

CAPÍTULO SEGUNDO

ALTERNATIVAS DEMOCRÁTICAS PARA LA JUSTICIA PENAL

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del derecho penal en la modernidad evidenció una preocupación paulatina y creciente sobre los derechos de los imputados frente a la justicia penal, lo que propició el advenimiento de derechos sustantivos y procesales para los imputados de delitos, para garantizarles un juicio y una sanción justa. Tal inercia, sin embargo, no se dio para las víctimas de los delitos: ellas no eran parte en un procedimiento —penal— de naturaleza pública, y por ende no requerían de derechos frente a la justicia penal. No siempre sería así, gracias a la preocupación intelectual, primero⁴² y después jurídica, poco a poco iría obteniendo un papel importante frente a la justicia penal. Así, aquel desinterés generalizado al que se ha aludido, iría desapareciendo ante una cada vez más creciente preocupación por la víctima en el derecho penal.

Quizá lo que detonó el interés generalizado por la víctima fue, por supuesto, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder —adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985—, pero sin duda, las transformaciones de los sistemas de jus-

⁴² La victimología, que es la disciplina que se encarga del estudio de la víctima, tiene sus orígenes al finalizar la segunda guerra mundial y, a decir de algunos autores, como reacción a la macro-victimización del holocausto. Los primeros trabajos en la materia se atribuyen a Benjamín Meldenshon y a Hans von Hentig. Reyes Calderón, José Adolfo y León-Dell, Rosario, *Victimología*, México, Cárdenas, 1998, pp. 7-9.

ticia penal, iniciados en las últimas décadas del siglo pasado y lo que va del presente, hacia variables más democráticas y que han propiciado la incorporación de la víctima en los preceptos legales, se deben a la fuerza de modelos teóricos que no solo fueron ganando terreno en el ánimo de los especialistas, sino transformándose en políticas públicas con base en la ley. Esos modelos teóricos son el realismo de izquierda, el garantismo penal y el abolicionismo penal.

Como se ha asentado ya, los sistemas de justicia penal en la modernidad evolucionan de formas inquisitivas poco respetuosas de los derechos de las personas a quienes involucran, hacia formas más correspondidas con los mismos; por lo tanto, son sin lugar a duda reflejo del modelo político imperante en cualquier región de anhelo democrático y referente de su grado de desarrollo y madurez también democrática.

Este proceso evolutivo de los sistemas de justicia penal se ha construido de la mano de los procesos de transformación del Estado mismo y de las variables que le rigen y dan vida, por supuesto soportado en modelos teóricos que le sustentan y que son reflejo de la manera en cómo se ha entendido (y también se ha explicado) la realidad y sus particularidades, para el caso, la realidad del delito y del cómo se reacciona al mismo.

El origen del Estado en la modernidad —y de la justicia penal moderna— significó un avance importante en el reconocimiento de los derechos humanos bajo el presupuesto de la igualdad; sin embargo, su devenir histórico mostraría que las fórmulas represivas para el control encontrarían, en todo tiempo, formas legítimas para su aceptación y arraigo. Por ello, este proceso evolutivo de la era moderna, que acompaña y determina la evolución del Estado y del derecho, muestra tendencias ambivalentes, en los que el arraigo de variables democráticas en pro de la expansión de los derechos y libertades de las personas ha sido, y sigue siendo, en extremo difícil. Las instituciones públicas, como las de la justicia penal, no solo no han sido la excepción, sino que son el ámbito en el que es más evidente la ambivalencia.

El caminar histórico del control de la criminalidad, sustentado en modelos teóricos articulados a manera de políticas públicas, permite identificar un desarrollo evolutivo de aspiraciones democráticas, en tanto las variables jurídicas que le dan vida han ido expandiendo las libertades de los involucrados en el delito y restringiendo el así reconocido *ius puniendi*. Proceso que nunca es homogéneo y siempre se encuentra diferenciado por altibajos entre ello y exactamente lo contrario —expansión de las potestades punitivas y restricción de las libertades de los involucrados—. Por ello el desarrollo es medible en términos de democracia y por tanto comparable con cualquiera de los sistemas jurídico-penales existentes. En muchas ocasiones la evolución, en tanto progresos —conquistas— democráticos, hay que buscarla con lupa, y más que evaluarla, lo que queda es compararla. Un sistema jurídico penal dado es, en este sentido, más o menos democrático que otro.

Este proceso evolutivo en los términos expuestos difícilmente es lineal, esto es, discurre en un solo sentido; las constantes reformas a los sistemas jurídico-penales muestran muchas de las veces retrocesos hacia variables represivas —inquisitivas— propias de los sistemas totalitarios, que han encontrado asidero aun en la modernidad. Por ello el recuento histórico de las políticas de criminalidad y de los modelos teóricos que les sustentan, muestran tendencias en ambos sentidos; es por esta razón que la evolución hacia variables más democráticas para la justicia penal puede ser muy lenta y en ocasiones difícil de identificar.

Lo que distingue al derecho en la modernidad, desde su origen, es el reconocimiento de los derechos bajo la premisa de igualdad. Esta, formalmente construida en tanto igualdad de derechos o ante la ley, lamentablemente no lleva implícita la igualdad social y de oportunidades en una realidad moderna en la que las desigualdades, principalmente económicas, diferencia las oportunidades, desde siempre más accesibles para unos que para otros; desigualdad que siempre ha determinado a la clientela del control del delito.⁴³

⁴³ Zaffaroni escribe: “El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les paró un trato punitivo que no correspondía a la condición de *perso-*

El derecho penal se preocupó más por integrar a su sistematización la igualdad ante la ley que considerar a la igualdad social, la cual estaba fuera de su presupuesto, pero resentía la incapacidad del mismo por prevalecerla al momento de su despliegue mediante la potestad punitiva.

Aquellas realidades, no atendidas e incluso desconocidas por la criminología positivista y por las políticas públicas en materia de criminalidad a las que les dio sustento, fueron testigos de innumerables violaciones de los derechos de las personas, quienes, negándoles incluso su condición de iguales, fueron definidas como peligrosas, enfermas o anormales, y sobre ellas se descargó —podríamos decir ensañó— toda la fuerza de una potestad punitiva excesiva y denigrante de la condición y dignidad humanas. Estas prácticas, durante el siglo XIX, el XX y hasta hoy día, han afectado a un mismo tipo de personas, cuya condición de marginalidad las diferenció del resto.

Estas realidades de graves violaciones a derechos humanos, traducidas incluso en políticas genocidas, el fracaso de la pena privativa de libertad y de la cárcel misma, la acrecentada conciencia de la victimización y de los delitos que anteriormente eran “invisibles” y una cada vez mayor demanda pública por la eficiencia y responsabilidad de los servicios públicos,⁴⁴ motivaron el surgimiento de un movimiento crítico y de la subsecuente búsqueda de alternativas más democráticas para la justicia penal.

nas, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos o dañinos*. Se trata de seres humanos a los que se señala como *enemigos* de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece —universal y regionalmente— el derecho internacional de los Derechos Humanos”. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán-Flasud, 2007, p. 11.

⁴⁴ Bergalli, Roberto, “El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social”, Presentación, en Young, J., *La sociedad excluyente*, trad. de Bergalli R. y Sagarduy, Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. XIV (original: *The Exclusive Society, Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, London-Thousand Oaks-New Delhi, Sage, 1999).

La influencia del modelo positivista en el derecho penal, procesal penal y las políticas de criminalidad, había significado una regresión respecto a las inercias de un derecho penal garante de los derechos humanos surgidos en el Iluminismo. Aun con la superación teórica de la tendencia y el surgimiento del movimiento teórico-crítico aludido, las políticas ya arraigadas fueron encontrando nuevas formas de legitimación; tendencias que siguen centrando casi siempre su atención en su ya predilecta clientela: la pobreza, que seguiría siendo el punto de referencia de las explicaciones de la criminalidad. El origen de la discriminación en materia penal habrá que buscarlo en estas tendencias, pero sus efectos hoy en día siguen recayendo en las mismas personas. Todo lo cual llevó a observar un sistema penal colapsado, con cargas de trabajo mayores a las que materialmente puede atender y en donde, desafortunadamente, las violaciones a los derechos humanos son algo cotidiano, afectando sobre todo a aquellos sectores de la población.

