EL CONVIDADO DE PIEDRA: SOBRE EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL*

MARCELO FERRANTE

"... la condición para que pueda establecerse el Derecho Penal es que la víctima sea excluida de su posición natural junto al delincuente."[1]

INTRODUCCIÓN

Actualmente puede decirse que el tema del rol de la víctima en el Derecho Penal, en general —esto es, incluyendo al Derecho Procesal Penal— es un tema de moda, surgido como reacción a una historia de unidireccionalidad del Derecho Penal, orientado sólo hacia el "delincuente". En general, esta moda puede caracterizarse como una tendencia a la "revalorización" del papel del interés de la víctima del hecho punible *dentro* de las prácticas penales estatales, de modo conjunto, subsidiario o excluyente del viejo interés punitivo del Estado.

En general, podría distinguir cuatro modelos de análisis de este tema en la actualidad. El primero, el abolicionista, parte de la crítica radical al poder penal estatal, a la defini-

* Este trabajo fue presentado en el curso de grado *Régimen del Proceso Penal*, dictado por el Prof. Edmundo Hendler durante el 1er cuatrimestre de 1994, en la Facultad de Derecho de la U.B.A.

[1] Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, ps. 92-93.

ción de determinados actos como delitos, a la expropiación, por parte del Estado, de la facultad de los individuos de resolver por sí sus propios problemas, y, por lo tanto, postula el valor de las soluciones compositivas de los conflictos interindividuales. El segundo, tesis llamada del *Derecho Penal de triple vía*, plantea la necesidad de incorporar la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito como una manifestación más del poder coercitivo estatal, como un fin más del Derecho Penal, acaso más útil o eficaz[2]. Un tercer modelo, intrasistémico, que plantea supuestos en los que el interés individual de la víctima coincide con el interés coactivo público, que se mantiene intacto. Es decir, un modelo que prevé casos en los que el ofendido por el hecho punible puede ser, dentro de un proceso penal, "representante" del interés punitivo público. Un cuarto modelo es el que tiende a reducir los perjuicios que acarrea para la víctima el Derecho Penal, tal como hoy se mantiene. Este modelo puede ser presentado en dos variantes: por un lado, la protección administrativa de la víctima en el proceso penal y, por otro, la supresión de las consecuencias penales que impiden o reducen las posibilidades de llegar, en instancia civil, a la reparación del daño causado por el delito.

Sin embargo, en la base del análisis del tema, desde cualquiera de las perspectivas de aproximación posibles, aparece la antinomia entre los conceptos de Derecho Penal, según sus características históricas definicionales, y el predominio del interés de la víctima. De gran parte de lo escrito en los últimos años sobre este tema, parece surgir que entre los conceptos Derecho Penal e interés de la víctima no hay tal antinomia. Empero, en rigor, esa ausencia de antinomias sólo puede desprenderse de una redefinición de los conceptos en los que se apoya el Derecho Penal que, por lo menos en general, aún no se ha hecho[3].

[2] Cfr. Roxin, C., "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en AA.VV., *De los Delitos y de las Víctimas*, Maier, J.B.J. comp., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 129 y sigs.

[3] Para un ejemplo de trabajo sobre el rol de la víctima en el proceso penal sobre la base de una redefinición de conceptos, cfr. Bovino, A., "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos", en *Lecciones y Ensayos*, nº 59, Facultad de Derecho, U.B.A., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 19 y sigs.

Por tanto, si bien es posible que, en términos prácticos, la inclusión, cada vez mayor, de la relevancia del interés del ofendido en el Derecho Penal tenga consecuencias positivas —desde uno o más puntos de vista—, desde la perspectiva de un análisis teórico la satisfacción del interés de la víctima o, mejor, la privatización de los conflictos que subyacen a esas situaciones que denominamos *delitos*, como fin principal del Derecho Penal, sólo es posible si, previamente, se redefinen las funciones del Estado moderno y, consecuentemente, su forma de legitimación.

¿Es posible concebir un Estado sin Derecho Penal? o, mejor aún, ¿es posible que un Estado no tenga interés en dominar los conflictos de los individuos a él sometidos? Estas preguntas no serán —ni pueden ser— respondidas en este trabajo. Pero sus respuestas son las necesarias para plantear un cambio radical con relación al Derecho Penal subjetivo del Estado actual.

No hay Derecho Penal si no existe una pretensión punitiva o represiva pública. El interés del Estado por la sanción de quien infringe sus normas define al Derecho Penal. La discusión alrededor de la primacía de la voluntad de la víctima del delito, frente a la voluntad estatal, es una discusión sobre las bases del Derecho Penal. La posibilidad de llevar a cabo esa discusión bajo un título como "la incorporación de la víctima en el Derecho Penal" puede ser políticamente útil, pero resulta, creo, teóricamente oscuro.

Por ello, en este trabajo intentaré, partiendo de una concepción histórica del Derecho Penal, analizar cuáles son las mayores posibilidades de incorporación de la pretensión de la víctima en el marco de un proceso penal, esto es, ¿hasta qué punto puede el Estado hacer primar el interés del ofendido por la comisión de un ilícito penal, cuando mantiene su interés por un control público de la represión ante la infracción normativa?

I. El Derecho Penal nació sin víctimas

El Derecho Penal nace cuando los individuos pierden la posibilidad de resolver por sí mismos algunos de sus propios conflictos interindividuales, en favor del soberano al que de-

bían obediencia y, posteriormente, en favor del Estado. La aparición de un interés supraindividual —o público, si se quiere— en la observancia de las normas y, consecuentemente, la publicidad —o supraindividualidad— de la pretensión represiva surgida de la inobservancia de la ley, fue lo que transformó los procedimientos de solución de conflictos interpersonales en Derecho Penal y, concomitantemente, el daño en infracción, falta o ilícito. El "conflicto penal" es una particular relación entre un poder político centralizado —Estado, soberano— y un individuo que se ha rebelado contra él, desobedeciéndole. Quien resulta damnificado por esa desobediencia es, con relación a ese "conflicto penal", un tercero ajeno al problema. La situación problemática trabada entre el desobediente y el tercero dañado por él, no agrega ni quita nada al "conflicto penal"; sólo puede ser un conflicto paralelo en el que el Estado no tiene ningún interés.

Si pretendiera asignar responsabilidades respecto de la incorporación a la teoría penal del *problema del rol de la víctima* podría, tal vez, situar en primer lugar a los teóricos del abolicionismo[4]. Según las palabras de Nils Christie —acaso el más completo de los autores abolicionistas— "los conflictos del delito se han transformado en una *pertenencia de otras personas* —principalmente de los abogados— o, han sido *redefinidos* en interés de otras personas" como consecuencia de "una *despersonalización* de la vida social" que resulta, a su vez, consecuencia de las mismas condiciones estructurales de la sociedad actual[5]. "El sistema de control punitivo actual representa una de las tantas oportunidades perdidas de involucrar a ciudadanos en tareas que tienen una importancia inmediata para ellos. La nuestra es una sociedad de monopolizadores de tareas"[6].

