

LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL REFORMADO

Luis PÁSARA

I

El sistema penal no sólo recibe víctimas; también las produce. De allí que en esta presentación se intente ir más allá de lo que técnicamente se denomina “víctima” —esto es, quien sufre la comisión de un delito— para identificar a los otros sujetos que el sistema penal abarca y que lo sufren, en ocasiones a un costo personal que es mayor al que soporta quien fue afectado por el delito.

Empecemos por la víctima en el sentido clásico. Que en el proceso de tipo inquisitivo tenía reservado un papel casi marginal —excepto, claro está, en el caso de aquellos delitos susceptibles de ser perseguidos sólo a instancia de parte—, consistente en la presentación de la denuncia, la rendición de su testimonio y la posibilidad de reclamar una compensación económica.

Este encuadramiento de la víctima correspondió a una concepción del derecho penal que tiende a desvanecerse en la medida en que la reforma del proceso penal ha ido ganando carta de ciudadanía en las dos últimas décadas. Según aquella concepción, que ahora aparece normativamente derrotada, la persecución penal debía ser, casi enteramente, responsabilidad del Estado. La elaboración doctrinaria de respaldo sostenía que al cometerse un delito, la principal parte ofendida era la sociedad, debido a que el delincuente atentaba contra un bien jurídicamente protegido mediante un mandato legal. Desde que determinado hecho era subsumido en un tipo penal, la sociedad resultaba

agraviada por su transgresión, y el Estado, como representante legal de la sociedad, quedaba obligado a perseguir y sancionar la infracción. Como bien ha explicado el profesor Alberto Binder en esta reunión, el paradigma existente concebía al delito como una infracción de la obediencia debida al orden legalmente impuesto, que debía ser saldada mediante una sanción. La doctrina presentaba este enfoque como la superación de aquella fase histórica en la que las propias víctimas tenían el protagonismo, descalificándola como “venganza privada”.

En cambio, en el discurso de la reforma procesal penal que se conoce como “adversarial”, la víctima es presentada como un protagonista del proceso, y ésta es una de las novedades del proceso reformado. Dado que no soy penalista, renunció a la vía exegética, en la que —como han hecho varios de los participantes en esta reunión— se pueden detallar todas las consecuencias normativas de este cambio; esto es, las facultades otorgadas a la víctima en los códigos procesales reformados.

Admito que no tengo capacidad suficiente ni un interés preferente en la discusión sobre este giro adoptado por el derecho penal, que recorta —cuando menos en los textos legales y doctrinarios— el protagonismo estatal y acrecienta el papel de la víctima. Lo que me interesa como sociólogo del derecho —esto es, alguien que mira al derecho desde fuera de ese mundo cerrado y en clave propia que los juristas han construido y en el que se mueven satisfechos— es indagar cuáles son las modificaciones que de hecho se han producido en la condición de víctima, a partir de la entrada en vigencia del sistema penal reformado.

En rigor, no se cuenta con suficiente información para ensayar una respuesta completa. Pero existen algunas evidencias que conducen a la impresión de que la reforma procesal penal ha puesto de manifiesto la doble victimización de quien sufre un delito. Si la primera es la comisión misma del acto delictivo, la segunda consiste en que nadie hace nada frente a ese hecho. Desde luego, esto es algo que ha ocurrido siempre, porque es imposible perseguir todo delito cometido y cualquier sistema de persecu-

ción, que tiene determinados recursos, debe discriminar —en el sentido no malicioso del término—; esto es, tiene que distinguir entre algunos asuntos a los que sí prestará atención y dedicará personal y otros medios, y aquellos otros de los que, en definitiva, no se ocupará.

En el sistema penal anterior, la prescripción era la forma, silenciosa, de poner fin a un caso al que no se había dedicado atención. Como, además, la estadística era muy deficiente, no hay manera cierta de determinar a cuántos casos se reservaba, como único gesto procesal, declararlos prescritos. La reforma procesal penal sí ha revelado la magnitud de la desatención actual. Según la información disponible para los casos de Chile, Perú y Costa Rica, los casos que no reciben atención alguna del sistema equivalen a dos tercios del total de casos denunciados.¹ Téngase presente que la proporción ha sido calculada sobre los delitos que fueron objeto de denuncia; esto es, no sobre los delitos que fueron cometidos; como sabemos, las encuestas de victimización revelan que en América Latina existe una diferencia importante entre los delitos que se sufren y aquellos que se denuncian, y en algunos países, como México, la distancia entre unos y otros es enorme.