Bustos Ramírez, para explicar el auge que tuvo la pena privativa de libertad con el advenimiento de la modernidad, identificó dos grandes razones: por un lado podía cumplir con el principio de justicia retributivo al aplicar mediante ella una cantidad de mal igual al causado por el delito, y por el otro, permitía tener al sujeto a total disposición para la aplicación del tratamiento que se estimara pertinente. Razones que, afirma, han sido objeto de una dura revisión crítica en el último tiempo. “Una concepción moderna del Estado no es compatible con una intervención estatal dirigida exclusivamente a la irrogación de un mal, pues ello contradice no sólo la dirección social del Estado, sino también la dignidad de la persona”.⁴⁵

En la revisión crítica, Zaffaroni sostiene que el discurso jurídico-penal es falso, que se vale de un arsenal de racionalizaciones reiterativas que se desarma al más leve rose con la realidad. Este discurso se sostiene por la incapacidad de reemplazarlo por otro

⁴⁵ Bustos Ramírez, Juan, *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987, p. 459.

y frente a la necesidad de proteger los derechos de algunas personas, "...la denuncia de su discurso jurídico como falso corre el riesgo de privarle del único instrumento —precario, pero instrumento al fin— de que dispone para defender Derechos Humanos de algunas personas".⁴⁶

Los modelos teóricos que surgieron como alternativas a aquellas tendencias inquisitivas propusieron, desde sus propios enfoques, variables más democráticas para la justicia penal, las cuales lentamente habrían venido impactando en las políticas públicas en la materia a manera de reformas legales.

Estas corrientes de pensamiento responden a mundos jurídicos muy concretos, que incluso geográficamente corresponden a regiones donde cada familia jurídica impacta y tienen desde su particular perspectiva una lectura victimológica, en tanto que modelos más democráticos representan mayor restricción y control del poder punitivo estatal y más derechos y libertades fundamentales para los involucrados en el escenario penal, tanto para los imputados, como para las víctimas, tema de especial interés para quien esto escribe.

II. GARANTISMO PENAL

1. *De Beccaria a Ferrajoli*

El modelo garantista en la justicia penal se ha traducido en el reforzamiento de los principios garantistas que dieron origen al derecho penal moderno, más humanista y respetuoso de los derechos humanos desde hace ya más de dos siglos. Debe considerarse que la influencia de estas reglas, más que el concepto mismo, ha de buscarse en los orígenes de la tradición; por ello habrá de identificarse que el modelo garantista en materia penal es herencia de la tradición libertaria del Iluminismo, esto es,

⁴⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 16-18.

cuando el derecho penal nace en respuesta a procesos inquisitivos propios de la Edad Media, donde la vida, la integridad y la dignidad de las personas “juzgadas” no eran relevantes. En correspondencia con los principios iluministas de corte humanista, el derecho penal ahora y desde entonces supone, o debe suponer, el respeto a los derechos fundamentales y la afectación mínima indispensable de los mismos, principalmente de la libertad, para la consecución de los fines pretendidos de bienestar social. Beccaria expresa fielmente su intención al afirmar que el criterio fundamental para la aplicación y medida de una pena es el de su necesidad, por lo que toda pena que vaya más allá de la necesidad de conservar el vínculo entre los hombres, será una pena injusta por naturaleza.⁴⁷ Así, es Beccaria quien sostiene el principio de necesidad, y cita a Montesquieu cuando afirma que toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica; para Beccaria el derecho a castigar se fundamenta en la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones, y —asienta— “tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos”.⁴⁸

De la mano de este principio enuncia también —refiriéndose a las penas— el de legalidad, al asentar que solo el legislador las puede dictar,⁴⁹ ya que es el único que puede representar a todos los hombres que han convenido en el contrato; a decir de Bustos Ramírez, este principio en Beccaria es necesaria consecuencia de la idea del contrato social de la que el autor parte,⁵⁰ pero también el de necesidad: “fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner el depósito público sino la porción más pe-

⁴⁷ Bonesana, César, Marqués de Beccaria, *op. cit.*, nota 1, pp. 216 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 216.

⁴⁹ Textualmente: “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”. *Ibidem*, p. 218.

⁵⁰ Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 4, p. 28.

queña que sea posible, aquella sólo que baste a mover los hombres para que le defiendan”.⁵¹

En su obra, Beccaria asienta el principio de proporcionalidad de las penas: para el autor existe una escala de desórdenes que es posible establecer y graduar; así, en primer grado deberán estar considerados los desórdenes que destruyen inmediatamente la sociedad, y en último grado, la más pequeña injusticia contra los miembros particulares de ella. Para el autor, fuera de estos límites no es dable llamar delito a cualquier acción (principio de necesidad) y el legislador deberá, “como hábil arquitecto”, oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio.⁵² Beccaria critica la severidad de las penas al asentar:

Vuélvase los ojos sobre la historia y se verán crecer los desórdenes con los confines de los imperios, y menoscabándose en la misma proporción el sentimiento nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos conforme al interés que cada uno toma en los mismos desórdenes: así la necesidad de agravar las penas de dilata cada vez más por este motivo.⁵³

Para Beccaria debe haber una proporción entre los delitos y las penas; por ello, los límites impuestos en el primer y último grado deben considerarse los extremos de las acciones opuestas al bien público, o sea los delitos.

Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último.⁵⁴

⁵¹ Bonesana, César, Marqués de Beccaria, *op. cit.*, nota 1, p. 217.

⁵² *Ibidem*, p. 226.

⁵³ *Ibidem*, p. 225.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 226.

Finalmente, de la obra de Beccaria se puede extraer el principio de utilidad de las penas, vinculado al de proporcionalidad y bajo el presupuesto del contrato social, al afirmar que “el fin de las penas no es afligir un ente sensible, no deshacer un delito ya cometido”, y se pregunta si se podrá “abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los débiles tiranos”; el fin, afirma, “no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”.⁵⁵ Para el autor, deben escogerse las penas y los métodos para aplicarlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.⁵⁶

Afirma Bustos Ramírez al citar a Beccaria:

Como de lo que se trata es de la conservación del contrato social, de mantener las condiciones para mantener dicho vínculo entre los hombres, aquella debe adecuarse a este objetivo. Con esto, por lo tanto, se recalca como principio fundamental de la pena el de su necesidad ... toda pena que vaya más allá de la necesidad de conservar el vínculo entre los hombres, será una pena injusta por naturaleza.⁵⁷

La estructuración de estos principios, legalidad, necesidad, proporcionalidad y utilidad, fueron desarrollados por Beccaria, como se puede deducir, en sus reflexiones sobre el delito y la pena, y bajo la influencia del modelo teórico contractualista, que es el que mejor explica la nueva organización política y social del Estado en la modernidad fundado en la igualdad. Estos principios serían retomados dos siglos después aproximadamente por Luigi Ferrajoli en una sistematización diferente que, a su decir y como se verá, fundamente las razones cuándo y cómo sancionar.

