

COLECCIÓN
DE TEXTOS SOBRE **Derechos
Humanos**



Los derechos humanos de las víctimas de los delitos

José Zamora Grant

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS

José Zamora Grant



CNDH
M É X I C O

2016

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de su autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

PRIMERA EDICIÓN:

agosto, 2016 (CD)

ISBN (CD):

978-607-729-280-7

Colección de Textos sobre Derechos Humanos

PRIMERA EDICIÓN:

diciembre, 2012

ISBN OBRA COMPLETA:

978-607-8211-26-5

ISBN:

978-607-729-024-7

PRIMERA REIMPRESIÓN:

octubre, 2015

D. R. © COMISIÓN NACIONAL

DE LOS DERECHOS HUMANOS

Periférico Sur núm. 3469,
esquina Luis Cabrera,
colonia San Jerónimo Lídice,
Delegación Magdalena Contreras,
C. P. 10200, México, D. F.

DISEÑO DE LA PORTADA:

Flavio López Alcocer

DISEÑO DE INTERIORES Y FORMACIÓN:

H. R. Astorga

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
I. INTRODUCCIÓN	11
II. INCORPORACIÓN Y REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS	13
1. Reforma de 1993	13
2. Reforma de 2000	16
3. Reforma de 2008	21
4. Reforma de 2011	35
III. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS O DE LOS OFENDIDOS POR EL DELITO	38
1. Clasificación de los derechos de las víctimas. A manera de propuesta.	39
2. Los derechos de las víctimas: sustantivos y procesales	55
IV. JUSTICIA PENAL ACUSATORIA Y VÍCTIMAS DEL DELITO	106
1. Consideraciones preliminares	106
2. El proceso penal acusatorio	110
3. El proceso penal como instrumento para la consecución de los fines del derecho penal	122
4. Conclusiones preliminares	133
V. EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO	134
VI. CONCLUSIONES	165
BIBLIOGRAFÍA	170

La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 implicó la modificación de once de sus artículos teniendo una enorme repercusión en el sistema jurídico mexicano. Ahora existe una concepción más amplia de los mismos. Por ejemplo, los dos primeros párrafos del artículo primero incorporaron el término derechos humanos, supliendo el de garantías individuales, que implica mucho más que un cambio de palabras; la concepción de que la persona goza de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales; la interpretación *conforme* que debe hacerse con esas disposiciones; el principio *pro persona*; la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por otra parte, se obliga al Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos cuando ocurran.

La inclusión expresa de las obligaciones que tienen las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, como lo es la promoción de los derechos humanos y tenerlos como eje de su actuación, debe entenderse como un elemento clave para prevenir su violación y es una encomienda directa para los organismos protectores de derechos humanos en el país, como lo es esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Una reforma de tal envergadura genera la necesidad de contar con materiales de estudio para su mejor comprensión a fin de responder a las nuevas realidades, necesidades y problemáticas que aquejan a la sociedad mexicana

y que merecen nuestra atención. Su complejidad amerita reflexiones en diversas temáticas, desde distintos enfoques y especialidades. Es por ello que resulta indispensable el permanente estudio y análisis de los derechos humanos.

La presente “Colección de textos sobre derechos humanos” es un espacio de estudios académicos que analiza diferentes contenidos relacionados con los derechos humanos que pueden contribuir a su conocimiento, debiendo la población en general estar atenta y cercana a los cambios legislativos, a las medidas administrativas que se realizan y al desarrollo jurisprudencial que se va produciendo, con la pretensión de generar una constante sinergia entre la teoría y la praxis nacional.

Entre los temas abordados hasta el momento destacan los estudios teóricos que permiten una introducción y mejor comprensión sobre el origen y la evolución histórica de los derechos humanos, así como el debate contemporáneo de los mismos. Asimismo, otros son de primordial estudio para el acercamiento a la protección no jurisdiccional de los derechos humanos, los grupos en situación de vulnerabilidad y de los pueblos y comunidades indígenas. También la colección se integra con artículos que abordan los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las modificaciones incorporadas en 2011, temáticas que han sido objeto de otras *Colecciones* de esta Comisión Nacional.* Por otro lado, se pueden identificar algunos estudios que versan sobre tópicos cuyo debate nacional sigue vigente, generándose normatividad al respecto, como las reformas en materia penal, la presunción de inocencia, la prohibición de tortura y de desaparición forzada de personas y los derechos de las víctimas de los delitos.

* Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos y Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA).

La presente serie se integra con los siguientes títulos: 1) *Origen, evolución y positivización de los derechos humanos*; 2) *Aproximaciones teóricas al debate contemporáneo de los derechos humanos*; 3) *La evolución histórica de los derechos humanos en México*; 4) *Los pueblos indígenas de México y sus derechos: una breve mirada*; 5) *Derecho Internacional Humanitario*; 6) *Estado de Derecho y Principio de Legalidad*; 7) *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México*; 8) *Panorama general de los DESCA en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*; 9) *La desaparición forzada de personas*; 10) *La prevención y la sanción de la tortura*; 11) *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*; 12) *Aspectos culturales de la discriminación a la luz de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos*; 13) *Libertad de expresión y acceso a la información*; 14) *Presunción de inocencia*; 15) *Algunas resoluciones relevantes del Poder Judicial en materia de derechos humanos*; 16) *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la acción de inconstitucionalidad de ley*; 17) *Grupos en situación de vulnerabilidad*; 18) *Los estándares internacionales de los derechos humanos: un sistema de derechos en acción*; 19) *Derechos humanos de los pueblos indígenas: el debate colonial y las Leyes de Indias de 1681*; 20) *Agua y derechos humanos*; 21) *Cultura de la legalidad y derechos humanos*; 22) *De la cultura de la legalidad a la cultura de los derechos humanos*; 23) *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*; 24) *El derecho a la participación y a la consulta en el desarrollo. Retos para México*; 25) *El derecho humano al voto*; 26) *La identificación y la trata de personas, un par de problemas que enfrentan las personas que migran*; 27) *La justiciabilidad del derecho al agua en México*; 28) *La personalidad jurídica en la desaparición forzada*; 29) *La trata de personas como violación a los derechos humanos: el caso mexicano*; 30) *Migración en tránsito, pobreza y discriminación en el territorio mexi-*

cano; 31) *Multiculturalidad, ciudadanía y derechos humanos en México. Tensiones en el ejercicio de la autonomía indígena*; 32) *Narrativas interdisciplinarias sobre desaparición de personas en México*; 33) *Proteccionismo, derechos humanos y seguridad social de los adultos mayores. Hacia una mejor calidad de vida*; 34) *Una mirada a los derechos de las niñas y los niños: su resignificación*, y 35) *Violaciones a los derechos humanos del imputado en la etapa de investigación*.

Esta Colección, desde la perspectiva de cada uno de los autores —a quienes agradecemos que compartan su experiencia y visión de los temas— pretende contribuir a impulsar la difusión de los derechos humanos entre todas las personas, así como a fortalecer su cumplimiento.

Al igual que todas las colecciones de esta Comisión Nacional, el lector podrá encontrar, en nuestro sitio *web*, la versión electrónica de estos títulos.

*Lic. Luis Raúl González Pérez,
Presidente de la Comisión Nacional
de los Derechos Humanos*

I. INTRODUCCIÓN

En un recuento temporal, que en México no va más allá de dos décadas, se puede observar una incorporación paulatina, si bien lenta, de derechos para las víctimas de los delitos de rango constitucional.

El que en el país no se atendiera el tema de los derechos de las víctimas sino hasta la década de los noventas, no es más que el reflejo del desinterés generalizado por un tema que tardó mucho tiempo en entrar en el ánimo de penalistas y criminólogos pero principalmente de los legisladores, debido a las pocas posibilidades de incorporar a la víctima a un procedimiento penal que le era completamente ajeno. Un derecho penal que no fue concebido para atenderle, tampoco para protegerle y mucho menos para asistirle y repararle.¹

En efecto, el derecho penal de la modernidad, nacido a la luz del derecho y del Estado moderno, cimentó sus bases en principios humanistas en los que el Estado se erige como garante de los derechos de las personas y utiliza como su principal herramienta al derecho penal. Éste se legitima en tanto se erige como el garante de los intereses colectivos en pro de una convivencia armónica, evita la venganza de la víctima y reprime los delitos en tanto significan afectaciones al orden jurídico establecido.

El desarrollo del derecho penal en la modernidad evidenció una preocupación paulatina y creciente sobre las garantías de los imputados frente a la justicia penal; ello propició el advenimiento de derechos sustantivos y procesales

¹ El derecho penal de la modernidad fue concebido bajo las inercias de la defensa social, instrumentado para proteger a la sociedad organizada y reaccionar ante quienes atentan contra ella. Un derecho penal por tanto de orden público, creado para atender un problema considerado únicamente entre el Estado y el transgresor de la norma, para reaccionar en contra de quienes infringen las leyes penales, precisamente por infringirlas. Un derecho penal que no sólo olvidó a la víctima, sino que la excluyó, expropiándole de las potestades que —en una concepción premoderna— hasta entonces había gozado. En este sentido, la obra de mi autoría: *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, pp. 13 y ss.

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. Ello no siempre sería así, gracias a la preocupación intelectual primero,² y después jurídica por quien poco a poco iría obteniendo un papel importante frente a la justicia penal. Así, aquel desinterés generalizado al que se ha aludido —que por supuesto no ha sido privativo de este país, si bien otras naciones con la misma tradición jurídica incorporaron a la víctima en sus preceptos jurídicos primero, lo cierto es que la diferencia no es significativa— 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,³ pero sin duda las transformaciones de los sistemas de justicia penal iniciados en las últimas décadas del siglo pasado y lo que va del presente hacia variables más democráticas han facilitado o se diría propiciado la incorporación de la víctima en los preceptos legales.

Evidente resulta afirmar que tales incorporaciones han obedecido a razones particulares según el sistema jurídico del que se trate y que las peculiaridades del proceso mismo de incorporación varían en formas y temporalidades, sin embargo, un ejercicio comparado no es lo que se pretende en este trabajo de investigación, sino identificar los matices con los que en México se ha dado esta incorporación, a la que se ha calificado de lenta.

² 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 macrovictimización del Holocausto. Los primeros trabajos en la materia se atribuyen a Benjamín Meldenshon y a Hans von Hentig. José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León-Dell, *Victimología*, pp. 7-9.

³ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

En casi dos décadas ha habido la incorporación a la Constitución Federal de derechos para las víctimas u ofendidos de los delitos en cuatro reformas constitucionales, las cuales constituyen la muestra de este proceso paulatino de incorporación —y consideración— de las víctimas en la justicia penal. Con diferencias, no en todos los casos significativas, las cuatro reformas suponen siempre ampliación de los derechos de las víctimas u ofendidos y, por ende, mejora en su estatus frente a la justicia penal.

¿Qué significado tiene este proceso creciente de incorporación de derechos humanos de la víctima en el derecho penal? y ¿cómo influye en el proceso de democratización de la justicia penal? son las interrogantes a contestar: bajo la hipótesis de que la incorporación de la víctima —a través de derechos— en la justicia penal es una unidad de medida del proceso democratizador de los sistemas de justicia penal.

II. INCORPORACIÓN Y REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS

1. Reforma de 1993

El 3 de septiembre de 1993 fue publicado el Decreto por el que se reformaron cuatro artículos de la Constitución Federal, entre los que se cuenta el artículo 20, al que se agrega un último párrafo donde por primera vez se consagran derechos para la víctima o el ofendido por el delito —como textualmente se consignó. La reforma impactó también en los artículos 16 y 119⁴ y se circunscribió, como se afirmó,

⁴ Se trata quizá de una de las transformaciones más importantes que ha sufrido el toral artículo 16 de la Constitución Federal, pasando de contener cuatro párrafos a nueve, en los que, entre otras cosas, se reguló con elementos de fondo la exigencia

en el marco de la reforma del Estado mexicano en el que la justicia penal no podía quedar exenta del debate ni de su transformación.⁵

En general se afirmó que la Reforma tuvo como principales objetivos buscar un justo equilibrio entre los principios de seguridad y libertad, entre la observancia de la legalidad y el respeto de los derechos fundamentales, para asegurar la paz y la tranquilidad por el camino de la libertad, siempre con vistas a las protección de los derechos humanos, las garantías individuales y una rápida y expedita administración de la justicia.⁶

En particular, el artículo 20 sufrió incorporaciones importantes para los derechos tanto de los inculpados como de las víctimas u ofendidos por algún delito. Así, además de cambiar los términos de algunas denominaciones, como “juicio de orden criminal” por “proceso del orden penal”, “acusado” por “inculpadado” y “no podrá ser compelido a declarar en su contra” por “no podrá ser obligado a declarar en su contra”, se hicieron modificaciones para ampliar el derecho de gozar de la libertad provisional bajo caución a favor del inculpadado, para efectuar los careos sólo a solicitud

para librar orden de aprehensión de la autoridad judicial; se hicieron precisiones a la detención en flagrancia y se reguló de mejor manera la detención en casos urgentes de delito grave de indiciados por el Ministerio Público y no por cualquier autoridad administrativa, ni por delitos de oficio, como se consagraba y dejando en manos de un juez la ratificación de la detención. La reforma a este artículo también estableció por primera vez un plazo de integración de la averiguación previa —48 horas— cuando hubiera detenido, plazo que desde entonces se puede duplicar si se tratare de criminalidad organizada. El artículo 119, por su parte, suprimió la vía de extradición interestatal a solicitud del juez con el argumento de atender a la necesidad de establecer mecanismos más ágiles de colaboración y coordinación interestatales, para la detención y entrega de los inculpados y sentenciados, así como el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito.

⁵ Según se contenía en la iniciativa de reforma a los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de impartición de justicia, presentada por el diputado Guillermo Pacheco Pulido y suscrita por diputados integrantes de diversos grupos parlamentarios el 2 de julio de 1993. <http://crónica.diputados.gob.mx> (Rubro Iniciativas presentadas durante la LV Legislatura). 8 de septiembre de 2011.

⁶ *Idem.*

de éste y establecer plazos para dictar sentencia, bajo criterios que le ayuden a acreditar con oportunidad su inocencia y para evitar que la detención preventiva sea excesiva. También a favor del inculpado se robusteció el derecho a la defensa y se hicieron extensivos la mayoría de los derechos consagrados en el proceso para observarse también en fase de averiguación previa. Por otro lado, al artículo 20 le fue añadido un último párrafo en el que se consagraron derechos para las víctimas u ofendidos por el delito. Pobremamente enunciados, los derechos consagrados fueron básicamente cuatro: 1) recibir asesoría jurídica, 2) satisfacción de la reparación del daño cuando proceda, 3) coadyuvar con el Ministerio Público y 4) atención médica de urgencia. Derechos que ya no saldrían de la Constitución Federal, al contrario, algunos se ampliarían, se sumarían más derechos y se mejorarían las condiciones para su reclamo.

Textualmente, el último párrafo del entonces artículo 20 constitucional estableció: “En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando lo requiera y, los demás que señalen las leyes”.

En general, esta reforma significó un paso importante en la democratización de la justicia penal, en tanto los derechos incorporados para los inculpados y para las víctimas se tradujeron por supuesto en obligaciones para las autoridades y, por ende, en la restricción de las potestades punitivas del Estado.

Como en toda reforma, especialmente cuando se crean derechos nunca antes considerados, el proceso de implementación para hacerlos efectivos resulta muy lento, pero en particular los derechos conferidos para entonces a las víctimas u ofendidos por algún delito resultaron prácticamente letra muerta. Ello se debió, al parecer, a que por una parte no había cultura en el tema y, por ende, preocupa-

ción por un catálogo de derechos tales y, por la otra, la legislación secundaria poco se preocupó por sentar bases sólidas para su actualización. Más aún, otorgar para entonces derechos a las víctimas para hacerse valer en un proceso de tendencias procesales inquisitivas y completamente ajeno a ellas resultó, como era de esperarse, bastante improductivo; por ello, quizá lo más rescatable de la Reforma en la materia fue haber traído a nivel constitucional una preocupación por las víctimas que no se perdería y que, si bien después de mucho tiempo, se retomaría con mayor fuerza para traducirse paulatina y lentamente en beneficios más tangibles para quien finalmente debería —considero— ser el actor principal de la justicia penal: la víctima o el ofendido por el delito.

La reforma entró en vigor, salvo lo previsto en la fracción I del artículo 20, al día siguiente de su publicación, por lo que a partir del 4 de septiembre de aquel año las víctimas tuvieron un marco de protección mínima de sus derechos.