Aun así, una clara mayoría de los casos que sí son denunciados no conducen a nada en el sistema. Y en la víctima, claro está, llevan a una segunda victimización marcada por la frustración. En Chile, el Ministerio Público tiene un *call center*, que informa telefónicamente al denunciante de que se ha decidido archivar su caso para que ejerza los derechos que correspondan. Esto último es facultativo; esto es, la víctima puede recurrir tal decisión si aún después de esa derrota le quedan energías para seguir luchando en el sistema o, más bien, contra él. Pero es fácil de imaginar la reacción anímica de la víctima que se entera de que nadie hará nada con su caso. En el trabajo de campo que realicé en Chile

¹ Pásara, Luis, “¿Qué impacto tiene la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana?”, en Basombrío, Carlos (ed.), *¿A dónde vamos? Análisis de políticas públicas de seguridad ciudadana en América Latina*, Lima, Wilson Center Latin American Program-Ciudad Nuestra, 2013, pp. 205-227.

hace algunos años,² un oficial de policía admitió que ellos mismos desaconsejan a las víctimas denunciar en aquellos casos en los que es previsible que el resultado será el archivamiento. Denunciar, cuando el caso sólo incrementará una estadística, es un gesto inútil.

Entre las razones para archivar o descartar casos se halla, por supuesto, la anotada limitación de los recursos disponibles en el sistema penal; por importante que sea el presupuesto disponible a policías, fiscales y jueces, los montos tienen límites, y dentro de ellos, como se ha indicado, no pueden procesarse todas las denuncias recibidas. La claridad de la explicación no elimina el problema para la víctima, que se acrecienta cuando se conoce, primero, que no hay supervisión efectiva sobre qué es lo que se archiva, y, segundo, que los criterios para descartar casos son imprecisos y cambiantes. Esto es, que los ministerios públicos de la región no cuentan con políticas de persecución formalizadas y públicas, de cuyo conocimiento se desprenda qué es lo que será materia de acción efectiva y qué no lo será.

Estamos ante una de las grandes promesas incumplidas de la reforma procesal penal, que en su discurso de justificación sostuvo precisamente que al traspasar la actividad investigadora a los ministerios públicos, la acción de éstos se concentraría en los delitos de mayor daño social. El enunciado quedó allí, y no existen directivas o instructivos que guíen al fiscal encargado de un caso, mediante criterios específicos, acerca de si debe darle atención o no.

La gravedad de esta ausencia es mayor, si cabe, ante un cuadro social en el que crece el crimen organizado y sus múltiples objetos —desde la trata de personas y el tráfico de drogas hasta el robo de celulares para abastecer un enorme mercado “informal”— hasta alcanzar proporciones devastadoras de la vida en sociedad. Más allá de los solemnes discursos, los ministerios pú-

² Pásara, Luis, “El papel del Ministerio Público en la reforma procesal penal chilena”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 13, enero-junio 2009, pp. 193-238.

blicos no han desarrollado políticas y protocolos de actuación destinados a diferenciar este tipo de acción delictiva —que impacta sobre el conjunto de la sociedad— del que corresponde al delito ocasional, en el que debe atenderse a la desembocadura de un conflicto circunstancial entre sujetos.

En ausencia de políticas persecutorias precisas, para la actuación del Ministerio Público está el sentido común, que por ejemplo aconseja no archivar sin trámite un homicidio, dada su importancia. Y, más que el sentido común, la astucia es la consejera de los fiscales cuando en los hechos dedican su atención a aquellos casos en los cuales se puede obtener resultados más fácilmente; es éste un territorio en el que la flagrancia brilla al tiempo de que los delitos complejos tienden a ser postergados o, simplemente, ignorados. Si el funcionario persigue resultados estadísticamente significativos —que en el momento de los ascensos serán apreciados—, la picardía, sumada al sentido común, lo lleva a trabajar en los casos que puedan producir condenas. Allí tenemos un sesgo que va en perjuicio de la víctima, cuyo caso no queda favorecido por la flagrancia o la facilidad en la probable obtención de un resultado condenatorio.

Sean aceptables o discutibles los resultados producidos por el sentido común, la astucia y las prácticas burocráticas. Lo importante es que actualmente los criterios de persecución son los que adopte el fiscal que reciba el caso o los que le imponga el jefe de la unidad en la que trabaja. Esto hace que —no sólo para archivar o perseguir, sino también para solicitar o no prisión preventiva, primero, y determinada pena, después— la suerte de sindicado y víctima dependa de quién conozca su caso. Y esto se debe a que en nuestros sistemas penales no hay políticas de persecución efectivamente vigentes.

