

## CAPÍTULO PRIMERO

# SISTEMA PENAL DEMOCRÁTICO Y VÍCTIMAS DEL DELITO

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal moderno significó en su momento un proceso humanizante de las prácticas inquisitivas propias de modelos absolutistas de ejercicio del poder. Las penas pretendieron encontrar en la legalidad, necesidad y proporcionalidad su razón de ser y hallaron en el pacto social su legitimación.<sup>1</sup> Aquel derecho penal de la modernidad de hace por lo menos dos siglos, evolucionaría con lentitud hacia variables más correspondidas con el modelo político que motivó su origen: la democracia. Sin embargo, el andar no solo fue lento, sino de regresiones considerables; las prácticas inquisitivas han sido una tentación constante en este devenir, y las fórmulas que las legitimaron no se hicieron esperar. La sanción, en tanto castigo, de origen retribucionista,<sup>2</sup> ha sido común denominador del ejercicio punitivo en la sociedad moderna,<sup>3</sup> por ello no es de sorprender que las variables procesa-

<sup>1</sup> Bonesana, César, *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 216 y ss.

<sup>2</sup> El modelo retribucionista como fin de la pena ve en la sanción un castigo legitimado por la necesaria expiación de la culpa. Ortiz Ortiz, Serafín, *Los fines de la pena*, México, Instituto de Capacitación de la PGR, 1993, pp. 110 y ss.

<sup>3</sup> En este sentido, David Garland escribe: "...el papel del castigo en la sociedad moderna, de hecho, no es tan obvio ni tan bien conocido. Hoy en día el castigo es un aspecto de la vida social profundamente problemático y poco comprendido, cuya razón de ser no queda clara. El que no lo percibamos de este modo es consecuencia de la apariencia de estabilidad e impenetrabilidad que tienen las instituciones formales, más que de la transparente racionalidad de los procedimientos penales en sí". *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, trad. de Berta Ruíz de la Concha, México, Siglo XXI, 1999, p. 17.

2 LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO PENAL ACUSATORIO

les inquisitivas encontrarán “fácil” asidero en un proceso penal que pretendía ser más democrático.

Este derecho, también identificado como derecho penal liberal, desarrolló principios fundamentales que pretendían hacer de este una fórmula idónea para la preservación del orden jurídico y la consecución de fines sociales. La conservación de los vínculos sociales, en la para entonces nueva forma de organización política y social, sería la razón de ser del recién surgido derecho penal.<sup>4</sup> Esta fórmula, por sí misma, excluiría tanto a la víctima como a su agresor en tanto sujetos de derechos, pues uno debía ser reprimido y de la otra habría que evitar su venganza.

Paradójicamente, este derecho penal de orígenes humanistas — que pretendió volcarse contra la pena de muerte y los tratos crueles e inhumanos— a la postre se enfrentaría a una doble y contradictoria realidad: por un lado, la exigencia de un desarrollo más efectivo de aquellos principios humanistas cada vez más insuficientes para contrarrestar la influencia que las variables represivas tuvieron en una justicia penal que, por el otro lado, encontraron arraigo en las fórmulas legales bajo el eterno intento por contrarrestar los altos niveles de conflictividad que las crecientes sociedades modernas presentarían en su normal proceso evolutivo.

Esta doble tendencia de difícil conciliación —o imposible de conciliar— daría paulatinamente forma a un modelo de justicia penal al que se calificaría de mixto;<sup>5</sup> esto es, de fórmulas de-

<sup>4</sup> Siguiendo a Beccaria, retoma la expresión de este en el sentido de que el surgimiento de la penas solo es explicable en virtud de la organización social producida por el Contrato. El autor explica que el fundamento teórico del para entonces naciente derecho penal está en la doctrina del Contrato social de Juan Jacobo Rousseau, y por lo tanto delincuente, delito y pena son producto de la sociedad organizada; “la legitimidad del poder punitivo de ésta —la sociedad— se halla a su vez en su acta de constitución, el contrato social”, en Bustos Ramírez, Juan *et al.*, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Bogotá, Temis, 1983, pp. 28 y ss.

<sup>5</sup> El origen de los sistemas de justicia penal mixtos habrá de buscarse en los códigos termidoriano y el napoleónico a finales del siglo XVIII y principios del XIX. Legislaciones que, pese a la tendencia humanista de la influencia reformadora ilustrada, que se había vuelto en contra de la irracionalidad y arbitrariedad

mocráticas pero con —vastas— reminiscencias inquisitivas. Así, contradictorio en su estructura, la mixtura de estas variables conformarían un modelo de justicia cada vez menos correspondido con las aceleradas transformaciones sociales y las exigencias de solución de problemas no vividos antes; inercia que evidenció su imposibilidad de atender las necesidades de una sociedad tan compleja y riesgosa como la actual.<sup>6</sup>

Estos modelos de justicia vieron sobrecargada la actividad jurisdiccional y de investigación de los delitos por una demanda creciente y la falta de alternativas viables que le dieran respuesta, lo que propició la ineficacia de la función, el aumento de la impunidad y la corrupción en detrimento de los derechos humanos de los involucrados. Las expectativas de una justicia pronta se alejaron cada vez más, los centros penitenciarios se sobre poblaron de gente pobre y marginada, y se generó una crisis de credibilidad respecto de las instituciones de la justicia penal; todo ello motivó el incremento de denuncias por violaciones a los derechos humanos y acrecentó la cifra negra de la criminalidad.<sup>7</sup>

de los procesos, la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la inquisición, revivieron las variables inquisitivas y dieron origen a modelos mixtos de justicia penal con fase de investigación inquisitiva en tanto escrita y secreta en la que predominaba la acusación pública y se excluía la del imputado, además privado de su libertad, y una fase de enjuiciamiento acusatoria de juicio contradictorio y público, incluso oral, pero determinado por lo acontecido en una primera fase difícilmente superable. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1998, pp. 564-567.

<sup>6</sup> Bajo el concepto de *la sociedad del riesgo*, Beck designa una fase de desarrollo de la sociedad moderna —que concibe a la modernización como un proceso autónomo de innovación— en la que a través de la dinámica de cambio la producción de riesgos políticos, ecológicos e individuales —deterioro de la modernización, el reverso de la moneda— escapa, cada vez en mayor proporción, a las instituciones de control y protección de la mentada sociedad industrial. Beck, Ulrich, “Teoría de la sociedad del riesgo”, en Beriain, Jostexo (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. de Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996, p. 201.

<sup>7</sup> Constituida por los delitos sufridos pero no denunciados, generalmente documentada en los resultados de las encuestas de victimización.

4 LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO PENAL ACUSATORIO

La sociedad, objeto primordial del derecho penal, no vio reflejadas sus expectativas de paz social y convivencia armónica; en tanto, dos sectores en lo particular sufrían las consecuencias directas de una cada vez más desbordada función punitiva: los “delincuentes” identificados como el *enemigo*<sup>8</sup>—en su mayoría gente pobre y marginada—sufriendo un juicio de pocas garantías efectivas para contrarrestar desde su inferior posición los embates de una justicia penal ensañada con ese sector poblacional, y sus “víctimas”, de condición vulnerable y sobre-victimizadas por una justicia penal que nunca les consideró.

La mixtura que suponía —y supone— sí, muchas tendencias represivas, en sus variables democráticas desarrolló paulatinamente derechos para los imputados tratando de contrarrestar aquellos efectos nocivos de una justicia penal preocupada más por encontrar el delito en el *delincuente* que por recuperar la verdad histórica de los hechos. El imputado fue el objeto primero de preocupación y por tanto precursor de un modelo más correspondido con los derechos humanos; poco a poco se haría de derechos importantes para su defensa, pero insuficientes para abandonar la inquisición de una justicia que no quería presumir su inocencia, sino que partía del presupuesto de su culpabilidad. Otorgarle muchos derechos a los imputados significaba por supuesto —como significa aún— que las potestades punitivas del Estado debían disminuir, de ahí la resistencia a la fórmula. Por otro lado, la víctima debía esperar: la consideración de sus intereses como *privados* la excluían de la naturaleza pública del derecho penal y la reparación del daño como única consideración de su interés, debía ser atendida por el derecho civil —propio de los intereses entre particulares— una vez decretada la responsabilidad penal, pero no más.