[4] Para una exposición completa de la problemática de la víctima en el marco de la literatura abolicionista, véase Bovino, A., "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en *De los Delitos y de las Víctimas*, cit., ps. 260 y sigs.; para una muestra de las ideas abolicionistas directamente de sus autores, v. AA.VV., *Abolicionismo Penal*, Stan Cohen comp., trad. de Ciafardini, M., Ediar, Buenos Aires, 1989.

[5] Christie, N., "Los conflictos como pertenencia", en *De los Delitos y de las Víctimas*, cit., ps. 158 y sigs. (las palabras citadas las extraje de ese texto en ps. 165 y 167).

[6] *Ibidem*, ps. 169-170.

Por ello, el cambio necesario para revertir, de algún modo, esa situación puede ser descripto, en palabras de Christie, de la siguiente manera: "... si la situación fuera conformada de tal manera que la cuestión central no fuera atribuir culpas, sino profundizar una discusión sobre lo que podría hacerse para deshacer lo hecho, entonces la situación podría cambiar. Y esto es exactamente lo que debería suceder al reintroducir a la víctima en el caso"[7]. Como se ve, Christie no está pensando en introducir a la víctima al Derecho Penal, sino, por el contrario, en quitarle al Estado el monopolio del poder sobre la solución de los conflictos interindividuales, en general[8]. Sin embargo, históricamente, ese poder de control ha defi-nido al Estado moderno.

Detectar en la historia un momento, o proceso limitado en el tiempo, en el cual irrumpe un poder superior a los individuos implicados en un *problema*, como interesado en alguna *solución* determinada de ese problema, no aparece como una tarea simple o llana. Los estudios sobre las formas jurídicas de Grecia y Roma antiguas muestran cómo esas sociedades, de modo más o menos similar y más o menos cambiante según las épocas, poseían cierto concepto de *pretensión pública,* o supraindividual, con relación a la realización de determinados efectos como consecuencia de algunas *situaciones* dadas entre los individuos.

Esta *acción pública*, es decir, la ejercida por quien representa —accidental o institucionalizadamente, según los casos y el momento histórico— a la sociedad, al grupo, al poder o a quien lo detente, da carácter *penal* a la relación. A su vez, la *publicidad* de esa acción convierte al proceso en el que esa acción es ejercida en un proceso con singulares características: el ritual se convierte en un *proceso penal.*

[7] *Ibidem*, p. 172.

[8] Con relación a las condiciones en las que un cambio en las formas jurídicas representa "abolición penal" en la obra de este autor, véase Christie, N., *Los Límites del Dolor*, 1ª edición, trad. de Mariluz Caso, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, caps. X y XI, ps. 110 y sigs.; ver también, en general, del mismo autor, "Las imágenes del Hombre en el Derecho Penal moderno", en *El Pensamiento Libertario*, Ferrer, C., comp., Nordan-Comunidad, Montevideo, 1992, t. II, ps. 163 y sigs.; también, *La Industria del Control del Delito*, trad. de Sara Costa, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

El análisis de Foucault en este sentido es particularmente interesante[9]. Foucault toma dos momentos de la historia griega: el primero, la Grecia arcaica, representado a través del conflicto trabado entre Antíloco y Menelao en la *Ilíada* de Homero[10]. En los juegos dados a la muerte de Patroclo se realizó una carrera de carros que consistía en recorrer un circuito de ida y vuelta, en el que el punto más lejano, aquel que marcaba el fin de la "ida" y el comienzo de la "vuelta", era una baliza. Los carros debían girar pasando lo más cerca posible de aquella baliza. En ese lugar se colocó a una persona (*testigo*) como forma de controlar la regularidad del giro de los carruajes. Antíloco y Menelao, ambos competidores, lucharon por el primer lugar. Al fin, el que primero llegó a la meta fue el joven Antíloco. Menelao denunció, frente al tribunal que daría el premio, que Antíloco había cometido una irregularidad. Así se trabó el conflicto entre el Atrida y el joven aqueo. Sin embargo, la solución no dependió del testigo parado en la baliza. En ningún momento se apeló a la verdad de los hechos acontecidos. Simplemente Menelao lanzó un desafío:

"Ea, Antíloco, criado por Júpiter, ven aquí; y puesto, como es costumbre, delante de los caballos y el carro, teniendo en la mano el flexible látigo con que los guiabas y tocando los corceles, jura, por el que ciñe y sacude la tierra, que si detuviste mi carro fue involuntariamente y sin dolo"[11].

Antíloco renunció a ese desafío, no juró, y reconoció así que había cometido la irregularidad. Así, "no se pasa por el testigo sino por una especie de juego, prueba, por una suerte de desafío lanzado por un adversario al otro. Uno lanza un desafío, el otro debe aceptar el riesgo o renunciar a él. Si lo hubiese aceptado, si hubiese jurado realmente, la responsabilidad de lo que sucedería, el descubrimiento final de la verdad quedaría en manos de los dioses y sería Zeus, casti-

[9] Cfr. Foucault, M., *La Verdad y las Formas Jurídicas*, 2ª edición, trad. de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1991, conferencia segunda, ps. 35 y sigs.

[10] Este conflicto aparece en el canto XXIII de la *Ilíada*. Ver, por ejemplo, la edición de Editorial Cumbre, México, 1982, trad. de Luis Segalá y Estalella, ps. 363 y sigs.

[11] De la traducción de Segalá y Estalella, ya citada, p. 377.

gando el falso juramento, si fuese el caso, quien manifestaría con su rayo la verdad"[12].

Este proceso de resolución de conflictos intersubjetivos, sólo entre sus participantes, sólo entre los individuos implicados, este proceso subjetivo de establecimiento de la verdad jurídica a través de mecanismos cuyas reglas las imponen los mismos individuos en conflicto, característico de la sociedad griega arcaica, aparecerá luego en la Alta Edad Media, como lo que hoy se denomina *Derecho Germánico*.

El segundo momento es el de las tiranías de finales del siglo -VI y comienzos del -V, en la Tebas de Edipo contada por Sófocles[13]. En esta tragedia, Tebas se encuentra sometida a una peste trágica y demoledora. El oráculo de Delfos señala que la peste es consecuencia de una maldición de los dioses caída como castigo por la falta: el asesinato de Layo, anterior rey de Tebas. También dice la voz de Apolo que la forma de liberar a Tebas de esa maldición consiste en la expiación de aquella falta. La orden es mandar al exilio al asesino.

Si bien las palabras de los dioses, a través del oráculo y del adivino Tiresias, recomendaron a Edipo que él mismo debía irse al exilio —pues él había matado a Layo—, no fueron suficientes para determinar la aplicación de la sanción. No fue sino hasta que dos sencillos hombres, un esclavo y un pastor, dieron su testimonio, confirmando la profecía divina, que se aplicó la sanción: Edipo fue exilado. Aparece así un nuevo mecanismo de producción de verdad: el desafío respaldado por la mirada de los dioses es reemplazado por la vulgar mirada de los hombres, el saber empírico.

