante sus rastros todo aquello que se necesita conocer del mundo y de los comportamientos humanos para poder decidir acerca de su objeto, la imputación a una persona de un hecho —*acción u omisión*— eventualmente punible y, con el conocimiento logrado, dar solución jurídica al caso.

16

Pero tal constatación, la sinonimia entre justicia y verdad correspondida por la realidad, tampoco nos conduce, necesariamente, al rechazo de las formas del procedimiento acusatorio tales como la separación de las funciones de acusar y juzgar, los debates orales y públicos ante el tribunal, con la presencia y actuación en él de acusador y acusado y de todas las personas que deban cumplir en ellos un papel respecto del esclarecimiento de la verdad, para fundar la solución legítima tras ese debate, según la ley penal que rige el caso.

b) Desde el ángulo de observación positivo —*o, si se quiere, no negativo*— lo primero que se presenta a nuestros ojos consiste en que ambos tipos de procedimiento no vienen solos conceptualmente, sino que, por lo contrario, cada uno de ellos porta, históricamente, un método o clase característica de proceder para la realización de su finalidad. Mientras del sistema acusatorio son propios el enfrentamiento cara a cara de los adversarios, controlado y modulado por uno o varios árbitros, como si fuera un juego deportivo actual —*el que más les guste*—, y por tanto, la comunicación oral entre adversarios, árbitro y medios para resolver la contienda, más la publicidad del procedimiento —*históricamente realizado en la plaza pública*— y cierto valor de las decisiones de las partes para resolver el conflicto, del sistema inquisitivo son características formas no necesariamente contrarias sino, antes bien, distintas de proceder judicialmente y concebir el valor “*justicia*”: escritura como medio de comunicación o, si se quiere, las actas sobre los actos del procedimiento, contados de ese modo por un actuario, el secreto o, cuando menos, la limitación del conocimiento a un grupo reducido



• 2.-En mi país de los arts. 18, 24, 75, inc. 12 y 118 de la Constitución Nacional. •

de personas, y la carencia de valor de la libre voluntad de los protagonistas para resolver el conflicto y para generar las intervenciones de sus protagonistas.

c) Se pregunta ahora entonces *¿cuál es o debe ser el sistema actual?* y la pregunta vale, en primer lugar, para el proceso penal de conocimiento, pero se extiende al procedimiento ejecutivo de las penas ya firmes. Con todas las idas y vueltas que sufre el Derecho penal de nuestros tiempos, él conserva, todavía, su base principal en relación con la administración de justicia. Conceptualmente, hacer justicia se define por un factor principal, la averiguación de la verdad sobre hechos sucedidos, base de la aplicación de la ley penal. Conocimiento histórico de la imputación con sus diversos elementos y justicia si no son hoy sinónimos, al menos resultan conceptos relacionados estrechamente: el conocimiento es un factor quizás no suficiente pero sí necesario de nuestro concepto de justicia penal. En ocasiones, alcanzar ese conocimiento no es posible y tal fracaso muestra mejor que muchas palabras el carácter necesario del conocimiento para la definición de aquello que entendemos por “*justicia*”. Precisamente, nuestro sentimiento de frustración ante la imposibilidad de pronunciarnos con certeza indica a las claras el límite humano para arribar a aquello que hoy entendemos como justicia penal. Tal base no es más, históricamente, que el producto de un gran movimiento de la organización social, debido a razones políticas, científicas y técnicas, que no es del caso repasar aquí, que sucede a la finalización del feudalismo y con la construcción del *Estado-Nación*, una nueva forma de organización social respecto de su precedente, más extensa, tanto territorialmente como en relación al número de personas que abarca, organización que perdura hasta nuestros días, aun si reconocemos la existencia actual de ciertos problemas para ella (*me refiero a la globalización tal como ella es aplicada*). Tal organización social es hoy ya atacada desde varios ángulos, como sucedió antes con el mundo feudal en los siglos XII y XIII por la vía del cambio hacia el Estado-Nación. En especial, el Estado-Nación está atacado por el fenómeno de la llamada “*globalización*” y la marcha triunfal de la técnica y la comunicación, que borran fronteras geográficas, típicas para aquella forma de organización social. Sin embargo, todavía el sistema, según se observa, no permite resolver los problemas ingresados a la administración de justicia penal a gusto y paladar de los protagonistas de un conflicto social, los señalados como víctima y victimario —*acusador y acusado en lenguaje formal*—, sino que intenta evitar el triunfo del fuerte sobre el débil, del poderoso sobre el indefenso, y evitar que el Derecho penal funcione como un instrumento de venganza privada, para pasar a ser un instrumento de la paz del Estado. De allí el monopolio casi sin excepciones —*única excepción: la defensa legítima*— de la fuerza o la violencia, admitidas jurídicamente, por parte del Estado y su deber correlativo de proporcionar seguridad común a los ciudadanos, un proceso histórico, provocado y conservado por la burguesía, que tampoco podemos hoy repasar en homenaje a nuestro tiempo de exposición.