<sup>8</sup> Zaffaroni afirma: “Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre *ciudadanos* (personas) y *enemigos* (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán-Flasud, 2007, p. 19.

La insuficiencia en la incorporación de los derechos humanos de los imputados, la nula consideración de la víctima y el empuje de las alternativas doctrinarias, a la luz de una creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos, motivaron que el derecho penal voltara la cara también hacia las víctimas, que más que justicia exigían reparación pronta, respeto de su dignidad y que se generaran variables procesales para la actualización efectiva de sus derechos y el de los imputados, que con pocas garantías quedaban como *letra muerta* en la ley suprema. Los derechos se consignaban de manera creciente sí, pero la fórmula inquisitiva no se abandonaba. Derechos sustantivos sin instrumentos procesales adecuados para su actualización son letra muerta en la legislación. De ahí el carácter subsidiario de las *garantías procesales* de las *garantías penales*.<sup>9</sup>

## II. DERECHO, ESTADO Y MODERNIDAD

El Estado nace como Estado absoluto:<sup>10</sup> fue en su forma original un ente represivo con estructuras jerarquizadas, donde la verticalidad tenía un referente único que además le daba legitimidad. El monarca, representante de Dios en la tierra, era elegido por él para que en su nombre gobernara, y como tal, era superior a los demás que le debían tributo.

Los más claros ejemplos de ejercicio absoluto del poder se dieron precisamente en los orígenes del Estado y, lo que hoy reconocemos como justicia penal estaba determinada por las inercias de las formas de organización política de la época.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Ferrajoli sostiene que el conjunto de garantías penales quedaría incompleto si no fuese acompañado por el conjunto correlativo de las procesales. *Op. cit.*, nota 5, p. 537.

<sup>10</sup> “Cualquier análisis del Estado moderno tiene que partir de sus orígenes, esto es, del Estado absoluto, que es precisamente el Estado originario”. Bustos Ramírez, Juan *et al.*, en *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Bogotá, Temis, 1983, p. 11.

<sup>11</sup> “...el soberano imponía a sus súbditos un procedimiento judicial arbitrario y cruel, que consistía básicamente en la tortura de los acusados para la

6 LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO PENAL ACUSATORIO

De la mano de la verticalidad, el poco desarrollo de la ciencia y el impacto de la religión, el castigo es la variable importante cuando de reacción punitiva —o su equivalente— se trata. Luego, el despliegue del poder del Estado absoluto que es ilimitado busca el castigo con las sanciones que, a manera de penitencia, servían de expiación a los condenados y en ello encontraba su legitimación.

El Estado absoluto fue un modelo de gestación de su forma moderna, donde se incubaron también las semillas del modelo económico capitalista y político democrático con el que se correspondería. La justicia penal moderna encontraría también en este modelo sus orígenes, los que sin duda, en mayor o menor medida, seguirían caracterizando a la reacción punitiva en el ya desarrollado derecho penal de la modernidad. El castigo sería una variable presente en el devenir de la modernidad pese a no corresponderse con la democracia, si bien cambiando en sus modalidades, pero siempre encontrando nuevas formas para su legitimación y arraigo. En palabras de Alejandro Gómez Jaramillo, “la práctica del castigo se vale de toda clase de discursos para justificarse”.<sup>12</sup>

La organización social en el Estado absoluto suponía, en grado de jerarquización, la imposición de la voluntad de unos cuantos sobre el resto, que no gozaba de libertades ni tenía derecho al producto de su trabajo. Las clases sociales fácilmente identificables

obtención de la confesión. Ante ésta situación, el movimiento ilustrado edifica el principio de legalidad del derecho que consistía básicamente en la definición clara de los delitos, sus penas y procedimientos de juzgamiento de los acusados, para que la labor judicial se aplicase automáticamente, es decir que el juzgamiento estuviera supeditado a la aplicación de la ley penal, evitando con ello todo margen de discrecionalidad en manos del soberano. El ‘derecho de castigar’ como potestad del soberano, debe supeditarse a la enumeración taxativa que hace la ley penal acerca de los delitos y sus penas, la cual es elaborada por el aparato legislativo en representación del poder popular...”. Gómez Jaramillo, Alejandro, *Un mundo sin cárceles es posible*, México, Ediciones Coyoacán, 2008, p. 66.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 54.

reconocían en la nobleza una superioridad que evidenciaba la natural desigualdad social. Las potestades del Estado, luego entonces, permitían a los gobernantes reprimir a los inferiores y mantener la organización social y política en absoluta desigualdad.

Pronto las desigualdades sociales y los intereses de una clase emergente, la burguesa, generarían la reacción social y el cambio evolutivo del modelo de Estado para dar paso a la modernidad. La clase burguesa, constituida por quienes producían riqueza mediante formas ya no ligadas a la tradicional agricultura, como banqueros o artesanos, desarrollaría formas de producción diferentes que generarían riqueza a la que no estaban legitimados a disfrutar. Los burgueses querían libertad para acumular y en ello iba el reclamo por la igualdad, la que lograrían a la postre y sin duda para su particular beneficio.

La transformación supuso una revolución ideológica, pero también manifiesta en luchas armadas que poco a poco darían al traste con los regímenes despóticos y permitirían el advenimiento de los modelos democráticos en igualdad. La organización política tendría entonces un nuevo referente de legitimación: el derecho,<sup>13</sup> que en la modernidad se caracterizaría por el reconocimiento de dos derechos estrictamente fundamentales: la libertad y la igualdad.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Raffaele de Giorgi identifica desde la perspectiva sistémica, cómo el derecho en la modernidad legitima al *sistema político*. Explica que en la Edad Moderna el actuar ético, político y jurídico era descrito por sistemas basados en el *deber ser* expresado en directivas o normas del actuar construidos sobre principios relativos al ser —sobre una ontología racional— y fundamento último de validez para esos sistemas; la validez de las normas entonces está inmediatamente vinculada con el valor del cual las normas se presentan como verdad —lógica, en tanto deriva de premisas del derecho natural, ontológicamente validados— y provistas con el carácter de necesarias. En *Ciencia del derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, col. Teoría Social, 1998, pp. 9-11.

<sup>14</sup> El derecho fundamental libertad, ligado históricamente a fórmulas de protección jurídica con base en un *status* socialmente determinado, o en la pertenencia a una determinada corporación, y que siempre había protegido a individuos, pero jamás a todos sino a algunos privilegiados, con el advenimiento

La potestad punitiva en la modernidad sustituiría su fuente de legitimación hacia el derecho, el que sentaría las bases de cuándo y porqué castigar y regularía las potestades punitivas del Estado poniéndoles límites. El Estado y el derecho en la modernidad darían lugar al nacimiento del derecho penal moderno.

Es evidente que el advenimiento del Estado liberal, al que se llama también Estado burgués, se motivó por la necesidad de la burguesía de acumular riqueza en libertad, lo que exigía acabar con las ataduras que las reglas monárquicas suponían para evitar que todos accedieran a la riqueza; de ahí la trascendencia de la libertad y la igualdad. Gozar de las mismas libertades supondría la posibilidad de acumular sin restricciones y solo al tenor del trabajo. Ello dio paso al nacimiento de un modelo de producción que nació a la par del modelo político democrático, al que reconocemos como capitalismo y al que el moderno derecho también daría legitimidad.

El derecho en la modernidad se basa en el reconocimiento de los derechos fundamentales, el cual daría vida al Estado moderno y sentaría las bases de la organización política democrática y económico capitalista. El Estado en la modernidad desplegaría sus potestades al amparo del derecho, y aquella legitimación sustentada en la divinidad perdería piso ante una nueva organización social, ahora horizontal, con base en la igualdad.