Durante toda la obra lo que está en juego es el poder de Edipo, su capacidad para ser rey. Hay un interés objetivo, público, de por medio: quien haya asesinado a Layo no puede ser el rey; el rey no puede traer, por sí, maldiciones a Tebas. Pero para determinar la dimisión del tirano, la sentencia de Apolo no es suficiente. Sólo la verdad, lo realmente acontecido —expresada por la conjunción de la predicción divina y el testimonio humano— determinan la "solución" a los ojos de aquel interés objetivo.

[12] Foucault, *op. cit.*, ps. 40-41.

[13] Me refiero a la tragedia *Edipo Rey*, de Sófocles. Puede verse, por ejemplo, la traducción de Angel María Garibay K., *Sófocles: Las Siete Tragedias*, Porrúa., México, 1991, ps. 119 y sigs.

"Y en su carácter de jefe de justicia, como soberano, Edipo convocará en ese momento al último testigo: el esclavo Citerón. Amenazándolo con la tortura, le arrancará la verdad y cuando ya se sabe quién es Edipo y qué había hecho —parricidio, e incesto con la madre—, ¿cuál es la respuesta del pueblo de Tebas? 'Nosotros te llamábamos nuestro rey', lo cual significa que el pueblo de Tebas, al mismo tiempo que reconoce en Edipo a quien fue su rey, por el uso del imperfecto —llamábamos— lo declara ahora destituido y lo despoja de los atributos de la realeza"[14].

Así, puede verse cómo la "publicización" de la pretensión formaliza, da parámetros objetivos, al proceso de solución del conflicto. Mientras las pretensiones enfrentadas eran las de dos individuos, iguales en esencia, su capacidad, su fuerza, su suerte, en fin, ellos mismos eran los que determinaban el contenido de la solución. La transformación del conflicto en público acarrea, a su vez, la introducción de criterios objetivos de *solución*: la verdad única e indivisible determina la consecuencia. La búsqueda de esa verdad —con límites situacional y temporalmente variables— se convirtió en el único fin posible del proceso de *solución* de esos conflictos en los que concurre la pretensión pública.

Este proceso de expropiación del poder de la víctima es particularmente ilustrativo en la historia alemana, en los procesos de formación de Estados sobre los pueblos germanos. Por lo tanto, a continuación, haré una breve síntesis del proceso en el que *aparece*, se *inventa*, el conflicto *Estado* —o poder político central— *vs. infractor* en la historia germana, caracterizando antes a los "procesos penales"[15] de Roma, pues son las formas jurídicas romanas aquellas a las cuales se acudirá en la formación de los Estados medievales: "Cada vez que sobre las ruinas del Imperio Romano comienza a esbozarse un Estado y empieza a nacer la estructura estatal, el Derecho Romano, viejo derecho de Estado, se revitaliza"[16].

[14] Foucault, *op. cit.*, p. 51.

[15] Si es que se los puede llamar así.

[16] Foucault, *op. cit.*, conferencia tercera, p. 68.

1.1. Derecho Romano, viejo derecho de Estado

Al igual que a Grecia de los siglos -IV y posteriores, suele atribuirse a Roma la secularización de la persecución penal, en el sentido de que la pretensión penal comienza allí a ser dirigida a la reconstrucción, dentro del procedimiento, de un acontecimiento histórico, hipotéticamente ya sucedido, que se atribuye al acusado[17]. Las transacciones o acuerdos entre víctima y victimario quedan fuera del ámbito de estos procedimientos. Roma, como la Grecia luminosa, había dividido, institucionalmente, los ámbitos privado y público. En este último, el de los *delitos*, de los conflictos entre un individuo y la sociedad o el emperador, no hay lugar para la transacción: no hay un lenguaje común entre los individuos y el poder político central (o quien lo detenta); *sólo la verdad es común a todos*. Esta escisión entre el poder político central —voluntad del soberano durante el Imperio, o ciudadanos *en ejercicio* de la soberanía durante la República— y los individuos determina la división de esferas de regulación jurídica: privada y pública[18].

Por tanto puede afirmarse que el Derecho Romano es el modelo de regulación jurídica del Estado. De ahí que, tras la caída del Imperio, la formación de los Estados europeos haya sido acompañada de la recepción, en el medioevo, de las viejas instituciones romanas.

Si bien existen profundas diferencias entre el procedimiento por *quaestiones* o *accusatio*, típico de la República romana, y la llamada *cognitio extra ordinem*, característica

[17] Cfr. Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino (DPPa)*, T. 1 b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 35; cfr. también Vélez Mariconde, A., *Derecho Procesal Penal*, T. I, 3ª ed., Marcos Lerner, Córdoba, 1982, p. 41.

[18] En el Derecho Romano, al igual que en el griego, existe, dentro del derecho público, una división que resulta sorprendente: la división entre *delicta publica* y *delicta privata*. Estos últimos, que se mantienen en los derechos actuales, representan la rara conjunción entre una respuesta pública como la pena a un hecho que sólo lesiona un interés particular —las acciones por adulterio, injurias y *falsis*, en los casos de suposición de parto, son los ejemplos de acciones de ejercicio privado por parte del ofendido en el Derecho Romano—. Más adelante volveré sobre estos —llamados ahora— delitos de acción privada. Sobre la división en el Derecho Romano, véase Vélez Mariconde, *op. cit.*, T. I, ps. 33 y sigs. y Mommsen, T., *El Derecho Penal Romano*, trad. de P. Dorado, Temis, Bogotá, 1976, p. 365.

del Imperio, puede decirse que ambos son *procesos penales*, en su sentido actual[19]. Ambos reglamentan el modo de administración de un derecho de coacción de la *unidad soberana* —emperador o sociedad en su conjunto— frente al individuo que actúa de modo indebido. Ambos reglamentan la forma de hacer valer legítimamente una pretensión pública, dejando de lado la satisfacción de intereses privados ajenos a la relación cuestionada: el poder político frente al hipotético infractor. Incluso —con relación a sus semejanzas esenciales—, debe resaltarse que los dos tipos de procedimientos coexistieron durante el Imperio[20], esto es, la *cognitio extra ordinem* no excluyó a la *accusatio*, sino que la primera fue prevista sólo para delitos específicos. Sin embargo, tanto razones estructurales, como la transformación de los órganos de administración de justicia, cuanto razones coyunturales, como la decreciente cantidad de acusaciones populares, tuvieron por consecuencia que las formas típicas de la *cognitio* desplazaran al "... edificio procesal tan bien construido por la *accusatio*"[21].

Intentaré, ahora, dar algunas de las notas definicionales de estos modelos procesales, fundamentalmente sus regímenes de acción penal y prueba, para demostrar cómo el modelo mismo de proceso penal, como proceso de actuación de una ley penal —o de coacción estatal—, se estructura a partir de la exclusión del interés personal de la víctima.