Habrà de aclararse que el modelo utilitarista de Beccaria no es la única vertiente en el derecho penal naciente de la época ilumi-

⁵⁵ *Ibidem*, p. 238.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 4, p. 29.

nista; por un lado, la influencia del derecho natural evidente en Samuel A. Puffendorf, que darán lugar a la Escuela Clásica del Derecho Penal, el cual daría la pauta para el estudio del delito viéndolo como disciplina autónoma dentro del fenómeno criminal, y por el otro lado, de las tendencias racionalistas de la época destacará la racionalidad como cualidad inherente al hombre y también al Estado, presente en autores como Montesquieu.⁵⁸

Se trata de una tendencia crítica, propia del ámbito latino de Europa, surgida en las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado en el contexto italiano, a la que se denomina “garantismo penal”, y cuyo principio fundamental es recuperar del derecho penal su aspecto garantista y su carácter protector de los derechos fundamentales de las personas, tras la inflación punitiva acaecida en los dos últimos siglos.⁵⁹ El contexto en el que el garantismo penal se desarrolló en Italia estuvo caracterizado, por un lado, por una fuerte tradición del derecho escrito, lo cual haría centrar su desarrollo en la definición legal del delito,⁶⁰ y por el otro, una práctica estatal autoritaria, producto de una democracia débil y una amplia gama de violaciones a los derechos humanos.⁶¹

La influencia en el garantismo de los desarrollos formalistas —iuspositivos— del derecho es evidente en autores como Kelsen al distinguir entre derecho y moral; por ello, el garantismo penal observa al delito como una calificación jurídica y no moral, sociológica o antropológica; la aplicación de la norma solo debe responder a la razón jurídica, y cualquier consideración moral o

⁵⁸ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁹ Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, “La criminología crítica y la construcción del delito: entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Buenos Aires [s. e.], edición de la cátedra “Delito y sociedad: sociología del Sistema Penal” de la carrera de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, año 1, núm. 2, segundo semestre de 1992, pp. 43 y ss.

⁶⁰ A diferencia de otras alternativas democráticas en el análisis del delito y del sistema penal, el garantismo no abandonó a la definición legal del delito, como en el caso de los realistas de izquierda que sí lo hicieron al poner énfasis en el delito como una realidad.

⁶¹ Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, *op. cit.*, nota 59, pp. 43 y 44.

política formará parte de la legitimación externa del derecho. El delito no es un fenómeno natural o ahistórico;⁶² por tanto, para Zaitch y Sagarduy, el origen del delito, para el garantismo penal, no debe buscarse en opciones individuales de carácter moral, sino en la organización concreta de espacios sociales que no permiten el ejercicio de la libertad.⁶³ Para Anitua⁶⁴ se constituyó en la trinchera de quienes, actuando dentro de cierta definición legal del delito, reaccionaban contra las graves y profundas violaciones a los derechos de las personas, pretendiendo dar freno a tales abusos, sobre todo por los avances de la derecha reaccionaria de la década de los ochentas en el siglo anterior.

La influencia del materialismo, propio de la teoría marxista, también está presente en el garantismo penal; si bien la influencia de tal tendencia es mayor en la criminología crítica de ascendencia sociológica, la constatación de una sociedad desigual “debía desarrollarse armónicamente con la presencia del Estado y del derecho —como— verdaderos artífices de esa sociedad tolerante y solidaria...”⁶⁵

Finalmente está presente en la teoría del garantismo penal una tendencia utilitarista, tomada del iluminismo clásico: “el delito es un acto antisocial y una violación de los derechos y de normas de civilidad a las que se adhiere la mayoría de la gente”.⁶⁶ Por ello se puede encontrar dentro del modelo algunos argumentos utilitarios en la legitimación de la función punitiva. “En ese esquema de utopía posible, sigue habiendo lugar para el derecho penal, pero será un derecho penal y poder punitivo radicalmente distinto al existente”.⁶⁷

⁶² Ferrajoli, Luigi y Zolo, Danilo, “Marxismo y cuestión criminal”, en *Democracia autoritaria y capitalismo tardío*, Barcelona, El Viejo Topo, 1978, citado por Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, *op. cit.*, nota 59, p. 45.

⁶³ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

⁶⁴ Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 449 y 450.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 454.

⁶⁶ Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, *op. cit.*, nota 59, p. 42.

⁶⁷ Anitua, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, nota 64, p. 454.

Por la influencia garantista en el derecho penal, se propició una tarea despenalizadora de aquellas conductas que no provocan un verdadero daño social: delitos sin víctima, como la prostitución, el consumo de drogas, etcétera, sin cometer el error de abandonar el sistema de garantías del Estado de derecho. Asimismo, se aboga por un mayor control penal de los delitos de cuello blanco que sí pueden provocar un daño social de tipo colectivo y, por supuesto, se estructura la protección de los llamados “intereses difusos”, como el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, al medio ambiente, a la educación, etcétera.

La idea que subyace en la perspectiva garantista, a diferencia de otras corrientes como el abolicionismo, es que en aquellas sociedades donde se aprecia un alto índice de conflictividad y desigualdad social como en España e Italia, pero sobre todo en Latinoamérica, el derecho penal sigue siendo necesario, pero se trata de un nuevo derecho penal que debería estar presidido por ciertos principios que derivan de los axiomas clásicos del derecho penal liberal, pero ahora reformulados.

Luigi Ferrajoli ha ofrecido desde hace más de dos décadas una sistematización del garantismo penal, que por lo vasta y completa se ha constituido en el referente de la tradición del derecho continental que nos es propia, no solo de las argumentaciones teóricas, sino de la construcción de modelos penales y procesales penales principalmente. El propio Ferrajoli, en su citada obra *Derecho y razón*, nos ofrece en la parte final del trabajo una explicación de lo que es el garantismo penal, misma a la que a continuación se hace referencia.

Evidentemente el garantismo no es exclusivo del área penal, sin embargo, llevado a este ámbito, designa un modelo de derecho de estricta legalidad. Ferrajoli distingue tres acepciones del vocablo garantista, por supuesto relacionadas entre sí. Por la primera designa un modelo normativo de derecho, propio del Estado de derecho caracterizado por un sistema de poder mínimo, como una técnica de tutela para minimizar la violencia y maximizar las libertades, y como un sistema de vínculos impuestos a

la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.⁶⁸

El autor es contundente cuando habla de niveles de garantismo en los sistemas jurídico-penales y exalta la diferencia entre un modelo constitucional garantista y el funcionamiento efectivo del sistema en sí. Hay muchos modelos normativos —sostiene— tendencialmente garantistas, pero de prácticas tendencialmente antigarantistas. En la fórmula garantista, según la segunda acepción, es evidente la influencia del positivismo jurídico, pero, como lo expresa el autor, no de un mal entendido positivismo jurídico que suele dar aliento a actitudes acriticamente dogmáticas y contemplativas del derecho y en el que la tarea del jurista sea cubrir o hacer cubrir sus antinomias. Para el autor, un sistema garantista debe hacerlas explícitas y denunciarlas, para con ello deslegitimar los momentos de arbitrio del derecho efectivo: de ahí que lo observe como una teoría jurídica de validez y efectividad; distinguir entre normatividad y efectividad —afirma— permite plantear el análisis de los fenómenos huyendo de la doble falacia, naturalista y normativista, de la asunción de los hechos como valores o de los valores como hechos.

En una perspectiva eminentemente crítica, textualmente sostiene:

En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal —por tanto irrealizado y pendiente de realización— de sus propias fuentes de legitimación jurídica.⁶⁹

A esta perspectiva crítica que subyace de esta segunda acepción, Ferrajoli la califica de interna, científica y jurídica, para

⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, pp. 851 y 852.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 853.

diferenciarla de lo externo, político y metajurídico; el autor es muy enfático en presentar un garantismo operante en la realidad y no como un esquema normativo legitimante de arbitrariedades.

En este orden de ideas, la tercera acepción observa al garantismo como una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de lo que el autor llama justificación externa,⁷⁰ en atención a los bienes e intereses que tutelan y garantizan. Esta perspectiva se refiere a los fines de legitimación y deslegitimación ético-política del derecho y el Estado; por tanto, un punto de vista únicamente externo.

Ferrajoli presenta así un sistema garantista que separa *derecho de moral*, en tanto doctrina laica que es, y por ende, *ser de deber ser* del derecho. Explica que en los presupuestos de toda doctrina democrática, el punto de vista externo —político— no puede ser copia del interno —jurídico—, ya que el externo es reflejo de los valores pre o meta jurídicos fundantes, expresión de las necesidades *naturales* individuales y colectivas, mientras que el interno expresa los principios e instituciones *artificiales* cuya función es satisfacer aquellas necesidades y solo por ello se justifica su existencia. La confusión de los puntos de vista interno y externo es propia de las culturas políticas autoritarias de auto-fundamentación y auto-justificación del derecho y el Estado como valores en sí, fines en sí mismos, y no como lo que son: medios contingentes y condicionados.⁷¹ En las políticas que admiten justificaciones absolutas o totales, el derecho penal juega un papel fundamental, por ello el garantismo penal se ha erigido como una alternativa democrática para la justicia.

