

## LA VÍCTIMA Y LOS DELICADOS EQUILIBRIOS DEL PROCESO PENAL: UNA REFLEXION COMPARADA\*

di Daniel R. Pastor

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La relación autor-víctima. Del equilibrio penal al desequilibrio procesal. – 3. Latinoamérica y el renacimiento de la víctima. – 4. La perspectiva del acusado y la perspectiva de la víctima. – 5. Dos contra uno: problemas y soluciones.

### 1. Introducción.

Por víctima me refiero en este texto — de modo simplificado y sin las importantes precisiones técnicas que serían necesarias — a quien aparece en el proceso penal como posible sujeto pasivo de un delito, conceptualización general que engloba indistintamente las voces ofendido, damnificado, querellante, acusador particular, etc., que son usuales, con sus matices diferenciadores, en las diversas legislaciones y en la literatura especializada. Aquí, la utilización preferente, pero no exclusiva, de la expresión víctima está determinada de forma práctica por ser la designación mayormente empleada en la jurisprudencia y en la doctrina a las que se refiere este trabajo, aunque es algo desafortunada para describir la participación de este sujeto en el proceso, dado que justamente sólo cuando el proceso termina definitiva e irrevocablemente es posible saber si en realidad hay una víctima en sentido jurídico penal, hasta ese momento su estatus es esencialmente refutable, mientras que, en la otra esquina del proceso, la condición de imputado resulta apropiada durante todo el enjuiciamiento.

El carácter eminentemente oficial del derecho penal llevó a que en la escena procesal confrontarán sólo el ministerio público y el individuo imputado y no, como es usual en el derecho privado, un individuo contra otro. Esto no fue siempre así y tal vez no lo sea para siempre. El estudio de la historia del derecho, entendido éste como regulador del funcionamiento de las sociedades, describe de qué modo se pasó, si se me permite el reduccionismo, del enfrentamiento entre particulares, también en los conflictos penales, al surgimiento de acusadores públicos, desde el acusador popular al ministerio público. Sociológicamente se habla de la expropiación o confiscación del conflicto, pues el Estado se constituyó en actor penal sustituyendo a la víctima o a otros particulares directamente damnificados, que quedaron fuera del campo de juego

---

\* Testo della relazione presentata dal Prof. Daniel Pastor al convegno "*Vittime di reato e giustizia penale*", tenutosi il 9 e 10 ottobre 2014 presso l'Università degli studi di Milano, nel quadro del progetto di ricerca internazionale "*Good practices for protecting victims inside and outside the criminal process*".

procesal. El rol de la víctima fue limitado a mero testigo de los hechos y con derecho solamente a ejercer la acción civil. Esto condujo a que en la doctrina procesal se hablara de un “convidado de piedra”. Es una historia muy conocida.

En las décadas de 1960 y 1970 se vivió en el mundo penal una predominante euforia por el imputado. Eran los tiempos de oro de la resocialización y de la reeducación del autor de delito. Se había desarrollado la idea — hoy incomprensible para la mayoría de las personas — de que toda la sociedad era co-responsable del delito que el autor había cometido. En ese contexto, no había lugar para la víctima en el proceso penal de casi todos los rincones del mundo. A lo sumo había aparecido en los EE.UU. una cierta mirada, conectada exclusivamente a movimientos de activismo, que reclamaba más atención judicial hacia la víctima e incluso hasta cierta participación como actor procesal. Este último fue un grito que, hasta hoy, ha quedado bastante desoído en aquel país.

En Latinoamérica, en cambio, la situación procesal de la víctima tuvo un recorrido histórico diferente. Por la influencia de la legislación española fue tradicionalmente admitido, junto al ministerio público, un acusador particular también en los delitos de acción pública. Pero mientras que esto sucedía en algunas épocas y en algunos países de la región, en otros — o en otros momentos — fue recibido intacto el modelo procesal penal ilustrado de cuño napoleónico, el llamado sistema mixto o inquisitorio reformado, en el cual no había sitio para un acusador particular en el enjuiciamiento de los delitos de acción pública, que es el ámbito del proceso al cual restrinjo mi exposición.