El naciente Estado burgués estaría legitimado por el derecho, estructurado ahora con base en dos principios fundamentales: igualdad y libertad. El derecho que en la modernidad reconoce y protege a estas potestades también ayuda a racionalizar las desigualdades motivadas por el advenimiento del capitalismo,

de los modernos Estados constitucionales adquiriría una connotación diferente, ligado ahora a la cualidad de persona, por lo que los titulares de esas libertades que deben protegerse de manera jurídica fundamental son todos los hombres. La Declaración de Virginia de 1776 y la francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, son la más clara expresión del nuevo contenido de las libertades en términos de igualdad. En este sentido, Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006, pp. 77 y ss.

donde el derecho penal y sus políticas punitivas cumplirían una función central.<sup>15</sup>

La obra de Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social*, expresa fielmente la nueva organización social y política con base en el reconocimiento en ley de los derechos fundamentales y su limitación para hacer posible la vida gregaria. En él se reconoce la existencia de un hipotético Estado de naturaleza, en el que los seres humanos gozan de derechos naturales y por tanto absolutos, mismos que es necesario reconocer, pero también proteger. Este sería el trabajo del derecho a partir de entonces; el orden jurídico, además de consagrar los derechos humanos, con la base de los aludidos fundamentales, les impondrían límites. En efecto, gobernantes y gobernados tendrían a partir de entonces limitantes para el despliegue y ejercicio de sus potestades y derechos, lo que supone la fórmula jurídica de derechos y obligaciones recíprocas.

Luego entonces, es el derecho en la modernidad el que da vida y estructura al naciente Estado moderno, a quien además rige en su funcionamiento, cumpliendo con ello la trascendente función de legitimación para el propio Estado en el despliegue de sus potestades incluyendo, por supuesto, las punitivas. En este sentido es delincuente quien se coloca en contra del contrato social, es un traidor en tanto que rompe el compromiso de organización producto de la libertad originaria o natural; deja de ser miembro de la organización y debe ser tratado como un rebelde.<sup>16</sup> Delincuente, delito y pena son producto de la sociedad organizada y la

<sup>15</sup> Para Nils Christie la idea central es simple. Las sociedades occidentales enfrentan dos problemas principales: la distribución desigual de la riqueza y la distribución desigual del acceso al trabajo remunerado. Ambos problemas pueden dar lugar a disturbios. La industria del control del delito está preparada para enfrentarlos: provee ganancias y trabajo al mismo tiempo que produce control sobre quienes de otra manera perturbarían el proceso social. *La industria del control del delito ¿La nueva forma del holocausto?*, trad. de Sara Costa, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, p. 21.

<sup>16</sup> En este sentido, Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 4, p. 27.

legitimidad del poder punitivo de esta se halla a su vez en su acta de constitución: el contrato social.<sup>17</sup>

Para hacer valer los límites impuestos al ejercicio de los derechos de los gobernados y a las potestades de los gobernantes, el derecho mismo establece el mecanismo de reacción punitiva al que reconocemos como derecho penal, cuya razón de existir estriba en la necesidad de mantener unidos los vínculos al seno de las sociedades modernas. En efecto, el contrato social daría legitimidad a la reacción punitiva en pro de los intereses colectivos y sentaría las bases de la defensa social.<sup>18</sup>

El modelo de defensa social de origen contractualista se recrudecería con el nacimiento de la criminología en el siglo XIX, pero en sus orígenes determinaría la naturaleza pública del derecho penal, el cual estaba diseñado para la protección de las restricciones que hacían posible el contrato social, esto es, la vida organizada bajo las directrices y límites impuestos por el derecho, todo lo que da razón de ser a la defensa social. El derecho penal, en sus orígenes modernos, es sin duda un modelo de defensa social que no incluye ni protege a las víctimas, sino que las excluye.

La función declarada de este modelo de defensa social es la protección de la sociedad misma, por lo que la reacción punitiva se da por la violación al derecho que mantiene los vínculos de los integrantes de la sociedad y no por la afectación de los derechos individuales de las víctimas; la víctima, en cuanto tal, no interesaría.

En las raíces mismas del derecho penal moderno encontramos la razón que determinaría sus procesos evolutivos por décadas, donde los derechos, también de participación, de la víctima en la justicia penal serían nulos. La reacción punitiva, sustentada así en la protección de la sociedad y la exclusión de las víctimas,

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>18</sup> “En el origen del sistema penal burgués el castigo era justificado bajo el argumento de la protección de la paz acordada en el contrato social”. Gómez Jaramillo, Alejandro, *op. cit.*, nota 11, p. 20.

veló por décadas —aún lo hace— por los intereses del Estado en su función protectora de la sociedad; la víctima tendría derechos de reparación, pero ante las instancias civiles; por ello, aun cuando el inculpado resarciera a la víctima, su sanción prevalecería.

En suma, el derecho penal de la modernidad nació para excluir a las víctimas, para evitar su venganza, no para protegerlas. Un derecho penal de orden público donde el conflicto se da entre el Estado que incrimina y el sujeto incriminado, una relación luego entonces propia del derecho público y no del que regula los intereses y conflictos entre los particulares. Esta fundamental razón dificultaría —impediría—, por prácticamente dos siglos, la incorporación de la víctima en la justicia penal.

El derecho penal de la modernidad, entonces, no olvidó a la víctima, la excluyó a propósito;<sup>19</sup> le expropió el conflicto y lo asumió como suyo en pro de los intereses colectivos. En consecuencia, la nula participación de uno de los actores del drama penal se traduciría en el ejercicio severo de las potestades punitivas del Estado aun en la para entonces naciente justicia penal democrática.

Con base en el *Contrato social* el despliegue de la justicia penal, regido ahora por el principio de legalidad, sentaría las inercias que le caracterizarían en lo subsecuente: a mayores limitantes a las libertades de los gobernados, mayores potestades para el Estado, y a mayores límites a las potestades del Estado, mayores libertades para los gobernados; una fórmula —desde entonces y hasta la fecha— inversamente proporcional.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> En este sentido, en la obra de mi autoría, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano* (2a. ed., México, Inacipe, 2009), la idea central gira en torno a la afirmación de la exclusión y no el simple olvido de la víctima por el derecho penal de la modernidad.

<sup>20</sup> Fórmula que tiene también sus orígenes en el Estado absoluto: las potestades absolutas de los gobernantes daban total seguridad al Estado en detrimento por supuesto de la seguridad de los gobernados. “En sus orígenes el Estado actual es el Estado de la inseguridad del individuo y, en cambio, el estadio de la seguridad del Estado: su autonomía y subsistencia se logra mediante la dependencia total del individuo. Quizá por eso haya un permanente retorno

La víctima no sería ajena a esta variable: el devenir evolutivo de la justicia penal moderna mostraría cómo la incorporación de la víctima en el drama penal, y en consecuencia el reconocimiento de sus derechos, supondría el detrimento de las potestades punitivas del Estado.

### III. JUSTICIA RETRIBUTIVA Y SOCIEDAD MODERNA

La idea del castigo arraigada en la cultura penal no se perdería pese al advenimiento del Estado moderno, estructurado en presupuestos democráticos con base en la igualdad. Entender que la fórmula del castigo no es propia de un modelo de justicia democrático sino retributivo resulta fácil de deducir; no así pretender que con el simple cambio de organización política y social, jerarquizada en términos de dependencia a términos de igualdad, el arraigo retribucionista no persistiría aun en la modernidad. A ello abonarían las persistentes políticas represivas que en mayor o menor medida han ido encontrando, en el devenir evolutivo de la justicia penal moderna, su legitimación.

La cárcel es la institución por excelencia para la represión del delito en la modernidad; poca imaginación ha habido desde su advenimiento para encontrar alternativas a la prisión, en tanto ha sido la moderna expresión del castigo.

La utilización de la pena privativa de libertad como la panacea de las sanciones o castigos no es más que el reflejo de un derecho penal que en la modernidad, como antaño, ha priorizado los intereses del Estado por sobre el de los gobernados, y por tanto de las agencias de la justicia penal por sobre los intereses de las víctimas de los delitos y —por supuesto— de los victimarios.