2. Reforma de 2000

Para el año 2000 la reforma al 20 constitucional agrupó en dos apartados su contenido, con la finalidad de distinguir de manera clara entre los derechos consagrados para el inculpado de los consignados para la víctima o el ofendido. Esta reforma sin duda fue principalmente hecha para la víctima, por las razones que a continuación se expresan:

En primer término esta distinción entre los derechos de la víctima u ofendido por el delito y los del inculpado, parece haber querido resaltar de manera clara y diferenciada los derechos de aquélla, dando con ese simple hecho un matiz significativo de importancia sí, pero sobre todo de su presencia en y frente a la justicia penal. Connotación que sin duda ayudó a que se le identificara más como un actor y protagonista importante de la justicia penal que, como lo

expresó tiempo atrás Antonio Beristáin Piña, un convalidado de piedra.⁷

Por otro lado, se incrementó el catálogo de derechos conferidos a la víctima u ofendido al detallarse más el contenido de los cuatro derechos ya existentes desde 1993 e incorporarse otros, para dejar el contenido del apartado B en seis fracciones más detalladas y completas en comparación con su antecedente inmediato. Así, en la —para entonces— recién creada fracción I, se precisó que el derecho a la asistencia jurídica se complementarían con el derecho a ser informado de los derechos que, en su favor, establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal, complemento que ayudó a precisar el contenido mínimo del derecho a recibir asesoría jurídica. El también ya existente derecho a coadyuvar con el Ministerio Público se asentó en la fracción segunda y se complementó con la expresión que también precisa y da contenido al derecho mismo, consistente en el derecho a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. En la fracción III se asentó el ya existente derecho a recibir atención médica de urgencia, haciéndose la precisión de que el derecho opera desde la comisión del delito y agregándose el derecho a la atención psicológica, por supuesto, también de urgencia. Este agregado distinguió entre afectaciones fisiológicas y psicológicas, con el atino de hacer énfasis en estas últimas en tanto que si bien una interpretación amplia de “atención médica” podría incluir con facilidad a la “atención psicológica”, lo cierto es que aunque poca o nula atención e importancia se da a esta última, no por ello es menos importante. El enunciado derecho a

⁷ Textualmente: “La víctima es un convalidado de piedra del proceso penal”, Antonio Beristáin Ipiña, *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*, p. 230.

que se satisfaga la reparación del daño de la reforma de 1993 encontró asidero en la fracción IV con una enfática expresión “a que se le repare el daño” y se complementó precisando que, cuando sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. Atinada obligación impuesta a ambas autoridades en tanto la laxitud no sólo del propio texto constitucional reformado, sino de la legislación secundaria, que dejaba generalmente la responsabilidad a la petición de la víctima, hacía paradójico al derecho imponiendo un requisito —obligación— a la víctima para su consagración. En la fracción también se asentó la obligación para la ley —secundaria— de fijar procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

Las fracciones V y VI consiguieron nuevos derechos para la víctima o el ofendido, estableciendo, por un lado —fracción V—, que si la víctima o el ofendido son menores de edad no estarían obligados a carearse con el inculpado siempre que se tratare de los delitos de violación o secuestro, y se precisó que se deberían llevar a cabo las declaraciones en las condiciones que establezca la ley. Por otro lado, la fracción VI consagró el derecho a solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio, dejando en consecuencia la tarea para que la legislación secundaria estableciera en qué consistirían tales medidas y providencias.

Estos, por entonces, nuevos derechos para las víctimas u ofendidos mostraron preocupaciones más especializadas en materia de víctimas, en tanto evidencian un interés por la eventual condición de vulnerabilidad de la víctima no sólo frente a su agresor, sino frente al propio sistema de justicia penal, antes poco o nulamente preocupado por lo lesivo que puede resultar frente a las ya de por sí afectadas víctimas por el delito sufrido; mostrándose no sólo más sen-

sible ante ello, sino dando además la pauta para la generación de medidas de seguridad y auxilio para su protección frente a su agresor y por la agresión sufrida.

Finalmente, lo único materia de la Reforma que impactó en los derechos del inculpado, esto es, en el reagrupado apartado A, fue lo concerniente a ser careado cuando lo solicite, pero en presencia del juez, lo cual significa una “extra” de lo previsto en la fracción IV desde la reforma de 1993, pero además en esa fracción, para la reforma del 2000, se consignó una excepción y por tanto restricción a este derecho que nunca antes había sido condicionado, consistente en la salvedad de lo previsto por el también incorporado derecho de la víctima a no estar obligado a carearse siendo menor de edad y tratándose de delitos de violación o secuestro.

Luego entonces la primera “oleada” de derechos, por llamarle de alguna manera, dejó ver una preocupación incipiente por dotar de más y mejor presencia a las víctimas ante la justicia penal, al incluir derechos como los de asesoría, coadyuvancia y reparación, para robustecer la “defensa” y representación del Estado a través de sus instancias penales por el agravio sufrido. Mostraron también su preocupación por la asistencia a la víctima tras el daño sufrido, lo que motivó sin duda la creación de mecanismos de apoyo médico y después psicológico para ellas, en una inercia claramente asistencial. La segunda “oleada” de derechos, tras la reforma del 2000, mostró ese otro tipo de preocupaciones, las cuales tienden a considerar la condición de vulnerabilidad de la víctima respecto del resto de los actores en el drama penal: el agresor y el propio sistema de enjuiciamiento penal.

Textualmente, la reforma al artículo 20 constitucional del 2000 quedó de la siguiente manera:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

[...]

IV.- Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo;

B. De la víctima o del ofendido:

I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

3. Reforma de 2008

La reforma a la Constitución en el año 2008 estuvo revestida de una importancia mayor debido a la reestructuración de la justicia penal que la misma supone, en lo que parece ser el intento más importante de transitar a un modelo de justicia penal acusatorio⁸ y, por ende, más democrático. Calificar, sin embargo, de acusatorio el modelo de justicia penal surgido —o que surja— de esta reforma resulta difícil de discernir, debido a la variedad, quizá innumerable, de sistemas de justicia a los que se atribuye tal calificativo; no obstante debe quedar claro que se trata de sistemas procesales en los que los derechos de los involucrados, principalmente víctimas y victimarios, son mayores y con mejores mecanismos para su protección.⁹

Esta reforma impactó en 10 artículos de la Constitución Federal que conforman la columna vertebral de la justicia penal en México, a saber: 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22;

⁸ La minuta aprobada de la reforma en comento asienta como uno de sus objetivos “establecer las bases jurídicas para el sistema procesal acusatorio, fortaleciéndose los principios de presunción de inocencia, derechos de la víctima, cargas procesales y acción privativa”. <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&sm=2&id=8145&lg=61> (8 de septiembre de 2011); [b.mx/index.php?ver=sp&sm=2&id=8145&lg=61](http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&sm=2&id=8145&lg=61) (8 de septiembre de 2011).

⁹ El nombre dado a un modelo procesal acusatorio deriva de un principio base al que se reconoce como “principio acusatorio o de la separación entre el juez y la acusación”. En un modelo de derecho penal y procesal penal que se jacte de garantista, esto es, de estricta legalidad, se estructuran principios que, sustantiva y adjetivamente, condicionan la potestad punitiva del Estado, para evitar arbitrariedades y abusos; no son, como afirma Luigi Ferrajoli, “condición suficiente en presencia de la cual está permitido castigar —sancionar— sino condiciones necesarias en ausencia de las cuales no está permitido, o está prohibido, hacerlo”. Se suelen calificar de acusatorios a los modelos procesales que, en su estructura, consagran principios como éste, garantistas, que protegen a quienes entran en contacto con la justicia penal, de los eventuales —y muy comunes— excesos que afectan su ámbito de derechos fundamentales y que ponen en riesgo la compatibilidad entre la verdad histórica y la verdad procesal. Se trata sin duda —siguiendo al autor— del calificativo que damos a una posición ético-política de políticas públicas en materia de criminalidad, a favor de valores normativamente tutelados a manera de reglas del debido proceso legal, por un modelo de justicia penal dado”. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Tratado del garantismo penal*, p. 92.

las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115, y la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

La materia de la reforma, como se asentó en el dictamen del proyecto de decreto,¹⁰ es regular el sistema procesal penal acusatorio del derecho mexicano y aplicar diversas modificaciones al sistema penitenciario y de seguridad pública, para dotar al Estado de elementos suficientes que permitan combatir la criminalidad y procurar e impartir justicia de manera clara, pronta y expedita, y de esta forma garantizar la seguridad y los sistemas de impartición de justicia a la población en general. En el mismo documento se relacionan las propuestas centrales, a saber: a) establecer un estándar de pruebas para librar una orden de aprehensión; b) establecer un concepto constitucional de flagrancia; c) reducir los requisitos para declarar el arraigo; d) señalar un concepto constitucional de delincuencia organizada y las excepciones en su tratamiento procesal; e) precisar los requisitos y alcances de las órdenes de cateo; f) establecer los requisitos para grabar comunicaciones entre particulares; g) crear la figura y establecer las facultades de los jueces de control; h) señalar mecanismos alternativos de solución de controversias y establecer las bases para crear una defensoría pública más eficaz y eficiente; i) cambiar la denominación de pena corporal, de reo por sentenciado, de readaptación por reinserción y del auto de vinculación a proceso; j) autorizar constitucionalmente los centros especiales de reclusión preventiva y ejecución de sentencias; k) precisar los requisitos para el auto de vinculación a proceso, y l) establecer las bases jurídicas para el sistema procesal

¹⁰ Presentada el 28 de febrero de 2008 por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos, que contiene el proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&sm=2&id=8145&lg=61>. 8 de septiembre de 2011.

acusatorio, fortaleciendo los principios de presunción de inocencia, derechos de la víctima, cargas procesales y acción privativa.

Además, la reforma estableció un régimen de transición hacia lo que llamó un nuevo sistema procesal penal acusatorio, con el propósito de dar tiempo para que se adecue a las nuevas disposiciones materia de esta reforma, la legislación secundaria tanto en la Federación como en las entidades federativas.

La reforma significó un incremento importante en cuanto a derechos para las víctimas se refiere, principalmente en el artículo 20, el cual fue reagrupado, ahora en tres apartados:

En el apartado A se relaciona lo que la reforma llama “De los principios generales”; se compone de 10 fracciones en las que se consagran principios como el de igualdad procesal, carga de la prueba y en general los enunciados en el primer párrafo del propio artículo: publicidad, contradicción concentración e inmediatez. Destaca, para el interés de este trabajo de investigación, la fracción primera, en la cual se establece como principio general el objeto del proceso penal, donde se incluye la reparación del daño: 1) el esclarecimiento de los hechos, 2) proteger al inocente, 3) procurar que el culpable no quede impune¹¹ y 4) que los daños causados por el delito se reparen, lo que evidencia la influencia del garantismo penal en la reforma.¹²

¹¹ Para Samuel González, Ernesto Medina, Edgardo Buscaglia y Moisés Moreno, la “teoría del garantismo penal es una teoría enfocada a proteger y determinar que el autor del delito ha cometido un hecho criminal y fija las reglas para probarlo, y sancionarlo”. Cf. *El sistema de justicia penal y su reforma: teoría y práctica*, p. 450.

¹² Para Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, una definición garantista del delito implica, en la visión de Ferrajoli, estos tres niveles de garantías: 1) del delincuente ante la arbitrariedad del Estado, 2) de la víctima ante el daño causado por el delincuente y 3) del delincuente frente a la venganza privada de la sociedad en general o de la víctima en particular. “La criminología crítica y la construcción del delito: entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 1, núm. 2, pp. 47 y ss.

El apartado B se denomina “De los derechos de toda persona imputada”, en el que se amplían los derechos de los imputados, destacando por su trascendencia el derecho a la presunción de inocencia, derecho fundamental en todo proceso penal que se jacte de ser acusatorio. En este rubro se eliminan los así conocidos “Careos constitucionales”, por los que el inculcado tenía derecho a conocer quién deponía en su contra y confrontarse con él; todo ello en el —para entonces— término constitucional de 72 horas, previas a decidir si se emitía un auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Derecho eliminado por la Reforma en comento, en congruencia con las previsiones de los Tratados Internacionales en materia de debido proceso penal y por las que se garantiza para el inculcado el derecho de conocer los hechos que se le imputan más no la identidad de quien denuncia.¹³ Tal derogación, que no excluye al careo como prueba, es congruente, como se verá, con la modificación hecha, en la misma Reforma, a la fracción V del ahora apartado C del artículo 20.

El apartado C, motivo especial de interés en este trabajo, se denomina “De los derechos de la víctima o del ofendido”. Contiene ahora siete fracciones en las que se relacionan los derechos ya consagrados desde la reforma anterior, pero la mayoría se amplían y se precisan mejor, otros prácticamente se transforman, pero al mismo tiempo se incorporan nuevos derechos.

Los derechos ya consagrados que no sufrieron modificación alguna sólo fueron dos: los contenidos en las fracciones I y III pero ahora trasladados al apartado C y que consagran en los mismos términos el derecho a recibir asesoría jurídica y asistencia médica y psicológica de urgencia, respectivamente.

¹³ En este sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 —también conocida como Pacto de San José— y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, entre otros.

Los derechos que sufren modificaciones por adición fueron: 1) el derecho de coadyuvar con el Ministerio Público, consagrado en la fracción II, al que además de su contenido se añade el derecho a intervenir en juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley, y 2) el derecho a que se le repare el daño, contenido en la fracción IV, en el que, al hablar de la obligación del Ministerio Público de solicitar la reparación del daño, adiciona “sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente”.

Dos derechos sufren transformación en su contenido: las fracciones V y VI que consagraban el derecho a no carearse, en los supuestos y condiciones específicas, uno y dos, el derecho a solicitar medidas y providencias para su seguridad y auxilio.

La fracción V de la reforma del año 2000 sufrió una importante transformación; de hecho podríamos afirmar que se trata de un derecho nuevo, pues consagraba el derecho de las víctimas menores de edad a no carearse con su agresor cuando se tratara de los delitos de violación y secuestro, para consagrar ahora de manera expresa y sin aludir a los careos, el derecho al resguardo de la identidad de la víctima y otros datos personales en los casos de: 1) cuando sean menores de edad; 2) cuando se trate de los delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada, y 3) cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. La amplitud de la protección dada a las víctimas en esta fracción, respecto de la misma fracción en la reforma anterior del año 2000, es por demás significativa en tanto no alude al derecho a no carearse, ahora inexistente para el imputado, sino al resguardo de la identidad misma; los supuestos para el resguardo de la identidad son mucho más amplios que aquéllos para no carearse, pues incluye a los menores de edad, sin importar el delito de que se trate; agrega a los delitos de violación y secuestro, el de delin-

cuencia organizada, sin importar la edad y establece un tercer criterio de márgenes muy amplios, al dejar a juicio del juzgador cualquier caso en el que lo considere necesario para protección de la víctima.

La misma fracción quinta adiciona un nuevo párrafo en el que obliga al Ministerio Público a garantizar la protección de las víctimas, ofendidos y testigos, y en general, todos los sujetos que intervengan en el proceso, y constriñe a los jueces a vigilar el buen cumplimiento de esa obligación. Adición relevante en tanto reconoce la vulnerabilidad de los otros sujetos que intervienen en el proceso penal y su potencialidad de ser victimizados, más allá de la propia víctima, el ofendido por el delito o el propio imputado.

La fracción VI, por su parte, modificó el contenido del derecho que consignaba la potestad de solicitar medidas y providencias que la ley señale para su seguridad y auxilio, al agregar el calificativo de “cautelares” a las medidas y precisar que éstas y las providencias son las necesarias para la protección y restitución de sus derechos y quitar la expresión “que la ley señale para su seguridad y auxilio”.

Finalmente, esta Reforma adiciona una fracción y, por tanto, un derecho más, respecto del contenido anterior, al prever como fracción VII el derecho a impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Textualmente, el apartado C del artículo 20 constitucional quedó de la siguiente manera:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se registrá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

[...]

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas las sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así

como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

El impacto de la Reforma en comento, por lo que se refiere a víctimas del delito, ha sido quizá el más importante, en tanto que no sólo se trató de la adición de más derechos en el reagrupado apartado C del artículo 20, sino las modificaciones a los artículos 17, tercer párrafo; 18, sexto párrafo, y 21, segundo párrafo, han supuesto la consagración de más potestades para ellas y han dado pauta para consolidar su presencia en los procedimientos penales. Así, los artículos 17, tercer párrafo, y 18, sexto párrafo, prevén la creación —por la legislación secundaria— de mecanismos alternativos de solución de controversias; el artículo 17, al hablar del derecho a la administración de justicia, y el 18, al referirse a la justicia para adolescentes.¹⁴ Con la salvedad de atender el tema con mayor profundidad en páginas posteriores —como para el resto de los derechos hasta ahora sólo enunciados— se adelanta que los mecanismos alternativos de solución de controversias son una vía rápida para resolver el problema y obtener una pronta reparación del daño, a través principalmente de la negociación, donde en mayor o menor medida la víctima o el ofendido protagonizan la misma, generalmente otorgando ésta el perdón a su agresor. Todo lo que trasciende si consideramos el tiempo y dificultades que un procedimiento penal supone, además del desgaste emocional, fisiológico y económico, pero principalmente por el derecho dado a la víctima de decidir si otorga su perdón y negocia la reparación, o sujeta a su agresor al procedimiento penal.

¹⁴ Según lo establece el artículo 18 en su cuarto párrafo, se establecerá un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad.

Si bien no está establecido como un derecho ex profeso para las víctimas, la reforma al artículo 21 de aquella fecha, por su parte, contiene un derecho de verdadera importancia que incluye también a las víctimas u ofendidos por el delito. Así, en el segundo párrafo, al asentarse que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público, aclara que la ley determinará los casos en que los particulares —víctimas u ofendidos también, por supuesto— podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. Es de deducirse que, el que este párrafo no se encuentre relacionado en el apartado C del 20 constitucional obedece a que, por un lado, no se trata de un derecho exclusivo para las víctimas, como es el caso también del derecho a la justicia o al trato digno, pero las incluye, y por el otro, es una excepción al precepto que contiene la potestad del Ministerio Público de ejercer la acción penal, consignado precisamente en aquel párrafo segundo del aludido artículo 21.

Con la salvedad también de hacer una interpretación mucho más exhausta de este derecho más adelante, esta posibilidad nunca antes consignada rompe con el monopolio que siempre había tenido el Ministerio Público de ejercer la acción penal y significa una diferencia abismal en lo que se refiere a participación de la víctima en la justicia penal. Se abre la posibilidad de otorgar un protagonismo directo al considerarle como eventual actor de un juicio que, como en materia civil, lo convertiría en parte del proceso mismo, si así lo quisiera prever la legislación secundaria. Esto va mucho más allá de la simple coadyuvancia con el Ministerio Público, por lo que significa un gran logro en materia de víctimas y una evolución importante de la manera en que se han ido consignando sus derechos.

Textualmente, los artículos 17, párrafo tercero; 18, párrafo sexto, y 21, segundo párrafo, todos de la Constitución Federal, a partir de la reforma en comento, quedaron como sigue:

Artículo 17

[...]

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Artículo 18

[...]

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Artículo 21

[...]