Un corolario de esa situación del sistema penal es que, para mayor desconcierto o indignación de la víctima, de hecho se persigue y se sanciona de manera claramente desigual. En el estudio que pude realizar en Chile, y que ya he citado, accedí a un dato oficial que el Ministerio Público daba a conocer en sus informes

periódicos y que, luego de ser analizado en el informe de investigación que publiqué, a partir de 2008 dejó de ser público. El dato corresponde al porcentaje de casos que eran llevados a la vía judicial, según tipo delictivo. Como era de esperarse, 80.9% de los homicidios pasaban al juez, pero sólo 29.8% de los delitos sexuales merecían ese tratamiento; y mientras 57.9% de las infracciones de la ley de drogas eran en definitiva conocidas por los jueces, a sólo 34.5% de los delitos cometidos por funcionarios públicos les estaba reservada esa vía. Estos datos, para los que no he vuelto a encontrar cifras homologables en otro país de la región, revelan la consecuencia de la potestad entregada en manos de los fiscales: la arbitrariedad.

Del hecho de que, al iniciar el trato dado a un caso, aparezca la discriminación, ahora sí en el sentido malicioso, surge un daño adicional a la víctima. Si se trata de una violación sexual, la posibilidad de que con el caso “se haga justicia” es bastante menor que si se trata de la venta de cocaína al menudeo, por ejemplo. Suponiendo que no haya alguna explicación turbia para esa diferencia, puede interpretarse que en el segundo caso basta la flagrancia, mientras que en el primero resulta necesaria una investigación, que habrá de recurrir a análisis de laboratorio y otras pruebas. Pero qué es esta explicación para la mujer violada. Nada, excepto la prueba de que el sistema la ha hecho víctima nuevamente.

Desde la doctrina se ha generado una noción que contribuye a la impunidad en la sociedad y a la frustración en las víctimas. Es el concepto de “delito de bagatela”, que ha servido para difrazar la comisión repetitiva de delitos de monto menor que, en conjunto, se integran a redes del crimen organizado; los robos en tiendas de alimentos y de ropa, los de teléfonos celulares y los de bicicletas, para mencionar algunos ejemplos, a menudo no son actos aislados ni se hallan impulsados por el estado de necesidad. Los antecedentes que obran en los expedientes personales revelan que hay personas establemente dedicadas a estos robos, cuyos productos van a integrar la oferta de mercados secundarios que manejan redes delictivas. El ya citado trabajo sobre la

actuación del Ministerio Público chileno demostró que los fiscales, incluso cuando conocían los antecedentes del sindicato,³ se basaban en la cuantía menor del delito para solicitar una medida alternativa a la de prisión. Con esta actuación, reforzaban impunidad e inseguridad, basados en una errónea concepción del fenómeno como “delito de bagatela”, que al ser utilizada de este modo pernicioso producía el beneficio burocrático de “cerrar el caso” y engrosar la cifra estadística aparentemente positiva del trabajo del funcionario.

En suma, la víctima del delito es también víctima cuando comparece ante el sistema penal. En primer lugar, estadísticamente, la probabilidad más alta es que no se haga nada con su denuncia.⁴ En segundo lugar, que se haga algo o no depende en cierta medida del azar, corporizado en el fiscal que conozca el caso; en rigor, depende de su voluntad de perseguir aquello que es más dañoso socialmente y de trabajar todo lo que sea necesario para lograrlo.

II

En seguida toca detenerse en el procesado para considerarlo como víctima del sistema penal. Quizá resulte algo chocante proponer

³ Un criterio del derecho penal que se tambalea frente al crimen organizado —y el delincuente que de manera estable toma parte en él— es aquel que proclama que el objeto del proceso no es el sujeto, sino el acto que cometió, que en estos casos usualmente es sólo el último de una serie. La magnitud del fenómeno de redes criminales que se padece actualmente debería llevar a una reconsideración cuidadosa de este criterio.