La cárcel se constituye como uno de los principales instrumentos de dominación con que el Estado cuenta para anteponer

al Estado originario, o por lo menos una tendencia; cuando el Estado entra en crisis se vuelve a la posición fetal, esto es, al Estado absoluto. Es el caso de las dictaduras y de todos los gobiernos autoritarios”. Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 4, p. 12.

sus intereses y mantener el control.<sup>21</sup> Nació para disciplinar a los disidentes y terminó ensañándose con los diferentes. Un instrumento desde sus orígenes selectivo y mucho más útil para la consecución de aquellos intereses que para la prevención y represión del delito y la consecuente protección de víctimas.

Pese a su cualidad represiva y a ser un ente propicio para la vulneración de los derechos humanos, no solo subsiste hoy día, sino que los sistemas carcelarios en muchos contextos geográficos y culturales se han incrementado y robustecido; en este sentido, Thomas Mathiesen<sup>22</sup> identifica tres causas probables de tal incremento: la primera, que él mismo descarta, atiende a la reflexión de que si la delincuencia aumenta, entonces el número de prisioneros también y la descarta porque no es una fórmula siempre proporcional; afirma que innumerables casos empíricamente demostrados en los que el delito disminuye, la población carcelaria aumenta y viceversa. Las otras dos causas desarrolladas por el autor identifican algo en común, como él mismo explica, detrás del crecimiento existe una política criminal más dura y un uso más activo de la cárcel como respuesta a la criminalidad, esto es, una política criminal más severa, con uso más implacable de la prisión.

La permanencia de la prisión es también muestra de que el problema social delito ha pretendido atenderse, léase prevenirse o erradicarse bajo las fórmulas represivas de la justicia penal,<sup>23</sup>

<sup>21</sup> "...el suplicio no ha desaparecido en los mecanismos de poder utilizados al interior de la cárcel y que una de las características del poder de castigar residen en la utilización indiscriminada de distintos procedimientos de castigo, algunos de ellos sutiles y dirigidos a la disciplina del alma y a su normalización y otro dirigidos al dolor y al exterminio del cuerpo del condenado. En ambos casos se tratará de pura dominación". Gómez Jaramillo, Alejandro, *op. cit.*, nota 11, p. 47.

<sup>22</sup> Mathiesen, Thomas, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 44 y ss.

<sup>23</sup> En este sentido, David Garland expresa: "Sin embargo, lo que actualmente parece cuestionable, —una vez reconocidas las deficiencias de las formas correctivas más evolucionadas, y en una época en la que el funcionamiento

tendencia que ha impedido el arraigo de modelos alternativos para la atención del problema.

Para la permanencia de la idea retribucionista del castigo en las sociedades modernas, como la prisión, ayudó también la percepción metafísica del derecho, aun en sus orígenes modernos, de la idea de la universalidad de los derechos naturalmente válidos, propia de la influencia religiosa trasladada a la justicia penal del Estado absoluto. Superar tal modelo implicaría una complicación por más de un siglo, pese al intento positivista de Comte en el siglo XIX.

La organización política y social, en igualdad del para entonces naciente Estado moderno, implicó por un lado el reconocimiento de las libertades para todos por igual, pero no de manera absoluta. El derecho moderno cumple la función no solo de consagrar los derechos humanos, sino de restringirlos para que su ejercicio no sea absoluto y la vida social sea posible. Así, el derecho moderno organiza a los derechos humanos: los consagra y los limita, por lo que el argumento de los derechos naturales como derechos absolutos es solo para entender su origen —desde aquella perspectiva— más no para que se ejerzan como tales.

Prácticamente ningún derecho es ilimitado en su ejercicio; todos los derechos tienen restricciones en su uso y disfrute para hacer posible la vida organizada. El derecho penal será desde su advenimiento la fórmula más importante —no la mejor— para hacer valer las restricciones impuestas a los derechos humanos en su consagración; sin embargo, desde entonces la interrogante de cuánto se debe restringir un derecho, pone en tela de juicio un principio importante en el derecho penal moderno: el de proporcionalidad.

La manera en cómo —cuánto— se restrinja un derecho, repercutirá en el modelo mismo de derecho penal que se utilice

social de la Ilustración ha pasado de moda— es el principio básico del castigo moderno, específicamente la suposición de que el crimen y la delincuencia son problemas sociales a los que puede darse una solución técnica institucional”. *Op. cit.*, nota 3, p. 22.

para su preservación; así, las restricciones severas a los derechos de los gobernados se reflejarán en la dotación de mayores potestades para el Estado que a través de un derecho penal más represivo las haga valer: si esto es así, estaremos ante modelos punitivos más represivos que democráticos. A contrario sentido, si las restricciones impuestas en ley a los derechos de todos son mínimas, entonces tendremos un derecho penal menos represivo donde las potestades del Estado sean las restringidas, y estaremos así ante la presencia de modelos punitivos más democráticos que represivos.

Este es el derecho penal de la modernidad: un instrumento que transita entre la represión y el respeto de los derechos humanos de los involucrados, donde la fórmula siempre es inversamente proporcional y por tanto medible. Si la fórmula es poco respetuosa de los derechos humanos, no importando que la organización política moderna sea con base en la igualdad, o sea democrática, estaremos frente a un modelo retributivo de justicia penal; y sí, contradictorio con las expectativas democráticas del desarrollo de las sociedades modernas.

La democracia también en temas de justicia penal se convierte más en un anhelo que en una realidad; anhelo que será medible en tanto la propia justicia penal resulte menos lesiva y más respetuosa de los derechos de los involucrados y donde por supuesto los de las víctimas resultan por demás importantes en la valoración.

#### IV. UTILITARISMO Y PREVENCIÓN DEL DELITO

El utilitarismo penal nació también con la modernidad; es el modelo punitivo alternativo a las pretensiones retribucionistas de la sanción en tanto castigo. Las sociedades modernas que técnicamente habían dejado atrás las prácticas absolutistas de arraigo religioso, debieron encontrar una nueva razón de ser a la justicia penal, que la apartara de la idea del castigo; la defensa social también serviría para ello. La utilidad misma de mantener unidos

los vínculos sociales, parecería como el mejor fundamento para el despliegue de las políticas punitivas en las nuevas sociedades.

El modelo utilitarista dio razón de ser a la privación de la libertad y al nacimiento de las cárceles. La pena de muerte, como modelo principal de la justicia absolutista, perdió legitimidad cuando las libertades cobraron trascendencia en términos de igualdad, lo que motivó el advenimiento de lo que se concibe como un periodo humanista de la justicia penal, donde la privación de la libertad resultaba menos lesiva —y más humana— que la pena capital.

El fundamento de la defensa social como fin utilitarista de las penas, no sería la única razón —tampoco la principal— del advenimiento de un modelo tal de justicia penal; la cárcel servía también para tener mano de obra cautiva y barata, o gratuita, pero además —y principalmente— para disciplinar para el trabajo.<sup>24</sup> Ello evidencia un utilitarismo económico originado por el advenimiento del capitalismo a la par del de la justicia penal moderna.

El utilitarismo como fin del derecho penal se arraigaría en la modernidad y hasta nuestros días, pero con matices diferentes según la propia evolución y transformación del derecho penal, fncado principalmente en la idea de la prevención delictiva.

La prevención del delito como fin utilitarista de la justicia penal nació con el recrudecimiento de la defensa social en la segunda mitad del siglo XIX, y aun cuando sus matices cambiarían, la idea se arraigaría desde entonces y hasta nuestros días.