El autor observa a la teoría garantista como un modelo privilegiado de análisis para fundamentar la crítica al derecho positivo, en tanto su legitimación interna y externa, además de criticar las ideas políticas, tanto iusnaturalistas como ético-formalistas que confunden el plano político con el derecho o a la inversa; pero es también idóneo para la crítica a las ideas jurídicas, tanto nor-

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 853 y 854.

mativistas como realistas, que suelen confundir la validez con la vigencia o la efectividad con la validez.⁷²

El propio Ferrajoli, de las acepciones ofrecidas, extrae los elementos que son propios de los modelos garantistas, a saber: el carácter vinculado del poder público en el Estado de derecho, la divergencia entre validez y vigencia, la distinción entre el punto de vista jurídico —interno— y político —externo— y la consecuente divergencia entre justicia y validez y la autonomía y precedencia de lo jurídico respecto de lo político. Por todo ello, en palabras del autor, el garantismo —penal— ha sido recibido en las Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva.

De la separación iluminista entre derecho y moral se extrae al delito como una calificación jurídica y no moral, sociológica o antropológica; las consideraciones sociológicas y antropológicas aparecen a la hora de decidir qué conductas deben ser consideradas delitos, y las morales o políticas forman parte de la legitimación externa del derecho, por lo que una vez creada la norma su aplicación solo debe responder a la razón jurídica.⁷³

Este tipo de variables han ido construyendo modelos de justicia penal más correspondidos con el desarrollo democrático de occidente y han sustentado el reconocimiento y respeto de los derechos humanos, su esencia sustantiva y su modelo procesal. A esta paulatina transformación, se debe reconocer, influyó sin duda la generación de tratados internacionales que a la postre se constituirían, como se ha asentado, en el referente que ha motivado el cambio.

2. Principios garantistas del derecho penal de Ferrajoli

Ferrajoli reconoce que esta clase de derechos fueron elaborados —de manera incipiente— por el pensamiento *iusnaturalista*

⁷² *Ibidem*, p. 855.

⁷³ Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, *op. cit.*, nota 59, p. 46.

de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto y que han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las Constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose en principios jurídicos del moderno Estado de derecho.⁷⁴

Para el autor en cita, la función de las garantías en el derecho penal no es tanto permitir o legitimar, sino más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva; en sus palabras: “no son condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido o está prohibido castigar”. Son una opción ético política a favor de los valores normativamente tutelados por un modelo de justicia penal dado.⁷⁵

Para lo anterior, Ferrajoli desarrolló una sistematización de principios a manera de axiomas, de cuya consagración y respeto dependa la aplicación de una sanción. Sistematización que resulta importante si consideramos que en materia de debido proceso legal, no solo en el concepto no es unívoco, tampoco lo es su contenido. Por ello reconoce en la obra que al ser introducidos por elecciones de naturaleza teórica y convencional, podrían ser distintos y, sobre todo, más numerosos.⁷⁶

El autor, en su sistematización de principios, expresa que cada uno designa una condición necesaria para la atribución de una pena dentro de un modelo de derecho penal garantista. Cada uno de los principios enuncia una garantía para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena. Constituyen para Ferrajoli las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Estos principios incluyen garantías no solo procesales, sino penales y las puede estructurar de manera vinculada, ligadas entre sí, según estén incluidas y excluidas por cada uno de ellos.

⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, p. 93.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 92.

⁷⁶ *Idem*.

La explicación de cuáles son y cómo se vinculan estos principios está contenida en el capítulo 2 de su obra *Derecho y razón*,⁷⁷ pero se desarrolla en el resto de los capítulos para dar —en su afirmación— respuesta a las preguntas del cuándo y cómo de la intervención penal: cuándo y cómo castigar, cuándo y cómo prohibir, y cuándo y cómo juzgar.

La conexión entre los principios formulados se observa de la siguiente manera: no puede haber sanción, principalmente pena privativa de libertad, si no existe un delito (principio retribucionista); pero no puede haber delito sin ley previa que lo contemple (principio de legalidad); y no puede, sin embargo, una ley prever una conducta como delictiva, si no es necesario (principio de necesidad); es decir, solo que sea estrictamente necesario para la protección de los intereses sociales, una conducta debe ser considerada como delito por la ley. No habrá necesidad si no existe una ofensa y en consecuencia un daño (principio de lesividad); pero no se puede considerar que exista lesión u ofensa si no hay acción (principio de materialidad o de exteriorización de la conducta), porque la mente por sí sola no delinque, la intención debe materializarse; pero no habrá acción sin culpa (principio de culpabilidad o de responsabilidad), lo que supone el juicio de reproche a quien pudiendo actuar de otra manera no lo hizo. Finalmente, no puede haber culpa sin enjuiciamiento (principio de jurisdiccionalidad), lo que significa que para deslindar la responsabilidad de un individuo es necesario seguir un procedimiento a manera de juicio, donde se garantice la audiencia del inculpado; juicio que, previa acusación (principio acusatorio) se pruebe la misma (principio de verificación) y tras garantizar la defensa del inculpado (principio de contradicción) se decida el conflicto y por ende, sobre la responsabilidad penal y la medida de la sanción.

La esquematización de Ferrajoli trasciende en tanto se ha convertido en el referente de la construcción de los modelos garantistas de la justicia penal. De cada principio pueden extraerse sub-principios, aun cuando el autor no los llama así, pero otros

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 91 y ss.

desarrollos teóricos que siguen este planteamiento así lo han denominado. Se podría decir que los desarrollos de principios para la justicia penal, tanto teóricos como legislativos, se contienen en alguno de los enunciados por Ferrajoli, o como él mismo lo considera, son más numerosos, pero no los contradice ni los excluye; de ahí la importancia de esta esquematización, la que además, para efectos didácticos y de comprensión, resulta muy ilustrativa.⁷⁸

3. *La víctima desde la perspectiva del garantismo penal*

Por el origen epistémico del modelo y su preocupación manifiesta por los imputados del delito, esta perspectiva teórica ha sido una importante influencia para la victimología crítica, preocupada principalmente por las víctimas del abuso del poder.

El modelo sociológico del conflicto de corte marxista influye en la base del garantismo penal en tanto, en esencia, busca nivelar el conflicto que significa el proceso penal. Luego, entre imputado y Estado, en tanto partes en conflicto, debe haber igualdad de armas y, para ello, resulta indispensable nivelar la balanza, para que otorgando derechos a aquel respecto de este, la balanza no se vaya del lado del más poderoso, que suele ser el Estado a través de su sistema penal.

La lectura victimológica crítica o conflictual ve en el imputado una potencial víctima del sistema que le incrimina, pues cuando los contrapesos no están balanceados, el abuso de autoridad resulta inminente.

Si bien en el garantismo penal la víctima y sus derechos no están claramente considerados, la victimología de esta influencia ha identificado, y también explotado, una línea de trabajo —investigación y argumentación— debido a lo idóneo del modelo para las consideraciones victimológicas de la actualidad. Así, si el modelo está desarrollado para proteger a las eventuales vícti-

⁷⁸ Una sistematización reformulada se contiene en la obra de Bustos Ramírez, Juan y Hormazabal Malareé, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 28 y ss.

mas del abuso de poder, aun cuando estas tengan el carácter de imputados, también resulta interesante el desarrollo de las consideraciones las víctimas del delito en tanto eventuales, a su vez, víctimas del sistema penal.

Los modelos procesales acusatorios en la justicia penal de la actualidad, sobre todo en Latinoamérica, han considerado variables de tipo adversarial que, si bien no son esenciales al modelo garantista, sí han mostrado su compatibilidad y complementariedad. De ahí el importante desarrollo de variables victimológicas, a manera principalmente de derechos, que le permiten participar más de los procedimientos e incluso ser parte en el mismo. Para ello, dos consideraciones resultan fundamentales, pues por un lado ha sido prioritario el desarrollo de derechos que le permitan participar, parcial o totalmente, pero por el otro, resulta indispensable que además se desarrollen derechos que les permita participar como un igual más en el proceso.