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

Esta reforma tuvo como finalidad principal transitar hacia un modelo procesal penal acusatorio; así se evidencia en el contenido del primer párrafo del artículo 20, al establecer que el proceso penal será acusatorio y oral, pero también del contenido en general de los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20, y 21, párrafo séptimo. Lo cual motiva una breve

pero necesaria reflexión respecto a dos cuestionamientos, uno dependiente del otro y que, para el interés de este trabajo, resulta indispensable plantear: primero, si se transita hacia un modelo procesal acusatorio ¿desde dónde se transita?, y derivado de ello, como resulta evidente, si se trata de un modelo centrado, en apariencia, primordialmente en principios que contienen reglas del debido proceso legal a manera de derechos a favor de los inculpados, ¿cómo es que un modelo procesal acusatorio debe beneficiar también a las víctimas o a los ofendidos por el delito?

Para atender a la primera de las interrogantes, esto es, ¿desde dónde se transita?, resulta necesario aludir brevemente a la distinción histórica, de carácter principalmente teórico —no siempre compatible— que se ha hecho entre dos modelos de justicia penal, a los que reconocemos como *sistema acusatorio* y *sistema inquisitivo*. Debemos precisar que se trata de modelos de justicia penal estructurados bajo un modelo de Estado moderno —de derecho— que no cuenta más allá de 200 años de historia; uno, el *inquisitivo*, anclado a una tradición autoritaria, mucho más antigua y, como afirma Ferrajoli, nunca realmente interrumpida,¹⁵ y el otro, mejor correspondido con el modelo de Estado y de Derecho de pretensiones democráticas. No se trata, al parecer en ninguno de los casos, de modelos puros, sobre todo si reconocemos que las bases teóricas de ambos históricamente no se han correspondido en la estructuración de modelos que, en mayor o menor medida, han obedecido a variables legislativas contingentes, determinadas por dinámicas histórico políticas incluso a manera de compromisos. Tendencias que han llevado a considerar instituciones propias de una tradición como válidas dentro de la otra. Por ejemplo, el carácter público y no privado de la acusación propio de una tradición inquisitiva terminó por afirmarse en la época moderna como universalmente válida

¹⁵ L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 41.

en modelos presumiblemente acusatorios. Una distinción elemental, sin embargo, nos lleva a asociar al *sistema acusatorio* con un modelo garantista y al *sistema inquisitivo* con un modelo autoritario. En un intento de caracterización básica de ambos sistemas, siguiendo a Ferrajoli,¹⁶ es distintivo del *sistema acusatorio* la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio; en tanto característico de un *sistema inquisitivo* resulta la iniciativa del juez en el ámbito probatorio, la desigualdad de poder entre la acusación y la defensa y el carácter estricto y secreto de la instrucción. Existen, sin embargo, elementos propios de un sistema de tendencias garantistas presente en modelos más autoritarios y viceversa, por ejemplo la discrecionalidad de la acción penal y la sujeción de los órganos de la acusación de origen acusatorio pero presentes en modelos inquisitivos, o la obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción penal propia de sistemas inquisitivos, pero presente en modelos más garantistas.

Se trata, luego entonces, de sistemas de tendencias en mayor o menor medida garantistas, y de tendencias más o menos autoritarias, lo cual motivó un sinfín de clasificaciones de sistemas de justicia penal a los que se calificó de mixtos. Sin ánimo de entrar al análisis de tales clasificaciones, no siempre homogéneas, habrá que resaltar que los sistemas jurídico penales tienden a caracterizarse con variables de ambas tendencias y, por supuesto, el sistema penal mexicano no es la excepción, por lo que no se podría afirmar, en una reflexión seria —y tratando de dar respuesta a la primera pregunta— que se transita de un modelo inquisitivo a un modelo acusatorio, aunque sí por el contrario que el tránsito se da de un modelo mixto caracterizado por tendencias mayormente inquisitivas hacia un modelo de características principalmente acusatorias y, por ende, más garantista.

¹⁶ *Ibid.*, p. 563.

Aclarado lo cual, en atención a la correlacionada segunda pregunta: ¿por qué este modelo, a partir de ahora reformado, puede y debe resultar más benéfico para la víctima u ofendido por el delito? Respuesta que exige dos acotaciones: primero, que se trata de un modelo cuyo origen es el principio acusatorio de separación entre el juez y la acusación, y como se ha reflexionado ya en líneas atrás, se trata del calificativo que se da a un sistema garantista cuya esencia no es solamente “garantizar” la defensa del imputado sino la consecución de tres principios rectores, a saber: 1) proteger al imputado de la fuerza del Estado que le inculpa —juzga—, 2) proteger al imputado de la venganza de la víctima y 3) proteger a la víctima por la agresión sufrida. Segundo, porque a los sistemas acusatorios se pueden asociar diversos sistemas de garantías y, por tanto, tienden a favorecer no sólo el reconocimiento de derechos y garantías para las víctimas de los delitos, sino su participación directa en el proceso penal merced a principios como el de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, la carga de la prueba y la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes; de ahí la trascendencia de la adición al párrafo segundo del artículo 21.

En este sentido, un modelo procesal penal acusatorio consagra principios indispensables para una justicia más respetuosa de los derechos de los involucrados, tanto víctimas como imputados; por ello, la incorporación de derechos sustantivos y de relevancia procesal, que le permiten no sólo negociar su reparación sino protagonizar la acusación, hacen al proceso penal mucho más compatible y amigable con las necesidades y pretensiones de las víctimas y ofrece mejores posibilidades de consagración y respeto de sus incrementados y mejor elaborados derechos.

Finalmente, la así considerada transición hacia un modelo procesal acusatorio se contiene en los artículos transitorios de esta reforma, que establecen los momentos o pasos en los cuales, de manera paulatina y en el trascurso

de hasta ocho años, irá entrando en vigor. El presupuesto general contenido en el artículo primero transitorio es que el decreto entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación, lo que significa que si esta reforma fue publicada el 18 de junio de 2008, está vigente a partir de día 19 del mes y año citados; sin embargo, el propio artículo establece una serie de excepciones contenidas en el resto de los artículos transitorios. Así, el artículo segundo transitorio establece que el sistema procesal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20, y 21, párrafo séptimo, de la reforma entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente sin exceder el plazo de ocho años, contados a partir de la entrada en vigor del decreto. Para efecto de los derechos de las víctimas, atendiendo a estas disposiciones transitorias, su entrada en vigor depende de los momentos en que la legislación secundaria tanto del Fuero Federal como del Común implementen el sistema de justicia procesal penal acusatorio.¹⁷ En una interpretación estricta de lo previsto en estos artículos transitorios se entiende que los derechos de las víctimas u ofendidos han entrado en vigor en las entidades federativas que tienen ya un modelo procesal penal acusatorio, no así en el resto de la República ni en materia del Fuero Federal. No obstante ello, una interpretación más amplia de los mismos, en cuanto a los derechos de las víctimas se refieren, contenidos en el artículo 20 constitucional, parecería que éstos no dependen necesariamente de la implementación del sistema procesal penal acusatorio para su actualización, lo que significa que bien pueden

¹⁷ Hasta octubre de 2011, nueve entidades federativas presentaron avances significativos en la implementación de la Reforma penal de 2008 y de un modelo procesal penal de tipo acusatorio, a saber: Baja California, Chihuahua, Durango, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Yucatán y Zacatecas. <http://www.setec.gob.mx/reformac2.htm>. 28 de septiembre de 2011.

estar aplicándose ya aquellos que no dependen de un modelo tal.¹⁸

4. Reforma de 2011

La última reforma en la materia que ha tenido la Constitución Federal es con fecha 14 de julio de 2011, la cual modificó tres artículos, a saber: 19, 20 y 73. La modificación a estos tres artículos obedece, como se expresa en la exposición de motivos,¹⁹ al aumento significativo de la vulnerabilidad de millares de personas, principalmente mujeres, niñas, niños y adolescentes, expuestas a ser víctimas del delito de trata de personas, motivado principalmente por el crecimiento significativo de los flujos de personas que en las últimas décadas transitan por el territorio mexicano en su calidad de inmigrantes provenientes principalmente de Centroamérica y que se dirigen a Estados Unidos y a los cuales se suman los mexicanos indocumentados que intentan cruzar la frontera con Estados Unidos, amén de los turistas, visitantes locales y trabajadores temporales.

La trata de personas es sin duda un delito que, además de afectar la libertad, supone un grave riesgo para la vida e integridad de las personas, y qué decir de las terribles consecuencias psicológicas que marcan para siempre la vida de las víctimas. Por ello ha resultado indispensable la construcción de estrategias de combate a este delito y de atención a las víctimas, como el caso de la Reforma a la que ahora aludimos.

Así, la fracción V es la única modificada del artículo 20 al añadir el delito de trata de personas como presupuesto del derecho al resguardo de la identidad de la víctima o el

¹⁸ Lo cual requeriría de una investigación empírica de lo que está sucediendo en la materia en los sistemas procesales de las entidades federativas que aún no han transitado al modelo procesal penal acusatorio.

¹⁹ <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&sm=2&id=7580&lg=60>. 8 de septiembre de 2011.

ofendido por el delito, junto con los de violación, secuestro y delincuencia organizada. Adición que, evidentemente, significa una ampliación de importancia a los derechos de las víctimas, sobre todo si consideramos la gravedad del delito mismo y, sobre todo, su incidencia e incremento al que se ha hecho referencia.

Textualmente, la fracción V del reformado artículo 20 queda como sigue:

Artículo 20.

[...]

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

Se puede concluir de manera preliminar, de este recuento del proceso de incorporación de la víctima en los preceptos legales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que sin duda se ha dado a la víctima un papel más protagónico en la justicia penal. Ello significa, en principio, que se asiste a un sistema de justicia penal más democrático, en tanto las potestades del Estado, a través de sus agencias ejecutoras de la ley penal, han debido ceder potestades para dar paso a un cúmulo más estructurado y desarrollado de derechos para las víctimas u ofendidos por el delito. Ello también ha significado el aumento de obligaciones para quienes operan las instancias de la justicia penal. Restar fuerza —facultades— a las potestades punitivas del Estado y traducirlas en derechos para las víctimas u ofendidos por el delito —como sucede en el caso del aumento de derechos para los inculpados— y, por ende, aumentando sus obligaciones, aleja a la justicia penal mexicana de las variables inquisitivas y la proyecta hacia modelos democráticos más consolidados.

Desde esta óptica, la posición de la víctima ante su agresor, pero principalmente frente a las instancias del sistema penal, es una unidad de medida del desarrollo democrático del sistema de justicia penal y seguramente un indicador del desarrollo democrático del propio Estado —para el caso, México— del que siempre es expresión.

Los derechos incorporados para las víctimas son, como todo derecho consignado en una ley, prescriptivos, más nunca asertivos, en tanto suponen un conjunto deóntico de valores que prescriben lo que debe ocurrir, pero no describen lo que ocurre. Ello significa que los derechos consignados para las víctimas en la Constitución establecen un conjunto de condiciones a satisfacer por el sistema penal, mas no que efectivamente satisface. Es por eso que una vez incorporados los derechos —para el caso los de las víctimas— en el texto constitucional, el camino para lograr su efectividad requerirá, por un lado, que la ley secundaria amplíe y precise su contenido y al mismo tiempo genere las condiciones necesarias para su implementación, y por el otro, que paulatinamente se genere una cultura que motive sensibilidad en la materia.

Sin embargo, medir la efectividad de estos derechos excede las expectativas de este trabajo, no así describirlos e intentar sistematizarlos para su mejor comprensión. Tarea complicada se considera que la propia teoría victimológica²⁰ poco de acuerdo se puso respecto de a quiénes debía

²⁰ La historia de las teorías victimológicas tiene sólo un poco más de medio siglo, por lo que sin duda se trata de una disciplina en construcción; sin embargo, un recuento de los trabajos en la materia nos permitirá conocer el cúmulo de definiciones y tipología victimales casi siempre relacionadas entre sí, pero difícilmente de criterios homogéneos. Para ello sugiero la lectura del libro *Victimología. Estudio de la víctima*, de Luis Rodríguez Manzanera, que compendia de forma muy clara las tipologías victimológicas en su capítulo VII, pero en el resto del capitulado las desarrolla según su condición de vulnerabilidad (3a. ed. México, Porrúa, 1996, pp. 43 y ss.). Por otro lado, un ejercicio básico de interpretación de las tipologías permitirá ver la influencia de modelos teóricos que han marcado el derrotero de la disciplina y, por supuesto, su evolución, donde la amplitud del campo victimológico ofrece un sinfín de matices

llamárselos víctimas y cómo debía clasificárseles según una diversidad de criterios, nunca homogéneos, como grado de participación, condición social, etcétera, lo que no significa que la vaguedad en la clasificación de las propias víctimas impida encontrar criterios homogéneos, al menos teóricos, respecto de sus derechos. No obstante, se debe tener en cuenta que algunos derechos resultan especialmente diseñados para cierto tipo de víctimas, según la gravedad del delito o la condición especial de vulnerabilidad en la que la propia víctima se pudiera encontrar.

III. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS O DE LOS OFENDIDOS POR EL DELITO

Si bien en la primera parte de este trabajo se ha dado seguimiento a la incorporación de derechos para la víctimas, los que principalmente se han consignado en el artículo 20 de la Constitución Federal, lo cierto es que —como también se ha asentado— ello no es privativo de este artículo y que otros, como el caso del referido artículo 21, también de nuestra Carta Magna, se consignan derechos importantísimos que aun cuando de manera expresa no se consideran para ellas, sí las incluyen. Asimismo, se debe tomar en cuenta que los instrumentos internacionales y la legislación secundaria también son fuente de derechos para las víctimas; todo ello hace necesario conocerlos, interpretarlos, sistematizarlos e identificar sus proyecciones y posibles alcances.

ávidos de estudiar y desarrollar. En este sentido sugiero la lectura de *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, *op. cit.*, n. 1, pp. 63 y ss.

1. Clasificación de los derechos de las víctimas. A manera de propuesta

Se ha decidido para efecto de sistematización y también de desarrollo de los derechos de las víctimas de los delitos utilizar tres criterios que permitan identificarlos, diferenciarlos y comprenderlos de mejor manera, a saber: A) por su origen o fuente, B) por su naturaleza y C) por su especialidad. Ello no excluye que una infinidad más de criterios pudieran identificar de mejor manera a estos derechos, ni que todos o la mayoría de estos criterios impacten en todos o en la mayoría de los derechos a relacionar. Se debe considerar también que los derechos humanos son interdependientes, principio que recién se ha incorporado en la Constitución Federal,²¹ lo que significa que existe una conectividad entre el cúmulo de derechos reconocidos universalmente, por lo que no se trata de derechos autónomos, sino de un sistema y, por tanto, unos son fundamento de otros y la violación de alguno supone generalmente la transgresión de al menos otro. Los derechos humanos reconocidos en los sistemas jurídicos se complementan —en tanto sistema— y por lo tanto los reconocidos para las víctimas no son la excepción. Así por ejemplo, el derecho a la justicia se consagrará de mejor manera si se resguarda debidamente la identidad de la víctima y el derecho de impugnar las omisiones del Ministerio Público se ejercerá oportunamente si se satisface el derecho a la asesoría jurídica que informe sobre aquel derecho, sobre las obligaciones del Ministerio Público en la representación de sus intereses y sobre los pormenores de la investigación y los procedimientos. Habrá de considerarse finalmente que los derechos reconocidos expresamente para las víctimas se complementan con otros que no lo son,

²¹ La reforma a la Constitución Federal en materia de derechos humanos de junio de 2011 incluyó en su artículo 1o. —entre otras cosas— la obligación para las autoridades de promover, respetar y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

pero las incluye en tanto personas que son; algunos por su importancia merecen mención aparte, pues al tratarse de víctimas de los delitos exigen un matiz especial, como el derecho a la justicia y al trato digno; otros complementan al resto pero no se les dará una mención individual, por ejemplo el derecho, a la igualdad presente en el ejercicio del resto de los derechos, como el caso del acceso igual y eficaz a la justicia; o el derecho a la información, que cuando de víctimas se trata resulta indispensable la mejor consecución de derechos tales como el poder impugnar las omisiones del Ministerio Público, ejercitar la acción penal directamente y sostener la acusación, exigir la reparación del daño, proteger su dignidad, etcétera.

En atención a todo lo anterior es que esta propuesta de criterios de clasificación de los derechos para su ulterior interpretación debe entenderse, en este sentido, básica.

A. Por su origen o fuente

Los derechos de las víctimas pueden contenerse en los instrumentos internacionales, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en la legislación secundaria, entendiéndose por esta última: códigos penales y procesales, leyes orgánicas, reglamentarias, etcétera.

a) Instrumentos internacionales

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado un vasto trabajo en esta materia respecto de las víctimas, principalmente de violaciones a los derechos humanos —normas internacionales de derechos humanos. La preocupación en la materia se ha centrado principalmente en las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos por crímenes de lesa humanidad, por ejemplo; víctimas de delitos de la delincuencia organizada transnacional, como la trata de personas o los migrantes; y de la responsabilidad

internacional del Estado en materia de reparación derivada del incumplimiento o violación a una obligación internacional en materia de derechos humanos.²² Se debe aclarar que la preocupación, en consecuencia, no sólo se centra en las víctimas de los delitos, sino principalmente en las de violaciones a los derechos humanos, sobre todo si se considera que todos los delitos implican violaciones a los derechos humanos, pero no todas las violaciones a los derechos humanos son delitos.

La preocupación en la materia se refleja en tratados internacionales, declaraciones, principios, informes, recomendaciones, decisiones y jurisprudencia, principalmente, pero habrá que distinguir sólo de manera genérica la naturaleza obligatoria de algunos instrumentos como la de los tratados y la función complementaria de los contenidos de aquéllos, consignada en las declaraciones, principios y demás instrumentos, que recomiendan e indican mecanismos, modalidades, procedimientos o métodos para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos convencionales.