<sup>24</sup> En *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Massimo Pavarini sostiene que como actividad económica la penitenciaria nunca ha sido útil, que aun cuando se buscó hacer del trabajo carcelario un trabajo productivo, el intento casi siempre fracasó, la cárcel apenas ha podido llegar a ser una “empresa marginal”. El autor sostiene que la finalidad “atípica” de producción perseguida por la cárcel, al menos en sus inicios, con éxito, fue la transformación de criminal en proletario; esto es, el objeto de esta producción ha sido no tanto las mercancías cuanto los hombres; la cárcel como máquina capaz de transformar al criminal violento en detenido disciplinado y mecánico. Melossi, Dario y Pavarini, Massimo, 2a. ed., trad. de Xavier Massimi, México, Siglo XXI, 1985, pp. 189 y ss.

El nacimiento de la sociología, bajo la influencia del positivismo filosófico, sesgaría el análisis de los fenómenos sociales bajo el arraigo para entonces de las leyes de la causalidad. En efecto, el desarrollo de las ciencias, sistematizado y explicado para entonces por Augusto Comte, estaba determinado por la aplicación del método científico que, mediante la observación y la experimentación, descifraría las invariables leyes de naturaleza que explicaban, como hasta ahora, los fenómenos naturales en su relación causa-efecto.

Las ciencias exactas se desarrollan gracias al dominio de las leyes de la causalidad, que permiten no solo conocer al fenómeno por sus causas, sino, además, predecir su advenimiento; pero así no sucede, como erróneamente se creyó, con las ciencias sociales. Comte, sin embargo, sujetó a la nascente sociología —a la que también dio nombre— a la invariabilidad de las leyes de la naturaleza, desconociendo que los fenómenos sociales, a diferencia de los naturales, no se pueden explicar —como después se supo— por el rigor invariable de la causalidad.

Hoy día está claro que la causalidad de los fenómenos sociales es variable, como cambiante es la voluntad misma de los individuos, pero el conocimiento —que se construye uno sobre el otro— de la época no vislumbró el error y sujetó los fenómenos sociales a la invariabilidad de las leyes de la naturaleza y pretendió, como en ciencias exactas, anticiparse al fenómeno por la aparición de sus causas.

Bajo esa influencia nació la sociología, y con ella se desarrollaron una serie de disciplinas que estudiaban los fenómenos sociales y que conformaron lo que hoy día categorizamos bajo el rubro de ciencias sociales, entre las que contamos al derecho.

Las ciencias sociales para entonces pretendieron regir el análisis de los fenómenos sociales a las leyes invariables de la causalidad, y aun cuando ello fue superado relativamente rápido, su impacto en las diversas disciplinas es latente todavía y el derecho penal no es la excepción.

Regir el análisis de los fenómenos sociales a las reglas invariables de la causalidad supone entender que los fenómenos se suceden siempre bajo las mismas causas independientemente de nuestra voluntad, lo que hoy día es insostenible en ciencias sociales. Ello motivó para entonces que se afirmara que el destino estaba determinado y que incluso la voluntad de los seres humanos quedaría sometida a aquella realidad.<sup>25</sup>

Fue precisamente bajo estos supuestos que se desarrolló la “teoría del delincuente nato” de Lombroso, por la que se sostuvo que el hombre delincuente nacía tal y que no gozaba, como los demás —los buenos—, de libre arbitrio. El delincuente, objeto de estudio de la naciente criminología, era portador de caracteres que lo diferenciaban del resto y que lo determinaban a delinquir, independientemente de su libertad. Encontrar al delincuente antes de que delinquiera sería la razón de ser de la justicia penal y de la naciente teoría de la prevención.

Las ciencias sociales también han evolucionado, y aquellas afirmaciones no tienen más sustento ni aceptación científica, sin embargo sirvieron en su momento no solo para explicar los fenómenos sociales, también para estructurar políticas públicas para su atención. Así, las definiciones del delito en el siglo XIX impactadas por las variables aludidas, no pudo más que traducirse en políticas represivas que aniquilarían a los sujetos “nacidos delincuentes”, ensañándose con su apariencia y negándoles cualquier posibilidad de decidir entre el bien y el mal.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Uno de los puntos débiles del positivismo es precisamente el planteamiento del dogma de la causalidad y de la invariabilidad de las leyes naturales basados en la idea de un objeto absoluto; así, toda la cosmogonía planteada por el positivismo resultaba ser nuevamente una “metafísica” tan denigrada por el propio Comte, justamente porque se partía de un absoluto y con ello necesariamente de dogmas; había luego entonces una contradicción manifiesta con la pretensión de un quehacer científico. En este sentido, Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 4, p. 34.

<sup>26</sup> “La noción de individuo peligroso se inscribe hasta nuestros días al interior de la cuestión criminal como la figura que dirige la práctica penal”. Gómez Jaramillo, Alejandro, *op. cit.*, nota 11, p. 101.

Con el advenimiento de la criminología nació la teoría de la prevención, regida bajo la pretensión positivista de conocer para prever y prever para proveer, con la intención misma de anticiparse al delito. La cárcel, que había sido el laboratorio lombrosiano para el estudio del hombre delincuente, no podría servir para la resocialización, porque al negar libre arbitrio ello era imposible, por lo que serviría entonces para neutralizar a los delincuentes bajo el arraigo para entonces de las cadenas perpetuas. Este era el nuevo fundamento utilitarista de la defensa social: la prevención en tanto anticipación al delito daría razón de ser a las para entonces recrudescidas políticas de la criminalidad que dieron sustento a la revigorización de la pena de muerte.

La fórmula sirvió así para negar la igualdad entre los seres humanos, ya que unos nacerían delincuentes y otros no, y por lo tanto unos gozarían de libre arbitrio, pero los otros no; una sociedad diferenciada entre buenos y malos, sujetos peligrosos y sujetos normales.<sup>27</sup> Así, la ciencia en el siglo XIX sirvió para negar y restringir derechos de libertad y de igualdad, lo que fue posible porque era el conocimiento científico el que lo avalaba, precario y limitado en el ámbito de la teoría social.<sup>28</sup>

El Estado moderno pasó de liberal burgués y guardián de los derechos de las personas a Estado intervencionista, incidiendo de manera directa en el desarrollo de la vida social y recuperando para sí las potestades suficientes de control que había perdido con el advenimiento de la modernidad en el siglo anterior; y si bien el reconocimiento de los derechos humanos no daría marcha atrás,

<sup>27</sup> “En la situación opuesta, viendo al delincuente como un ser de otra especie, una no-persona, una cosa, no hay límites para las atrocidades posibles”. Christie, Nils, *op. cit.*, nota 15, p. 48.

<sup>28</sup> Es en la negación definitiva de la afirmación política que quería a los individuos libres e iguales, en la que se empeña el pensamiento positivista, orientándose hacia la enunciación de teorías capaces de justificar científicamente las desigualdades sociales como necesaria diversidad natural. Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 8a. ed., trad. de Ignacio Muñagorri, México, Siglo XXI, 2003, p. 41.

el modelo supuso en cuanto tal una regresión a su fórmula originaria, a su posición fetal.

La fórmula positivista y el subsecuente nacimiento de la criminología distrajeron la atención de la realidad social en la que los conflictos se recrudecían y el Estado parecía no tener control suficiente de los mismos. En efecto, el reconocimiento de las libertades para todos y el desarrollo de la tecnología, principalmente de los medios de comunicación, motivó el desplazamiento de las personas en busca de nuevas fuentes de trabajo, en un capitalismo ya avanzado que mostraba la realidad de una desigual distribución de la riqueza y la composición de sociedades en pluralidad. Los migrantes que no encontraban fuentes de trabajo tampoco regresaban a su lugar de origen y se quedaban ahí con su pobreza y sus diferencias, motivando mayor conflictividad entre quienes no sabían —porque nunca lo habían hecho— vivir en pluralidad.<sup>29</sup> Con los conflictos crecientes y la inestabilidad social motivada por el fenómeno capitalista, la fórmula positivista, con base en la ciencia, dio al Estado legitimación para la represión; las potestades de este crecerían en detrimento de las libertades de los gobernados y distraerían la atención de un capitalismo que beneficiaba a unos cuantos, hacia el hombre delincuente. En efecto, con el advenimiento de la modernidad el interés se centró —también de los primeros saberes en la materia— en la exigencia de criticar las formas hostiles del poder feudal y al mismo tiempo proyectar las formas de un nuevo poder: el burgués; pero una vez que el poder político fue definitivamente conquistado, los intereses de la clase hegemónica se ocuparon de inventar la

<sup>29</sup> Paradigmático resulta el caso documentado en la ciudad de Chicago —en primer plano el departamento de sociología de Chicago— en los años veinte del siglo inmediato anterior, cuando la ciudad, como otras, en pocos años vio duplicada su población. “La ciudad se convierte así en el escenario principal donde son representados en términos dramáticos los efectos sociales del proceso de transformación económica de la época. La ciudad se extiende como una mancha de aceite bajo el acoso de un proceso de urbanización caótico y salvaje; las ciudades se convierten en receptoras de hombres distintos por costumbres, lengua, cultura, riqueza”. *Ibidem*, p. 67.

estrategia para conquistarlo. La criminología positivista serviría también a ese fin;<sup>30</sup> de ahí el éxito de la fórmula y su pronto arraigo cultural,<sup>31</sup> incluso en políticas públicas de la criminalidad.