Estos dos modelos de tratamiento procesal de la posición de la víctima en el enjuiciamiento penal, el español, tan enamorado del acusador particular, y el francés, tan refractario a ese personaje, siguen conviviendo en Latinoamérica en la actualidad. Pero aquí he de referirme no sólo a los intercambios jurídicos entre las parejas autor-víctima y querellante-imputado, sino también, especialmente, a las últimas tendencias que en esa región han desatado una euforia por la víctima otorgándole más protagonismo procesal, algo que, si bien puede ser valioso, puede asimismo romper el delicado equilibrio de un derecho procesal penal que está pensado para que el imputado tenga que padecer únicamente el sufrimiento que resulte insuprimible y nada más.

## **2. La relación autor-víctima. Del equilibrio penal al desequilibrio procesal.**

Según una antigua ponderación, el arquetipo clásico de un sistema penal democrático — hijo de la Ilustración — podría ser presentado, muy resumidamente, como una división de incumbencias jurídicas prevalecientes entre los sujetos activo y pasivo del delito.

El derecho penal sustantivo sería el territorio predominantemente ocupado por la presunta víctima y el derecho procesal penal el campo de juego del posible autor. La pena prevista para el hecho — especialmente en el momento de su aplicación y ejecución — es la respuesta del orden jurídico al sufrimiento padecido por la víctima.

Pareciera que ese reconocimiento, por el cual el autor paga un precio considerable, debería ser siempre suficiente para satisfacer los intereses penales de la víctima. Este momento de consideración penal hacia el sujeto pasivo del delito no significa que el autor del hecho sea olvidado en las regulaciones materiales. A él corresponden, como es sabido, todos los derechos y garantías que protegen a los individuos para que sean legal y constitucionalmente legítimas las injerencias del derecho penal sustantivo.

El derecho procesal penal sería, en cambio, el ámbito en el cual el imputado debería ser tratado con todo cuidado en la determinación de si será condenado o si no lo será. Cuenta para ello con el privilegio de todo el sistema de derechos y garantías que previene los abusos del proceso y las condenaciones indebidas. En esto, una protección crucial del imputado es la regla de enfrentarlo a un solo acusador, el cual, además, es público, es decir, un tercero, distanciado del hecho y de sus protagonistas, que actúa según criterios objetivos de legalidad. Por supuesto que esto no implica relegar a la supuesta víctima a ese rol de “convidado de piedra” del proceso. Debe ser tratada con pleno respeto de su dignidad, con comprensión por su padecimiento y con la mayor consideración hacia sus expectativas de punición que se traducen en una esperable actuación regular de las autoridades judiciales en la aplicación correcta de la ley penal a unos hechos debidamente comprobados.

Pero esto hoy se está convirtiendo en un mosaico roto. Mientras que, por un lado, la ley material sigue siendo el mismo lugar de consideración de las expectativas penales de la víctima — que, además, han conseguido un aumento de los delitos y de las penas —, el derecho procesal penal, por el otro lado, ha abierto una puerta cada vez más grande para el ingreso de un ofendido con cada vez mayores poderes procesales. La víctima, expulsada desde la modernidad de los sistemas procesales penales más avanzados, ejerce hoy una considerable presión para estar de regreso.