Instrumentos internacionales no vinculantes

En materia especializada de víctimas no existe un tratado internacional en cuanto tal —que obligue—, no así en instrumentos que por su naturaleza no son vinculantes, entre los que destacan: la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder, de 1985 (en adelante: la Declaración), y los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves

²² En este sentido Luis Ángel Benavides, “La reparación del daño a víctimas de violaciones a los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 5, núm. 14, 2010, pp. 13-40.

del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, de 2005 (en adelante los Principios), así como una vasta jurisprudencia derivada de las sentencias de los tribunales internacionales en la materia.²³ También son un referente el Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, del 8 de febrero de 2005 (en adelante, los Principios para la Lucha contra la Impunidad), que considera que el deber de todo Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, y exige que se adopten medidas eficaces para luchar contra la impunidad (Preámbulo). El instrumento contiene principios importantes que suponen derechos para las víctimas y testigos al momento de declarar, para la reparación del daño y acceso a la justicia, entre otros a abordar en líneas posteriores; sin embargo, debe mencionarse la existencia del derecho a conocer/saber la verdad del que deriva la obligación de recordar.

Finalmente, destaca por su contenido en materia de derechos para las víctimas, aun cuando no aplica para nuestra región, la Decisión Marco del Consejo Europeo, Relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.²⁴ En este instrumento destaca el derecho a la mediación penal en el marco del proceso penal,²⁵ tal cual, como un derecho para la víctima, y el derecho a la indemnización en el marco del dere-

²³ Así, por ejemplo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparación del daño a cargo del Estado por el incumplimiento de una obligación contenida en una norma internacional de derechos humanos. Al efecto véase a L. Á. Benavides, *ibid.*, pp. 22 y ss.

²⁴ Fely González Vidosa afirma que este documento relativo al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal ha sido y es objeto de interés por parte de la Comisión Europea que viene organizando —desde su entrada en vigor— diversos encuentros y seminarios para conocer si los Principios contenidos en la Decisión ya han sido incorporados y en qué medida a la legislación nacional de los Estados miembros. “Los derechos de las víctimas contemplados en la Decisión Marco del Consejo Europeo, Relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. Función de los servicios de asistencia a la víctima”, en *Ley y víctima. Panorama internacional*, p. 32.

²⁵ *Cf.* pp. 41 y 82.

cho penal. Asimismo, contiene los derechos a la información y a la comunicación, mismos que en la Constitución Federal no se contienen en cuanto tales, sin embargo, sí se contiene el derecho a la asesoría jurídica, la cual, se podría deducir, los incluye, y el derecho de acceso a la información, pero no como un derecho específico para las víctimas.

Tratados internacionales

Por su parte, diversidad de tratados internacionales a los que México se ha adherido contienen previsiones a manera de derechos para las víctimas, relativos a la protección de su vida privada, seguridad, bienestar físico y psicológico y dignidad, así como para garantizar su participación en los juicios, por ejemplo, en el Estatuto de Roma o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, cuando plasman sus previsiones en materia de acceso a la justicia.

La preocupación internacional también es evidente en materia de víctimas de algunos delitos o de violaciones a los derechos humanos de especial gravedad y que han mostrado formas contemporáneas de victimización a grupos específicos y colectividades, como se muestra en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores; el Protocolo para Prevenir la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, del mismo instrumento internacional.

La reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos da un nuevo sentido al reconocimiento y

protección de los mismos, que se contienen en los tratados internacionales de los que México es parte, además de los consagrados en la propia Constitución.²⁶ Reforma de suma importancia cuando de los derechos humanos de grupos específicos se trata y las víctimas no son la excepción. Estos instrumentos ahora no sólo son fuente de derechos, sino que se les reconoce su estatus de ley suprema, lo cual es trascendente si observamos que los mismos se pueden hacer valer por los mecanismos jurisdiccionales del derecho interno.²⁷

Se debe aclarar, sin embargo, que el artículo 1o. de la Constitución Federal, al consagrar la protección de los derechos humanos de las personas contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, se refiere no a todos los instrumentos internacionales, ya que no todos tienen el carácter de tratado, como es el caso de la aludida Declaración y de los Principios. Si bien la diferencia estriba en la no obligatoriedad de aquéllos a diferencia de los tratados, ello no significa que sea un referente ineludible en la materia y, por ende, fuente indirecta de derechos para las víctimas, máxime si se considera, como se afirmó, que no existe un tratado como tal para las víctimas de los delitos.

b) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En el apartado C de su artículo 20 se contiene una serie de derechos para la víctima o el ofendido, se entiende por el delito, además de una serie de derechos de las personas en general, pero de gran relevancia para las víctimas, como

²⁶ Publicada el 10 de junio y que motivó, entre muchos cambios en materia de derechos humanos, el cambio de denominación del Capítulo I del Título Primero para pasar de “Garantías Individuales” y la modificación al artículo 1o. en el que ahora se habla de “personas” y ya no de “Individuos” y se establece el principio de interpretación conforme a la norma que beneficie mayormente a la persona.

²⁷ Incluida la vía de Amparo, merced a la Reforma a la Constitución, en materia de Amparo publicada el 6 de junio de 2011.

en los artículos 1o., en el que se consagra el derecho al trato digno; el 17, que consigna el derecho a la justicia, o el mismo artículo, como se ha visto, y el 18, en materia de justicia alternativa, y el 21, que prevé la acción privada para la materia penal.

c) La legislación secundaria

Es la legislación secundaria la encargada de desarrollar los preceptos constitucionales, precisándolos, dándoles contenido y también ampliándolos, pero siempre respetando los parámetros impuestos en estricto respeto a la jerarquización de las leyes. Así, los códigos penales, principalmente los procesales, tienen la responsabilidad directa de no sólo considerar a estos derechos y precisar su contenido, sino de generar las condiciones jurídicas necesarias para su debida implementación y ejecución; importantísimo si recordamos que estos códigos estructuran y dan vida a los sistemas de justicia penal. En México, sin embargo, casi las dos terceras partes de las entidades federativas han elaborado legislación especializada en materia principalmente de protección y atención a víctimas del delito, creando en la mayoría de los casos instituciones especializadas en su atención, además de fondos —a manera de fideicomisos— para su asistencia y reparación básica. Existe además en todas las entidades federativas, al menos una ley especializada en materia de grupos vulnerables que contiene derechos específicos para determinado grupo de víctimas según el delito de que se trate y/o su condición de vulnerabilidad. Se encuentran vigentes, principalmente, leyes referidas a violencia contra las mujeres, de violencia familiar y en materia de tortura. Destaca también la existencia de leyes de justicia alternativa en al menos la tercera parte de las entidades del país y el surgimiento incipiente de leyes de justicia restaurativa.

B. Por su naturaleza

Por su naturaleza, los derechos de las víctimas pueden ser sustantivos o adjetivos, lo que si bien atiende a una clasificación básica del derecho en general, en materia de víctimas trasciende en tanto que muchos de los derechos para ellas consagrados fueron especialmente creados para el procedimiento penal, lo que requiere de ciertas precisiones. Por un lado, parece claro que el reconocimiento tácito de la vulnerabilidad de la víctima o el ofendido frente al propio sistema penal y quienes le operan queda de manifiesto ante la creación de derechos adjetivos que le protegen de los abusos y, sobre todo, las omisiones de quien tiene la obligación de representarle, atenderle y protegerle. Es el caso por ejemplo de los derechos a recibir asesoría jurídica, a coadyuvar con el Ministerio Público y a impugnar ante la autoridad judicial, entre otros, las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos. Por otro lado, muchos de estos derechos de relevancia procesal resultan indispensables, como lo es en esencia la razón de esta clasificación, para la consecución de los derechos sustantivos consagrados, como por ejemplo el derecho a que se le haga justicia y el derecho a la reparación del daño.

Estas reflexiones motivan a considerar una subclasificación de los derechos de naturaleza adjetiva o procesal, en tanto la víctima los requiere para: a) su protección ante el Sistema de Justicia Penal, b) su protección ante el imputado —eventualmente su agresor— y c) la consecución de sus derechos sustantivos.

C. Por su especialidad

Los derechos de las víctimas si bien son principalmente genéricos, lo que significa que se refieren a las víctimas en general del delito no importando la naturaleza del mismo, ni su condición de vulnerabilidad, lo cierto es que algunos

derechos para las víctimas han sido consagrados en atención a la naturaleza misma de la afectación, que tiene un nexo indisoluble con el delito mismo y que reviste condiciones de afectación grave y sistemática de los bienes jurídicos de las víctimas. Estos derechos suelen contenerse en leyes especialmente creadas para determinados grupos en condiciones de vulnerabilidad, como los menores, las mujeres, los detenidos, etcétera. Todo lo que lleva a concluir que bajo esta categorización se pudiera derivar una subclasificación que atienda ya sea al tipo de delito o bien a la condición generalmente vulnerable de la víctima; sin embargo, debido a la vinculación aparentemente indisoluble entre cierto tipo de delitos y la condición de vulnerabilidad de la víctima, se debe anticipar que difícilmente se encontrará algún derecho para la víctima en el que se pueda separar la naturaleza del delito mismo y la condición de vulnerabilidad de la propia víctima. La adopción de variables en este tipo de leyes —nacionales o internacionales— que impacten, en su caso, en las legislaciones secundarias y que ayuden a garantizar los derechos de víctimas en condiciones de vulnerabilidad —de la especialidad de aquellas— pueden resultar indispensables. Así por ejemplo, no dar valor probatorio pleno a las confesiones, u otorgarlo bajo el cumplimiento de estrictos requisitos, ayudará sin duda a evitar o disminuir torturas y velar en consecuencia por la seguridad, integridad y dignidad de eventuales víctimas del abuso de poder,²⁸ sobre todo si consideramos que en modelos procesales tradicionales de corte principalmente inquisitivo la confesión fue vista durante siglos como la

²⁸ Una noción de víctimas del delito, acorde con la teoría victimológica actual y con el derecho internacional de los derechos humanos, considera a las víctimas del abuso de poder, no importando su cualidad de imputado ante la justicia penal; así, por ejemplo, las víctimas de tortura.

prueba por excelencia y en materia procesal constituyó un axioma el valor absoluto de la confesión.²⁹

La idea de especialización de las leyes debe de marcar su esencial diferencia con las leyes especiales que proscriben la Constitución; mientras que éstas significan un atentado a la igualdad —también las honrosas excepciones que la propia ley establece—, aquéllas pretenden contribuir a la igualdad en el acceso y disfrute de los derechos consagrados para todos, pero que, por las naturales diferencias físicas o sociales, colocan a ciertos grupos en desventaja.

La igualdad de derechos es un presupuesto jurídico idóneo para garantizar que las leyes no discriminen a las personas por su condición, pero insuficiente para abatir las desigualdades sociales propiciadas principalmente por las diferencias económicas y agravado por la vulnerabilidad de ciertos sectores de la población en condición de desventaja.

Así, las discapacidades, la edad, el género, el origen, la salud, la ideología y las preferencias son sólo ejemplos de una larga lista que coloca a las personas en posición de desventaja respecto de los demás y, por ende, en condición de víctimas de un sistema social que generalmente no les considera. Ello produce dos consecuencias claras y un sinnúmero de procesos de victimización difíciles de sistematizar. Por un lado, la imposibilidad material de acceder al disfrute y goce de ciertos derechos cuando la sociedad y los gobiernos —principalmente— no han sido capaces de generar condiciones que ayuden a ello. Piénsese, por ejemplo, en las dificultades que supone el ejercicio básico de la libertad de transitar y desplazarse de un lugar a otro para quienes tienen una discapacidad motriz, o las dificultades que implica elegir libremente un trabajo para quienes sus discapacidades le impiden el desarrollo de habilidades atractivas en el

²⁹ En este sentido Raúl Plascencia Villanueva, “Los derechos humanos y las víctimas del delito en el procedimiento penal”, en Mario Álvarez Ledesma, coord., *Derechos humanos y víctimas del delito*, p. 176.

mercado laboral; ejemplos sólo de una interminable lista que son consecuencia clara de una cultura política y social aún poco consciente y consecuencia clara de permanentes violaciones a los derechos humanos —generalmente por omisión. Por el otro lado, las condiciones de vulnerabilidad propician acciones discriminatorias que afectan la dignidad y que en la mayoría de los casos constituyen delitos.

Luego, las causas de vulnerabilidad que ponen en desventaja a quienes las tienen para el goce de sus derechos son también condición atractiva para la comisión delictiva —inclúyase aquí el abuso de poder—; esto es, hace a estas personas poco resistentes a las violaciones a los derechos humanos y al delito mismo.³⁰ El derecho penal no se ha mostrado ni por mucho como un instrumento idóneo para atender —tampoco abatir— esta problemática, ya que si se considera que su apuesta siempre ha sido a la tipificación de conductas y a su consideración de gravedad³¹ y se recuerda que ello no es más que causa de un derecho penal represivo cuyas potestades han sido generalmente ampliadas por quienes, en ejercicio de una política criminal mal entendida, han recurrido siempre a decidir qué —muchas— conductas deben ser prohibidas y cuáles de ellas —generalmente, también muchas— deben ser calificadas de graves, se entenderá el lógico proceso expansivo de las potestades punitivas que irremediablemente se traduce en abuso constante del poder y en victimización de aquellos a quien paradójicamente se quiere proteger, pero que por su también condición de vulnerabilidad acaban siempre poblando las

³⁰ Distíngase en que si bien no todas las violaciones a los derechos humanos constituyen delitos, en atención al modelo de justicia penal de que se trate, sí —prácticamente— todos los delitos significan afectación —en muchos de los casos graves— a los derechos humanos.

³¹ Recuérdese que la determinación de qué conductas deben ser consideradas delitos y cuál debe de ser su gravedad no es más que una decisión de quien tiene la potestad de hacerlo y por tanto sólo una calificación de las conductas para las que se prevén consecuencias punitivas.

cárceles o —según el supuesto— sobrevictimizados. En consecuencia, las políticas expansivas de la potestad punitiva, que insisten en contrarrestar la cada vez más preocupante capacidad para delinquir, se han mostrado no sólo incapaces de lograrlo, sino que además han redundado —históricamente— en violaciones constantes a los derechos humanos por abuso de poder y ello, aunque no siempre —o casi nunca— se denuncie, también es delito.

Tales circunstancias, sin embargo, no son las únicas, también han impedido —o por lo menos retrasado— el advenimiento de políticas públicas no punitivas que atiendan la problemática y abatan esos procesos de victimización. Esta tarea la empiezan a cumplir —aun de manera tardía— las leyes especializadas en materia de grupos vulnerables, de entre las cuales las víctimas de los delitos no son la excepción.

Cuando se trata de procesos de victimización se debe considerar no sólo a las víctimas de los delitos sino a las de violaciones a los derechos humanos que las incluyen y a su vez hacer énfasis en que quienes devienen víctimas son generalmente gente en condición vulnerable, y que su poca resistencia al delito y al abuso de poder les impide no sólo resistir la agresión y reaccionar a ella —por supuesto denunciando, coadyuvando o sosteniendo la acusación—, sino que además les hace más atractivas para la comisión delictiva.

La tarea para las leyes especializadas no es, en este sentido, fácil, pues deben propiciar las condiciones que permitan abatir las desventajas para un efectivo goce de los derechos, a la par de hacerles más resistentes al delito y potenciar su capacidad de reaccionar al mismo.³²

³² Esto debe considerarse también política criminal, en el entendido de que no es política criminal sólo las políticas punitivas —generalmente expansivas—, sino también otras, como las que se enuncia y a las que se puede calificar de política victimológica.

Según lo argumentado, la condición de vulnerabilidad hace de las personas víctimas del sistema social —por decir lo menos— y las convierte en potenciales víctimas del delito y del abuso del poder. Luego, las leyes especializadas para grupos vulnerables como política pública para abatir las desigualdades y proteger su dignidad es una estrategia indispensable para acabar con la victimización. Inercia que ha sido propiciada e impulsada por el derecho internacional de los derechos humanos que, desde el advenimiento de la Declaración Universal, ha centrado sus esfuerzos en la dignidad humana para la consecución real de la igualdad entre las personas. Estas leyes no están diseñadas tanto para las víctimas de los delitos y de las violaciones a derechos humanos como por su potencialidad de devenir tales, lo que las coloca en el centro de interés para el tema de prevención de la victimización; tal es el caso de las leyes para la protección de los derechos de los niños, de los adultos mayores, de las personas discapacitadas, etcétera. Otras leyes de este tipo sí centran sus esfuerzos en cierto tipo de víctimas, como las creadas para prevenir y proteger a las mujeres de la violencia familiar y de pareja, las creadas para prevenir el delito de trata de personas y proteger a las víctimas de este delito y, en el mismo sentido, la ley para las víctimas del secuestro y las que tienden a prevenir y combatir la tortura y proteger, por ende, a las víctimas de este delito producto del abuso del poder.³³

Al margen del análisis, comentarios y críticas que se pudieran hacer a este último grupo de leyes, no pocas veces construidas bajo tendencias expansivas e irremediablemente represivas, otro grupo de leyes especializadas ha centrado sus esfuerzos y expectativas en las víctimas de los delitos y, por ende, en sus derechos. Este grupo de leyes, como el caso de las anteriores, asumen denominaciones diversas

³³ Todas estas leyes se enuncian por el tema que abordan y no en virtud de su exacta denominación.

pero bastante homogéneas en la mayoría de los casos; en la República Mexicana son sólo un poco más de la mitad de las entidades federativas las que tienen una ley especializada en materia de atención, protección y apoyo a las víctimas u ofendidos por el delito,³⁴ mismas que motivan para esta ocasión mis comentarios y reflexiones.

Muchas de las leyes de atención protección y apoyo para las víctimas tienen algunos años de existencia; algunas de ellas han debido modificarse para actualizarse y armonizar con la reforma a la Constitución Federal en materia judicial de 2008, que en la materia amplió, de manera considerable, el número de derechos consagrados para las víctimas o los ofendidos por el delito. Es el caso de la Ley de Atención y Apoyo a la Víctima y al Ofendido del Delito en el Estado de Guanajuato, por ejemplo, de 2006, pero recientemente reformada para incluir, entre otras variables, el derecho a ejercer la acción penal particular (artículo 8, fracción IV), derecho considerado por la reforma. Sin embargo, el análisis de las leyes no es tan prometedor; existen incongruencias entre éstas y los códigos procesales penales mediante los cuales los derechos se hacen efectivos.