No puede dudarse de que los procedimientos imperiales fueron el "germen de la Inquisición"[22]. Los *stationarii* de la

[19] Excluyo de mi análisis a la *cognitio*, proceso de la etapa de la Monarquía en Roma, pues se afirma que: "No se conocieron normas generales procesales a las cuales sujetarse para el ejercicio de este derecho de coacción y penal". Así es que, por su informalidad, tal procedimiento en ningún caso ha podido ser, directamente, antecedente de los derechos estatales que se crearon sobre las ruinas de Roma. Cfr. Mommsen, T., *Compendio del Derecho Público Romano*, trad. de P. Dorado, La España Moderna, Madrid, p. 388.

[20] La subsistencia de la *accusatio* durante el Imperio se debe, según Manzini, al "sentimiento de veneración por la arqueología jurídica (tan profundo entre los romanos)", Manzini, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. I, trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1951, p. 7, cit. por Maier, *DPPa*, cit., nota 47, p. 48.

[21] Cfr. Maier, *DPPa*, cit., ps. 47 y sigs.

[22] Cfr. Vélez Mariconde, *op. cit.*, T. I, p. 52: "Es el germen del régimen inquisitivo que después renacerá vigoroso en el seno del Derecho Canónico".

ciudad de Roma, y los *curiosi*, en las provincias del Imperio, funcionarios imperiales que comunicaban a los magistrados todos los delitos de los que conocían[23], son el antecedente de los *procuradores* de las monarquías medievales. Ellos dan muestra de que la promoción de la voluntad de aplicar una pena a un infractor era, sin dudas, una atribución oficial, pública, en fin, del emperador.

También, en la facultad de los *praefecta urbi* y de los *praefecta vigilum* —delegados imperiales para administrar justicia en la ciudad de Roma[24]— de iniciar el procedimiento penal por iniciativa propia —*ex officio*— puede verse el derecho de acusar sólo como un atributo de la soberanía —y, por tanto, nunca un derecho individual[25].

La misma conclusión se extrae del régimen de la prueba durante el Imperio romano. La sentencia debía ser el resultado del *arbitrium judicantis*, esto es, "el fruto de la subjetiva apreciación del juzgador", pero una apreciación que debía dirigirse a la reconstrucción histórica de un acontecimiento, guiada por la *certeza moral* del juez[26]: "Aun sin declarar sobre qué pruebas preestablecidas debía formar su convicción, el Derecho Romano no abandonó al juez en el curso de impresiones subjetivas, intuitivas o impulsivas, y así quiso que la certeza moral fuese demostrada más por el cálculo y el pensamiento que sentida"[27].

Del análisis de la *accusatio* republicana no surge sino la misma conclusión: los mecanismos de producción de la verdad jurídica están basados en parámetros objetivos —averiguación de la verdad material— pues la pretensión punitiva es una atribución pública que excluye las posibilidades de composición, transacción o arreglos subjetivos. La "solución" del caso penal se fundamenta, únicamente, mediante criterios objetivos e igualitarios de justicia; la facultad de "hacer justicia" es, a su vez, una atribución estatal, una manifestación de soberanía.

[23] Cfr. Maier, *DPPa*, cit., T. 1b, p. 50.

[24] *Ibidem*, ps. 48-49.

[25] Cfr. Vélez Mariconde, *op. cit.*, T. I, p. 48.

[26] Cfr. Maier, *DPPa*, cit., T. 1b, p. 51.

[27] Salvioli, G., "Note per la storia del procedimento penale", en *Atti della Reale Accademia di S. Morali e Politiche*, vol. 45, Napoli, 1918, p. 335, cit. por Vélez Mariconde, *op. cit.*, T. I, p. 51.

El delito fue, durante la República romana, un atentado a las condiciones mínimas de coexistencia de la comunidad y, por lo tanto, cualquier ciudadano podía perseguir penalmente como *representante ocasional de la comunidad toda*. El sentido público de la labor del *accusator* es claro: él no podía enfrentar directamente al infractor sino que necesitaba de la autorización del *pretor* o *quaestor*, quien debía, primero, admitirla. A su vez, si había varios que pretendieran acusar en un mismo juicio era también el *pretor* quien elegía al que tomaría el rol de *accusator*, basándose en criterios de justicia y según las posibilidades de abandono de la acusación y no según el interés de los postulantes[28]. El interés exclusivamente público en las consecuencias del juicio es también palmario en el régimen de responsabilidades del *accusator* para los casos de inacción, abandono o desistimiento infundados de la acción (*tergiversatio* y *prevaricatio*), casos en los que no podía arribarse a una sentencia condenatoria —*ne procedat judex ex officio*—.

En cuanto a la prueba —igual a lo que después mantuvo el Imperio— no fue sino el conocimiento histórico lo que determinó el contenido de las sentencias: "La prestación de la prueba no reposa aquí sobre los elementos formales que se admiten en derecho privado (la *sponsio* y el juramento), porque éstos no pueden dar jamás la convicción de la realidad del delito pretendido, sin la cual el tribunal represivo no puede condenar"[29].

En síntesis, si el Derecho Romano es el modelo jurídico del que se apropian los Estados europeos en sus procesos de formación, puedo afirmar que el Derecho Penal y sus procesos de aplicación, ya desde su *invención*, excluyen, por definición, a la víctima del hecho que causa la reacción penal estatal. Si puede entenderse por *inquisición* al "sistema según el cual el Estado toma en sus manos el conflicto, sustrayéndolo de sus protagonistas de carne y hueso, amenaza contra quien reputa culpable con el ejercicio de la violencia (la pena estatal, máxima expresión del poder coactivo del Estado) y persigue esa solución del conflicto directamente —*de oficio*—, con sus propios funcionarios (la policía, el ministerio público, incluso los

[28] Cfr. Maier, *DPPa*, cit., T. 1b, ps. 41-42.

[29] Vélez Mariconde, *op. cit.*, T. I, p. 41, con referencias bibliográficas.

[30] Maier, J. B. J., "Entre la inquisición y la composición", en *No Hay Derecho*, año 2, nro. 6, junio de 1992, p. 28, pto. 1.

jueces), sin atención al interés concreto de los protagonistas"[30], entonces, todo proceso penal, así como la historia lo ha definido a partir de Roma, es inquisitivo.

1.2. Historia germánica: de la composición a la inquisición[31]

En las sociedades germánicas anteriores a la creación, en el siglo VI de nuestra era, del Imperio merovingio, los conflictos interindividuales eran solucionados mediante procedimientos similares, en general, a aquellos que atribuí a la Grecia arcaica a partir del conflicto entre Antíloco y Menelao.

En primer lugar, los pueblos germanos no conocieron la noción de falta o infracción. El delito era un *quebrantamiento de la paz* que acarreaba la *pérdida de la paz* para quien lo cometía. En otros términos, el delito es el *daño*, y sólo él; no existe sino como consecuencia de que alguien se declara a sí mismo víctima y pretende realizar, en perjuicio de quien declara como aquel que quebrantó su paz, su venganza. El Derecho no es más que la reglamentación de esa subjetiva y personal venganza: ritualizada guerra individual, ritualización de la lucha entre los individuos. "El Derecho Germánico no opone la guerra a la justicia, no identifica justicia y paz, sino, por el contrario, supone que el Derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza. El Derecho es, pues, una manera reglamentada de hacer la guerra"[32].