Empero, para lograr esos fines, el Estado y su justicia recurrieron, durante casi cinco siglos, a extremos tales como considerar al procedimiento judicial en materia penal, a la búsqueda de la verdad, obra total del Estado y sus funcionarios en soledad, sin intervención defensiva real de quien es perseguido penalmente, sin discutir con él la imputación de que es objeto; ellos tampoco vacilaron en considerar al imputado y a los órganos de prueba que podían informar acerca de lo sucedido sólo objetos de la indagación, meros rastros de lo acontecido, y, por ende, no vacilaron en autorizar la utilización en sus cuerpos y en su mente de los tormentos, la tortura, para investigar la verdad³; no dudaron en introducir el secreto de la actuación



3.-Siempre he recomendado a mis alumnos, como ejemplo, la lectura de *Fuente Ovejuna*, la pieza teatral de Lope de Vega.

judicial como una manera auxiliar de esa búsqueda, y a la registración —*escritura y actas*— como una forma de guardar el secreto y cristalizar los datos obtenidos por los funcionarios judiciales. Contra estos abusos reaccionó la Ilustración y el Estado liberal que, en líneas generales, adoptó las formas del sistema acusatorio antiguo, pese a no retroceder materialmente en su concepción de la justicia criminal. De allí, precisamente, el conceder una oportunidad efectiva de defensa a quien es perseguido penalmente, la necesidad de que la verdad “pase” o se descubra ante los jueces que van a decidir, en presencia de los protagonistas del pleito —*es aquello que llamamos inmediatez y la finalización de la justicia de gabinete, adherida al principio devolutivo*—, el instrumentar la sentencia como resultado de un debate entre los protagonistas legítimos del litigio, en el cual se incorpora a los medios de prueba, todos quienes se comunican instantáneamente a través de la palabra hablada —*oralidad*—, con lo cual se logra que quienes asisten como público al debate se enteren y controlen los actos en él cumplidos, a más de la supresión del tormento como método de certificar la verdad, indigno para el ser humano que lo sufre. Esta breve descripción de aquello que entendemos actualmente por procedimiento acusatorio revela que sólo las formas proceden de la concepción histórica originaria de ese tipo de administración de justicia; los fines materiales para los cuales ella se lleva a cabo, en cambio, permanecen unidos al procedimiento inquisitivo. Es por esta razón que el Derecho anglosajón todavía caracteriza como inquisitivo al procedimiento que establecen los códigos procesales penales de la Europa continental y reservan el nombre de adversarial para el suyo propio, más parecido al litigio de carácter privado y, por tanto, más adherido aún no sólo a las formas sino, también, a la idea material de “*justicia*” que preside el procedimiento acusatorio.

2.- Las características del Sistema Acusatorio Actual

De tal manera, por sistema acusatorio sólo se concibe hoy en día la observancia de principios formales básicos de esa forma de proceder. Sintéticamente expresados: separación de funciones entre quien persigue penalmente y quien decide, aun cuando el persecutor sea, según la ley penal, el mismo Estado por intermedio de un órgano diferente al tribunal; derecho de respuesta a la imputación que corresponde al acusado; la inmediatez y la publicidad del procedimiento, y sus modos accesorios de lograr la observancia de esos principios formales, la oralidad y la concentración del procedimiento en audiencias sucesivas o, si se quiere, más sintéticamente aún, el procedimiento por audiencias.