El tema no es menor si observamos que el principal derecho de las víctimas frente a los sistemas de justicia penal es el de acceso a la justicia, y que para que este se satisfaga plenamente es indispensable entender que quien deviene víctima era de sí vulnerable frente al delito y su agresor, y que tras su victimización, lo será también frente al sistema penal.

De lo anterior es factible deducir dos preocupaciones latentes en la influencia victimológica del modelo garantista: 1) la que observa en el imputado/procesado una potencial víctima del sistema penal que le incrimina, y 2) la que se preocupa por el estatus de la víctima frente al sistema penal, donde sus posibilidades de participación y su fuerza frente al imputado y frente al sistema penal en igualdad de armas son las variables principales.

III. REALISMO DE IZQUIERDA

Entre las corrientes críticas a las políticas represivas, atención especial debe de darse al *left realism*. Se trata de una tendencia teórica surgida en la década de los ochenta en el contexto anglo-

americano, principalmente, con autores como Jock Young, John Lea y Roger Matthews, quienes en sus obras reaccionaban en contra de las políticas de derecha que vigorizaban las políticas de la criminalidad en detrimento de las políticas sociales.⁷⁹ Es por ello que el modelo teórico gira en torno a una definición de delito de contenido real, en el que la realidad del delito es la realidad del sufrimiento humano. La realidad del delito debía contraponerse a las visiones positivistas ancladas en variables poco ajustadas a las nuevas formas de convivencia y vida social; así, debía reconocerse la pluralidad en la composición de las sociedades y abandonarse las fórmulas del consenso más bien ajustadas a valores universalmente válidos y por tanto impuestos. La diversidad de intereses debía dejar de dividir a la sociedad en buenos y malos, y buscar alternativas no solo de tolerancia, sino de inclusión, pues aquellas inercias habrían sido solo el producto de la imposición de determinados intereses, por quien tuvo la capacidad de hacerlo y sobre los intereses de los demás.

El propósito principal del realismo de izquierda, afirma Young, es ser fiel a la realidad del delito, lo que implica sí, sugerir que el delito surge en las instituciones que se encuentran en el seno de la sociedad, y por tanto "...no es un producto de la anormalidad sino del funcionamiento normal del orden social", pero primordialmente "descomponer el delito en los elementos fundamentales (el cuadrado del delito), examinar con espíritu crítico la naturaleza de la causalidad, analizar con realismo las posibilidades de intervención y, sobre todo, comprender muy bien el cambiante terreno social en el que vivimos ahora".⁸⁰

La criminología tradicional, a decir de los realistas, ha sido parcial en el análisis del delito y ha dejado de observar el proceso en su conjunto, para ello pretenden unir todos los aspectos de ese proceso; observar así que la sociedad es la que causa el problema

⁷⁹ Lea, John y Young, Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, trad. de Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 5.

⁸⁰ *Idem.*

delito y no el delito el que causa problemas para la sociedad. Por esta razón las intervenciones siempre han sido parciales.⁸¹

Al igual que las otras corrientes críticas, el realismo de izquierda exaltó la capacidad abrumadora del poder del Estado y evidenció que las personas objeto del despliegue punitivo eran —como lo son todavía— las más marginadas, que habían sido concebidas como los otros, los peligrosos, los malos; y por lo tanto, nunca merecedores de los mismos derechos que los demás. Aquello, tan lamentable, había dado lugar al origen de una victimología —convencional— de influencias tales, cuya concepción identificaba al agresor como proveniente de las clases bajas que victimizaba a personas pertenecientes a las clases altas. “El delito no es una actividad de los Robin Hood modernos —la vasta mayoría de los delitos de la clase trabajadora tiene lugar dentro de ella—. Es en su esencia intra y no interclasista”.⁸²

Con ello los realistas auspiciarían una victimología radical que ha demostrado que la clase trabajadora resulta víctima de los delitos provenientes de todas las direcciones. “Cuanto más vulnerable, económica y socialmente, es una persona, lo más seguro es que ambos, tanto los delitos cometidos por un miembro de su misma clase o los de cuello blanco, tendrán lugar contra él”.⁸³

1. *El delito como violación a los derechos humanos*

El realismo de izquierda es producto también de aquellas variables teóricas en contra de la definición legal de delito, que siempre está vinculada a que la etiqueta de delito haya sido ofi-

⁸¹ Young, Lea y Matthews afirman que el compromiso de otras instituciones en el control del delito es minimizado y los recursos también son asignados bajo esta premisa, “... toda la discusión sobre el control del delito gira alrededor del éxito o el fracaso de la ronda policial, el número de policías, la tecnología policial, etc. En la lucha contra el crimen”. Young, Jock *et al.*, *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias nacionales, regionales y locales en Europa*, Barcelona, Editorial Hacer, 1993, p. 28.

⁸² Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, *op. cit.*, nota 59, p. 40.

⁸³ Bergalli, Roberto, *op. cit.*, nota 44, p. 13.

cialmente impuesta sobre la conducta, por personas y agencias autorizadas de una sociedad políticamente organizada.⁸⁴ Por ello la apuesta sería a redefinir al delito como una violación a los derechos humanos. Una definición realista del delito, luego entonces, no puede aceptar el estudio del fenómeno criminal desde la perspectiva de los intereses de clase.⁸⁵

2. *El cuadro del delito*

La perspectiva realista de izquierda centra su perspectiva del delito y de la cuestión criminal a través de lo que denominan *el cuadro del delito o el cuadrado del delito*. Este artificio conceptual —como lo denomina Bergalli—⁸⁶ es de las expresiones originarias de este modelo teórico y ha servido para designar los elementos que inciden en la cuestión criminal y fundamentar un referente metodológico para su estudio.

Siguiendo a Young, la forma del delito tiene dos binomios: el del delito que incluye a la víctima y al delincuente, y el de su control que incluye a las acciones y reacciones. Esa descomposición del delito (una víctima, un delincuente, control formal y control informal) nos da cuatro elementos para su definición, pero la relación entre los cuatro vértices del cuadro varía según el tipo de delito.⁸⁷

Los cuatro puntos del cuadro designan, cada uno, un elemento que incide en la cuestión criminal, a saber: el Estado y sus agencias; los infractores que delinquen; las víctimas de los delitos y el público —la comunidad—. Elementos que interrelacionados motivan lo que *los realistas* denominan las relaciones sociales del control del delito que, en tanto modelo metodológico, da pauta a

⁸⁴ Quinney, Richard, *The problem of crime*, citado por Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, *op. cit.*, nota 59, p. 38.

⁸⁵ Young, J., *Working Class Criminology*, citado por Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, *op. cit.*, nota 59, p. 39.

⁸⁶ *Op. cit.*, nota 44, p. 17.

⁸⁷ *Op. cit.*, nota 79, pp. 9 y ss.

un sinfín de variables —y por ende preguntas— para la investigación de la cuestión criminal. Así por ejemplo, señala Young, de la relación entre la policía y la sociedad se determina la eficiencia de la actividad policial, y de la relación entre la víctima y el delincuente se determina el impacto del delito.⁸⁸

A partir del *cuadro* se puede analizar la forma en cómo, históricamente, las formas de control del delito han estado determinadas y basadas en las relaciones sociales y económicas que inciden en él y en sus relaciones sociales de interacción.⁸⁹

Siguiendo a Hegel, Lea⁹⁰ argumenta que la realidad concreta —la del delito, por ejemplo— no es algo de lo cual se parte, sino que se suele arribar a ella como conclusión; así, la criminalidad de una persona suele ser abstraída del complejo de otras características que le hacen lo que es, suspendiendo o anulando esos factores que inciden en la cuestión criminal. Luego, para el autor, la realidad del delito suele concretizarse al inverso de la realidad; por ejemplo: el asesino, el acusado en el banquillo, etcétera. “Pero aquí el punto importante para nosotros —afirma Lea— es que este proceso de abstracción es la piedra fundamental del derecho moderno y de la justicia penal”. El autor en cita concluye que las personas pertenecientes a los estratos altos, en virtud de su condición social, son capaces de apartarse de los rigores de la justicia penal hasta un grado considerable, no así las de estratos bajos, cuya identidad no es más que la propia abstracción de la criminalización —por parte de la burguesía y sus magistrados— bajo la forma de clases peligrosas.