Se puede deducir que el nombre utilizado para denominarlas en el país tiene tres comunes denominadores: apoyo, atención y protección, lo cual hace suponer que las expectativas son principalmente de tipo asistencial; lo que parece ser su naturaleza jurídica. La mayoría de éstas —sino es que todas— prevén mecanismos de apoyo económico como fondos y fideicomisos, además de los de asistencia centrada en el apoyo médico, psicológico y jurídico, pero también, para algunos casos, de tipo social, lo que constituye una diferencia importante —y también una novedad— en algunas de estas leyes (Guanajuato y Campeche, por ejemplo).

³⁴ <http://www.cndh.org.mx/node/588> es el vínculo fuente de la información para el análisis y comentarios de este trabajo, donde se contienen las leyes especializadas en materia de víctimas del delito. 15 de noviembre de 2011.

Son fuente, sin duda, para incluir más derechos y precisar —también ampliar— el contenido de los ya reconocidos por la Constitución Federal, la local —si es que los incluye— y los códigos de procedimientos penales. Así por ejemplo, el derecho a otorgar su consentimiento para que les sean practicados exámenes físicos o mentales, a recibir servicio de intérprete de así requerirlo por no conocer el idioma —pertenecer a un grupo étnico, por ejemplo, o tener alguna discapacidad—, o ser asistidos por personal de apoyo especializado en cualesquiera de los actos procesales en lo que haya de participar.

Son además idóneas para articular, en favor de la víctima, el cúmulo de servicios —derechos— de tipo social que las instancias públicas de los gobiernos ya prestan a la población, como los de salud, educación, desarrollo social, etcétera. Para lo cual algunas de estas leyes crean órganos a manera de Consejos para sugerir, dar seguimiento y vigilar el buen cumplimiento de las atribuciones —obligaciones— consignadas para las instituciones y sus servidores públicos en la ley.

Otro grupo de leyes como las que se comentan han sido creadas para dar contenido a una fórmula que en materia penal cobra una connotación e importancia especial, se trata de las leyes de justicia alternativa que centran sus expectativas en la mediación/negociación de los conflictos. Éstas, si bien tampoco son privativas de las víctimas, también las incluye y se convierten en un mecanismo alternativo a los procesos penales.

En el estado de Campeche destaca por su denominación, respecto del resto, y por su contenido, la Ley que Establece el Sistema de Justicia para las Víctimas y Ofendidos del Delito. Al parecer se trata de una de las mejores leyes especializadas en tanto respeta mucho su naturaleza y se erige como complementaria de las leyes penales y procesales. Su objeto, reflejo de aquella naturaleza, queda muy bien definido en tres grandes rubros —fracciones del artículo 1o.,

consistentes en: 1) establecer y garantizar el goce y ejercicio de los derechos y medidas de atención y protección de las víctimas, 2) conformar las bases de la organización y funcionamiento del sistema de justicia para las víctimas que les permita el acceso a los servicios de asesoría jurídica y asistencia médica y 3) complementar las normas sobre reparación del daño. En ella se define quién es víctima y ofendido y conceptualiza, de forma no limitativa, a los denunciantes y testigos como sujetos protegidos en tanto su colocación de vulnerabilidad para ser afectados. Aclara también, como se hace en la mayoría de las leyes de la materia, que la calidad de víctima u ofendido es independiente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al responsable. Esta Ley, para su primer objeto, enlista derechos a los que llama derechos procesales, lo cual es novedoso en una ley y es exhaustiva al relacionarlos; los distingue de los derechos en materia de atención médica y de los de reparación del daño y pago de perjuicios a los que relaciona en secciones diferentes —a cada uno. La Ley tiene la virtud de estructurar de manera ordenada lo que llama sistema de justicia para las víctimas y ofendidos por el delito, al que integra con instituciones públicas y privadas, de asistencia social y fundaciones, además de crear un Consejo encargado de recomendar, proponer criterios, políticas, programas, estudios, modificaciones a las leyes y reglamentos, etcétera, en la materia; participar de las acciones, coordinarlas y por supuesto vigilar y darles seguimiento. Esta Ley dedica dos apartados para las medidas de atención y protección a la víctima y para los apoyos económicos y su otorgamiento, apartados que remiten al Instituto de Acceso a la Justicia del estado de Campeche, y destaca la obligación contenida para el Ministerio Público de informarse sobre la situación económica de la víctima e informarlo al Instituto. Finalmente, la Ley establece un apartado de infracciones y sanciones principalmente para el Ministerio Público y para el personal que preste servicios médicos; destacando el que se considere como infracción y,

por tanto, motivo de sanción, el que el Ministerio Público omita recabar de oficio y presentar al juzgador las pruebas que tiendan a la comprobación de los daños y perjuicios causados por el delito.³⁵

2. Los derechos de las víctimas: sustantivos y procesales

Como se ha anticipado que los derechos humanos de las víctimas de los delitos encuadran al menos en dos de los criterios de clasificación propuestos, se utilizará como referente y sólo por principio de orden el criterio que atiende a su naturaleza, esto es, al segundo de los criterios, lo cual no significa —para los efectos de este trabajo— que tenga más relevancia o jerarquía que cualquiera de los otros dos, sino que obedece, a diferencia de los otros dos, a la esencia misma del derecho y no a la clase o tipo de ley en el que se encuentra, esto es, la especialidad y el rango del instrumento legal que le contiene.

Así, atendiendo a su naturaleza, los derechos de las víctimas de los delitos pueden ser sustantivos o adjetivos. Una distinción básica y general respecto del derecho sustantivo y el derecho adjetivo es que el primero contiene los derechos subjetivos en cuanto tal y el derecho adjetivo las for-

³⁵ Mención obligada requiere la Ley que establece el Instituto de acceso a la justicia del estado de Campeche, que complementa a la de justicia a víctimas comentada y a la ley procesal de la materia. Esta ley tiene por objeto crear al Instituto y éste a su vez garantizar el ejercicio del derecho a la defensa y de acceso a la justicia de quienes tengan la calidad de víctimas, ofendidos, indiciados o probables responsables de delitos, beneficiarios de la reparación del daño o indemnización, acreedores alimentarios o personas en situación de pobreza, exclusión o vulnerabilidad social. El Instituto es el encargado de asesorar, gestionar y canalizar acciones en beneficio de ellos y les crea un Fondo de apoyo. La ley dice que los sujetos beneficiados del Instituto son los campechanos por nacimiento o vecindad, lo que excluye a quien sólo pase por ahí, sin estar vecindado. Lo cual no deja de llamar la atención. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Campeche/wo65365.pdf>. 8 de noviembre de 2011.

mas —los procedimientos— para hacer valer aquellos derechos.

A. Los derechos sustantivos

Los derechos son sustantivos en esencia, sin embargo, pese a esta generalidad, los propios sistemas jurídicos han debido incorporar a manera de potestades, reglas a las que se denomina del debido proceso legal, para garantizar la consecución de los derechos sustantivamente consagrados. Desde esta perspectiva los derechos sustantivos suponen el eje rector de los derechos procesales, esto es, la esencia a respetar no importando el momento procesal y la meta a alcanzar. Así, los derechos sustantivos son: a) a que se le imparta justicia, b) al trato digno, c) a que se le preste atención médica y psicológica de urgencia, d) a la reparación del daño y e) al resguardo de su identidad y otros datos personales.

a) El derecho a que se le imparta justicia

El derecho a la justicia

Está garantizado por la Constitución Federal 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— al 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 que 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 ésta 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 sólo 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.³⁶ La cuestión a debate no es menor, sin embargo, si se considera que la pena al agresor 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:³⁷

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

³⁶ Cornelius Prittwitz, “La resurrección de la víctima en la teoría penal”, en Bernd Shünemann, *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, p. 76.

³⁷ 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 éste, una muy intensa y elocuente manera de mostrar al público qué significa ser víctima. *Ibid.*, pp. 61 y ss.

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 él —derecho protector—, castigarlo permite al Estado cumplir su obligación hacia la víctima para restablecer su creencia en el derecho”.³⁸ Para Klaus Günther,³⁹ 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.⁴⁰ El autor en cita hace énfasis en que las víctimas, sobre todo de delitos contra su integridad, comprenden un acto simbólico-expresivo de humillación 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 —aún 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.

³⁸ Esta afirmación de Reemtsma no es más que el fin atribuido a la pena de prevención general positiva. Cf. *infra* n. 109.

³⁹ Citado por C. Prittowitz, *op. cit.*, n. 36, pp. 80 y ss.

⁴⁰ El derecho internacional de los derechos humanos utiliza estas categorías como contenido del derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos contenidos en las normas internacionales.

El acceso a la justicia

Es sin duda un derecho esencial para las víctimas; se trata, sin embargo, de un derecho humano no contenido en el apartado C del artículo 20 de la Constitución y por tanto tampoco considerado *ex profeso* para ellas; no así en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder, que prevé en su punto número 4 el derecho al acceso a los mecanismos de justicia y en su punto 6 asienta que se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas. En este numeral 6, explica en subsecuentes incisos lo que debe suponer tal adecuación, enumerando, en síntesis, presupuestos como el ser informada, que se le permita opinar y manifestar sus preocupaciones, asistirle durante el proceso, adoptar medidas para minimizar las molestias y proteger su intimidad, evitar demoras innecesarias y utilizar mecanismos de solución de controversias.

Evidente resulta que el derecho a la justicia no era necesario incluirlo de manera expresa para las víctimas, en tanto se encuentra debidamente consagrado en el artículo 17 de la Constitución Federal para todas las personas y ello no excluye a las víctimas; por otro lado, la prescripción del punto 6 aludido respecto de la adecuación de los procedimientos a las necesidades de las víctimas, ésta se encuentra considerada a manera de derechos específicos, principalmente, en las fracciones del apartado C del artículo 20.

Sin embargo, el acceso a la justicia puede ser más complicado para unas personas que para otras, circunstancia que lleva a deducir con facilidad que las víctimas generalmente tienen más dificultades de acceder a la justicia por sus condiciones de vulnerabilidad, tanto del delito sufrido, como las que seguramente tenían antes de éste. Luego, el presupuesto trasciende para las víctimas en tanto derecho a acceder a la justicia, como lo prevé la Declaración y tam-

bién los Principios al hablar de acceso igual y efectivo a la justicia. Para un acceso efectivo a la justicia es importante conocer sobre las afectaciones sufridas y los mecanismos para su reclamo —lo que relaciona a este derecho con el derecho a asesoría jurídica—, asimismo implica la protección a su intimidad, a injerencias ilegítimas, intimidaciones o represalias que afecten su integridad, seguridad y privacidad, además de contar con la posibilidad de interponer recursos en contra de las acciones u omisiones ilegales en el desarrollo de los procedimientos —lo que lo vincula con el derecho a interponer recursos por las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, desistimiento o suspensión del procedimiento.

El derecho de toda persona a que se le administre justicia por los tribunales expeditos para hacerlo en los plazos y términos fijados por la propia ley, emitiendo resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, es un derecho humano que garantiza la libertad de acudir ante los tribunales y reclamar lo que se considera en Derecho corresponde. Es un derecho de acceso a la jurisdicción y a obtener respuestas en los términos que el propio precepto constitucional establece. El artículo 17 constitucional por supuesto que no distingue entre las materias del reclamo que determinará la especialidad del tribunal que cumplirá con la prescripción legal, pero en materia penal el cumplimiento de este derecho reviste ciertos matices al tratarse de una materia que es rama del derecho público interno y en donde los intereses del propio Estado están en juego. Habrá que distinguir aquí entre los fines de la justicia penal de una fórmula mixta de tendencias abiertamente inquisitivas como la que ha imperado en México —con instituciones como la del monopolio de la acción penal reservada sólo para el Ministerio Público, o sea el propio Estado—, donde la defensa de la sociedad mediante la preservación del orden jurídico es el referente y en el que la víctima no tiene cabida, y una justicia

penal más democrática en la que las expectativas de justicia y la preservación del orden jurídico suponen la preservación misma de los derechos de los imputados y de las víctimas, lo que significa garantizar la condena para el imputado, la absolución para el inocente y restitución a la víctima. Si ello sucede, entonces el atributo de justicia completa, exigido por el precepto constitucional en comento se considerará cumplido.

Atributos de la justicia

De suma relevancia en materia penal son los atributos asignados a la justicia, y cuando de derechos para las víctimas se trata el atributo de *prontitud* resulta esencial. Una justicia pronta significa una justicia que cumple en tiempo y forma con los plazos establecidos por las normas, ello debe dar tiempo a quien acusa para demostrar su acusación, incluso si es la víctima quien directamente acusa, al imputado y su defensor para integrar debidamente su defensa y a quien juzga para lograr certeza y convicción en sus resoluciones. Por ello los plazos legales no deben ser arbitrarios, sino que deben mantener el justo equilibrio entre la celeridad necesaria y el tiempo suficiente para la protección de los valores jurídicos en juego.

Si la expresión vale, el tiempo es oro para las víctimas, en tanto un proceso largo y complicado difícilmente se traducirá en sentencias condenatorias de convicción sustentable, y más aún, alejan la posibilidad de una reparación —cuando ésta dependa de la sentencia— oportuna que mitigue no sólo el sufrimiento apremiante de la víctima, sino que le permita hacer frente a su de por sí acuciante condición, en la mayoría de los casos, de vulnerabilidad. Los juicios tardados suelen ser por sí mismos, paradójicamente, victimizantes; idas y venidas a los juzgados muchas veces innecesarias suelen afectar la economía de las víctimas, y qué decir del desgaste emocional que supone el pro-

ceso mismo, independientemente de las secuelas y afectaciones sufridas por la agresión. Habrá que distinguir, sin embargo, entre las dilaciones justificadas, por ejemplo las motivadas por la dificultad para allegarse de pruebas, y las provocadas por la defensa con el fin claro de retrasar los procedimientos apoyándose para ello de tecnicismos legales y la dilación no poco común causada por las cargas de trabajo, la negligencia en la función o por causas de corrupción. Por todo ello, difícil resulta, y no siempre ilegal, el que existan procedimientos cortos donde la justicia para las víctimas además sea oportuna, de ahí la trascendencia de las alternativas que un modelo como el originado a partir de la Reforma Constitucional del 2008, de corte acusatorio, estructuran para una pronta reparación del daño.

Contrario a una justicia pronta, dilaciones y omisiones en la procuración o la administración de justicia, motivan prescripciones tanto para acusar como para sancionar, lo que evidentemente afecta el derecho a la justicia en sí. Interesante resulta por ello lo provisto en los Principios para la Lucha contra la Impunidad, que contienen medidas restrictivas a determinadas normas del derecho que se justifican por la lucha contra la impunidad, lo que amerita especial reflexión si consideramos que ellas pueden suponer restricciones a los derechos de los imputados; destaca en materia de víctimas el Principio 23 que contiene restricciones a la prescripción, por el que establece que ésta, en lo que respecta tanto a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el periodo en que no existan recursos eficaces contra esa infracción —de omisión—, además de que no se deberá aplicar a los delitos graves conforme al derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles.

El segundo atributo en la impartición de justicia establecido en la Constitución Federal es el de *completa*, el cual exige por un lado el despliegue puntual por parte del Tribunal de todas las potestades y obligaciones en estricto apego a las predicciones legislativas en materia procesal, y por el

otro, el respeto irrestricto a los derechos de los involucrados. Todo ello supone el despliegue de una función pública apegada a las reglas del juego, sin omisiones ni acciones arbitrarias. Capaz, en un modelo acusatorio de justicia, de demostrar la culpabilidad del imputado mediante pruebas convincentes obtenidas en estricto apego a la legalidad. Significa también el respeto pleno a los derechos de los imputados, para que puedan ejercer su derecho de defensa para refutar las acusaciones e incluso probar su inocencia —sin que ello sea una obligación. Supone, asimismo, el respeto a los derechos consagrados para las víctimas, que les permita participar del procedimiento de acuerdo con sus necesidades y posibilidades, a presentar las pruebas que estén a su alcance y, en general, a ser escuchados y que sus manifestaciones sean consideradas, y por supuesto, a que se les repare su daño. En congruencia con lo previsto por la Constitución Federal en su artículo 20, apartado A, fracción I, la justicia será completa en tanto se cumpla el objeto del proceso penal previsto en esta disposición; esto es, se esclarezcan los hechos, se proteja al inocente, que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. En un modelo de justicia de corte garantista —como se ha presumido es el mexicano— la justicia completa depende del cumplimiento de los objetivos planteados para un modelo tal, los que se han ya enunciado en correspondencia, como también se afirmó, con las predicciones de la fracción, apartado y artículo en comento.⁴¹

Finalmente, la *imparcialidad*, como atributo de la justicia en general, nos lleva al análisis de la independencia en las decisiones de los tribunales y los fallos de los jueces en estricto respeto a la división de poderes. Tiene que ver sin duda con la forma de elegir a los jueces, su estabilidad, re-

⁴¹ Cf. *supra* p. 8.

muneración y responsabilidad ética;⁴² sin embargo, en materia penal, la imparcialidad tiene una lectura especial, toda vez que se trata de un proceso en el que el propio Estado, que estructura la administración de justicia como servicio público —y cumple con la función de administrar justicia, obligación generada a partir de la consagración de este derecho para las personas—, también es parte acusadora y, en consecuencia, del que la víctima no necesariamente es parte. De ahí la trascendencia de distinguir entre un procedimiento si bien mixto pero de arraigo inquisitivo, donde el Estado acaba siendo juez y parte, e inclinar —al menos con el riesgo siempre latente— la balanza de los intereses hacia su lado en detrimento no sólo de los intereses de quien juzga, sino los de la propia víctima; y uno de corte acusatorio, como el motivado por la Reforma, en el que la víctima puede ser parte en el procedimiento y generar el contrapeso respecto del inculpado, ante la certeza de una justicia mucho más equilibrada y, por ende, imparcial.