Se separa a las funciones de perseguir y de decidir, aun en los delitos de acción pública, para lograr evitar la sospecha de parcialidad en quien decide —*que no puede ser el autor de la hipótesis que, verificada, funda una eventual condena*— y para colocar frente a quien es imputado a un adversario, al menos formalmente, que dé vida a aquella hipótesis y, eventualmente, la defienda y demuestre. El ministerio público, entre nosotros, la fiscalía, es el órgano creado por la revolución —*me refiero a la revolución liberal con base en el pensamiento ilustrado*— para cumplir la función de perseguir penalmente, en origen una tarea de la administración ante el Poder Judicial, razón de ser de la adjudicación europea del oficio del ministerio público a ella.⁴ Los tribunales judiciales, en cambio, cumplen la función natural en ellos: ***decidir en materia penal.***



4.-Esta es la posición institucional que, según yo creo, le adjudicaba la Constitución Nacional originaria (1853/60) de mi país, hoy modificada (reforma parcial de 1994) para ubicarlo como órgano autónomo extrapoder, en lenguaje de los constitucionalistas.

El hecho de que exista una imputación formal en manos de un órgano estatal o privado distinto del tribunal es el primer paso para acceder al ejercicio de la facultad de resistir la imputación (*el derecho de defensa en juicio*). Resta solamente la concesión de una oportunidad que permita resistir con eficiencia esa imputación y ella determina el próximo paso formal: la construcción de un juicio con las características que ya constan —*público y con asistencia de todos los protagonistas legitimados como tales por la ley, en especial con asistencia perfecta de aquellos llamados a decidir sobre la base de lo oído en esa audiencia, con comunicación oral entre ellos, debate concentrado y continuo*—, debate en el cual se debe incorporar a todos los elementos de convicción necesarios para decidir y practicar la defensa de los intereses eventualmente en pugna.

Completa la oportunidad de defensa de quien es perseguido penalmente, se debe asegurar, por último, que la sentencia verse sobre aquello que se ha debatido, esto es, sobre la imputación deducida contra alguien y sus diversos elementos (*iura curia novit*), sin sobrepasar, en contra de quien es perseguido penalmente, los límites impuestos por la acusación. Tales exigencias deben alcanzar también no sólo a los problemas interlocutorios que deciden los jueces en materia penal durante la tramitación del proceso de conocimiento —procesamientos, apertura del juicio, medidas de coerción, excepciones—, sino, también, a la ejecución penal y sus decisiones.

Todas estas exigencias merecen un desarrollo más amplio, que tome a su cargo los detalles —que, quizás, puede completarse, al menos en parte, en el debate posterior a mi exposición—, pero, para redondear el concepto de enjuiciamiento acusatorio que hemos heredado y utilizamos cotidianamente, su resumen basta para nuestra presentación del tema. Sólo esta forma de proceder puede ser hoy calificada como “justa”, a la luz de nuestras constituciones, declaraciones de derechos y garantías y, sobre todo, a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos. El problema —y nuestra tarea como juristas en materia penal— reside ahora en ubicarnos frente al procedimiento que nos concierne, legislativamente, para indicar hasta qué punto la ley que gobierna nuestra administración de justicia respeta y desarrolla esos principios o los rechaza.



JULIO B. MAIER

Profesor Titular Consulto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires.