John Lea concluye que si bien es el Estado el principal ámbito de la abstracción de la criminalización, al erigirse por sobre las particularidades y conflictos de la sociedad, solo es efectivo hasta el punto en que sus acciones se reproducen y refuerzan por medio de un complejo de actitudes y comportamientos de

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 18.

⁹⁰ Lea, John, *Delito y modernidad*, trad. de Alejandro Piombo, México, Ediciones Coyoacán-Flasud, 2006, pp. 37 y ss.

la sociedad en general.⁹¹ Así, por ejemplo, la mujer, víctima de violencia a manos de su pareja, está efectivamente impedida para reclamar, en tanto su condición está ya criminalizada.⁹²

En suma, para los realistas de izquierda la criminalización implica mucho más que solo las instancias del Estado, formales e informales; es por ello que el funcionamiento de la justicia penal solo se puede comprender si se observa al Estado como un componente más del conjunto de relaciones sociales de las que forma parte.

Las relaciones sociales del control del delito son el “complejo de relaciones sociales que hacen de la criminalización una posibilidad objetiva: un conjunto de actores, papeles e interacciones que nutren la aplicación de la abstracción de la criminalidad y el manejo y el control de la delincuencia.”⁹³ Ello se describe mediante el *cuadrado del delito* como un sistema de interacciones entre los cuatro participantes señalados: el Estado y el público, el Estado y el delincuente, y el Estado y la víctima; el público y la víctima, el público y el delincuente, y el delincuente y la víctima.

Siguiendo a John Lea,⁹⁴ desde esta óptica metodológica debe ser visible, luego entonces, la correspondencia de las categorías penales con las concepciones populares de justicia, culpa, perjuicio e incluso tipos de castigo. Por ello el público debe aceptar como legítima la respuesta de la justicia penal dentro de ciertos límites susceptibles de evaluar, dependiendo del consenso o del nivel de confianza hacia las instancias del sistema, por ejemplo. Resultará de interés, asimismo, la manera en cómo las personas asumen un papel de apoyo a las instancias de justicia penal, evidencia de que las técnicas del Estado en el control del delito van más allá de las meras instancias del sistema penal. A su vez, las relaciones entre el Estado y el delincuente —también respecto de la víctima— están diferenciadas en tanto relaciones de poder; si

⁹¹ *Ibidem*, p. 44.

⁹² *Ibidem*, p. 42.

⁹³ *Ibidem*, pp. 59 y ss.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 59 y 70.

bien el delincuente puede ser poderoso, comúnmente este es más débil que el Estado, pero no que su víctima; por lo que ello fijará los procesos de pre-criminalización que generalmente acaban siendo determinantes, merced en buena medida al apoyo del público, o por el contrario, se desviará la abstracción de la criminalización e incluso se reaccionará a la criminalización con ciertos recursos a manera de contraataque, como podría ser el caso de la criminalidad organizada. Las estructuras de poder informal, por su parte, pueden tanto ser controladoras de la legalidad de actos tendentes al abuso de autoridad, como agentes de control social de potenciales delincuentes; de ahí la relación entre el público y el delincuente; “la aplicación de la abstracción de la criminalización por parte de la comunidad es elemental en todo el proceso del control del delito”.⁹⁵

El autor destaca como aspectos esenciales de las relaciones sociales involucradas en la criminalización y el control del delito, por un lado, que sostienen un sistema organizado de censuras morales que apuntalan la criminalización, por otro, que funcionan como estructura de la comunicación que supone el flujo de información acerca del delito: desde el público hacia las instancias de la justicia penal y de esta a través de pedidos de información u observaciones por medio de la policía, por ejemplo; proceso que ayuda a “sostener el lenguaje común de la delincuencia junto con la renovación y actualización de los estereotipos delictivos”.⁹⁶ Finalmente, para el autor, las relaciones sociales del control del delito son “un mecanismo de poder que incluye las transmisión de discursos y actividades al Estado, la abdicación del poder y el derecho para resolver conflictos, y la consignación de tal actividad a connotaciones negativas de *vigilantismo* y el tomar la ley en las propias manos, cuando debería estar en manos del Estado, y la imposición de diferencia y diversidad en la universalidad del discurso de la legislación pe-

⁹⁵ *Ibidem*, p. 66.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

nal”. Por ende, la actividad estatal no puede estar reducida a la mera articulación del derecho penal, sino a la tarea de gobierno de esta estructura de relaciones que aseguren su reproducción y funcionamiento.⁹⁷

3. *La víctima en la perspectiva realista de izquierda*

Derivado de las relaciones sociales del control del delito, la víctima tiene un papel esencial en la perspectiva realista de izquierda. “La víctima —afirma Lea— es una categoría social, una condición”.⁹⁸ El análisis de la víctima en cuanto tal debe considerar la relación de esta frente al Estado, quien históricamente ha asumido la venganza en su nombre, y su posición ha quedado en el simple papel de testigo y sujeto de asistencia. Sobre la víctima actúa la abstracción de la victimización, de manera análoga al proceso de la abstracción de la criminalización, en los que Estado y público juegan un papel fundamental. Así, la víctima, para ser acreedor a una legítima condición de tal, debe cumplir con determinados parámetros conductuales de los que Nils Christie ha considerado para una víctima ideal,⁹⁹ por el que su papel legal y social está reducido a una total pasividad, alejado de cualquier actitud que pudiera empañar los aspectos de la responsabilidad criminal. Por ello, el público debe identificarse con la víctima, ello ayuda a equilibrar la balanza cuando esta es débil y el delincuente poderoso; pero no sucederá así cuando la víctima es vista como la causa del delito. En el entendido de que no en pocas ocasiones la víctima y su agresor guardan una relación previa, una posición no pasiva y una relación ambigua de la víctima con su agresor, desencadenará actitudes discriminantes del público y del propio Estado en virtud de su eventual “culpabilidad”. Supuestos en los que el público actuará como un obstáculo para el reconocimiento de la condición de víctima, a la que considerará ilegítima.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 63.

⁹⁹ Christie, Nils, citado por *idem*.

La sociedad asumirá, por su parte, la posición de víctima, y se responsabilizará de ofrecer los insumos necesarios al Estado para aquellos casos de los así considerados delitos sin víctima, en los que la lesionada es la sociedad como tal.

A su vez, los ofensores podrán criminalizarse inmediatamente si no existe una relación previa y complicada con su víctima y pertenece a un sector marginal y extraño; paradójicamente, como afirma Lea,¹⁰⁰ en tanto más ideal sea la condición de víctima y, paralelamente, la del delincuente, más complicado resulta su detención debido a la información que ni la víctima ni el público podrán suministrar. Así, cuando el delito aparece fuera de este complejo de relaciones y es difícil que sea descubierto, se suele categorizar como parte de lo que se conoce como la cifra negra de la criminalidad.

Jock Young habla también de la disponibilidad de la víctima en correspondencia con los niveles de criminalidad; identifica que las formas de vida actual genera riesgos, como más salidas a lugares públicos y menos presencia en los hogares, el aislamiento, y por ende poco apoyo, por lo que ciertos grupos que han sido definidos como “marginales” pueden convertirse en víctimas favoritas del crimen.¹⁰¹

IV. ABOLICIONISMO

En el abolicionismo penal si bien existen diversas tendencias difíciles de sistematizar,¹⁰² con sus diversos matices, su versión más radical busca algo muy concreto: la simple abolición del

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 68.

¹⁰¹ *Op. cit.*, nota 79, pp. 9 y ss.