### **3. Latinoamérica y el renacimiento de la víctima.**

En las últimas décadas se produjo en Latinoamérica una importante reconsideración del rol de las víctimas en el proceso penal. Las políticas de mano dura en la lucha contra la criminalidad ordinaria — extensa y violenta en la región — han influido a favor de otorgar más poderes procesales al afectado por el delito, en especial ante una marcada inactividad del ministerio público. Por su parte, en la lucha contra la corrupción se abrió paso la idea de dotar de poderes procesales de acción a las asociaciones de defensa de la transparencia gubernamental y a los actores populares, ante la sospecha de dependencia de los fiscales con el poder ejecutivo de turno. Instituciones como la justicia penal negociada también explican la inclinación a devolver el poder de acción a la víctima, pues si en lugar de la solución legal al caso se le va a aplicar una salida que es producto de un comercio entre las partes, sin duda debería ser el afectado y no el ministerio público el que se preste al regateo. Por último, el enjuiciamiento de los crímenes de gobierno cometidos por las últimas dictaduras que asolaron la región entre 1970 y 1990, usualmente remitidos a la impunidad, dieron excusa al desarrollo de una inclinación hacia las víctimas de esos hechos, respecto de

las cuales se afirmaron derechos subjetivos fundamentales al enjuiciamiento de los sospechosos y al consiguiente castigo, sin alternativas, de los culpables. Por la jerarquía del fundamento jurídico asignado a los poderes procesales de la víctima es ésta última la perspectiva más interesante para nuestra cuestión.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Com. IDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), al enfrentarse a la impunidad de crímenes gubernamentales que representan graves violaciones de los derechos humanos, llevaron a cabo una metamorfosis respecto de la regulación de los derechos fundamentales relativos al enjuiciamiento penal. Los derechos del imputado fueron devaluados y superados por unos derechos de las víctimas que no están previstos explícitamente ni por los catálogos de derechos humanos ni, mucho menos, por la ideología penal que preside todo modelo de derechos humanos. En esta visión, además, el concepto de víctima es amplísimo. En razón del tipo de delitos (asesinatos, desapariciones forzadas, apropiaciones de niños) la prerrogativa de ser víctima se extiende a los familiares y allegados del sujeto pasivo del hecho y, en ocasiones, también a las asociaciones particulares que representan los intereses de ese tipo de ofendidos.

En los pronunciamientos de la Com. IDH y de la Corte IDH aparecen así, para el curso de los enjuiciamientos penales de la región, los derechos fundamentales de las víctimas afectadas a que sean investigados los hechos, al descubrimiento de la verdad, a la imprescriptibilidad de los delitos, a que no sean objeto de ningún tipo de gracia, a que los acusados no puedan invocar la cosa juzgada ni el *ne bis in idem*, a que los culpables sean condenados rápidamente y a que ninguna circunstancia se oponga a la realización de los procesos y a la aplicación de las penas que correspondan. Todo esto puede ser bienvenido, especialmente porque implica en casi todos los casos que se reprima penalmente a autores de crímenes gravísimos históricamente relegados a la más perversa impunidad, pero sin lugar a dudas no tiene nada que ver con los valores jurídicos que justifican el origen y la existencia de los derechos humanos frente a los aparatos represivos estatales.

Lo problemático de esta evolución reside en que la concesión de tantos poderes procesales a la víctima reduciría dramáticamente los derechos del imputado y esa descompensación, en lo que resulta ser lo más importante de todo, cambiaría por completo la visión que tenemos hasta hoy de un proceso penal justo. Estas son hipótesis que deben ser evaluadas con algo más de detalle.

#### **4. La perspectiva del acusado y la perspectiva de la víctima.**

Ante todo es preciso intentar comprender el fundamento político de las demandas en favor del otorgamiento de mayores poderes procesales a la víctima, allí donde hoy no los tiene.

La cultura de los derechos humanos más que una cultura de demandas punitivas es una cultura de límites a la aplicación de penas (*perspectiva del acusado*). Un modelo de consideración de la cuestión penal verdaderamente fiel a los derechos