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

05

2DA PONENCIA: EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO ACUSATORIO

23

1 • No me propongo, en principio, repetir todo aquello que, desde los años 90', aproximadamente, se ha escrito acerca de la víctima y el sistema penal, menos aún repetir aquello que conduce a reconocer derechos de la víctima en el sistema de persecución penal. Antes bien, me propongo examinar los nuevos aires que propone el sistema penal —*en mi país las decisiones judiciales*—, creador del papel que desarrolla hoy la víctima en el proceso penal. Quiero recordar, previamente, casi como confesión de culpabilidad —*mea culpa*—, que yo fui el iniciador —y no sólo en mi país—, de la corriente que condujo al ofendido por un hecho punible y a sus sustitutos ocasionales a ganar terreno en la persecución penal, no sólo mediante un artículo (*La víctima y el sistema penal, en De los delitos y de las víctimas, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992*) que, por esos años, pretendió corregir el papel de la víctima en el proceso penal, limitado antes a la acción reparatoria según los llamados, en mi país, “**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 ámbito 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 en forma crítica por un profesor de Derecho penal amigo, con motivo de su exposición del Derecho penal de nuestros días. Ciertamente, esa corriente de pensamiento culmina hoy en un punitivismo extremo (*Cf.*), algo que lamento y que, según creo, yo intenté corregir desde un comienzo.

2 • Me parece que, para exponer el tema prácticamente, 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 textualmente según el texto del CP de mi país (*art. 71*), pero también según la legislación chilena (*CPP, 53 y ss.*), 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, en mi país, ministerio público fiscal*—, oficio que sigue el ejemplo del Derecho continental europeo, si lo desean, del Derecho francés del siglo XIX, posterior al Iluminismo y a la Revolución.

Empero, además, existe otro interesado en cabalgar en conjunto con la fiscalía; *es el caso del ofendido por el delito, la víctima —o, en algunos casos, su sustituto (CPP chileno, 108)—*, 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. 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 o decide 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 período procesal con el mismo requerimiento, porque la fiscalía entiende que no debe acusar; durante el debate cuando, al finalizar, la fiscalía, a mérito de ese debate, requiere la absolucón; o, incluso, durante el procedimiento recursivo, si la fiscalía, conforme con la sentencia dictada, no recurre o desiste del recurso ya interpuesto. Es claro que, cuando el jinete —*la fiscalía*— desciende del caballo, no le ofrece las riendas a quien lo acompaña y, por lo tanto, la china queda en ancas de **“Persecución penal”** pero el caballo carece de conducción.

24

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 algunos 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 (**CADH, 8, n° 1; PIDCyP, 14, n° 1**).

Para mí, 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 afirmativamente, pues incluso se ejemplificó de la mano del recurso contra la sentencia final que no acogió su pretensión condenatoria (*posibilidad de Derecho positivo en el CPP chileno, 258, III y IV; ver también CPP Chile, 261, a*). Vanamente intenté aclarar el tema, pues yo pretendía que la “china”, si era “justo” el descenso 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 en relación al número de jinetes que pretenden transitarlo. El caso no mereció aclaración; entonces lo aclaré 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 la víctima o su sustituto 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 prescripción de Derecho internacional o constitucional alguna que vede explicarle a quien querella, que el hecho descripto no es punible, según los elementos que lo integran, 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, pero, en principio, pretensión imposible de reclamar judicialmente. Así como hay pretensiones prohibidas —*reclamar el divorcio vincular cuando no está permitido o no corresponde*—, 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 de Derecho internacional o 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 absolucón pronunciada por sus jueces o con una condena más benigna que la pretendida por los acusadores, sean estos 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, derecho que los juristas denominamos capacidad de derecho. En definitiva, cabe recordar que, como lo dice un aforismo vulgar, por lo 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. No ignoro que ello resulta más dudoso de afirmar en el caso chileno, cuyo CPP autoriza (*arts. 258 y 261*) a acusar a la víctima aun contra el dictamen del ministerio público, en una suerte de transformación de la acción privada en pública, según lo prevén también los CPP’s de la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires, siguiendo una jurisprudencia judicial que yo considero absurda para el caso argentino.

3 • El problema que tratamos siempre se ha presentado entre nosotros de modo unilateral: la fiscalía, perezosa e inútil, como cualquier 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 (cf. BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, en “Pena y Estado [Ministerio Público]”, Buenos Aires, 1997, Año 2, n° 2, ps. 35 y ss.)— 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 hoy 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” (*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

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 los delitos de acción pública. Alguien me hizo notar, no hace mucho tiempo, que ése fue mi error, que el libro sobre *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1992) había 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 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 inculcado a juicio y condena, cuando el titular de la acción penal —el Estado por intermedio de la fiscalía en los delitos de acción pública— “abandona” la persecución penal —antes bien, la ejerce pero en favor del acusado—, es la meta de la “autonomía” del ofendido, declarada para punir en casos en los que el jinete principal se “baja del caballo”. Por lo contrario, la intervención del ofendido no representa más a una rueda de auxilio para el inculcado (como lo propone, p. ej., VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, § 3, ps. 13 y ss., y Cap. III, ps. 41 y siguientes). Esta advertencia y este arrepentimiento político nos conducirá como de la mano a la segunda paradoja.