⁴ Si bien el archivamiento de los casos por el Ministerio Público requiere estar sujeto a procedimientos de supervisión y evaluación que hoy no existen y que deberían comprobar si lo que se archiva merece o no esa “salida”, la limitación de recursos destinados a perseguir el delito sigue siendo una realidad. En consecuencia, este problema lleva a situar efectivamente al derecho penal como *ultima ratio*, lo que hace indispensable establecer o fortalecer otros lugares y espacios para la gestión de la conflictividad social que no puede, ni debe, ser objeto de atención de las instituciones penales.

esta mirada, porque nos ocurre que, si bien los textos legales establecen la presunción de inocencia como garantía del proceso penal, lo que existe socialmente es una presunción de culpabilidad. Esto es, a quien la policía presenta y los diarios publicitan como responsable —o “presunto responsable”, que es la fórmula acuñada para evitar una demanda— le adjudicamos el delito sin esperar mucho; por cierto, sin esperar la condena que, en teoría, puede tomarse como resultado de un proceso de investigación y un juicio en el que se ha demostrado la responsabilidad del acusado. En teoría solamente, porque el análisis cuidadoso de expedientes judiciales revela que las condenas son con excesiva frecuencia fruto de rutinas, negligencias y descuidos que prevalecen en esa fábrica de producción de culpables que es el sistema penal.

En nada de eso se repara: tan pronto la televisión, y luego los diarios, efectúan el señalamiento, apoyándose en fuentes policiales, aceptamos que la persona es responsable. Nuestra pobre conciencia jurídica identifica sindicado con culpable, como resultado de una tradición autoritaria: si quien ejerce el poder dice que somos culpables, lo somos. De allí que la propuesta de mirar al sindicado como víctima sea nadar a contracorriente.

El sindicado que no tiene los recursos para enfrentar al sistema penal es convertido por éste en víctima. Los recursos necesarios en este difícil trance son de varios tipos: culturales, sociales y económicos. Más que necesarios, son recursos indispensables para no ser derrotado en un proceso penal. Los recursos culturales permiten entender dónde estamos y, por lo menos borrosamente, cuáles son nuestros derechos. Los recursos sociales nos habilitan para recurrir a quienes en estas circunstancias pueden ayudarnos, empleando para ello buenas o malas artes. Los recursos económicos, claves por cierto, nos facultan a lo que en nuestras sociedades desiguales es casi un privilegio: contar con el apoyo de un buen abogado, que no sólo conozca el derecho, sino que sepa cómo manejarse en los laberínticos recovecos del sistema penal.

Disponer de esta constelación de recursos otorga seguridad personal. Es decir, si podemos comprender nuestra situación, sa-

bemos a quién podemos acudir —en conocimiento de que nos echará una mano— y nuestros ingresos permiten contratar a un abogado “de los buenos”, podemos tener la tranquilidad y el aplomo que vemos en los procesados de los estratos más altos, incluso cuando son efectivamente culpables.

Pero no estamos refiriéndonos a ellos, que son muy pocos y se hallan muy distantes del procesado típico. El análisis de los resultados de una encuesta aplicada a los internos en penales mexicanos hace algo más de una década concluyó en que “La proporción de internos recluidos por delitos graves es muy baja mientras que existen evidencias de que este tipo de delincuentes logra con mayor frecuencia eludir las sanciones penales”, y en seguida explicó: “En los penales no habitan en general los delincuentes más peligrosos sino los más pobres”.⁵ A algo similar se arribó en 2012, cuando una nueva encuesta, aplicada en ocho centros penales federales, permitió trazar el perfil de los internos.⁶

De manera similar, un reciente estudio empírico sobre condenados en Perú indica que éstos “se vieron afectados por condicionantes socioeconómicas y sociales bastante más adversas que la población peruana en general”, pero al efectuar una comparación con datos provenientes de otros países de la región, comprueba que esas “condicionantes” son aún mayores en los otros casos nacionales.⁷ Esto es, por lo menos en América Latina, el condenado tipo tiene ciertas características sociales que lo distinguen. Podría decirse que nacer en los estratos sociales más bajos es casi una condición para ser condenado.

Aunque los datos lo certifican, en rigor no es una novedad que los procesados provienen mayoritariamente de los sectores

⁵ Bergman, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*, México, CIDE, División de Estudios Jurídicos, 2003, p. 11.

⁶ Pérez Correa, Catalina y Azaola, Elena Azaola, *Resultados de la primera encuesta realizada a población interna en centros federales de readaptación social*, México, CIDE, 2013.