En segundo lugar, la realización de un daño —comisión de un delito— sólo puede generar la reacción de la víctima o de su grupo familiar. No existe acción pública, no hay un interés coactivo público[33]: un individuo actúa, otro se consi-

[31] Para el proceso de transformación de las formas jurídicas de la historia germana, en lo que hace al tema de este trabajo, véanse, en general, Maier, *DPPa*, cit., T. 1b, ps. 23 y sigs. y 69 y sigs.; Vélez Mariconde, *op. cit.*, ps. 63 y sigs.; Foucault, *op. cit.*, conferencia tercera, ps. 63 y sigs.; Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, ps. 92 y sigs.; Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de la edición alemana de J. L. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, ps. 80 y sigs.; Zipf, H., *Introducción a la Política Criminal*, trad. de M. Izquierdo Macías-Picavea, Edersa, Madrid, 1979, ps. 173 y sigs.

[32] Foucault, *op. cit.*, ps. 66-67.

[33] Hay algunos casos en los que intervenía la comunidad, por considerarse afectada, y exigía reparación a un individuo, colectivamente. Esos

dera ofendido por esa acción; se traba el conflicto entre el ofendido y el ofensor; la lucha entre ambos dará la razón al vencedor. Las reglas de la lucha, los juegos de prueba, las pautas con arreglo a las cuales se determinará la victoria o el fracaso, son previamente establecidas y consentidas por las partes en conflicto. La autoridad sólo aparece cuando la lucha se lleva a cabo y, por supuesto, su función consiste, únicamente, en el control del cumplimiento de las reglas.

En tercer lugar, el conflicto, en tanto que puramente privado, da lugar a instancias de composición que evitan el paso a la guerra. La lucha, el enfrentamiento, la enemistad entre personas y tribus puede ser sustituido por *convenios reparatorios* —a través de la entrega de bienes, por ejemplo—: los individuos en conflicto son los únicos que poseen un interés relevante con relación a aquél; su voluntad define el conflicto y también su solución.

La atomización social y política de los pueblos germanos generaba su correspondiente modo de resolver conflictos, acorde con sus formas de transmisión y apropiación de los bienes y del poder. La aparición del Imperio merovingio, con las invasiones de Clodoveo (desde el 482 al 511) supuso la aparición de un poder estatal, centralizado y personificado en la figura del rey. Ello, a su vez, implicó la aparición de nuevos bienes que debieron protegerse: la fidelidad al monarca, la paz pública, la moneda y, desde la conversión de Clodoveo al cristianismo en el 496, la religión cristiana. El derecho imperial romano dio al Imperio merovingio parte de su estructura jurídica. El interés del rey en la solución de los litigios y en el mantenimiento de la *Königsfriede*[34] tornó los convenios reparatorios o acuerdos sobre la enmienda en *obligación de enmendar*, y le sumó, en algunos casos, la vieja *pena pública* de los romanos[35]; incluyó, de modo subsidiario para los casos en que no existiera reclamo de la víctima, un proceso especial

---

casos eran los de homosexualidad, traición (cfr. Foucault, *op. cit.*, p. 66), deserción y delitos contra el culto (cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 81).

[34] Paz del rey, que sustituye a la anterior idea de la pérdida de la paz, entendida como la paz del que cometió el delito, y éste como la privación de la paz de la víctima. En esta "nueva" idea de que el delito priva de su paz al rey reside todo el derecho penal.

[35] Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 82.

de persecución oficial, la *Rügeverfharen*[36]. En síntesis, declaró la muerte de la composición, entendida como "... el sistema según el cual los protagonistas concretos del conflicto social arbitran, en principio, su solución, sistema en el cual *la voluntad de ellos gobierna el conflicto*"[37].

La historia que siguió, luego del apogeo del Imperio carolingio y de su disgregación como consecuencia del Tratado de Verdún (en el 843), si bien está cargada de idas y vueltas, de tensiones y distensiones, entre el antiguo Derecho Germánico y las instituciones del Derecho Romano, receptadas por primera vez por Clodoveo, determinó la muerte del poder de solución de los conflictos como exclusiva atribución de los directamente implicados en ellos.

El creciente poderío de la iglesia católica, consolidado durante el reinado de Carlomagno, radicalizó esa tendencia hasta que, en el siglo XII, el papa Inocencio III, tomando las formas jurídicas del Imperio romano tardío, modificó totalmente las formas del Derecho Canónico a través de la creación de la Inquisición[38].

Es alrededor del siglo XII cuando se extiende por toda Europa, a través de la iglesia, el fenómeno conocido como la *recepción* del Derecho Romano —Canónico—. Y, en el Sacro Imperio Romano Germánico, esto significó el golpe de gracia a las antiguas formas germánicas, en favor de la Inquisición, en favor de las formas jurídico penales, en favor del control estatal de los súbditos.

Así se establece definitivamente una serie de instituciones que redefinen el conflicto y los intereses en juego[39]. De aquí en más los individuos pierden el derecho de resolver, regular o irregularmente, sus litigios: el poder político —y judicial— los somete e impone sus reglas y "soluciones". Aparece, a su vez, la figura del *procurador*, representante oficial del soberano: "Cada vez que hay un crimen, delito o pleito entre

[36] Cfr. Maier, *DPPa*, cit., T. 1b, p. 27.

[37] Maier, "Entre la inquisición y la composición", ya citado, p. 28, pto. 1.

[38] Cfr. Maier, *DPPa*, cit., T. 1b, ps. 56 y sigs.; también, y en especial, Held, R., "On Inquisition", punto segundo de la introducción a *Inquisition. A Selected Survey of the Collection of Torture Instruments from the Middle Ages to our Times*, Avon & Arno, Aslockton, Nottinghamshire, 1991, ps. 11 y sigs.

[39] Cfr., por todos, Foucault, *op. cit.*, ps. 75 y sigs.

los 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 diciendo: 'Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo también me coloco contra él' "[40].

El tercer fenómeno de relevancia es la aparición de un nuevo concepto: la *infracción.* Si la ley representa la voluntad del soberano, toda violación de ella deja de ser solamente la ofensa a un individuo, un daño, sino, fundamentalmente, resulta ahora una ofensa a la voluntad del rey. La infracción, la desobediencia, comienza a ser la materia del conflicto penal.

Por último, se generaliza la *pena pública*, ahora entendida como multa y confiscación. La ofensa al Estado, producida por la infracción, hace necesaria la reparación del autor en favor de la autoridad atacada por la desobediencia.

En síntesis, la indagación, la averiguación irrefrenada de la verdad, determinada por el único interés público en juego, define el nuevo instrumento de los Estados-nación surgientes: el Derecho Penal. La reparación privada queda ahora sólo reservada en un plano secundario, el civil.