La preocupación en criminología por el delincuente, cual era su objeto de estudio, impidió también distraer la atención de la víctima hacia la disciplina y hacia el propio derecho penal, lo que se alargó prácticamente durante un siglo hasta el surgimiento de los primeros planteamientos victimológicos de mediados del siglo XX.

Las ciencias sociales evolucionaron, y aquellas variables del siglo XIX fueron desmontadas solo unas décadas después, cuando se aclararía que las ciencias sociales, si bien tales, no se podían regir por la invariabilidad de las leyes de la naturaleza y por ende, las reglas de la causalidad serían diferentes a las de las ciencias exactas. Se reconocería el libre arbitrio en términos de igualdad y se desarrollarían otros modelos teóricos para explicar los fenómenos sociales y desarrollar con base en ellos nuevos modelos de políticas públicas más acordes con el desarrollo del conocimiento humano. Sin embargo, el arraigo, incluso cultural, del modelo positivista en la justicia penal, determinaría por décadas las inercias represivas de las políticas públicas reflejadas también en las prisiones, convertidas ahora y desde entonces en centro de detención de los diferentes, disidentes y marginados, y en donde la afectación a la dignidad y al resto de los derechos humanos se convertiría en su común denominador.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 40 y ss.

<sup>31</sup> La obra de Joseph María García-Borés, Joan Pujol y otros colaboradores, *Los "no delincuentes". Cómo los ciudadanos entienden la criminalidad*, muestra los resultados de un trabajo de psicología social que evidencia cómo en la no tan alejada década de los noventa del siglo inmediato anterior, la percepción positivista de la criminalidad se encuentra arraigada en la cultura, según la muestra utilizada. Barcelona, Fundación "La Caixa", 1994.

<sup>32</sup> "...los que son capturados por la máquina de castigar, y especialmente los que van a parar detrás de las rejas son, en gran medida, delincuentes tradicionales de las clases trabajadoras más bajas". Mathiesen, Thomas, *op. cit.*, nota 22, p. 224.

El utilitarismo como fin del derecho penal se arraigaría en la modernidad y hasta nuestros días, pero con matices diferentes según la propia evolución y transformación del derecho penal, fincado principalmente en la idea de la prevención delictiva; se apartaría del discurso positivista —al menos teóricamente— y centraría sus expectativas en una prevención delictiva, ya no con la pretendida intención de encontrar al delito antes de sucederse, sino en términos de disuasión y corrección, aunque insistiendo siempre en lograrlo a través del despliegue de la justicia penal.

Las variables de la prevención centrarían entonces —y hasta la fecha— sus expectativas en dos sentidos: evitar que quien no ha delinquido lo haga y que quien ya lo hizo no lo vuelva a hacer, principalmente mediante mecanismos de disuasión, intimidación, resocialización y neutralización.<sup>33</sup>

En los modelos preventivos la cárcel seguiría —como hasta la fecha— jugando un papel trascendental, principalmente en las expectativas de la prevención especial positiva en la que el argumento —y la pretensión— de la resocialización le darían legitimidad —y por ende permanencia— y de prevención especial negativa al neutralizar al delincuente. En las pretensiones de prevención general negativa arraigadas en la idea de disuasión por intimidación, sin duda la prisión —y sobre todo la que supone compurgación de penas privativas de libertad interminables— jugará un papel importante.<sup>34</sup> Las intenciones prevenicionistas

<sup>33</sup> Tales expectativas utilitaristas se estructuran y explican en las así llamadas teorías de la prevención, dividiéndola en general y especial, y cada una de estas, además, en positiva y negativa, según se pretenda, por un lado, evitar que quien no ha delinquido lo haga y quien ya lo hizo no lo vuelva a hacer. Múltiples referencias bibliográficas explican estas variables, sugiero por su accesibilidad y contenidos didácticos los trabajos de Ortiz Ortiz, Serafín, *op. cit.*, nota 2, pp. 142 y ss., y Rivera Beiras, Iñaky, *La cárcel en el sistema penal*, Barcelona, Bosch, 1995.

<sup>34</sup> “La base más fuerte sobre la que se sustenta la creencia en la prevención general sigue siendo una bien conocida experiencia: el miedo a las consecuencias indeseables”. Johs Andenaes, citado por Mathiesen, Thomas, *op. cit.*, nota 22, p. 104.

aludidas, sin embargo, han sido más expectativas teóricas que resultados empíricamente verificables.

La prevención general se concibe como el proceso de disuasión, educación moral y formación de hábitos de los demás.<sup>35</sup>

## V. EL ADVENIMIENTO DE LA VICTIMOLOGÍA

Es hacia el final de la primera mitad del siglo XX que surgirían los primeros planteamientos sobre lo que desde entonces se denominaría victimología.<sup>36</sup> Evidente resulta entender que la influencia del pensamiento positivista impactaría en la para entonces naciente victimología, la que tuvo el principal atino de dirigir las miradas hacia las hasta entonces no consideradas víctimas de los delitos. La influencia del positivismo, que en los estudios del delito para entonces había centrado sus esfuerzos en el estudio del hombre delincuente en criminología, supuso la misma influencia en materia victimológica, solo que desde un ángulo diferente: el de las víctimas de los delitos; luego, si el delito en la perspectiva criminológica pretendió encontrarse en el delincuente, la victimología positivista haría lo propio pretendiendo encontrar al delito en las víctimas de los delitos, lo que llevó a estudiar su grado de participación en el devenir delictivo.

Los primeros reclamos teóricos por el extraño olvido de la víctima de los delitos en el derecho penal moderno, desde la victimología, llevaron paradójicamente a afirmar que la víctima podría haber desencadenado la comisión delictiva y por tanto debía ser considerada al momento de resolver sobre la culpabilidad del agresor, a grado tal que la imprudencia o total responsabilidad de

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>36</sup> Benjamin Meldensohn fue quien primero habló de victimología el 29 de marzo de 1947 en una conferencia celebrada por la sociedad de Psiquiatría de Bucarest, Rumania. En 1940, no obstante, había publicado ya sus estudios sobre violación, y en 1946, *New Bio-Phycological Horizons: Victimology*. Neuman, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, México, Cárdenas Editor, 1992, p. 29.

la víctima en el hecho delictivo debería traer como consecuencia la absolucón del agresor.

Si bien las inercias del reclamo a manera de argumentación teórica dieron un giro importante hacia la consagración y consecución de los derechos de las víctimas y ofendidos por el delito, lo cierto es que aquella tendencia sobre su eventual corresponsabilidad por el delito no se perdería, sino que se incrementaría.

Pese a las enormes críticas, desde el propio ámbito victimológico, se motivó una perspectiva que se trasladaría con el tiempo al análisis dogmático con el desarrollo funcionalista de la imputación objetiva. Sin embargo, para la época, el poco desarrollo del derecho penal —causalista— motivaría políticas públicas y criterios en el ejercicio de la jurisdicción que poco ayudarían al desarrollo de sus derechos y que, seguramente, muchas de las veces resultaría más perjudicial que benéfico.