⁷ Costa, Gino y Romero, Carlos, *¿Quiénes son delincuentes en el Perú y por qué? Factores de riesgo social y delito en perspectiva comparada en América Latina*, Lima, PNUD-Ciudad Nuestra, 2014, p. 14.

pobres de la población, que su nivel educativo no es alto, y que cuando no se hallaban en desempleo en el momento de ser sindicados tenían una condición laboral precaria o inestable. Pertenecen a esa franja de población que en esta reunión el profesor Sergio García Ramírez ha llamado “sectores vulnerables”, que, según ha precisado, en nuestros países son mayoritarios. Es ésa precisamente la razón por la que el procesado típico no cuenta con los recursos necesarios para salir airoso del proceso penal, sea el tradicional o el reformado. Esta afirmación corresponde, desde luego, a una visión menos legalista y más realista, en la cual la responsabilidad efectiva del sindicado es sólo uno entre otros factores que pesan en el curso y el desenlace del proceso penal.

Nótese que no se ha hecho referencia alguna a la corrupción, pese a que la capacidad para corromper a los actores del sistema penal es un recurso formidable. No obstante, se prefiere dejar fuera este factor, debido a que, siendo difícil de probar, paradójicamente se ha convertido en un recurso retórico fácil contra el sistema de justicia en general y contra el sistema penal en particular. Pese a su gravitación, dejemos aparte esta variable.

El procesado típico es un hombre —más frecuentemente que una mujer—, adulto joven o maduro —es mayor muy infrecuentemente—, cuya condición personal le hace muy difícil tanto comprender cabalmente la situación que enfrenta como buscar los apoyos que requeriría para salir bien librado de este trance. Es alguien que está debidamente condicionado para ser víctima del sistema penal.

El primer peso que probablemente soporte es ser encarcelado. Es difícil describir la realidad carcelaria de nuestros países sin incurrir en tonos dramáticos. Ingresar a prisión en América Latina es ya cumplir una pena: significa sufrir vejámenes y humillaciones, quedar expuesto a contraer enfermedades, y, en términos generales, estar sujeto a un proceso de degradación que resiste cualquier descripción.

Esa realidad hace especialmente dramático el funcionamiento de la prisión preventiva, medida cautelar que en los instru-

mentos del derecho internacional se prevé como una disposición excepcional, destinada a evitar los riesgos procesales; esto es, una posible fuga del sindicado o la probable alteración de pruebas si quedara en libertad. En la mayoría de países de la región, las cosas no funcionan de ese modo. Lo que ocurre rutinariamente en América Latina es que el fiscal y el juez intervinientes en el caso prefiguran la responsabilidad del procesado, apenas iniciado el proceso, y adoptan la prisión preventiva en todos aquellos casos en los que el delito revista determinada importancia —según la pena que pudiera corresponderle— y la responsabilidad parezca probable.⁸

Esa dinámica conoce excepciones vinculadas estrechamente a los recursos antes mencionados. Esto es, los delitos “presuntamente cometidos” por sujetos de un nivel social alto no están sujetos a la misma articulación. Alguna intervención oportuna hará que el caso sea visto con atención, y en el supuesto hipotético de que el Ministerio Público solicitara la prisión preventiva, el juez, probablemente en atención a los argumentos que le alcanzará el prestigioso abogado que ejerza el patrocinio, dispondrá una medida alternativa a la de prisión. Las decisiones sobre prisión preventiva constituyen uno de los lugares privilegiados en el proceso penal para observar cómo operan en éste las diversas formas de discriminación.

Como resultado de prácticas burocráticas y hábitos discriminatorios que se encuentran al margen de la ley, decenas de miles de personas se hallan en prisión preventiva en cada país, a la espera del desenvolvimiento del juicio en el que se habrá de decidir si son culpables o no.⁹ La policía señala al detenido; los medios de comunicación producen una suerte de juicio instantáneo en

⁸ *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Washington, D. C., Due Process of Law Foundation, 2013.

⁹ Puede que la prisión preventiva impuesta prefigure la condena. De las entrevistas a jueces realizadas en algunos países surge la hipótesis de que ciertos juzgadores, tratándose de aquellos casos donde sería procedente absolver en razón de la prueba insuficiente o el principio *in dubio pro reo*, tienden a condenar

el que se le declara culpable en un par de noticieros de televisión y varios periódicos; el fiscal pide la prisión preventiva y el juez la otorga, en procura de quedar ambos a salvo de cualquier señalamiento. Porque si el juez no la otorga, políticos y autoridades judiciales se rasgan las vestiduras; los medios denuncian al juez e insinúan que hay corrupción de por medio; y los ciudadanos creen que la decisión judicial prueba —una vez más— que la justicia no funciona. Intereses políticos en unos, afanes de protagonismo y búsqueda de legitimación social en otros, competencia desesperada por audiencia y lectoría en los medios, y cultura jurídica autoritaria en los ciudadanos, se dan la mano para trazar este paisaje que vemos repetido una y otra vez.