En la historia alemana la consagración más acabada de este "nuevo" modelo se logra con la *Keyser Karls des fünfften, und des heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichtsordnung*, conocida por su nombre latino *Constitutio Criminalis Carolina*[41] de 1532. El advenimiento de la modernidad traerá consigo una nueva —y última— reforma procesal en toda Europa, la reforma iluminista de fines del siglo XVIII y principios del XIX. Sin embargo, al igual que lo dicho con relación a las formas jurídicas romanas —aunque en un orden inverso—, en relación con el tema de este trabajo, la humanización del iluminismo europeo no transformó sino que, antes bien, mantuvo aquellos conceptos sobre los que se apoyó el

[40] *Ibidem*, p. 76.

[41] Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 83. Para una descripción y análisis del modelo procesal impuesto por la *Carolina*, véase Maier, *DPPa*, cit., T. 1b, ps. 69 y sigs.

Derecho Penal como consecuencia del surgimiento de los Estados nacionales a partir de los siglos XII y XIII: el interés público en la aplicación de la ley penal; la persecución penal oficial; el ilícito como desobediencia; la objetividad de los mecanismos de producción de verdad jurídica y de las reglas procesales. En fin, el Estado.

II. El Estado frente a la víctima

La historia alemana es, en el sentido descripto, la historia del Derecho Penal de Occidente: "*Estado* y *Derecho Penal* —o sistema penal— son, así, realidades culturales consustanciales, que se implican"[42]. Otra cita puede caracterizarnos, una vez más, a este derecho penal que aún se mantiene:

"*...de sistema penal sólo puede hablarse en conexión con la creación de un poder político central, en grandes estructuras políticas, que alejan a sus súbditos del ejercicio cotidiano del poder político, esto es, desde la creación del* Estado-nación, *que termina con las soberanías locales (siglo XIII); desde allí en adelante existe, en grandes proporciones,* [pena estatal, persecución penal pública, extrañamiento de la víctima, persecutores públicos, policía], *todos conceptos que, si bien no son sinónimos, al menos se implican entre sí. El sistema penal, la pena, la persecución de la infracción por órganos del propio Estado, incluso la justicia penal, representan la necesidad del Estado de un sistema jurídico de control social, de control de sus súbditos...*"[43].

Así, entonces, el Estado actual, más allá de la tendencia de revalorización del interés de la víctima, mantiene el clásico conflicto Estado/infractor montado sobre el conflicto interindividual; es decir, mantiene su interés de reprimir al desobediente, dejando, de ese modo, a la víctima y a la composición en un segundo plano. Sin embargo, el Estado moderno asume, y así pretende justificarse, el deber de proteger a los ciu-

[42] Cfr. Maier, J. B. J., "Democracia y Administración de justicia penal en Iberoamérica", en *Lecciones y Ensayos*, nº 59, Facultad de Derecho, U.B.A., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 50.

[43] Maier, "Entre la inquisición y la composición", ya citado, p. 28, pto. 2.

dadanos del delito, y, en consecuencia, demuestra su fracaso concreto frente a cada víctima. Por tanto, ante ese incumplimiento, este Estado no puede causar más perjuicios a la víctima que los sufridos por el propio delito[44] y, en consecuencia, como por una suerte de *sentimiento de culpa*, toma a su cargo ciertas acciones *en beneficio* de la víctima. Así es como surgen leyes como la ley alemana de "Indemnización de Víctimas de Delitos Violentos" de 1976, o, en general, seguros sociales estatales con el fin de reducir los perjuicios de la comisión "no controlada" de delitos[45].

Por otra parte, dentro ya de las posibilidades de introducción del interés de la víctima en las prácticas penales, no sorprendería que, como consecuencia derivada de los principios definicionales del Estado y del Derecho Penal, esa introducción sólo procediera *en la medida* en que tal interés coincida con el estatal. A continuación intentaré describir y analizar, de algún modo, las formas de aparición de la víctima en el proceso penal actualmente vigente en distintos regímenes procesales y las formas de incorporación posibles, según los límites propios del derecho penal[46].

II.1. La víctima como sujeto del *y* en el *proceso penal*

1) La separación entre ámbitos jurídicos civil y penal ha llevado a que la víctima del delito ocupara, dentro del proceso

[44] Cfr. Schneider, H. J., "La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, año 12, 1987, ps. 307 y sigs., en especial p. 310.

[45] Sobre la ley citada, cfr. Eser, A., "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en AA.VV., *De los Delitos y de las Víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 14 y sigs., en especial p. 29; sobre el tema en general y en particular sobre los EE.UU., cfr. Stark, J. - Goldstein, H., *The Rights of Crime Victims*, Bantam Books, Toronto-New York-London-Sydney-Auckland, 1985, en especial ps. 201 y sigs.

[46] Cfr. para ello, en general, Eser, A., *op. cit.*, ps. 18 y sigs.; en el mismo volumen, Maier, J. B. J., "La víctima y el sistema penal", ps. 181 y sigs. y Hirsch, H. J., "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", ps. 91 y sigs.; con relación al rol de la víctima en el Derecho argentino, exclusivamente, cfr. Córdoba, J.F., "La posición de la víctima", en AA.VV., *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, Maier, J. B. J., comp., Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 81 y sigs.

penal, el rol de *objeto* del procedimiento, de órgano de prueba. Así, desde la perspectiva hoy más tradicional, el ofendido apareció como *víctima-testigo*. Actualmente, aun en los casos en los que no se admite demasiado la introducción de su interés como determinante en el proceso penal, se prevén medidas legislativas tendientes a "subjetivizar" a la víctima y convertirla, si no en sujeto procesal, en un *sujeto* particularmente importante dentro del proceso penal. Por ello, tales medidas suelen crear o fortalecer los medios de protección de la víctima, en tanto que sujeto, dentro del proceso. En ese sentido, son un ejemplo de tales medidas los artículos 79 a 81 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto establecen los derechos de los que goza, en general, el ofendido: trato digno y respetuoso, protección de su integridad personal, derecho de información en el proceso (CPr.P Nación, 79), derecho a ser acompañado, en algunos casos, por un abogado, a ser comunicado de sus facultades en el proceso (CPr.P Nación, 80), etcétera. A su vez, la creación de la Oficina de Asesoramiento y Asistencia a Víctimas y Testigos, creada por la Ley de Implementación y Organización de la Justicia Penal (ley 24.121, arts. 82 y 83) responde, también, a este fin de protección[47].

2) Acaso la mayor deuda del Estado para con la víctima se relacione con su actividad como denunciante. Suele decirse —muchas veces sobre la base de investigaciones empíricas— que la amplia mayoría de los procesos penales se inician a partir de la denuncia de la víctima de un delito[48].