¹⁰² Para De Folter es posible distinguir dos sentidos en las tendencias abolicionistas: en sentido restringido se trata solo de la abolición de un aspecto concreto del sistema penal, y en sentido amplio, el objeto sería la abolición del sistema penal en su conjunto. De Folter *et al.*, “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiensen y Foucault”, *Abolicionismo penal*,

sistema penal. Los abolicionistas rechazan la definición del delito, o mejor dicho, lo definen por su negación. Reconstruyen la definición del delito para crear otra mucho más útil para su perspectiva; para ellos el delito no tiene realidad ontológica, sino que es una construcción de la política criminal. La criminalización es uno de los muchos modos de producir realidad social.¹⁰³ Es una construcción, un producto, un mito. Siguiendo a Christie, “El delito no existe. Sólo existen los actos. Estos actos a menudo reciben diversos significados dentro de los diversos contextos sociales. Los actos y los significados que les son dados, son nuestros datos”.¹⁰⁴ Afirma:

...el delito no existe hasta que el acto haya pasado a través de algunos procesos de creación de significado altamente especializados, y en los casos típicos, terminar como hechos certificados por los jueces penales como un tipo particular de actos no deseados llamados delitos. El delito es uno, pero sólo uno, dentro de los numerosos modos de clasificar los actos deplorables.¹⁰⁵

Para el autor los actos no son, se construyen, y la gente no es, se hace, “una amplia red social con lazos en todas direcciones crea por lo menos la incertidumbre sobre qué es delito y también sobre quiénes son delincuentes”.¹⁰⁶ Las posibilidades de ver ciertos actos como delitos son ilimitadas, es en palabras del autor *un recurso natural ilimitado*; por ello concluye que el delito es un producto cultural, social y mental; hay muchas maneras de denominarlos y afirma que, en muchos de los casos, puede ser útil ver ciertos actos como delitos.¹⁰⁷

trad. de Mariano Alberto Ciafardini y Mitra Lilián Bondaza, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 58.

¹⁰³ Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, *op. cit.*, nota 59, pp. 33 y ss.

¹⁰⁴ Christie, Nils, Una sensata cantidad de delito, trad. de Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Argentina, Editores del Puerto, 2008, p. 9.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 19.

1. *El castigo*

La principal pregunta en el abolicionismo es si se debe abolir el castigo. De entre las tendencias, no siempre homogéneas, en este modelo teórico se pueden encontrar posiciones radicales respecto de la abolición de la pena y por tanto del derecho penal, y posiciones más moderadas que sostienen que no es alcanzable abolir el sistema penal, pero sí se puede avanzar en esa dirección.¹⁰⁸ Abolir la pena para cierto tipo de delitos parece ser no solo la postura más viable, sino además la que más eco ha encontrado en las políticas públicas a manera de composiciones, mediaciones y otorgamiento del perdón, entre los principales. Estas han sido la alternativa principal al castigo. La pregunta que deriva de esta postura abolicionista no radical es en cuáles delitos deben ser aplicables estas variables y en cuáles, por el contrario, es necesario que el castigo subsista.

Difícilmente puede pensarse en una abolición total de la pena y del sistema penal en su conjunto, cuando la opción de un proceso penal siempre está latente ante la negativa de alguna de las partes en conflicto; ya sea que la víctima o su agresor no estén dispuestos a negociar, por las razones que fueren —los supuestos no son pocos—. Hay muchas posibilidades de que la víctima prefiera el castigo para su agresor —y con ello seguir el procedimiento con todo lo que ello implica— o que el mismo imputado no esté dispuesto a llegar a un acuerdo con la víctima. La posibilidad de que la abolición total se diera, llevaría implícita la obligación de pactar, y con ello la alternativa se convertiría en la regla, en la única posibilidad. Christie se pregunta si la abolición total llegara, entonces los procesos de reconciliación podrían degenerarse. “Hay instancias —afirma— de pequeñas comunidades donde los hom-

¹⁰⁸ Para Pavarini frente al abolicionismo radical pueden identificarse posiciones diversas y limítrofes, como el abolicionismo institucional que se enfoca en la crítica a la cárcel y a otras instituciones penales segregacionistas, o el reduccionismo penal que aboga por una drástica reducción de la esfera jurídico penal. Pavarini, Massimo, “El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo”, en *Poder y control*, s. e., p. 141.

bres dominan el aparato de resolución de conflictos y donde las mujeres abusadas son sometidas a una continua supresión”.¹⁰⁹ El autor también reflexiona que los rituales procesales en el sistema de justicia penal pueden tener funciones protectoras importantes; “los procedimientos en el tribunal pueden hacer que ciertas situaciones de conflicto —tensas y de amenaza violenta inmediata— sean soportables”.¹¹⁰

Por otra parte, hay cierto tipo de delitos que, por su naturaleza, no son apropiados para la mediación, ya sea por las condiciones de desigualdad para pactar o por la gravedad del acto; luego entonces, la pregunta permanece ¿en qué delitos el castigo debe prevalecer? Los criterios asentados por Christie son sin duda un buen referente. La voluntad de las partes en conflicto no debe ser restringida y la viabilidad de la composición debe depender también de que se garantice el equilibrio en la negociación y la imparcialidad del árbitro. Nada sencillo si consideramos que los desequilibrios procesales han sido históricamente una constante en la justicia penal moderna.

Habrà otro tipo de delitos que por su gravedad no parecen susceptibles de composición. Ello lleva a meditar también sobre la utilidad del castigo. La víctima casi siempre es de sí vulnerable y en gran medida por ello devino tal, lo que podría inclinar la balanza hacia una negociación que le permita satisfacer necesidades inmediatas, antes de saciar su sentimiento de venganza. Ciertamente es que este sentimiento está generalmente presente no solo en ella, sino en la sociedad misma, y la aplicación de la pena —a manera de castigo— ayuda a paliar el daño sufrido e incluso saciar esa aparente necesidad. Debatido es, sin embargo, en la discusión criminológica y victimológica, si el derecho de la víctima a la justicia implica el derecho a que su agresor sea penado; sobre todo si consideramos que el castigo nunca puede ser igual al mal cometido. Giertsen, citado por Christie, señala que

¹⁰⁹ Christie, Nils, *op. cit.*, nota 104, p. 121.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 121 y 122.

...el castigo es una expresión simbólica, no puede volverse igual al crimen cometido sobre una relación de uno por uno, y no puede ser usado como una vara de medición expresando el valor de la víctima. El castigo es primero y antes que nada una declaración de que un acto ha dañado un valor importante, un valor que debe ser restablecido.¹¹¹

Está garantizado por las constituciones modernas el derecho de toda persona a acudir ante los tribunales, pero cuando este derecho se piensa para las víctimas de los delitos, el enfoque toma matices que hay que identificar. Partiendo del presupuesto de que los derechos procesales dan contenido —y por tanto permiten— el acceso a la justicia para las víctimas, y que sobre todo los instrumentos especializados en la materia consagran el derecho a la justicia como un derecho de *acceso a la justicia*, queda en el tintero —y también en la controversia— si se puede considerar en cuanto tal, el derecho a la justicia para las víctimas. Ello significa reconocer en la víctima el derecho de obligar al Estado a penar a su agresor, o simplemente el derecho para la víctima —y la obligación para el Estado— de que su agresor sea sancionado.

Si se recuerda, una de las razones por las que el derecho penal se legitima es precisamente porque evita la venganza de la víctima. El derecho penal moderno expropia el derecho a la venganza de esta en nombre de la sociedad y se convierte en el responsable de punir las conductas. Evidentemente no tiene sentido —ni se puede— sostener que el Estado asume la venganza en cuanto tal, porque ello solo es privativo de los modelos puramente inquisitivos y cualquier acto de venganza es socialmente intolerable. El derecho penal y la pena no son medios para cumplir el deseo de venganza de la víctima.¹¹² La cuestión a debate no es menor, sin embargo, si se considera que la pena al agresor

¹¹¹ *Ibidem*, p. 126.