Si al cabo de cierto tiempo el “presunto responsable” es absuelto, a nadie le importa, los medios de comunicación no dirán una palabra al respecto —ocupados como habrán de estar en “juzgar” a otro sindicado— y el ciudadano medio, si llega a enterarse, se ratificará en su creencia en la mano dura, al tiempo de admitir sin dificultad que algún inocente debe sufrir junto a los muchos pecadores. Y, por cierto, el fiscal que pidió la prisión preventiva en este caso y el juez que la decretó no sufrirán ni siquiera una amonestación.

La situación real de la prisión preventiva es aún más gravosa para la víctima, que es el sindicado cuando, como en el caso mexicano, la Constitución y la ley impiden que el juez ejerza su independencia de criterio en los casos concretos que conoce, imponiéndole la obligatoriedad de dictar esa medida en determinadas circunstancias, que han sido dispuestas en el artículo 19 constitucional. Tal régimen abre tres vías por las que se configura un régimen normativo de prisión preventiva que puede ser considerado como extenso y, sin duda, bastante distante de ser excepcional. La primera de esas vías es el amplio listado de delitos que la Constitución ha incorporado con el propósito de obligar

a una pena equivalente a la carcelería sufrida, con el maligno objetivo de no desmentir al sistema.

al juez a dictar prisión preventiva. La segunda vía es la calificación legal, que efectúe el legislador, de delitos “en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”, que forzará al juez en su momento a dictar la prisión preventiva. La tercera vía se abre con ocasión de la solicitud que al respecto puede hacer el fiscal invocando “la protección de la comunidad”, y que el juez debe calificar.

La enumeración taxativa de delitos respecto de los cuales el texto constitucional impone al juez la obligación de dictar prisión preventiva y la admisión de diversas causales para, asimismo, ordenar esta medida cautelar, distan del objeto que se asigna a la misma en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Según la síntesis formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “La prisión preventiva sólo tiene como fines legítimos el prevenir la fuga del acusado o que éste interfiera con el desarrollo apropiado del proceso”.¹⁰ La Constitución mexicana, pese al reconocimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos que contiene en su artículo 1o.,¹¹ ha optado por un régimen preceptivo de prisión preventiva que desvirtúa esta institución. El resultado obvio es que en México hay más víctimas de la prisión preventiva que en otros países,¹² donde, pese a las muchas interferencias existentes, en definitiva el juez mantiene independencia, cuando menos en el terreno normativo, para apreciar la necesidad y oportunidad de aplicar una medida cautelar u otra.

Más allá de los diversos modos en los que la legislación y las prácticas desvirtúan la prisión preventiva en perjuicio de autén-

¹⁰ CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 diciembre 2013, párr. 25.

¹¹ “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

¹² En enero de 2012, según información oficial, 43.5% de la población penal correspondía a la calidad de procesados. Pérez Correa, Catalina y Azaola, Elena, *op. cit.*, p. 12.

ticas víctimas del sistema penal, tiene importancia detenerse en otra forma de victimización del encausado, que ha sido formalizada por la reforma procesal penal mediante el mecanismo del procedimiento abreviado. Ésta es una de las vías previstas en el sistema reformado para producir respuestas rápidas, uno de los objetivos del cambio introducido en el proceso, que no siempre conduce a soluciones de calidad.

Se está ante un buen ejemplo acerca de cómo una figura diseñada legalmente para cumplir determinado objetivo, en los hechos cobra una significación distinta. El procedimiento abreviado es una forma de evitar el juicio oral, que procede cuando el procesado acepta su responsabilidad sobre el delito y, en consecuencia, parece bastante razonable no prolongar el caso a través de un juzgamiento largo y costoso. En algunos países que han adoptado la reforma, el procedimiento abreviado es la manera mediante la cual se logra un apreciable número de casos sentenciados; desde luego, en todos ellos hay condena, dado que el acusado ha aceptado su responsabilidad.