Esta denuncia consiste sólo en poner en conocimiento de los órganos encargados del impulso de la acción penal —o también de un magistrado— la *notitia criminis* necesaria

[47] Sobre las críticas de la implementación de la Oficina de Asesoramiento, véase Córdoba, *op. cit.*, ps. 100 y 101. Con relación a este tipo de medidas de protección de la víctima, puede verse la "Primera ley para el mejoramiento de la situación del ofendido en el procedimiento penal" (*Ley de Protección de la Víctima)* de la República Federal Alemana de 1986 (BGBI, I, p. 2496); para su análisis véase Hirsch, *op. cit.*, ps. 98 y sigs.

[48] Cfr. Maier, "La víctima y el sistema penal", cit., ps. 217-218, donde afirma que esa mayoría conforma casi el 90% de los casos; así concluye que "el derecho procesal penal ha podido arrasar con sus facultades (las de la víctima), como sujeto de Derecho en el procedimiento, pero no ha podido prescindir de ella". Las estadísticas son similares en otros países, véase, *inter alia*, Schneider, *op. cit.*, p. 309.

para que éstos reaccionen dando inicio al proceso penal en virtud de la hipotética comisión de un delito de acción pública (CP, 71). La retractación no conlleva, por sí, ningún efecto conclusivo del proceso: una vez comunicada al Ministerio Público, por ejemplo, aquella *notitia criminis*, se genera en cabeza de aquél el deber de impulsar la acción penal como consecuencia de la vigencia, en nuestro medio, del principio de legalidad en la persecución penal (CP, 71; CPr.P Nación, 5º).

3) Existen, en el Derecho vigente (CP, 72), algunos casos en los que el ofendido conserva cierto poder de disposición sobre la acción penal; son los llamados *delitos de instancia privada* —o más descriptivamente, *delitos de acción pública dependiente de instancia privada*—. En ellos el Estado, si bien mantiene un interés coactivo —público—, lo subordina a la voluntad de la víctima, por considerar que el interés individual de ella es superior al estatal. La impunidad del autor del ilícito es menos gravosa, a los ojos del Estado, que la afectación del interés individual del ofendido que puede resultar de la promoción y desarrollo del proceso penal. Es, en otras palabras, una manifestación más de aquella especie de *sentimiento de culpa estatal* que mencioné anteriormente.

Coherentemente con tales argumentos se debería prever la posibilidad de *retractación* de la instancia por el legitimado para habilitarla; pues el incremento de perjuicio como resultado del procedimiento penal puede ser advertido por la víctima en un momento posterior a aquel en que formuló la autorización, o, por otra parte, dicha autorización puede haber estado determinada por un error que no permitió al ofendido obrar de otro modo. Sin embargo, la ley argentina nada dice con relación a esta facultad[49].

4) En general, todos los sistemas penales establecen un grupo del universo total de delitos —regularmente de muy escasa extensión— que sólo pueden ser perseguidos penalmente por la víctima: son los denominados *delitos de acción privada*[50]. Ellos son una extraña —y radical, por cierto— excepción a la regla que estructura y define al proceso penal

[49] El Proyecto de CPr.P para Guatemala de 1990 prevé la retractación en su artículo 24.

[50] El argentino no es excepcional en este sentido. Cfr. CP, artículo 73.

común, esto es, a la *oficialidad*, entendida como la "reacción directa del Estado ante la *notitia criminis* y apropiación del conflicto para su solución, *de oficio*"[51].

Esta excepción al principio de oficialidad de la persecución penal suele estar fundamentada en que el interés represivo público, en estos delitos, sólo aparece en tanto el delito sea valorado por la víctima como una ofensa. Así, se afirma, es recomendable la ampliación del ámbito de delitos de acción privada como vía óptima de *privatización* del Derecho penal[52].

Es cierto que en los procesos por delitos de acción privada la víctima participa decisivamente en la persecución penal, contando con poder de disposición de la acción[53] y que, por tanto, si se observa dogmáticamente el principio de la ampliación de facultades procesales de la víctima, el ensanchamiento de la esfera de influencia de la acción penal privada es el medio más adecuado de satisfacción de dicho principio.

Es en esa dirección que se ha propuesto, en conjunto con la introducción del *principio de oportunidad*[54] en la persecución penal, la posibilidad de *transformación* de la acción penal pública en privada en los casos en que, en razón de criterios de oportunidad, el Estado demuestra su carencia de interés coercitivo y el ofendido expresa su interés de perseguir penalmente.

Sin embargo, según creo, el avance de la acción penal privada frente al retroceso de la acción penal pública, como consecuencia de la pérdida de interés estatal en la persecución penal de determinadas conductas, no parece una medida adecuada.

[51] Maier, "La víctima y el sistema penal", cit., p. 226.

[52] Cfr., *inter alia*, Maier, *idem*; Córdoba, *op. cit.*, ps. 82-83.

[53] Cfr., por ejemplo, CPr.P de la Nación, artículos 415 y sigs. y, en especial, 420, 424 y 425.

[54] Con relación al *principio de oportunidad*, véase Maier, *DPPa*, cit., T. 1b, ps. 233 y 555 y sigs. En cuanto a la previsión legislativa de ese principio, véase OPP alemana, artículos 153 a 154, véase, a su vez, su análisis comparativo con el Derecho argentino en Maier, J. B . J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1978-1982, ps. 125 y sigs.; véase, también, su regulación en el Proyecto de CPr.P de la Nación de 1986, artículo 230 y Proyecto de ley complementaria de reformas al CP, artículo 71 *bis* y en el Proyecto de CPr.P para Guatemala de 1990, artículo 249.

La pena estatal, esto es, el ejercicio de la violencia por parte del Estado en perjuicio de un individuo, sólo puede justificarse por razones de necesidad: "Un sistema penal —puede decirse— está justificado únicamente si la suma de las violencias —delitos, venganzas y puniciones arbitrarias— que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas"[55]. Es decir, sólo puede legitimarse la mínima violencia necesaria para cumplir los fines asignados al Estado, en general, y al Derecho Penal, en particular. Todo otro ejercicio de violencia está vedado.

Por lo tanto, la inexistencia de un interés público en la persecución penal, expresada por medio de la no promoción de la acción penal o el archivo, por criterios de oportunidad, de las ya promovidas, o por medio de la supresión de la persecución pública, indica que la no aplicación de una pena al infractor, desde el punto de vista del Estado, no afecta, en ese caso, a la supraduración del sistema social o a las condiciones mínimas de coexistencia —por mencionar dos fines generalmente atribuidos como legitimantes de la pena estatal—. Por lo que, la pena conseguida como consecuencia de un interés punitivo privado —en ejercicio de la acción penal privada, cualquiera sea su origen— se presenta, en principio, como violencia innecesaria, injustificada.