5 • Según ya se dijo, los defensores de la autonomía acusatoria de la víctima y todos los fallos de esta tendencia conocidos, internacionales o nacionales, de tribunales locales, provinciales o nacionales, hacen pie en los derechos humanos, antes bien, en las convenciones universal y regionales sobre derechos humanos (*PIDCyP, 2, n° 3, y 14, n° 1; CADH, 8, n° 1*) 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 entre varios. Así, los derechos humanos de la víctima interferirían con los relativos al imputado —*habrían sido concebidos, para fustigar al imputado y a sus derechos*—, de modo tal que su pretensión punitiva debe ser atendida siempre, aun cuando la ley penal no legitime al ofendido para perseguir penalmente, sólo legitime la acción penal pública y el Estado no asuma esa persecución penal como razonable a través de una decisión controlada por los jueces, conforme al principio de legalidad. 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 de Derecho público, se enjuicie una ley de auto-amparado y se predique de ella, como excepción, su invalidez, pues sólo intenta cubrir crímenes imperdonables de los funcionarios estatales que el Estado que los unge procede a perdonar, para no aplicar la consecuencia jurídica 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*” (*PASTOR, La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos, en “NDP”, Buenos Aires, 2005/A, ps. 73 y ss.*), 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, máxima expresión de una medicina —*al fin hallada por el hombre*— que todo lo cura, “*sanalotodo de todo problema social*”. Ello significa transformar al Derecho penal y a la pena, sobre todo a la privación de libertad, de ultima ratio a prima donna o sola ratio de la política 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*” (*cf. PASTOR, ibidem*), 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*” (*Cf. PASTOR, ibidem*) 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 (*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, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, n° 3, c, p. 15 y ss., y nros. 5 y 6, ps. 43 y ss.): las víctimas poseerían, incluso, los mismos derechos y garantías que el sospechoso, que el autor y, quizás, que el penado, a pesar de que las situaciones por las que ellas y ellos atraviesan —por tanto, la adjudicación de derechos y de garantías a cada posición—, de manera evidente, no son parangonables (***nulla poena sine lege praevia, estado de inocencia, in dubio pro reo, nemo tenetur, etcétera***), ni siquiera son 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 (cf. Silva Sánchez, Jesús-María, *Nullum crimen sine poena. Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*, en “Derecho penal y criminología”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, vol. 29, nros. 86/87; también en “Derecho en sociedad”, Revista electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT, Costa Rica, julio 2011). Y este cambio de sistema, como si se hubiera dado vuelta la media, constituye, según se verá, la tercera paradoja.

6 • 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 (*crimen lesae majestatis*; cf. BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en “Poder y control”, Barcelona, 1986, nº 0, ps. 77 y siguientes); 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 —como correspondencia con la realidad— en fuente y sinónimo de toda justicia (cf. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, 3ª reimpresión, México, Ed. Gedisa, 1988, Tercera conferencia; cf. *la tensión entre estas dos definiciones de “justicia” en la literatura, por lectura de los círculos de tiza brechtianos*). 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, por ej., del art. **71, CParg o de los arts. 53, II, 56, I, y 77 del CPP de Chile**. 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 ley para ello. De allí que, cuando ese jinete desciende del caballo y desensilla, también baje el ofendido o su sustituto, y que sólo obligando al jinete principal a subir de nuevo para retomar el camino de la persecución penal pueda el ofendido acompañarlo en ese camino, en ancas de ese caballo (*ver aquí el CPP Chile, 169 y 170, aun cuando, como se verá, este código se inscribe en la tendencia de habilitar a la víctima a ausar en juicio sin la intervención de la fiscalía, art. 258, III, y 261, a*). Entonces, cuando la ley procesal penal, 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 de legalidad 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.