En los hechos, se llega a esta desembocadura a través de una negociación entre defensa y acusación, de modo que la aceptación de responsabilidad vaya de la mano con unos términos de acusación de los que resulte una sanción menor a la que hipotéticamente podría derivarse de un juicio oral. El fiscal esgrime la posibilidad de seguir el procedimiento ordinario y condenar severamente al procesado; no obstante, cuando sabe que encontrará dificultades probatorias, está dispuesto a plantear una sanción menor, no tanto por economía procesal como por ahorrarse la tarea de probar la acusación. La defensa conoce las dificultades que enfrenta el fiscal y ofrece la aceptación de la responsabilidad a cambio de sólo reparar el daño o de rebajar al mínimo la pena, suspendiendo su ejecución u obteniendo una pena no privativa de la libertad, como una multa, por ejemplo, que en los hechos es bastante menor que la sanción que hipotéticamente hubiera correspondido de haberse realizado un juicio oral.

En medio de esos dos protagonistas, que discuten la decisión, se halla nuestra víctima, que apenas entiende la situación y no tiene más remedio que confiar en su abogado. Éste, que como el fiscal busca cerrar el caso lo más pronto posible, recomienda con frecuencia aceptar la responsabilidad a cambio de una condena benigna. Si nuestra víctima no es verdaderamente responsable del delito que se le imputa, se enfrenta al dilema: no acepta el acuerdo de fiscal y defensor, y se arriesga a ir a un juicio oral que su defensor le desaconseja, o lo acepta y permanecerá en prisión un lapso corto o pagará una multa. En pocas ocasiones, nuestra víctima es advertida de que, como ocurre en muchos países, la condena se convierte en un antecedente que la perseguirá el resto de su vida, cuando postule a un trabajo, quiera obtener un crédito o emprenda cualquier otra gestión que le requiera demostrar que se puede confiar en él.

En este punto resulta preciso asomarse a la calidad del desempeño profesional en la defensa de los acusados en un proceso penal. Se cuenta para ello con alguna evidencia empírica, proveniente de encuestas realizadas a condenados. En el caso mexicano, un equipo del CIDE encuestó en 2002 a 1,643 internos en penales alojados en tres entidades federativas. Las respuestas obtenidas indicaron que 65% de los encuestados consideraban que sus abogados “no hicieron nada para defenderlos” en las agencias del MP; el porcentaje descendió apenas (53%) en referencia a la fase ante los juzgados: “más de la mitad no asesoraba a sus representados antes de las audiencias (60%), como tampoco les explicaba lo que en ellas sucedía (52%)”. En suma, “46% de los sentenciados estimaron que no se sintieron nada defendidos por su(s) abogado(s)”.¹³

Casi diez años después, cuando la reforma procesal penal empezaba a entrar en vigencia, la encuesta realizada en 2012 por el CIDE entre población interna en ocho centros penitenciarios federales encontró que el panorama del patrocinio profesional

¹³ Bergman, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*, México, CIDE, División de Estudios Jurídicos, 2003, pp. 48 y 49.

no había cambiado, y concluyó en que “el derecho a una defensa adecuada no se cumple ni en forma ni en fondo”. Los datos recogidos indicaron que

de quienes tuvieron abogado en la agencia del Ministerio Público, 58.3% dijo que su abogado no había intervenido al momento de rendir la declaración... Poco más de la mitad de los encuestados (51.1%) señaló que ninguno de los abogados que tuvo les aconsejaba antes de las audiencias; 39% indicó que ninguno de sus abogados le explicaba los resultados del proceso y 44% dijo que no le explicaban qué sucedía durante las audiencias... 77.8% de las personas no pudo preparar una defensa con su abogado(a) antes de ser formalmente acusado ante la autoridad jurisdiccional... 61.5% del total de encuestados dijo que se sintió ‘nada’ o ‘muy poco’ defendido por sus abogados durante el juicio.

Finalmente, 34.1% de los encuestados calificaron la actuación de sus abogados como “muy mala”.¹⁴

En el caso peruano, en una investigación realizada en Lima hace unos años, se preguntó a una muestra de un centenar de condenados acerca de la comunicación con su abogado. Los resultados aparecen en el siguiente cuadro:

COMUNICACIÓN ENTRE EL PROCESADO
 QUE FUE CONDENADO Y SU ABOGADO (%)

<i>El abogado que Ud. tenía...</i>	<i>Sí, siempre</i>	<i>Sí, algunas veces</i>	<i>No, casi nunca</i>	<i>Nunca</i>
¿Le explicaba en qué consistían los pasos del proceso?	33	10	6	51
¿Lo/a mantenía informado/a acerca del trámite?	30	12	13	45

¹⁴ Pérez Correa, Catalina y Azaola, Elena, *op. cit.*, pp. 9, 68, 71, 72 y 74.