Entonces, a diferencia de lo que se acostumbra "recomendar"[56], la cuidadosa revisión de toda la parte especial del Código Penal y de las leyes penales especiales debe impe-

[55] Ferrajoli, L., "El derecho penal mínimo", trad. de Bergalli, R., en *Poder y Control*, PPU, Barcelona, nº 0, año 1986, p. 39. No pretendo con esta cita referir a la tesis legítimamente expuesta por Ferrajoli en el artículo mencionado sino que, solamente, me atrevo a utilizar sus palabras fuera de contexto. Vale agregar, como contraprestación por el uso descontextuado de sus palabras, que Ferrajoli entiende, al menos en el artículo citado, que la imposición del castigo sólo puede adquirir un sentido legítimo si a través de ella se reduce la violencia que generaría el hecho de no imponerlo. Por lo tanto, en esta concepción, la víctima juega un papel importante: un hecho puede ser presupuesto de un castigo sólo si es potencial generador de violencia como reacción a ese hecho, reacción que, en general, está a cargo de la víctima y de los individuos cercanos a ella. Así lo entiende también Bovino en "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos", cit., ps. 26 y sigs.

[56] Cfr. nota 52.

riosamente realizarse, pero no ya para convertir los delitos de acción pública en delitos de acción privada sino para excluirlos de la regulación penal y, a lo sumo, convertirlos, exclusivamente, en ilícitos civiles.

Lo dicho vale también para la transformación, en casos concretos, de la acción penal pública en privada, como consecuencia de la retracción de la primera por razones de oportunidad. Si lo que se pretende es que la víctima pueda controlar la decisión del Ministerio Público de clausurar la persecución penal, o no iniciarla, podría preverse la posibilidad de impugnación de esa decisión por parte de la víctima —aun cuando no fuera parte en el proceso *ni pretendiese serlo*—, para provocar una revisión y control, jurisdiccional o interno —dentro del Ministerio Público—, de dicha decisión.

5) En los procesos por delitos de persecución oficial es, ahora, ampliamente aceptada la participación del ofendido en la pretensión penal junto al Ministerio Público. Se trata de la incorporación de la víctima como *querellante*[57]. Una vez superada la discusión en torno de la posibilidad de incluir al querellante en el proceso penal[58], resta la decisión respecto del modo de inclusión del querellante, es decir, en cuanto a sus atribuciones. Así, existen, básicamente, dos modalidades: por un lado, la del *querellante conjunto*, acusador autónomo situado *al lado* del Ministerio Público. La querella conjunta implica la autonomía y plenitud en la actuación material de la pretensión punitiva pública, en manos de un individuo ajeno al Estado, ejercida paralelamente a la ejercida por el

[57] Para este tema véase, en general, Clariá Olmedo, J.A., *Derecho Procesal Penal*, T. II, Marcos Lerner, Córdoba, 1984, ps. 30 y sigs.; Binder, A. M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, ps. 306 y sigs.; para un análisis del querellante en el CPr.P de la Nación, Tarrio, M. C., "El querellante", en AA.VV., *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, cit. ps. 69 y sigs.

[58] Me refiero a las voces contrarias a la introducción de esta figura provenientes de la escuela procesalista de Córdoba y que tuvo su máxima expresión en el CPr.P cordobés de 1939, obra de Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, seguidores de la doctrina plasmada en los CPr.P italianos de 1913 y 1930. Frente a ellos se encontraba el viejo CPMP nacional y, entre otros, su autor, Manuel Obarrio, para quien: "No es posible, en mi concepto, desconocer en la persona damnificada el derecho de velar por el castigo del culpable...", cfr. Nota explicativa del proyecto, publicada en la edición de Abeledo-Perrot del CPMP, Buenos Aires, 1985, p. 13.

representante estatal. El viejo CPMP nacional regulaba, en sus artículos 170 y concordantes, un sistema de querella conjunta. Este querellante tenía una única limitación en comparación con el Ministerio Público. La CSJN no le reconoció, por lo menos como regla, legitimación para interponer recursos extraordinarios ante ella[59].

Por el otro, la del *querellante adhesivo*, más o menos accesoria de la acción penal oficial, esto es, supone necesariamente la pendencia de la acción oficial. En general, su actividad está limitada a adherir a la acusación del Ministerio Público y a provocar el desencadenamiento de mecanismos de control judicial o jerárquicos —dentro de la estructura interna del Ministerio Público— sobre la legalidad de la actuación del acusador oficial. El CPr.P nacional, actualmente vigente, regula esta figura, permitiendo al querellante adhesivo: a) generar un incidente mediante el cual la Cámara de Apelaciones controla la decisión de no acusar del representante del Ministerio Público (art. 348); b) apelar las resoluciones del juez de instrucción con relación a los autos de procesamiento y de falta de mérito (art. 311), al archivo (art. 195), al sobreseimiento (art. 337) y a las excepciones (art. 345); c) debe corrérsele vista sobre la clausura de la instrucción y la elevación a juicio (art. 346) y sobre las excepciones interpuestas (art. 340); d) debe notificársele la producción de reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones (art. 201); e) debe notificársele la designación de peritos y otorgársele la posibilidad de proponer peritos de parte (arts. 258 y 259); f) es consultado en los juicios correccionales sobre la omisión de recepción de pruebas si el imputado confiesa su culpabilidad (art. 408); g) puede intervenir en la discusión final del debate (art. 393); h) puede interponer *autónomamente* recurso de casación e intervenir en su sustanciación (art. 460)[60].

[59] Cfr. CSJN, *Fallos*, 260:114, con referencias jurisprudenciales. Sin embargo, luego de este precedente la Corte dictó otro totalmente opuesto, cfr. *Fallos*, 268:266, donde afirmó: "Todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal —art. 18 de la Constitución Nacional— sea que actúe como *acusador*, acusado, demandante o demandado" (la bastardilla es nuestra).

[60] También el Proyecto de CPr.P nacional de 1986, artículos 269 y 339 y el Proyecto de CPr.P para Guatemala de 1990, artículos 289 y 360 incluyen la *querella por adhesión* que, en general, supone facultades simi-

Usualmente se argumenta en favor de la figura del querellante adhesivo que la incorporación de un querellante conjunto radicaliza la ya existente desigualdad procesal entre acusador y acusado, creando una doble acusación, perjudicando, aún más, sus posibilidades de defensa.

Empero, en rigor, no es la incorporación del querellante al proceso lo que maximiza el desequilibrio existente en perjuicio de los derechos defensivos del imputado. Ese intolerable desequilibrio, esa exagerada carga, es la consecuencia de la acción de *dos acusadores* y no del querellante. Por lo tanto, aparece como viable, y como particularmente esperable, que en determinados casos el Ministerio Público pudiera delegar a la víctima el ejercicio de la acción, quedando aquél como controlante o supervisor de la actividad del querellante[61]. Existen innumerables razones posibles por las que el Estado podría estar interesado en delegar el ejercicio de la acción penal para casos concretos, en la víctima; por ejemplo en los casos en que, por los conocimientos del ofendido, técnicos o sencillamente relativos a los hechos que se imputan en el proceso, éste resultara más idóneo para cumplir la función persecutoria[62].

Si bien esto aparece, a primera vista, como una posibilidad de incorporar el interés de la víctima al sistema penal, ello, en caso de darse, no es más que una consecuencia secundaria. La razón que justifica esta *delegación* es la posibilidad de maximizar la eficacia en la consecución del interés punitivo