El desarrollo dogmático de la imputación objetiva ha llevado a incorporar, por los estudiosos de las víctimas, principios victimológicos al análisis dogmático penal, originando una serie de desarrollos teóricos a los que se denomina victimodogmática.

Así, la víctima en el centro de la discusión penal, como lo está el inculpado, también responderá por sus eventuales excesos, pero sobre todo por el papel jugado en el devenir delictivo. Y es que pretender garantizar sentencias justas para los inculpados ha llevado a los estudiosos de la materia primero, y a quienes implementan políticas públicas después, a considerar y evaluar cada vez con mayor detenimiento y precisión el desempeño de la víctima y, en consecuencia, su eventual responsabilidad.

Por supuesto que no se plantean sanciones para las víctimas, sino sentencias más justas para los agresores, en las que se les haga responder solo por su estricta culpabilidad y sin cargarles la mano por la imprudencia en la que eventualmente pudiera haber caído la víctima y de la que en términos de ley deba trascender en la sentencia misma.

Tal tendencia ha abierto la discusión en torno a la distinción de en qué casos debe la víctima responder por su imprudencia y el

riesgo asumido, y en cuáles ello deba ser irrelevante. La variable que ayuda a aclarar entre una y otra es el reproche que podamos hacer por un lado, al inculpado de que pudiendo actuar de otra manera no lo hizo, y por el otro a la víctima, que debiendo asumir un deber de cuidado tampoco lo hizo.

Los contenidos victimodogmáticos, incluso dentro de la propia victimología, han generado controversia, pues una cosa es reclamar a la víctima por asumir un riesgo no permitido y otra muy diferente es obligar a la víctima a que asuma mecanismos de autoprotección. Generar este tipo de mecanismos para prevenir ser victimizados siempre es un derecho y nunca una obligación, por lo que se objeta que ello pudiera ser relevante jurídicamente o trascender en la sentencia. Pero existen circunstancias en las que hay una obligación del deber de cuidado y de evitar imprudencias que se convierten para el derecho en una obligación a considerar. El que tal obligación trascienda en una sentencia depende, sin embargo, del modelo jurídico adoptado por el lugar donde haya de aplicarse y la manera incluso de cómo el juzgador la interprete.

Desarrollos victimológicos posteriores motivarían la ampliación del campo de estudio de la victimología en tanto disciplina, y se despojarían —en parte— de la restringida visión positivista respecto de las víctimas: las del delito y solo las conocidas.

Desde que la teoría del derecho penal se empezó a preocupar por las víctimas de los delitos, hacia la segunda mitad del siglo XX, al darse cuenta que no solo no se estudiaba, sino que además no tenía colocación alguna en la ley penal, la víctima ha jugado un papel cada vez más importante en la justicia penal.

El derecho penal evoluciona constantemente para ser —o al menos pretender ser— más eficaz en su despliegue y funcionamiento, pero sobre todo para hacerse menos lesivo y más justo. Ello ha llevado al derecho penal —por desgracia solo en ciertos aspectos— a restar potestad punitiva a la justicia penal, y en consecuencia a ampliar las libertades y demás derechos de los involucrados, principalmente los inculpados y las víctimas de

los delitos. Esto es lo que reconocemos como la transición de un modelo de justicia inquisitivo a uno acusatorio y por ende democrático.

## VI. EL MODELO PLURAL Y CRÍTICO DE LA VICTIMOLOGÍA

El positivismo, que había pretendido superar el pensamiento metafísico que le antecedió, acabó siendo mero planteamiento metafísico, y su impacto en el desarrollo de las ciencias sociales, como en el derecho penal y la criminología, supuso concebir también a la realidad como un absoluto.<sup>37</sup>

La sociedad que se transformaba ya para el siglo XIX, fue una realidad que tampoco quiso ver el positivismo; la pluralidad en la composición de las nuevas sociedades, de la mano del aumento en la densidad de la población, motivarían con el tiempo la evolución de las ciencias sociales, gracias a nuevas y mejores formas de interpretación de la realidad social, pero para ello la metodología debió cambiar.

El positivismo criminológico, que había centrado su análisis en el delincuente, propició también una cultura no apta para la crítica y el análisis del fenómeno delictivo desde otras aristas, sobre todo macro sociológicas y no individualistas.

El siglo XX fue testigo del advenimiento de modelos sociológicos que se apartaron de las concepciones absolutistas de la realidad, de la idea de la universalidad de los valores como absolutos, y que identificaron un proceso de transformación de las

<sup>37</sup> Bustos Ramírez, en *El pensamiento criminológico I*, consigna la siguiente crítica al planteamiento positivista de Augusto Comte: "...el planteamiento particular del dogma de la causalidad, como el general de la invariabilidad de las leyes naturales, estaba basado en la *idea* de un *objeto absoluto*; es decir, toda la cosmogonía planteada por el positivismo resultaba ser nuevamente una *metafísica* —tan denigrada por él— porque se partía de un absoluto y con ello necesariamente de dogmas —aserciones indiscutibles—, con lo cual había una contradicción manifiesta con la pretensión de un quehacer científico". *Op. cit.*, nota 4, p. 34.

sociedades del consenso y la homogeneidad hacia la pluralidad motivada por la diversidad.

La realidad pasó entonces de ser un absoluto para observarse como un proceso de construcción, en el que la subjetividad en la reflexión de las realidades determinaría procederes y conductas que darían un nuevo sentido interpretativo al actuar humano y —en consecuencia— a las relaciones y a los fenómenos sociales.

Un modelo sociológico como tal, resultaría más adecuado para el análisis de las sociedades ahora más complejas en su composición, caracterizadas cada vez más por la diversidad ideológica y cultural de los individuos que la conforman y donde la conflictividad —y por ende los delitos— se elevarían dramáticamente. Las fórmulas de la defensa social, arraigadas en la idea del consenso en torno a costumbres y valores universalmente válidos, no podían explicar más estas nuevas realidades; por ello la evolución de las ideas sociales motivaría la evolución misma de las teorías de la criminalidad, lo que supone el cambio de la manera en cómo la realidad criminal se interpreta y en consecuencia el cambio —y por supuesto evolución— de las políticas públicas de la criminalidad.

Interpretar la realidad como un proceso de construcción significó interpretar a su vez que las conductas y los procederes de los individuos en la sociedad se encuentran determinados por la manera en cómo estos reflexionan la realidad, aun cuando la reflexión en cuanto tal sea incorrecta. Ello supone que las personalidades de los seres humanos son producto de la manera en cómo entienden su entorno y del cómo se acoplan a él.<sup>38</sup> La sociedad —ambiente— es así moldeable al individuo y el individuo es a su vez moldeable a la sociedad, a su ambiente. En esta relación de

<sup>38</sup> George H. Mead en su obra *Espíritu, persona y sociedad*, de principios de siglo XX, es quien inicia los argumentos de lo que conocemos como interaccionismo simbólico, modelo que con perspectiva de conductismo social, décadas después, motivaría desarrollos teóricos importantes en los estudios criminológicos. “La reflexión, pues, —afirma Mead— es la condición esencial, dentro del proceso social, para el desarrollo del espíritu”. Trad. de Florial Mazía, Barcelona, Paidós, 1973, p. 166.

mutuo influjo<sup>39</sup> resulta relevante el cómo cada individuo reflexiona las actitudes de los otros hacia él, pues ello puede determinar su personalidad —incluso criminal—. Desde esta óptica, un individuo concebido y por ende tratado como violento, puede entenderse como violento y actuar como tal, en un proceso de etiquetamiento que logra que el propio sujeto asimile su estigmatización. Luego, en los procesos de interacción social, la comunicación y la subsecuente reflexión de datos, resulta determinante para la explicación de los fenómenos sociales; el fenómeno social delito no sería la excepción.