fundamentales, si se me permite esta simplificación extrema, se caracteriza por su prevención contra el aparato represivo del Estado. Quienes lo idearon se veían a sí mismos como imputados. En este sentido es central la noción de que se debe proteger a las personas frente a los posibles ataques de cualquiera de sus congéneres, pero que sobre todo se debe proteger a los individuos frente al poder público y muy especialmente frente al poder punitivo. Que ésta es la función de los derechos humanos en algo que se ve completamente confirmado con sólo echar una ojeada superficial a todas las declaraciones, cartas, constituciones y convenciones que reflejan jurídicamente la ideología política y penal de nuestras sociedades democráticas. En ellas la mayoría de los derechos y los más importantes corresponden al individuo enfrentado a los tribunales penales. Por encima de todas las cosas abundan en esos textos, hasta el asombro, los principios y las reglas de protección del acusado, junto a ausencia de todo derecho explícito de la víctima. Es por ello que el camino procesal hacia la aplicación correcta de la pena quedó plagado de “obstáculos”, aun cuando el precio inevitable de esta actitud fuera *cierta* impunidad.

La tendencia de otorgar protagonismo como actor penal al ofendido, en cambio, ha prestado atención unilateralmente a las buenas razones de la justicia punitiva, a las valiosas expectativas de las afectados a que se obtenga el castigo de los culpables (*perspectiva de la víctima*), pero que ha menospreciado insistentemente los derechos humanos del imputado cuando han entrado en conflicto con esas razones y esas expectativas. Esto se debe a que nuestros contemporáneos se ven a sí mismos más como víctimas del delito que como imputados sometidos a la arbitrariedad del aparato penal del Estado. Aquellos temores a sufrir el abuso del poder público que tenían los pensadores ilustrados como Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Pagano o Filangieri, no los tienen los lectores de periódicos de la actualidad, que sólo se sienten amenazados, mayormente, por la criminalidad de subsistencia de los inmigrantes ilegales y, en menor medida, por los delitos de corrupción de los gobernantes.

## **5. Dos contra uno: problemas y soluciones.**

Si tomamos como ejemplo el caso argentino — similar, entre otros, al español — en el cual se permite en los procesos por delito de acción pública la actuación, junto al ministerio público, de un querellante particular con poderes de acusador independiente, surgen muchos dolores de cabeza. Aunque sean respetables las razones para contar con dos acusadores autónomos y explicables sus fundamentos, no se pudo evitar el juego sucio de enfrentar en el proceso a dos contra uno.

Es muy evidente la disfuncionalidad — esa deslealtad — de contraponer al imputado dos acusadores. Parece claro que para asegurar su derecho de defensa ésta debe ser confrontada con una sola hipótesis acusatoria dirigida por un sujeto sólo, que es quien va a tener a su cargo formular y probar en juicio las aserciones incriminantes y refutar las contrapruebas de la defensa. La unificación de representación no se aplica por una supuesta diversidad de intereses entre los acusadores. Así, la legislación dispone la actuación de varios sujetos activos todos con los mismos poderes

autónomos de perseguir al imputado, de acusarlo, de argumentar y alegar en su contra, de ofrecer pruebas, de controlar actos, de recurrir, etc.

Ya el principio de igualdad de armas se opone a esto y, en lo que toca a este trabajo, exige, para ser tal, que frente al acusado haya un solo acusador.

Imaginativamente se ha visto en esta realidad procesal anómala de dos contra uno también un problema de *ne bis in idem*: al ser acusado por dos actores procesales independientes el imputado resulta perseguido dos veces por el mismo hecho.

Esta situación inabordable, producto de una tensión evolutiva de valores e intereses, podría ser resuelta excluyendo al ministerio público de la persecución penal de los delitos de acción pública en los que también haya un acusador particular. De este modo, el acusador sería uno sólo. El ascenso de la víctima como figura estelar del proceso representaría la caída del ministerio público: *tertium non datur*. Además, así se cumpliría de un modo perfecto con la metáfora de la expropiación del conflicto, pues al volver el expropiado al dominio de su antiguo bien — retroexpropiación — pierde su condición de propietario el Estado expropiador: ni condominio ni tiempo compartido.