¹¹² Prittwitz, Cornelius, “La resurrección de la víctima en la teoría penal”, en *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, trad. de Luis M. Reyna Alfaro, Lima, Grijley, 2006, p. 76.

puede reducir el daño causado a la víctima, pero la pregunta sería ¿cómo? si a manera de terapia para la víctima traumatizada que le ayude a sobrevivir su trauma o, como sostiene Reemtsma:¹¹³

La pena no puede y no debe intentar compensar a la víctima, pero puede y debe prevenir un daño adicional para ella. La pena logra esto mediante la declaración pública de que la víctima es la víctima de un *delito*, más que la víctima de un accidente, una catástrofe o aun la víctima de su propio descuido u otras deficiencias. Mediante la afirmación de que la acción delictiva e ilegítima ha ocurrido a la víctima, la pena mejora la oportunidad de la víctima para sobrevivir, para vivir una vida que está dañada pero no destruida.

El autor en cita reflexiona además que el derecho de la víctima a ver al ofensor castigado, está basado en la obligación del Estado de reducir el daño adicional procedente de la experiencia traumática por la pérdida de los derechos fundamentales. Termina afirmando que “debido a que el ofensor ha destruido la creencia de la víctima en el —derecho protector— castigarlo permite al Estado cumplir su obligación hacia la víctima para restablecer su creencia en el derecho”.¹¹⁴ Para Klaus Günther¹¹⁵ la víctima tiene un motivo racional y legítimo para insistir en una reacción pública contra su agresor y lo justifica en la necesidad de *satisfacción* o *compensación* por la humillación sufrida.¹¹⁶ El autor en cita hace énfasis en que las víctimas, sobre todo de delitos contra su integridad, comprenden un acto simbólico-expresivo de hu-

¹¹³ Jan Philipp Reemtsma fue secuestrado en 1996, después de ello escribió un diario sobre el secuestro y el tiempo posterior. La obra, citada por Cornelius Prittwitz, es, en palabras de este, una muy intensa y elocuente manera de mostrar al público qué significa ser víctima. *Ibidem*, pp. 61 y ss.

¹¹⁴ Esta afirmación de Reemtsma no es más que el fin atribuido a la pena de prevención general positiva. *Idem*.

¹¹⁵ Citado por Prittwitz, Cornelius, *op. cit.*, nota 112, pp. 80 y ss.

¹¹⁶ El derecho internacional de los derechos humanos utiliza estas categorías como contenido del derecho de las víctimas de violaciones a derechos humanos contenidos en las normas internacionales.

millación que necesita satisfacción, y en su visión, la reacción pública es una respuesta de igualdad simbólica expresiva a la cual la víctima tiene derecho. Finalmente, los argumentos de este autor se centran en lo que parece ser la mejor conclusión —aun preliminar en una discusión que seguirá estando inconclusa— al problema, al identificar que los intereses del Estado en su función punitiva no corresponden a los de la víctima y por tanto, ese eventual interés de que el agresor sea penado no es congruente con las expectativas de una pena pública; pero en su criterio ello no les quita legitimidad, sobre todo porque si la reacción restablece la autoestima de la víctima, no está en contra, sino a favor de los intereses públicos.

Aunado a todas estas reflexiones, está claro que, si bien no es un derecho para las víctimas, en México sí es un objeto expreso del proceso penal, definido en el principio I del apartado A del artículo 20 constitucional, que el culpable no quede impune.

Una variable más es importante considerar aquí; sin duda el castigo es un elemento presente en nuestra cultura y arraigado con sus variables en culturas añejas. Christie afirma que el castigo “puede considerarse como un reflejo de nuestro entendimiento y de nuestros valores y por lo tanto está regulado por normas que la gente aplica todos los días sobre aquello que es posible y aquello que no es posible hacerle a los demás”.¹¹⁷ Reflexiona sobre castigos que hasta el siglo XVIII eran aceptados y que hoy no podríamos aceptar, como cortar los dedos a las personas; en realidad si recordamos la cantidad de dolor que en la historia se ha infligido a manera de castigo, podremos corroborar con facilidad que las definiciones culturales de cuánto dolor es permitido han variado en la historia, y que después de la muerte, el encarcelamiento es el ejercicio de poder más severo que el Estado tiene a su disposición para imponer castigo.¹¹⁸ Por ello el autor se pregunta ¿cuál es la cantidad apropiada de dolor?, y concluye enfáticamente,

¹¹⁷ Christie, Nils, *op. cit.*, nota 15, p. 189.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 190.

Una cantidad apropiada de dolor no depende de la utilidad social, del control de delito, de si funciona o no. Depende de normas que se basan en valores. Es una cuestión cultural.¹¹⁹

El hecho de repartir dolor, a quién y por qué, contiene un conjunto infinito de serias preguntas morales.¹²⁰

2. La víctima en el modelo abolicionista

Para algunos abolicionistas, el concepto de reparación o compensación llena los requisitos conceptuales necesarios y proporciona una alternativa a los conceptos de delito y pena. La justicia criminal no puede hacer nada positivo en la resolución de los conflictos personales, de las situaciones problemáticas y ni siquiera brindar protección social.

El concepto central del abolicionismo es el de la re-apropiación del conflicto (por la víctima), pues ese conflicto le ha sido expropiado por el sistema penal y sus agencias: policía, justicia y cárcel. Los abolicionistas insisten por la implementación de instrumentos de sustitución penal, a saber: el de compensación o mediación entre víctima y ofensor; tal compensación pasaría a regirse por las normas propias del derecho civil. Christie afirma que las personas tienen problemas y crean problemas, pero al apurarse a definirlos como delitos se pierden de vista alternativas interesantes como estas. Por ello es partidario de que el punto de partida básico deberían ser los *actos* y no los *delitos*.¹²¹

Se critica a los abolicionistas de idealistas; si se trata de abolir el derecho penal o criminalizar el derecho civil; si ello significaría el regreso a los trabajos forzosos; si abolir el derecho penal no supondría abolir también las garantías del mismo, y finalmente, es una propuesta que no parecería tener cabida en sociedades con alto índice de conflicto social.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 189.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 191.

¹²¹ Christie, Nils, *op. cit.*, nota 95, p. 8.

A pesar de esas críticas, los abolicionistas demostraron que existen alternativas al sistema penal, que esas alternativas compen- sasan más a la víctima que al sistema penal y que en tanto, se pueden minimizar los daños que provoca el sistema penal. Aun cuando nunca pretendieron exportarlo a todo el mundo, es evi- dente que sus preocupaciones e incluso sus propuestas se han ido reflejando paulatinamente en las tendencias legislativas de mu- chas partes del mundo, y México no es la excepción.

Tendencias legislativas que sin duda dan más participación a las víctimas en los procedimientos penales y cuya preocupación central es la recuperación del conflicto por parte de la víctima para priorizar su reparación.

3. *Minimalismo*

La posición más moderada del abolicionismo es conocida como minimalismo, la cual acepta que en ciertos conflictos la aplicación del castigo es inevitable. En ambas posiciones el pun- to de partida sin embargo es el mismo: existen muchas maneras de denominar a los actos indeseables, y verlos como delitos es solo una de tantas. “Dejar que el análisis surja de conflictos, más que de delitos, otorga una perspectiva liberadora. Significa que no estamos atrapados en una necesidad penal, pero que somos libres de elegir”.¹²² Luego, las opciones pueden ser mayores y más incluyentes con los involucrados, en especial con las víc- timas; así, los mecanismos de composición para indemnizarlas, ayudar al agresor a pedir perdón, conocer la verdad mediante una comisión *ad hoc*, son algunas de las formas en las que se pueden atender y resolver los conflictos, o como el propio Christie los llama, actos indeseables. Esta tendencia arroja y da sentido al principio de intervención mínima, el derecho penal como *ultima ratio*. Ahí donde ya no es posible solucionar los conflictos por otras vías o mediante otros mecanismos no punitivos, entonces la intervención penal será inevitable.

¹²² *Ibidem*, p. 128.

Este planteamiento cobra mayor sentido si reconocemos en el derecho penal un instrumento de reacción más que de resolución de conflictos, pues su esencia no está ni en prevenir ni en resolver, sino en reaccionar al delito y decidir sobre las responsabilidades y las consecuencias punitivas que le acompañarán.