En un modelo democrático de justicia los intereses de los involucrados, tanto imputados como víctimas, deben estar por encima de los intereses del propio Estado, en tanto eso suceda nos habremos alejado en definitiva de las inercias inquisitivas que tanto se han arraigado en la tradición penal mexicana y se estará más cerca de las expectativas de una justicia pronta, completa e imparcial, como lo prevé la Constitución Federal.

La libertad de denunciar

Queda claro que el derecho a la justicia y todo lo que ello implica —como se ha visto— se traduce en la obligación del Estado —también acotada líneas atrás— de instrumen-

⁴² Héctor Fix-Fierro, “Artículo 17. Comentario”, en Miguel Carbonell, coord., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, t. I, p. 228.

tar y administrar la justicia. Queda sólo en el tintero reflexionar sobre la libertad de la víctima de decidir denunciar ante las instituciones públicas al efecto creadas, lo que requiere de ciertas precisiones: el derecho penal, de naturaleza pública, excluyó a la víctima del escenario penal por muchas décadas, luego entonces fue “normal” que en ese lapso todos los delitos se persiguieran de oficio y el papel de la víctima se reducía a llevar la *notitia criminis* más bien en calidad de testigo. La incorporación de derechos para la víctima trajo en legislación secundaria modalidades conciliatorias al establecerse la fórmula de los delitos de querrela, en las que más que decidir denunciar, la decisión estribó en otorgar o no el perdón a su agresor y obtener de él la reparación del daño sufrido. Implícita en esta decisión se encontraba —aún se encuentra— el derecho de terminar con el procedimiento y, por lo tanto, con la causa. Esta libertad no es —ni será— diferente en las fórmulas alternativas de solución de controversias y en el ejercicio de la acción privada, de reciente incorporación. Pero la libertad misma de decidir denunciar es un derecho implícito de las víctimas no contenido como tal —por supuesto— en texto alguno, pero sí deducido al no existir —por no ser viable— obligación para ello. Se trata de un derecho subjetivo de libertad del que la víctima hace uso, atendiendo a múltiples variables que en materia de política criminal y, sobre todo, política victimológica se deben considerar. La *cifra negra* de la criminalidad, consistente en el cúmulo de delitos que no llegan a conocimiento de la justicia penal, porque la víctima no quiso o no pudo denunciar, es muestra evidente del ejercicio de esta libertad. El porcentaje siempre suele ser mucho mayor al de los delitos que sí se denuncian.⁴³ Ese porcentaje es reflejo, entre muchas otras cosas, de la desconfianza

⁴³ En México, según cifras del ICESI, para el año de 2008 la media nacional de delitos no denunciados (cifra negra) fue de 78 %. http://www.icesi.org.mx/documentos/estadisticas/estadisticas/denuncia_y_cifra_negra.xls. 19 de septiembre de 2011.

que hay en el sistema de justicia penal, lo que no es menor si consideramos que ello —amén de generar mucha impunidad— también es fruto de los efectos sobrevictimizantes que la justicia penal supone para las víctimas. No se les puede obligar a sujetarse a un proceso largo y victimizante de resultado incierto. Un aumento en las denuncias puede significar más que el delito haya aumentado, que la *cifra negra* haya bajado⁴⁴ merced a la decisión de las víctimas de hacerlo en un eventual, pero no por ello improbable, aumento en la confianza del sistema; más probable —parece— por lo atractivo que pueden resultar los mecanismos alternativos de justicia para la obtención de una reparación pronta y la fórmula de la acción privada.

b) El derecho al trato digno

Por definición, supone el derecho a contar con condiciones materiales y un trato acordes con las expectativas de un mínimo de bienestar generalmente aceptadas por los miembros de la especie humana.⁴⁵ Este derecho tiene una importante conexión, entre otros, con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, por ejemplo. Sin embargo, también se fundamenta en la libertad y los de derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, como derecho humano que es, el trato digno supone por un lado la obligación para los servidores públicos de omitir conductas que signifiquen trato desigual y discriminatorio, tales como humillaciones, vejaciones y, por el otro, de llevar a cabo conductas para generar las condiciones necesarias que signifiquen un mínimo de bienestar para una persona o grupo de personas en alguna situación concreta, incluso de vulnerabilidad.⁴⁶

⁴⁴ De ello dan cuenta John Lea y Jock Young en *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, p. 24.

⁴⁵ Enrique Cáceres Nieto, *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, p. 488.

⁴⁶ *Idem.*

La dignidad como derecho humano es ampliamente consagrada y protegida por la legislación internacional: la Declaración Universal de Derechos Humanos inicia prescribiendo que todo ser humano nace libre e igual en dignidad y derechos; prevé, asimismo, que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción de alguna raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. En el mismo sentido otros instrumentos internacionales más, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual habla de igualdad ante la ley sin distinción de raza, sexo, idioma, etcétera.

La dignidad humana cobró un sentido específico a partir de la generación de estos instrumentos universales producto de la reflexión profunda a la que habría obligado la crisis de la civilización que se desarrolló a la par del siglo XX, como las guerras mundiales y los regímenes destructivos que provocaron inenarrables atrocidades, como el Holocausto. Fueron estos instrumentos los que cubrieron la necesidad de establecer un acuerdo sobre los valores clave que determinarían la forma de ejercer los derechos y, en este sentido, se destaca que dentro del principio de unificación dinámica, según el cual han de ejercerse la totalidad de los derechos, se encuentra la dignidad humana. En todo caso, los derechos del hombre —consignados en la Declaración Universal— son inherentes al ser humano como tal y son vistos como la clave de la dignidad del hombre.⁴⁷

Los acontecimientos atroces de la primera mitad del siglo XX permitieron resurgir un desprecio autocrático pro los derechos del hombre.⁴⁸ Quiénes mejor que las víctimas

⁴⁷ Federico César Lefranc Weeegan, *Holocausto y dignidad*, pp. 99 y ss.

⁴⁸ Edward Carr *et al.*, *Introducción a los derechos del hombre*, p. 423.

de estos lamentables sucesos para explicar la indignación por el sufrimiento ocasionado. Sin duda, una de las formas para definir la dignidad, cuando aparece como un derecho que se compone de otros derechos, es por su negación: si se identifica lo que es indigno entonces se sabrá cómo proteger su dignidad. Por ello hay que escuchar a las víctimas para que nos expliquen cómo debe ser el trato —principalmente el de los operadores de la justicia penal— en respeto de su dignidad. Sin duda son las más legitimadas para ello.

Como en el derecho anterior, se trata de un derecho no consagrado especialmente para las víctimas de los delitos, sino para todas las personas, y se contiene en el artículo 1o. de la Constitución Federal, en el que se consagra el presupuesto básico de la igualdad de derechos, se prohíbe toda clase de discriminación por diferentes causas no relevantes —que la propia Constitución cita— y que atente contra la dignidad de las personas o tenga por objeto menoscabar sus derechos y libertades. Presupuesto que trasciende en materia de víctimas en tanto —como es evidente— quedan incluidas en las prescripciones de esta disposición constitucional; luego entonces, las víctimas, como personas que son, deben disfrutar de un trato digno, no discriminatorio, pero además, por su especial condición de vulnerabilidad en tanto víctimas, deben ser tratadas en atención a tal condición, lo que amerita una serie de reflexiones.

La condición de vulnerabilidad de la víctima reviste generalmente varios matices necesarios de identificar y considerar: primero, la condición de víctima es de sí una condición de vulnerabilidad, tanto por la lesión sufrida como por su presencia ante quien la agredió y ante el propio sistema de justicia penal; y segundo, generalmente las víctimas tienen desde antes de devenir tales, condiciones particulares de vulnerabilidad, que pueden ser de tipo económico, origen étnico, género, ideología, preferencia, etcétera, que probablemente, motivó su victimización. Condiciones de vulnerabilidad que es indispensable considerar en tanto que

el trato no sólo debe ser respetuoso y nunca discriminatorio, sino que debe ser comedido en atención a esta, al menos doble, condición de vulnerabilidad. Las víctimas que devienen tales, en su mayoría ofrecen poca resistencia al delito; su especial condición de vulnerabilidad las hace fácilmente victimizables y, si la expresión se permite, más atractivas para el delito.⁴⁹ Tales condiciones de vulnerabilidad preexistentes trascenderán sin duda al procedimiento penal, lo que las colocará en desventaja, como se afirmó, ante su agresor y ante la propia justicia penal.

Esta al menos doble condición de vulnerabilidad coloca en entredicho el principio de igualdad procesal y alejará las posibilidades de una participación real de la víctima en el procedimiento, máxime si se trata de la nueva justicia penal acusatoria. Ello afectará su posibilidad de optar por ejercer directamente la acción penal y llevar y sostener la acusación, en tanto las condiciones personales de la propia víctima no serán las óptimas para ello, lo que hará nugatorio este derecho. Como éste, afectará el ejercicio de otros derechos procesales, como el de coadyuvar con el Ministerio Público y obtener pruebas para ofrecer. De ahí la importancia de generar las condiciones que le permitan “igualdad de armas” —procesal— también a ellas, para que puedan gozar en las mismas condiciones de sus derechos pese a sus desventajas, lo que va más allá del trato en sí y requiere de mecanismos a base de derechos para su consecución; pero el trato que le ayude a identificar y aprovechar aquéllos puede hacer la diferencia para ellas.

En la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, en su apartado de Acceso a la Justicia y Trato Justo, numeral 4, sí se contiene expresamente este derecho, al

⁴⁹ Todas las tipologías victimológicas se enfocan principalmente en el grado de vulnerabilidad de las víctimas según su condición antes de devenir tales y ligan la causa de su victimización, con aquella condición previa que la motivó.

sostener que *Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad*. Lo asienta en el mismo numeral en el que habla del derecho de las víctimas al acceso a mecanismos de justicia y pronta reparación, lo que se interpreta en el sentido de lo que la propia Declaración considera como respeto a su dignidad es precisamente la posibilidad de acceso a los mecanismos de justicia y la pronta reparación.

La legislación secundaria es un ámbito idóneo para establecer condiciones y mecanismos que den contenido a este derecho; como ejemplo, que los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares presten sus servicios con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia, eficacia y diligencia; que ningún servidor público ni alguna otra persona le soliciten, acepten, o reciban beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado les otorga por el desempeño de su función; a recibir, de ser necesario, servicios de intérpretes o traductores, etcétera.

Al sustentarse la dignidad de los seres humanos en la consagración y respeto de sus derechos, deduciremos que más allá del indispensable trato digno, la dignidad de las víctimas se verá respetada, en tanto el cúmulo de derechos para ella considerados se respetados y cumplan eficazmente en consecución de las expectativas de justicia a víctimas del delito.

c) Derecho a la atención médica y psicológica de urgencia

El derecho a que se preste a la víctima o al ofendido atención médica y psicológica de urgencia es, sin duda, como lo señala Sergio García Ramírez,⁵⁰ una aplicación específi-

⁵⁰ Sergio García Ramírez, “Artículo 20. Comentario”, en M. Carbonell, coord., *op. cit.*, n. 42, t. I, p. 301.

ca del derecho universal a la protección de la salud; por esta razón quizá la fracción III, apartado C, del artículo 20 constitucional, sin más explicaciones, consagra este derecho para casos de urgencia, en el entendido de que las leyes de la materia precisan ya las formas y los procedimientos en los que esta función se cumple.

A diferencia del texto constitucional, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia a Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder consagra este derecho de manera más amplia y precisa, al establecer que la asistencia a víctimas será material, médica, psicológica y social, según sea necesario, y que será proporcionada a través de medios ya sean gubernamentales, voluntarios, comunitarios o autóctonos. Prevé, asimismo, el deber de informar a las víctimas sobre la disponibilidad de los servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y de facilitar el acceso a ellos. Consagra el deber de proporcionar al personal de policía, de salud, de servicios sociales y demás interesados, capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida. La Declaración también prevé que al proporcionar los servicios y asistencia a víctimas se prestará atención a las que tengan necesidades especiales, ya sea por el tipo de daño sufrido o debido a factores de raza, color, sexo, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencia o prácticas culturales, situación económica, nacimiento, situación familiar, origen étnico, social o impedimento físico.

Habrá que distinguir que la Constitución Federal sólo llevó como derecho para las víctimas la atención médica y psicológica de urgencia, de lo cual se deduce o interpreta qué se debe entender por tales. Si bien es la legislación secundaria la que debe definir las, evidentemente se trata de una preocupación del legislador sólo por estabilizar a la víctima y evitar que esté en riesgo su vida y su salud mental; ello, por supuesto, antes que cualquier diligencia de carác-

ter jurídico. Sin embargo, al limitar sólo a casos de urgencia, el derecho aparece como bastante acotado respecto de lo previsto por la Declaración, y si bien podemos considerar que en la protección del derecho a la salud ya prevé en general aquellas variables, lo cierto es que las necesidades tanto médicas como psicológicas de quien ha sido afectado por un delito revisten particularidades a considerar de manera expresa y muy precisa. Al quedarse corto este derecho para las víctimas en el texto constitucional, parece indispensable que la legislación secundaria en materia penal se avoque a precisar las peculiaridades que debe revestir el cumplimiento de esta obligación, además, y no hay impedimento para ello, ampliar el derecho a la protección médica y psicológica para las víctimas, más allá de los meros casos de urgencia y vinculados a la reparación del daño.

En la atención a este derecho será importante además la celebración de acuerdos y convenios entre autoridades de los distintos órdenes de gobierno y con las instituciones privadas lucrativas o de beneficencia, que establezcan mecanismos de colaboración en la prestación de servicios médicos.

Finalmente, recordemos que cuando de atención médica y psicológica se trata, el derecho se satisface en tanto no sólo se prestan los servicios, sino que además sean de calidad y solventen las necesidades de salud apremiantes y las que les permitan, en la medida de lo posible, recuperar las condiciones que tenían hasta antes de su afectación.

d) El derecho a la reparación del daño

El derecho a la justicia y el derecho a la reparación del daño son quizá los derechos eje, cuando de víctimas del delito se trata; el resto de los derechos está concebido para contribuir de una u otra manera a la consecución de un juicio exitoso —lo menos lesivo posible para ellas— en el que se deslinde la responsabilidad al culpable y se le repare. Se ha insistido

en la idea de que el derecho penal de la modernidad centró las expectativas de la justicia en beneficio de la organización social y, por ende, de los intereses públicos, mas nunca en intereses particulares como los de las víctimas. Por ello, cuando la justicia penal voltea la mirada hacia ellas, las expectativas de justicia toman una dimensión diferente, en tanto la justicia y consecuente sanción quizá deja un sentimiento de venganza satisfecho para ellas —el que el delito no quede impune y la amenaza de nuevas victimizaciones se evaporen—, pero lo que las víctimas quieren, sin duda, es reparación.⁵¹

La reparación del daño debe ser entonces entendida como un derecho medular para las víctimas del delito. Sin pretender jerarquizar los derechos en orden a su importancia o trascendencia, la relevancia que reviste este derecho en particular se manifiesta no sólo por la pretensión lógica e indispensable de regresar a la víctima, en la medida de lo posible, al estado en el que se encontraba antes de su afectación, sino porque además se ha convertido en la categoría que, en gran medida, ha propiciado la incorporación de éstas a los procedimientos penales de la mano con el aumento significativo de muchos de sus derechos. Esto último se debe a que en la búsqueda de alternativas a la justicia penal, que deviene siempre en castigo —cárcel— y sin ser la única, una de las alternativas más atractivas es sin duda la de reparar el daño. Antes de abundar en ello es necesario identificar por el momento que este derecho en particular, en esencia sustantivo, ha también de identificarse —y entenderse— por su relevancia procesal, lo que motiva, incluso, la pérdida de su esencia misma.

⁵¹ La herramienta utilizada para conocer lo que las víctimas quieren y piensan ha sido las encuestas de victimización, en las que, con apabullante diferencia, las víctimas prefieren, más que justicia, reparación. Se sugiere revisar los resultados de las que en México ha realizado el Instituto Ciudadano sobre Estudios de Inseguridad, A. C., por sus siglas (ICESI), en www.icesi.org.mx, de cuyos resultados es evidente esta tendencia.

La reparación del daño fue el único derecho preservado para las víctimas en el sistema jurídico —no penal— desde el advenimiento del derecho moderno y del derecho penal. Hasta la Reforma de 1993 es que en nuestro país se le da rango constitucional y relevancia para el derecho penal. La razón es que la reparación del daño en el derecho moderno siempre se había considerado un asunto del orden estrictamente civil —entre particulares— y, en consecuencia, sin cabida en un derecho penal del orden público, donde los intereses en juego, por tanto, son de naturaleza pública. Más aún, las fórmulas premodernas de justicia penal, o lo que equivaldría a tal, priorizaron de manera importante los intereses de la víctima sobre los intereses sociales, y en los que la reparación jugó un papel preponderante bajo fórmulas de composición protagonizadas por las víctimas, las que además, con ciertos matices, preservaron por mucho tiempo el derecho a vengar su afectación.

El nacimiento del Estado moderno expropió de la víctima su derecho a la venganza, erradicó las fórmulas compositivas del derecho penal y preservó para ella sólo la reparación del daño por vías diferentes a las del derecho penal.

El derecho penal no debía interesarse por la reparación del daño porque no era propio de su naturaleza pública y social. Obtener la reparación del daño implicó siempre utilizar la jurisdicción civil o administrativa, y si era proveniente de delito, habría que esperar a la declaración de responsabilidad penal por los jueces de la materia, para entonces acudir por la vía civil a reclamarla. Se pueden deducir con facilidad las pocas posibilidades de reparación que por décadas la ley propició al hacer del modelo un proceso muy largo y donde las expectativas de una reparación pronta ni siquiera existían. Seguramente ese camino tan largo era razón suficiente para no optar por la reparación, amén del riesgo evidente de la insolvencia del agresor, si es que tras

declarar su responsabilidad penal se lograba una sentencia civil de reparación.⁵²

La consagración de la reparación del daño en las leyes habría de cambiar de manera importantísima y daría un sentido diferente al propio derecho penal y procesal penal. La reforma a la Constitución Federal de 1993 es, entonces, el “parteaguas”, el punto de inicio de una nueva forma de entender la reparación del daño, ahora desde el ámbito penal. Se generaron entonces mejores expectativas de reparación, pero la imposibilidad material de su actualización no cambió mucho respecto de lo anterior. Ello ha motivado un proceso de transformación de la fórmula digno de analizar. Antes, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder, había dedicado desde 1985 un apartado vasto de directrices en materia de reparación del daño.