Por supuesto que esta salida presenta no pocas debilidades. En estos casos, ¿debería seguir utilizándose el mismo régimen procesal o sería más razonable, ante esta re-privatización del conflicto, aplicar de ahora en más el proceso por delitos de acción privada? ¿De qué manera se va a garantizar el interés estatal en la investigación y castigo de los culpables, carácter público distintivo del sistema penal moderno, si ya no actúa el ministerio público? ¿Deberían ser dejados de lado todos los principios jurídicos que se fundamentan en el hecho de que en el proceso penal el individuo se enfrenta con el Estado? ¿A la supresión del carácter público de la acción procesal debería seguirle, en el campo material, la eliminación de la naturaleza estatal de la pena?

Son preguntas retóricas. Si es cierto para el derecho que únicamente debe haber un acusador, entonces éste sólo puede ser el ministerio público. En tanto que el derecho penal siga siendo una amarga necesidad del Estado moderno para asegurar la convivencia social pacífica, el Estado tiene que tomar a su cargo, como cuestión propia, la persecución de los delitos por medio de una institución, el ministerio público, que deberá actuar en forma exclusiva. Un balance entre las tensiones en juego es imposible, pues, en casi todos los casos de conflicto, el sistema no puede servir a la vez de un modo tan intenso a dos objetivos tan contradictorios. Esto en razón —no en última instancia, por supuesto— de que son tan diferentes las dos concepciones ideológicas que compiten en estas dos visiones del significado procesal penal de los derechos humanos. Kindhäuser ha destacado el conflicto al constatar que cada aumento de los derechos procesales de la presunta víctima se paga en moneda de disminución de los derechos del imputado.

Además, con el modelo del dos contra uno, en tanto que la pena sigue siendo estatal, se refuerza su aplicación al existir dos sujetos del proceso que así lo requieren, con lo cual el Estado, con la concesión de mayores facultades procesales a la víctima, lo que en realidad hace es llevar más agua para su molino: estos derechos de la víctima terminan por funcionar, en verdad, como ampliaciones del siempre violento y desconfiable aparato represivo del Estado.

No es cierto, por otra parte, que una mayor participación procesal de la víctima esté impuesta por el derecho constitucional o por el derecho internacional de los derechos humanos. No hay nada de eso en los textos constitucionales. Las decisiones de los órganos internacionales que controlan el respeto de los derechos humanos se contentan, en realidad, con que el Estado investigue seriamente y castigue de modo categórico los delitos con independencia de los detalles reglamentarios de los procedimientos. De hecho, la Corte Penal Internacional tiene un único acusador y público. Nadie puede plantearse razonablemente que los países del mundo cuya legislación procesal penal no prevé la figura de la víctima-acusador — por cierto que entre ellos están la mayoría de los estados constitucionales de derecho más avanzados — estén violando sistemáticamente derechos fundamentales.

Los derechos humanos no fueron creados al servicio de la víctima del delito, no hay nada de eso en su función y, en consecuencia, la víctima no es mencionada ni una vez por su nombre en los catálogos de estos derechos, cosa elemental si se recuerda que las funciones penales que satisfacen a la víctima (investigación, enjuiciamiento, castigo) *son públicas* y que en el campo de la pena pública el único titular de derechos humanos es el imputado.

La función del acusador público como único actor penal es la de asegurar la objetividad de la respuesta penal y que la consecuencia jurídica del delito sea sólo la prevista legalmente. Los desvíos patológicos de esta tarea deben ser tratados en el campo específico de la responsabilidad de los funcionarios por sus infracciones de la ley, pero no justifican romper el equilibrio del proceso para intentar prevenirlos.

Si la cuestión penal, por su relevancia social general y por su gravedad, es una cosa pública con un interés estatal preponderante, sometida a un modelo garantista de proceso, el principio de acusación única indicaría que sólo el ministerio público, para contener la comprensible inclinación de las víctimas a la venganza privada (justificación del derecho penal), puede ser el titular exclusivo (negación del condominio) de una acción penal pública cuya promoción debe velar por la aplicación del derecho penal objetivo, en favor de los particulares damnificados por los delitos, sólo en el marco de lo que permita la actuación del poder judicial en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.