La evolución social ha hecho de las relaciones sociales un fenómeno cada vez más complejo, como cada vez más compleja resulta su interpretación y análisis; el modelo de teoría social que parece más adecuado es el que entiende que la subjetividad de los seres humanos trasciende en su manera de ser y conducirse socialmente, de ahí la relevancia de los estudios de psicología social en el análisis criminológico.

Bajo estos presupuestos, una rama importante de los estudios de la criminalidad centró sus esfuerzos en entender ya no las causas biológicas que determinaban al delincuente a delinquir, sino en encontrar cuáles eran las actitudes de los otros que en la reacción social, también institucional, motivaban proceder criminales. Ello dio origen a la criminología de la reacción, donde algunas de las teorías tuvieron como su objeto de estudio al sistema de justicia penal. Desde esta perspectiva, el objeto de estudio criminológico cambió del delincuente al sistema penal: pasaron de preguntarse por qué el delincuente delinque, a cómo el sistema penal reacciona; y trataron de identificar incluso —entre otras variables por supuesto—, las causas que motivaban el delito a partir de la reacción punitiva.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> En este sentido, Carabaña, Julio y Lamo de Espinoza, Emilio, “Resumen y valoración crítica del interaccionismo simbólico”, en *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, 1978, pp. 277-321.

<sup>40</sup> “Esta dirección de investigación —también conocida como *Labelling approach*— parte de considerar que es imposible entender la criminalidad si no

En efecto, si la realidad era socialmente construida a partir de los procesos de construcción de la personalidad, entonces la realidad criminal sería también un proceso de construcción social a la par de los procesos de construcción de la personalidad criminal, lo que llevó a deducir que los procesos inculpativos de la reacción punitiva suponían formas de estigmatización tal, que llevaban a muchos a asimilar su etiqueta y a comportarse como criminales y a ello abonaría su gran parte de responsabilidad el sistema carcelario.

Cambiar el objeto de estudio de la criminología permitió por primera vez poner en tela de juicio —a crítica— a los sistemas de justicia penal y a evidenciar, por supuesto, no solo sus inconsistencias y pocos niveles de eficacia, sino a la inmensa gama de violaciones a los derechos humanos de los involucrados, principalmente por la afectación de las reglas del debido proceso legal y, claro está, en la ejecución de las penas privativas de libertad en prisión. Teorías que pusieron en entredicho, por primera vez, las posibilidades resocializantes de la prisión.

La crítica planteada abrió la puerta de otros modelos teóricos como el marxismo, que centraría sus esfuerzos en evidenciar lo indigno y lesivo de las prácticas punitivas, y trataron —como hasta la fecha se hace— de derrumbar los mitos que en materia de justicia penal se habían construido con las fórmulas positivistas; intención que se complica por el arraigo cultural de la idea del castigo y de lo atractivo que parecen resultar las políticas represivas todavía en la actualidad.

La crítica más radical viene sin duda de este modelo, que encontró en el análisis criminológico una fuente importante para la teoría crítica. A tal tendencia se le reconoce como las teorías del conflicto, por la influencia teórica de la sociología del con-

se estudia la acción del sistema penal que la define y que reacciona contra ella, comenzando por las normas abstractas para llegar a la acción de las instancias oficiales (policías, jueces, instituciones penitenciarias que la aplican)". Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4a. ed., trad. de Álvaro Bunster, México, Siglo XXI, 1993, p. 84.

flicto, y dan cuenta lo parcial que puede resultar la justicia penal que sirve a las clases hegemónicas para mantener y acrecentar su poder, poniendo el dedo en la llaga al resaltar la desigualdad social como elemento determinante en el actuar punitivo. Alessandro Barata sostiene que las teorías conflictuales que niegan el principio del interés social y del delito natural, se basan en dos afirmaciones principales:

- a) los intereses que están en la base de la formación y aplicación del Derecho Penal son los intereses de quienes tienen el poder de influir sobre los procesos de criminalización, y
- b) la criminalidad en su conjunto es una realidad social creada a través de los procesos de criminalización, por lo que la criminalidad y todo el derecho penal tienen siempre naturaleza política.<sup>41</sup>

Las teorías de la reacción son clara consecuencia de una forma diferente de interpretar la realidad social, y su impacto derivó el análisis criminológico hacia objetos de estudios diferentes. La victimología también ampliaría su campo de trabajo, análisis y argumentación, apartándose de la idea central de la responsabilidad de las víctimas y centrando sus esfuerzos tanto en las diferencias sociales —propias de la pluralidad— que generan desventajas como en la capacidad victimizante de la propia justicia penal.

El reconocimiento de la existencia de factores victimógenos en grupos en condiciones de vulnerabilidad, motivó un interés creciente por sus derechos debido a su potencialidad para devenir víctimas del delito; pero el análisis se ampliaría hasta observar la vulnerabilidad de la condición misma de las víctimas del delito frente a los propios sistemas de justicia penal.

## VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La apuesta por el castigo y las expectativas utilitaristas de la prevención son sin duda una constante siempre identificable en el

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 123.

devenir histórico de la justicia penal moderna; ha sido la apuesta más recurrida para la represión al delito y para su pretendida justificación. Sin embargo, tanto la fórmula retribucionista del castigo como la utilitarista de la prevención han quedado muy cortas según las expectativas pretendidas y las necesidades tangibles del control del delito.

Los estudios victimológicos empezaron a dar cuenta de que las menos beneficiadas del despliegue de la justicia penal eran precisamente las víctimas de los delitos; que los más susceptibles de devenir tales, eran los grupos en condiciones de vulnerabilidad, sector social que además siempre resulta el más afectado en el despliegue de la justicia penal y que, pese a ello, el derecho penal poco podía hacer, con sus estructuras represivas, para su atención y auxilio.

Sin duda el advenimiento de las inercias utilitaristas identificó que las fórmulas retribucionistas no se correspondían más con las formas de organización política y social de origen democrático con base en la igualdad, y que tal modelo debería quedar atrás, lo que contrasta severamente con una justicia penal más con pretensión democrática que con una realidad tal, donde las viejas políticas represivas han sido una constante que encontraron solo nuevas formas de legitimación que permitieron su arraigo. Por ello insisto en la idea de que la justicia penal democrática es más un anhelo que una realidad.

La justicia penal moderna, que excluyó a las víctimas de sus presupuestos y reservó para el Estado amplias potestades retribucionistas, no se corresponde con las variables democráticas de una sociedad moderna que anhela priorizar las necesidades de todos y restringir al máximo las del Estado. Para que una justicia penal moderna sea democrática deberá priorizar los intereses de todos por sobre los del Estado y ello es posible si permite que los protagonistas en el drama penal tengan mayores derechos.

Dotar de derechos a los protagonistas ofrece varias lecturas desde el análisis victimológico, pues dotar de derechos del debido proceso legal a los inculpados, supone la preocupación latente por

las víctimas del abuso de autoridad, lo cual sin duda se corresponde con las expectativas garantistas que observan en el derecho penal un instrumento aún necesario para el control del delito. Dotar de derechos a las víctimas de los delitos implica, por un lado, la intención de asistencia y reparación, pero por el otro, la intención misma de cambiar las expectativas de la justicia penal priorizando sus intereses por sobre los del propio Estado.

Esta última postura se corresponde con las pretensiones abolicionistas que ven en la reparación del daño de las víctimas no solo una mera preocupación de resarcimiento, sino la transformación del modelo de justicia penal que priorice a este y no al castigo.

Poner en la perspectiva de la justicia penal a las víctimas de los delitos debe significar un paso importante hacia sus anhelos democráticos, pero ello exige conceder a las víctimas el protagonismo necesario en los procedimientos penales, dotarles de facultades decisorias respecto al futuro de su agresor, para la negociación del conflicto, mismo que le fue expropiado con el advenimiento de la modernidad y que en mayor o menor medida se les debe regresar.

El impacto es en este sentido no solo sustantivo, sino de política criminal, pues el fin que se persigue con el despliegue de la justicia penal debe centrar sus esfuerzos en las víctimas y por tanto sus fines deben cambiar.