Contenido de la reparación del daño

En cuanto a su contenido, la Constitución Federal no explica en qué debe consistir la reparación: se limita a consagrar el derecho para la víctima en cuanto tal y se preocupa más bien por establecer obligaciones para garantizar la reparación, a saber: la obligación para el Ministerio Público de solicitar la reparación del daño cuando proceda y sin menoscabo del derecho de la víctima u ofendido para solicitarla directamente; la obligación para el juzgador de no poder absolver al sentenciado de la reparación del daño si ha emitido una sentencia condenatoria, y la obligación para el legislador de fijar procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

⁵² En este sentido, L. Rodríguez Manzanera, *op. cit.*, n. 20, pp. 339 y ss. El autor, en su obra, además da cuenta de una preocupación latente entre los victimólogos que desde mediados de siglo —el inmediato anterior— había venido poniendo la llaga en esta circunstancia: las posibilidades de reparación de las víctimas bajo aquellas fórmulas eran prácticamente nulas.

Luego, se deduce que el contenido de la reparación misma debe ser materia de la legislación secundaria, pero la Declaración dedica dos apartados, uno de resarcimiento y otro de indemnización. Aun cuando no distingue claramente entre ambos, prevé que el resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

Reparación del daño a cargo del Estado

La reforma al artículo 1o. constitucional en materia de derechos humanos⁵³ incluyó un nuevo tercer párrafo en el que se establece la obligación para las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con cuatro principios,⁵⁴ a saber: 1) universalidad, 2) interdependencia, 3) indivisibilidad y 4) progresividad. En consecuencia —se afirma en el texto constitucional adicionado—, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En el párrafo adicionado que se comenta, se incluyó la no menos trascendente obligación del Estado a reparar las violaciones a los derechos humanos, además de prevenirlas, investigarlas y sancionarlas. La reparación —se asienta— será en los términos que establezca la ley, por lo que habrá de esperarse la creación de una ley reglamentaria de este supuesto constitucional.

⁵³ Publicada el 10 de junio de 2011.

⁵⁴ Se trata, evidentemente, de principios sostenidos por la teoría general del derecho internacional de los derechos humanos y cuyo sustento deriva principalmente de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se trata de principios a su vez interconectados, uno deriva de otro y por tanto resulta indispensable relacionarlos y considerarlos conjuntamente en todo momento.

El Proyecto de Decreto aprobado de la Reforma alude a la reparación como el término genérico que comprende las diversas formas en las que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad en la que hubiere incurrido, y cita textualmente la expresión de Theo van Boven, ex relator de tortura de la Naciones Unidas, respecto de lo que supone reparar integralmente el daño por violaciones a los derechos humanos como obligación del Estado.⁵⁵ Las implicaciones extraídas de la definición, en el cumplimiento de esta obligación, son: 1) lograr soluciones de justicia; 2) eliminar o reparar las consecuencias del perjuicio padecido; 3) evitar que se cometan nuevas violaciones mediante acciones preventivas y disuasivas; 4) la restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, y 5) asegurar que las medidas de reparación que se establezcan sean proporcionales a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido.

Debemos interpretar que la intención del legislador al establecer la obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos es que se cubran todas estas implicaciones extraídas de la cita. El proyecto de Decreto también alude a que “Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobadas mediante Resolución 60/147 por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre del 2005, son referentes sustantivos para ampliar la protección de este tipo de derechos.⁵⁶

⁵⁵ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto de la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 17. http://www.senado.gob.mx/camara/002_informacion_parlamentaria. 7 de septiembre de 2011.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 17 y 18.

La Declaración prevé que cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasi oficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado, cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados, y si se tratara de un gobierno sucesor, éste deberá proveer el resarcimiento de las víctimas.

La Declaración establece también que los Estados deberán proveer la indemnización financiera, cuando no sea suficiente la procedente del delincuente o de otras fuentes, a las víctimas cuando se trate de delitos graves que hayan dejado importantes lesiones corporales o menoscabo en su salud física o mental y a la familia, en particular de las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización. Finalmente, la Declaración y los Principios prevén que se debe fomentar el establecimiento, reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas.

Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones establece una base sólida de lineamientos en materia de reparación del daño a cargo del Estado por violaciones a normas internacionales de derechos humanos y de recursos eficaces para su consecución. Las directrices contenidas en este instrumento internacional —especializado en este rubro— prevén que deben estar garantizados los recursos —para las víctimas—, de acceso igual y efectivo a la justicia, de reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y de acceso a información sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

En materia de reparación, el instrumento internacional en cita establece una serie de principios —a manera de criterios— dignos de considerar, no sólo tratándose de las

modalidades de reparación a las que atiende —de violaciones a normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario—, sino para la reparación en general: así, prevé que grupos de víctimas puedan acceder a recursos efectivos para demandar y obtener reparación. Por ejemplo, establece atributos que debe revestir la reparación misma como adecuada, efectiva y rápida, y se preocupa porque se establezcan mecanismos eficaces para la ejecución de sentencias en materia de reparación. Asimismo, establece que la reparación debe ser apropiada y proporcional a la gravedad de la violación. También prevé rectores de una plena y efectiva reparación, a saber: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición; principios que desarrolla entre sus numerales 19 y 23. Si bien, como se ha insistido, se trata de principios por acciones u omisiones que se puedan atribuir al Estado y constituyan violaciones a normas internacionales, estos principios pueden ser aplicables a criterios internos cuando la responsabilidad del Estado se genera por violaciones a normas de derecho interno. Así, la legislación secundaria de especialización en la materia podría retomar estos criterios y adecuarlos al ámbito local. Por la amplitud de su contenido y aun cuando están asentados en el instrumento internacional en cita, resulta indispensable aludir a ellos: la *restitución* ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación y cita, según corresponda, casos como el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes, entre otros. La *indemnización*, consistente en los perjuicios económicamente evaluables, de manera apropiada y proporcional, tales como el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, particularmente de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos; los perjuicios morales y los gastos de asistencia jurídica o de expertos, y medicamentos y servicios médicos, psicológicos

y sociales. La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica o psicológica, así como servicios jurídicos y sociales. La *satisfacción* —de ser pertinente y procedente, se afirma—, tomando en cuenta la totalidad o parte de las medidas para que las violaciones no continúen; verificación de los hechos y revelación pública de la verdad (siempre y cuando no perjudique a las víctimas, familiares y testigos); la búsqueda de las personas desaparecidas, identidad de niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos; declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas; disculpa pública, reconocimiento de los hechos y aceptación de las responsabilidades; aplicación de sanciones a los responsables; conmemoraciones y honores a las víctimas, e inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales. Las *garantías de no repetición* han de incluir un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad, la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajusten a las normas internacionales de debido proceso y el acceso a mecanismos destinados a prevenir y a reparar, entre los más importantes.

Muchos tratados internacionales de alguna materia especializada de derechos humanos contienen disposiciones que obligan a los Estados —parte— a proveer medidas para la reparación de víctimas. Por ejemplo: el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece la obligación de garantizar el derecho a pedir a los tribunales satisfacción o reparación justa por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de discriminación racial; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes establece, en su artículo 14, la obligación de que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación del daño y el derecho a una

indemnización justa y adecuada, incluyendo los medios para su rehabilitación y, en el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé, en su artículo 39, la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma o pena de tratos crueles, inhumanos o degradantes o de conflictos armados.

Relevancia procesal del derecho a la reparación del daño

La Declaración y los Principios, a diferencia de la Constitución Federal, hablan del derecho a una pronta reparación del daño y es quizá tal exigencia la que ha motivado el impacto procesal de la fórmula. La fracción IV del apartado C de la Constitución Federal habla sólo de que la ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño, pero una cosa son los procedimientos de ejecución de las sentencias y otra los procedimientos para obtener la condena a la reparación del daño. Ello, en principio, hace suponer que la Constitución Federal se quedó corta en su prescripción de este derecho, sin embargo, habrá que considerar que la condena a la reparación en esencia depende de la sentencia que deslinde la responsabilidad penal, lo cual remite al tiempo que dure el procedimiento mismo y, para el caso, el artículo 17 ya prevé como atributo de la justicia su prontitud. Ello no significa que no exista posibilidad de una reparación previa a la sentencia y, por tanto, pronta, pero eso es tarea de otro tipo de mecanismos procesales a los que la propia Constitución ha denominado alternativos, y que consagra en el artículo 17, tercer párrafo, y 18, párrafo sexto. Luego entonces, la legislación secundaria tendrá la responsabilidad de proveer este tipo de procedimientos que permitan a las víctimas una reparación pronta.

Se tienen entonces dos preocupaciones finalmente interconectadas: por un lado, implementar procedimientos adecuados a las necesidades de las víctimas para que la reparación sea posible y, por el otro, la necesidad de instrumentar procedimientos ágiles que hagan posible una reparación del daño pronta.

Las exigencias de una reparación pronta parecen ser el presupuesto de la transformación procesal de la justicia penal, de la mano de las características que reviste —y también exige— un proceso de naturaleza acusatoria garante también de los derechos de las víctimas.

La tendencia legislativa a integrar más a las víctimas en los procedimientos penales, a darles mayor protagonismo⁵⁷ como interesados directos que son, ha encontrado en la reparación del daño el mejor de sus pretextos. Gracias a la reparación del daño es que ha habido un incremento importante en los derechos procesales de las víctimas y, en consecuencia, de su presencia ante la justicia penal.

Observar a la víctima como el protagonista de la justicia penal significa entender que el procedimiento penal mismo ha sido redefinido y que las prioridades de la justicia en la materia han dado un giro importante. Se trata en esencia de definir qué o quién es la prioridad en la justicia penal y merced a la inclusión de las modalidades alternativas para la consecución de la reparación del daño, en aquellos casos, la prioridad será la víctima.

⁵⁷ Interesante la expresión de Manuel Cancio Meliá, desde hace más de 10 años y en el contexto español —siempre referente importante y previo de las transformaciones del sistema jurídico mexicano: “Si se toma en consideración la repercusión que puede tener sobre los pilares básicos del sistema penal una redefinición del papel de la víctima no es extraño que aquellas construcciones que quieran modificar de manera global el peso de la víctima produzcan verdaderas conmociones en ámbitos tan variados —del derecho penal— [...]”. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas*, p. 225.

De ahí la relevancia procesal del derecho a la reparación del daño, pues dar prioridad a los intereses de las víctimas significa casi siempre darles el derecho de decidir si optan por la pronta reparación o siguen el proceso para el deslinde de la responsabilidad penal. Se está hablando, luego entonces, de derechos involucrados en torno al derecho a la reparación del daño y, en este sentido, está en primer término la libertad de decidir entre aquellas dos variables.

De esta libertad específica se debe precisar: primero, que se trata de una libertad para la víctima, por lo que ella decide cuál opción tomar y no puede ser obligada a negociar ni a otorgar el perdón. En segundo lugar, puede ser que el imputado no quiera negociar y prefiera sujetarse al proceso, con lo cual tampoco él podrá ser obligado a mediar; en este sentido, el equilibrio de derechos en tanto igualdad de decidir es perfectamente visible. Tercero, que debe existir la posibilidad jurídica de mediar, lo que significa que la ley secundaria deberá determinar en qué casos o bajo qué supuestos la víctima puede optar por alguna de las formas de justicia alternativa/restaurativa. Dependerá de la legislación secundaria en la materia la cualidad y cantidad de supuestos en los que este derecho será posible ejercer. Por supuesto que en una perspectiva victimológica lo deseable es que haya un vasto número de supuestos, perspectiva que se corresponde, según se ha argumentado, con las expectativas democráticas de una justicia más preocupada por los intereses de los involucrados que por los del Estado mismo. Finalmente, habrá que considerar —y esto es muy importante— que para mediar/negociar la víctima requiere de algo que ofrecer, lo que significa que para ser reparada tiene que ofrecer el perdón. El supuesto requiere entonces que el Estado ceda a la víctima esta potestad para que tenga algo con qué negociar, lo que en consecuencia se traduce en una restricción —un recorte— de sus potestades punitivas. Lo que resulta difícil de asimilar, si se detiene un momento a pensar, es la pregunta: ¿por qué la víctima debe ceder algo

para recibir lo que le pertenece? Sin embargo, habrá de entenderse que las ventajas que para todos supone un pronto arreglo hacen el contrapeso necesario para asimilar la decisión.

Las críticas a estas variables del derecho penal de corte acusatorio no se han hecho esperar y no es para menos, cuando se está rompiendo con las inercias de un derecho penal sustentado en bases y principios considerados inamovibles. Así, se ha criticado la medida en tanto que el imputado, al aceptar alguna forma de negociación, estará implícitamente reconociendo su responsabilidad, dejando en entredicho el principio de presunción de inocencia, lo que trascenderá si no hay arreglo y se genera alguna especie de predisposición respecto de la aceptación tácita de culpabilidad del imputado —pese a la debida separación entre quien instruye y quien sentencia. También cabe la posibilidad de que aun sabiéndose inocente, el imputado opte por la negociación ante la incertidumbre de un juicio largo de consecuencias eventualmente más severas que las que implique el sólo pago del daño; supuesto en el que la negociación subsistiría, aun cuando resultare injusta para éste. Todo lo cual incide directamente en el derecho del inculpado a que se presuma su inocencia.

Se ha criticado, asimismo, por la afectación al principio de igualdad, que si bien reviste varios matices, para el caso incidiría en cuanto a la posibilidad material del imputado de reparar, lo que condicionará su decisión respecto de si negocia o no; es un ejemplo más de cómo una libertad de decidir se ve condicionada por una variable económica. Luego entonces, la posibilidad entre quien pueda o no beneficiarse de este supuesto jurídico estará diferenciada. Algunos imputados podrán entonces evadir la pena privativa de libertad y otros no, ello dependerá de sus posibilidades personales y materiales de reparación; el de baja condición económica deberá ir a prisión a diferencia del que, por su capacidad económica, pueda evitar tal circunstancia.

Finalmente, también se ha criticado el hecho de que no está ni en la naturaleza del juzgador ni en la del Ministerio Público la de mediar, con lo cual, si la responsabilidad de mediar recayera en alguno de ellos, estarían sólo dando fe de un acuerdo de voluntades, más no interpretando y resolviendo conforme a sus naturales funciones jurisdiccionales o administrativas.

Estas críticas sin duda constituyen un argumento serio, que además no se aparta de la realidad, sin embargo, se trata precisamente de mover aquellos pilares de un derecho penal de tendencias más inquisitivas que democráticas; de plantear verdaderas alternativas hacía un sistema penal que en sus pretensiones de prevención ha mostrado su inoperancia por el simple hecho de no haber sido creado para ello. La reparación a la víctima por mecanismos alternos implica no sólo un cambio en las estructuras procesales, sino en la manera misma en la que vemos al derecho penal y sus finalidades.

Aun cuando no es motivo de esta reflexión, me parece que se pueden medir ya resultados claros de beneficios en la materia; a mediano y largo plazo ello deberá ser mucho más evidente.

Se debe recordar que se trata de uno de los derechos que más preocupa por su inoperancia, y que finalmente debe darse un giro a una justicia penal que ha sido fuente interminable de violaciones a los derechos humanos de los involucrados, por eso el tema no sólo es reparar sino ver en la fórmula de la reparación del daño un camino mucho menos áspero, de ahí su relevancia procesal.

e) El derecho al resguardo de la identidad de la víctima

Este derecho cobra relevancia a partir de la reforma judicial del 2008, en la que se incorpora en el texto constitucional la fracción V, que en el apartado C del artículo 20 consagra

precisamente este derecho de resguardo de la identidad y de otros datos personales, en los supuestos que la propia fracción establece.

Antes de analizar el contenido de la fracción habrá que reflexionar un poco respecto del derecho humano en juego, esto es, el resguardo de la identidad, la privacidad y los datos personales, y sobre qué lectura debe tener tratándose de las víctimas.

El derecho a la privacidad implica para todo ser humano el derecho a que no sean conocidos ni dados a conocer por terceros hechos, circunstancias o cualquier información personal sin su consentimiento, si no deben ser de dominio público conforme a la ley. El derecho incluye, por supuesto, el respeto a la intimidad, a la vida familiar, a la privacidad del domicilio y de la correspondencia.⁵⁸ Existen, claro está, muchos supuestos legales por los que se restringe el ejercicio de este derecho, como los cateos y las visitas domiciliarias, y cuando se trata de datos personales también. Sin embargo, habrá que distinguir entre el derecho a la privacidad, al resguardo de la identidad y la protección de datos personales.

La identidad supone el conjunto de caracteres o circunstancias que hacen que alguien o algo sea reconocido sin posibilidad de confusión con otro; la privacidad, que por supuesto la incluye, subsiste para aquellos sujetos que aun estando identificados no pueden ser molestados en su persona, domicilio, familia, etcétera —salvo los casos previstos en la ley—, y que también incluye a los datos personales; una persona plenamente identificada tendrá derecho a la privacidad —resguardo— de sus datos personales. En consecuencia, existe independencia entre las categorías, a pesar de su incuestionable conexión.