Me pregunto, al escrutar la opinión que, sin texto legal expreso, le concede autonomía al papel de acusador de la víctima, sólo en base a supuestas lesiones del texto constitucional o del Derecho internacional de los derechos humanos por parte del texto legal: ***¿cuándo hablan esas leyes fundamentales del querellante y sus derechos?; ¿estipulan ellas, en verdad, algún sistema penal y, en ese caso, alguno en especial?; si así lo hacen, ¿con qué nivel de detalle lo estipulan 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 penales. Nuestro sistema penal es hijo del origen que antes establecimos y de los fines político-sociales fijados hace más de 700 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, sea lesivo de alguna ley básica y, menos aún, lesivo de los pactos internacionales sobre derechos humanos. Me pregunto nuevamente: **¿el CPP Córdoba y sus subproductos provinciales o proyectos nacionales, que yo he criticado —políticamente— por no dejar espacio para alguna 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 el 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**).

30 *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, por obra principal 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 para los que la ley penal establece la acción pública con el propósito ya mencionado. Esto equivale a decir, al menos en mi país, 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 o más 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,

quizás 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. 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.*

7 • Me pregunto nuevamente: *¿por qué desde esta atalaya, la escena penal no ha variado de sentido, pese al cambio, y, por lo contrario, resulta en verdad más gravosa en relación a la pena y al procedimiento penal, para quien los soporta?* La respuesta es sencilla. Los autonomistas edifican una pequeña trampa: 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. 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 o no lo monta (*cf. CPP Chile, 56, I*). En verdad, ellos se cuidan de entregarle todo el poder de decisión penal al acusador particular, según sucede en los enjuiciamientos acusatorios históricos verdaderos, hoy denominados adversariales, por influencia del 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 el “*juicio abreviado*” que ellos mismos defienden, 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, 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 el derecho de perseguir penalmente (ver art. 59, inc. 4, CP arg. y art. 56, II, del CPP Chile). Incluso por extensión de tal idea, la renuncia a la instancia necesaria para perseguir penalmente un delito por acción pública, puede producir el mismo efecto de extinción de la acción penal (CPP Chile, 56, III); y hasta ciertos acuerdos entre víctima y victimario pueden producir el mismo efecto de extinción de la persecución penal, reducida tal autorización a delitos específicos por el bien jurídico atacado, la importancia de la lesión o el modo de la infracción (delitos contra el patrimonio, lesiones leves y la imprudencia) y bajo condicionamientos determinados (CPP Chile, 241 y 242).

8 • Es correcto afirmar que 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 (*ejemplo: CPP Chile, 169 y 258, I y II*). Sin embargo, tal ejecución forzada del deber de perseguir penalmente no genera un caso constitucional —*como pretende la Corte Suprema argentina*—, pues 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 cambio, la transformación del juicio por delito de acción pública en un delito de acción privada, como ahora la sostiene la ley procesal penal de la Ciudad y de la Provincia de Buenos Aires, y también el CPP chileno (*art. 250, III y IV, y 261, a*), colide con el sistema de acciones básico previsto por la ley.

9 • 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 inculpado, o bien porque la condena resulta penalmente inferior a su requerimiento (*ver CPP Chile, 109, f, 352 y 414*). 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, eventualmente, la que establece el juicio por jurados y sus instituciones procesales, opuestas por principio a un segundo o ulterior juzgamiento en disfavor del acusado, cualquiera que sea el yerro 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 (*cf. Maier, Julio B. J., Derecho procesal penal [2ª edición], Buenos Aires, 1996, t. I, § 6, E, 4, y H, ps. 632 y ss. y 705 y ss., y § 7, D, ps. 793 y ss.*) porque conduce a un *regressus in infinitum*.

10 • 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. 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 dijo un muy buen jurista, el personaje “*clamaría que lo amáramos un poco menos*” (*SOLER, Sebastián, Algunas cuestiones civiles en el Proyecto de Código Penal, en SOLER-ORGASZ, Aspectos civiles de la reforma penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 44*).