	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>Más o menos</i>	
En la comunicación con Ud., ¿se interesó por conocer la verdad de los hechos?	51	38	11	

FUENTE: Pásara, Luis, “Los abogados de Lima en la administración de justicia. Una aproximación preliminar”, en Pásara, Luis, *Tres claves de la justicia en el Perú*, Lima, Fondo Editorial, PUCP, 2010, p. 313.

Ésta es la calidad de la defensa penal realmente existente, y cuyos términos de ejercicio concurren a la producción de nuevas víctimas en el sistema. En casi todos los ordenamientos legales en los cuales se ha incorporado la reforma, en el procedimiento abreviado el acuerdo entre acusación y defensa se presenta concluido al juez que opera como una suerte de notario para verificar la legalidad formal de lo actuado y ratificar la pena acordada por las partes. Cierto número de inocentes —imposible de cuantificar por algún método confiable— resulta así criminalizado mediante el procedimiento abreviado, que los abanderados del sistema adversarial no vacilan en considerar como una solución de calidad.

Nada de esto es nuevo ni era ignorado cuando se adoptó la reforma procesal penal. No sólo los estudiosos del sistema penal estadounidense lo habían hecho notar,¹⁵ sino que hasta películas y series de televisión han mostrado hasta la saciedad que el proceso adversarial conduce a negociaciones y acuerdos para los que se induce la admisión de responsabilidad. Estas prácticas, que fueron trasplantadas a nuestros países por la reforma procesal penal, se realizan al margen de ambas víctimas. Porque así como los intereses del acusado-víctima que es inocente con frecuencia no resultan adecuadamente protegidos por su abogado

¹⁵ Entre muchos otros, Stuntz, William J., *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 82.

defensor, el objetivo de la víctima del delito —o sus familiares—, consistente en que se haga justicia en su caso, tampoco queda protegido por la actuación del fiscal, pese a lo que retóricamente declara la ley.

La discrepancia entre objetivos y procedimientos legalmente establecidos, por un lado, y desarrollos prácticos, por otro, forma parte de la tradición del derecho. Pero ocurre en mayor medida en el paisaje propio de una cultura jurídica como la nuestra, en la que se atribuye a la ley una capacidad para imponerse sobre la realidad, modificándola de acuerdo con los objetivos trazados en ella. Dado que desde este enfoque se presta poca atención a los términos reales en los que funciona esa ley —capacidades efectivas de los actores, desigualdad en los recursos disponibles, rutinas burocráticas entronizadas, etcétera—, se considera que una reforma normativa es el centro de un cambio profundo. La reforma procesal penal latinoamericana demuestra —como antes demostraron tantas nuevas constituciones y códigos— que el eje principal de la transformación de la justicia que tenemos no reside en la sustitución de unas normas por otras.

III

Hay otras víctimas del sistema penal. Algunos de sus operadores lo son. Estamos hablando de jueces, fiscales y defensores públicos que actúan de buena fe y hacen su tarea lo mejor posible porque creen en que, por lo menos en una porción de los casos que procesa el sistema penal, pueden lograr un resultado razonable. Ellos son en ocasiones héroes, y con frecuencia también son víctimas. En definitiva, su esfuerzo personal no produce resultados que impacten al conjunto del sistema, pero, no obstante, a veces ellos pagan un costo personal por intentarlo.

Sin embargo, las víctimas principales del sistema penal son quien sufre un delito —o sus familiares— y quien es sindicado de

haber cometido un delito. La experiencia de unos y otros, pese a ser muy distinta, enseña dolorosamente a ambos que aquel aparato que convencionalmente llamamos justicia promete algo muy distinto a aquello que efectivamente produce.¹⁶

¹⁶ La conjunción de estos dos tipos de víctima en el proceso penal sugiere que la relación entre víctima y responsable del delito no es un juego de suma cero; esto es, que los intereses de uno y otro no se hallan enfrentados de la manera radical en la que los medios intentan presentarlos; que el reconocimiento de los derechos de uno no perjudica el derecho del otro y que, a menudo, ambas partes están interesadas en que el conflicto en el que se encuentran sea resuelto de manera razonable.