El derecho trasciende en materia de víctimas si entendemos, según la aclaración anterior, que lo que se resguar-

⁵⁸ E. Cáceres Nieto, *op. cit.*, n. 45, p. 414.

da es la identidad, o sea, aquello que permite a una víctima ser identificada como tal, además, por supuesto, de sus datos personales para preservar y proteger su privacidad. Sin embargo, puede tratarse de supuestos diferentes, pues para una víctima identificada, el que no se den a conocer sus datos personales, como domicilio o número de teléfono, resulta de vital importancia para su seguridad e integridad personal. Piénsese por ejemplo en lo atractivo que puede ser para un agresor la posibilidad de negociar la reparación del daño con la víctima y evitar la prisión —al menos la preventiva— si el presupuesto legal lo permite; lo único que requeriría es que la víctima quisiera conciliar, por lo que si el agresor conociera sus datos personales podría molestarla para persuadirla, incluso a nivel de intimidación, en el mejor de los casos. Ni qué decir de agresiones más serias que pongan en peligro la vida de la víctima o de los suyos.

Resguardar la identidad significa que no se pueda identificar; podría ser el extremo que el agresor no sepa quién es su víctima: su acusador en este sentido sería anónimo. Ello nos motiva a pensar en el carácter secreto que, en modelos inquisitivos, prevalecía en las acusaciones, investigaciones y procedimientos del orden penal, donde seguramente sentencias por denuncias y víctimas ficticias motivaron el castigo de muchos inocentes; por ello la necesidad del cúmulo de derechos para garantizar su adecuada defensa.

La reforma judicial del 2008, que incluyó la fracción en comento, también modificó los derechos de los imputados, eliminando los careos constitucionales y su derecho a conocer a quien deponía en su contra que expresamente se contenía. La fracción III del apartado B, relativo a los derechos de toda persona imputada, prevé su derecho a conocer los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, y abre la posibilidad de que se mantenga en reserva el nombre y los datos del acusador si se tratara de delincuencia organizada. Asistimos luego entonces a una redefini-

ción del principio de publicidad, en tanto que, si bien se preserva la esencia misma de la publicidad, esto es, el derecho a ser juzgado en audiencia pública, el catálogo de restricciones al ejercicio de este derecho se amplió para cuando se trate de razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo —fracción V, apartado B, del artículo 20 de la Constitución Federal.

Congruente con estos preceptos, la fracción V del apartado C del artículo 20 constitucional prevé entonces el resguardo de la identidad de la víctima y de otros datos personales, en los siguientes casos: Primero, cuando sean menores de edad. Sólo por tal circunstancia y no importando el delito de que se trate; precisión necesaria si se recuerda que el antecedente inmediato de esta fracción preveía sólo el derecho a no carearse de menores en caso de tratarse de delitos de violación o secuestro. Segundo, cuando se trate de víctimas de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada. Ahora sólo por tratarse de cualquiera de los delitos y por supuesto no importando la edad. Y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. Supuesto éste, que junto con la última frase de la fracción V, pero del apartado B del mismo artículo, amplían la posibilidad de restricción de la publicidad, al dejarlo a la discrecionalidad del juzgador. Los supuestos podrían entonces ser muy vastos.

La Reforma ahora en cita es muestra evidente de cómo al otorgar un derecho a las víctimas puede restringir el derecho de las personas imputadas; así, el derecho ahora consagrado del resguardo de la identidad de la víctima en supuestos concretos restringe —para tales supuestos— el derecho de las personas imputadas a conocer quién acusa. Con ello, según se ha argumentado, las obligaciones —también a

manera de restricción— derivadas de los derechos conferidos a las víctimas recaen sí, principalmente, en el Estado a través de las instancias que operan la justicia penal, pero también, aunque en mucha menor proporción, en quién es imputado y eventual agresor. La justificación a esta inercia estriba en la necesidad de protección de la víctima ante delitos graves como los que derivan de los supuestos que se citan, principalmente por la capacidad de la delincuencia organizada y por la naturaleza del delito mismo. Todo lo que no deja de ser controvertido,⁵⁹ porque se trata finalmente de una restricción de derechos para los imputados, pero no sólo a favor del aumento de los derechos de las víctimas, sino además de las potestades del Estado. Habrá que considerar que en esta Reforma se creó un régimen de excepción para el combate a la delincuencia organizada, por la que el Estado mexicano se reservó importantes potestades, como la de extinción de dominio y el arraigo, entre otras, además de la analizada.⁶⁰

⁵⁹ Una importante crítica al modelo de *derecho penal del enemigo* se contiene en la obra de Eugenio Raúl Zaffaroni titulada *El enemigo en el derecho penal*. La hipótesis del autor es más que explícita del contenido de su trabajo y la expresa al inicio de la obra al afirmar que: “El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no se correspondía a la condición de *personas* 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”, p. 11.

⁶⁰ Por la preocupación de las adversas repercusiones económicas y sociales derivadas de las actividades de la delincuencia organizada transnacional, sus crecientes vínculos y el terrorismo, se firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, con la intención de fortalecer la cooperación para prevenirla y combatirla eficazmente en los planos nacional, regional e internacional. La firma de este tratado ha motivado a los Estados parte a establecer regímenes como el que se alude. Además de que una corriente teórica del derecho penal ha estado sosteniendo la implementación de un derecho penal del enemigo. Tendencia que aquí no se comparte pero brevemente se explica mediante una cita de Miguel Polaino-Orts, quien afirma que “el derecho penal del enemigo es, tal y como lo concibe Jakobs, un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones de peligro, desvaloradas por el legislador y que éste considera necesario

En tal caso se está en un supuesto claro de ponderación de derechos, en los que la Ley Suprema ha decidido dar prioridad al derecho del resguardo de la identidad de la víctima —y los que de ella derivan— por sobre el derecho de la persona imputada a conocer quién depone en su contra.

Se debe observar que la Reforma quitó el derecho para el imputado, pero no lo niega, por lo que una interpretación completa de estos preceptos en cita llevan a deducir con facilidad que sí podrá conocer la persona imputada a quien deponga en su contra, fuera de aquellos supuestos de excepción; sin embargo, la discrecionalidad que deja a juicio del tribunal los casos en los que podría resguardarse la identidad de la víctima, además de los enunciados, podría hacer nula esta posibilidad.

B. Los derechos adjetivos o procesales

Los derechos adjetivos de naturaleza y relevancia procesal son creados para hacerse efectivos dentro de los procedimientos —para el caso, penales— y tienen relevancia en tanto suponen un límite para quienes desarrollan/llevan a cabo los actos procesales. Tratándose de derechos procesales para las víctimas o los ofendidos por el delito, ellos suponen eso, potestades dentro de los procedimientos y en consecuencia límites principalmente para quienes operan la justicia penal, aunque también —como se vio— para quienes tienen la calidad de imputados. Revisten por tanto sólo relevancia dentro de los procedimientos y cumplen —al menos deben cumplir— con sus objetivos dentro del procedimiento mismo, pero son el camino —como también se afirmó— para la consecución de los derechos sustantivos consagrados.

reprimir de manera más agravada que en el resto de los supuestos”. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, p. 80.

Sólo tiene sentido hablar de derechos procesales ahí donde la víctima juega un papel protagónico en un modelo de justicia dado; sin embargo, habrá que subrayar que no se trata sólo de un conflicto entre individuos —intereses— privados, la afectación a la víctima supone también una afectación al orden jurídico establecido para el bienestar común y eso lo hace un asunto también de interés público. Si sólo se tratara de un conflicto entre partes/intereses privados, el Estado sólo jugaría el papel de administrador de daños.⁶¹

Los derechos adjetivos o de relevancia procesal son: a) optar por las medidas alternas de solución de conflictos, b) ejercer acción penal ante la autoridad judicial, c) recibir asesoría jurídica, d) coadyuvar con el Ministerio Público, e) solicitar medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos y f) impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

a) Derecho a optar por algún mecanismo alternativo de solución de su conflicto

La reforma al artículo 17, párrafo tercero, ha puesto sobre la mesa la posibilidad para la víctima de optar por algún mecanismo alternativo para la solución de controversias. La legislación secundaria es la responsable de decir en qué consistirán éstos; el texto constitucional aclara que en materia penal la ley regulará su aplicación, asegurará la reparación de daño y establecerá los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Del párrafo en cita deducimos que no se trata sólo de la justicia penal, sino en general de me-

⁶¹ Peter-Alexis Albrecht, “La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia criminal”, en B. Schünemann *et al.*, *op. cit.*, n. 36, p. 43.

canismos alternativos de solución de controversias y luego aclara las bases para la materia penal. Luego entonces, se habla de mecanismos alternativos de solución de controversias, las que por su naturaleza, en el derecho penal, se suscitan entre el Estado y el imputado, lo que en principio genera una contradicción, ya que en estricto sentido las controversias en el derecho penal no son entre la víctima y su agresor. Por ello, la interpretación de esta parte del texto constitucional exige considerar el contexto jurídico en el que se enmarca. Por un lado, se trata de una Reforma que conduce a la justicia penal hacia variables democráticas y por tanto a un incremento importante de los derechos —y protagonismo— de las víctimas de los delitos. Antes de la Reforma la influencia de las variables inquisitivas en el modelo mixto de justicia penal en México no habría permitido pensar seriamente en la resolución de controversias entre víctima y victimario;⁶² por ello, la Reforma Judicial ha dado protagonismo directo a las víctimas en muchas premisas y ésta debe ser entendida como una de ellas. Por otro lado, al precisar que estos mecanismos alternativos en materia penal deben asegurar la reparación del daño, es de deducirse que para la materia se trata de alternativas para reparar.

Hay una tendencia ya añeja de la teoría especializada en materia penal, principalmente en la teoría de la pena y en el derecho penitenciario, que aborda el tema de los sustitutos a la pena privativa de libertad; tendencia que sin duda impactó en políticas públicas concretas que consideraron que aquellas debían consistir en variables en el cumplimiento de ésta —la pena privativa— como tratamiento en libertad o semilibertad, entre otras. Sin embargo, la crítica

⁶² En este sentido, el argumento de Bernd Schünemann, por el que afirma que sólo se sostiene que a la víctima no se deba un papel de parte —o aún una cuasi-parte— en un juicio, si se trata de un juicio penal tradicional, “esto es, un proceso apuntando a la imposición de una pena criminal en el sentido estricto”, pero la situación cambia “súbita y completamente” cuando se pondera reemplazar la pena con la restitución y reconciliación, en “El papel de la víctima en el sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas”. *Ibid.*, p. 31.

fue dura en tanto que nunca se trató de verdaderas alternativas, esto es, una cosa en lugar de otra, sino de variables que adolecían al final de lo mismo.⁶³ Por ello, una alternativa en cuanto tal, en lugar de proceder del ámbito del derecho privado, que resuelve las controversias entre los particulares, si se toma como tal, es algo diferente; entonces, se debe tratar de mecanismos para conciliar y/o negociar las controversias para reparar el daño y evitar el proceso. Mecanismos que, al venir del mundo del derecho privado, se deben sustentar en el acuerdo de voluntades, en la libertad de decidir si se quiere o no llegar a una negociación. En este sentido son derechos tanto para víctimas como para victimarios, si alguno dice no, la voluntad del otro será irrelevante; la obligación constriñe al Estado no sólo para respetar tal decisión sino además para instrumentar legislativa y materialmente las formas para la conciliación/negociación, hasta ejecutarla o al menos supervisarla.

Se trata entonces de una verdadera alternativa a la pena privativa de libertad, en el entendido de que no en todos los casos será posible, si bien porque la ley no lo prevea o porque no haya concurrencia de voluntades.

Es un derecho importante para las víctimas u ofendidos por el delito: el derecho a optar por algún mecanismo alternativo de solución de controversias; el que si bien estará sujeto a la voluntad del agresor, que en principio se supondría será el más interesado, también estará acotado por las predicciones de la propia ley en la materia respecto de en qué casos tal opción es permitida. Esta discrecionalidad —como muchas otras—, para la legislación secundaria, puede dejar parámetros muy diversos entre los criterios utilizados por las legislaciones, debido a la organización federada de México. Al final se tratará de una decisión de política criminal

⁶³ Para abundar en el tema se sugiere la consulta de la obra de Iñaki Rivera Beiras, coord., *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, pp. 247 y ss.

y, por tanto, una decisión de cómo se definen los actos de los seres humanos y cómo se califica la gravedad de los mismos; para después decidir si merecen castigo o si son susceptibles de solución negociada. Si se considera la indisoluble relación que tiene el Estado con la naturaleza de la pena y que cumple una función de control social, se entenderá que —el Estado— no puede dejar de punir determinados comportamientos que no está dispuesto a tolerar. Juan Bustos y Hernán Hormazábal⁶⁴ ejemplifican: “no aceptará que una persona solucione un conflicto con otra dándole muerte o lesionándola”. Sin embargo, se entendería que si la fórmula a la que se ha denominado alternativa se incluye en un contexto de democratización de la justicia penal, entonces los supuestos deberán ser vastos; contradictorio con esto resultaría permitirla en un número limitado de supuestos. Uno de los criterios más recurridos suele ser aquel que atiende a la consideración de gravedad que la propia legislación hace respecto de los delitos, lo que resulta preocupante cuando se observa que la legislación tiende a calificar de grave a un gran número de supuestos delictivos.⁶⁵ Ello es una reminiscencia de naturaleza inquisitiva que acotará mucho las posibilidades de ejercicio de este derecho. En congruencia con un modelo procesal penal acusatorio y garantista, los supuestos de gravedad deberían reducirse y ampliar con ello las posibilidades de ejercicio de este derecho para las víctimas o los ofendidos por el delito.

⁶⁴ *Nuevo sistema de derecho penal*, p. 57.

⁶⁵ La influencia del modelo *abolicionista* en este tipo de tendencias conciliatorias en el derecho penal es más que evidente. Uno de los autores más representativos, Nils Christie, sostiene que: “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”. *Una sensata cantidad de delito*, p. 14.

b) Derecho a ejercer directamente la acción penal ante autoridad judicial

Este derecho ha sido trabajado por la doctrina victimológica bajo el rubro de *acción privada*, que se cuestiona si la víctima debe ser reconocida como un sujeto —como parte— en el juicio. El desarrollo del derecho penal de la modernidad dejó atrás las épocas en las que la prosecución quedaba en manos de las víctimas para convertirse en una prosecución oficial donde el papel de la víctima quedó reducido al de un testigo. No obstante fueron surgiendo ciertos derechos parciales para la víctima como acusador privado tanto en los sistemas legales del *Common law* como en los de Europa continental. Hace pocas décadas la inercia de la prosecución oficial ha dado un giro importante cuando los derechos procesales de las víctimas se reforzaron en Estados Unidos y en Alemania —principalmente—; estas tendencias apuntan a hacer de la víctima una parte en el juicio penal.⁶⁶

Con la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal se prevé la posibilidad para los particulares de ejercer acción penal ante la autoridad judicial;⁶⁷ lo que si bien no es privativo de las víctimas, también se entenderá que no sólo las incluye, sino que en la mayoría de los casos serán éstas quienes ejerzan esta potestad. Este derecho procesal es una clara muestra de la tendencia acusatoria —democrática— de la reforma, pues termina con el monopolio conferido a la institución del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal; ya no será exclusiva de esta Institución tal potestad, lo que supone en consecuencia una restricción importante al *ius puniendi*.

Este derecho, no antes previsto, es la forma más clara de dar protagonismo a las víctimas u ofendidos por el delito

⁶⁶ B. Schünemann, *op. cit.*, n. 62, pp. 28 y 29.

⁶⁷ En el artículo 21, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

en el proceso penal; en este sentido, la Reforma fue mucho más allá de la simple coadyuvancia, para conferir a éstas la posibilidad de decidir si recurre o no al Ministerio Público, en el entendido de que de no hacerlo y decidir ejercitar directamente la acción, sus obligaciones procesales aumentarán considerablemente. En efecto, en el derecho penal la carga de la prueba será para quien acusa, si es el caso, la víctima estará decidiendo también asumir la responsabilidad de demostrar la responsabilidad de su agresor, en congruencia con la incorporación del derecho a la presunción de inocencia, que quitó finalmente la responsabilidad en el imputado de demostrar su inocencia. Por este principio quien acuse, Ministerio Público o víctima, asumirá la carga de la prueba como una obligación, sin detrimento del derecho del imputado a demostrar su inocencia.

Habrá que insistir en el hecho de que se trata de un derecho para víctimas u ofendidos, lo que significa la libertad de decidir si ejercita la acción penal directamente o acude ante el Ministerio Público para que le represente; potestad que sólo podrá ejercer en los casos en que la ley secundaria establezca para el efecto y sólo en esos supuestos. Nuevamente queda al arbitrio de la legislación secundaria⁶⁸ la decisión de cuántos y cuáles serán los supuestos en los que se podrá ejercer esta potestad; lo que nos lleva una vez más a la reflexión de supuestos anteriormente analizados, en el sentido de que es deseable que los supuestos sean vastos, lo cual sería congruente además con el espíritu democrático de la Reforma misma. No obstante,

⁶⁸ Goitía, siguiendo a Fernando Córdoba, afirma que habida cuenta de que la mayor participación de la víctima en el proceso penal se manifiesta en los procesos por delitos de acción privada, es necesario incluir en esta categoría muchos delitos si de lo que se trata es de conseguir para la víctima mayores facultades procesales, que le permitan participar activamente y de manera decisiva en la persecución penal, lo que se logrará ampliando el ámbito de los delitos de acción privada. Carlos Alberto Goitía, “La situación de la víctima del delito en el proceso penal boliviano”, en Víctor Bermúdez *et al.*, *La víctima en el proceso penal. Su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay*, pp. 93 y 94.

queda claro —como se argumentó— que la organización federada de la República Mexicana deja a la soberanía de cada entidad federativa la definición de aquellos supuestos, lo que sin duda podría mostrar criterios diversos más o menos correspondidos —y más o menos congruentes— con la teleología de un modelo de justicia penal acusatorio y garantista, como el que inspiró a la Reforma.

Se podría criticar de esta potestad para las víctimas, que su libertad de decidir optar o no por ejercer la acción penal directamente estará determinada por su condición y grado de vulnerabilidad; dependerá pues de su capacidad de enfrentar el juicio y asumir las responsabilidades que de ello deriva, lo que generalmente está vinculado a su situación social y, por ende, económica, su nivel cultural y muchos factores más, de los que el común denominador de las víctimas u ofendidos no suele gozar. Las víctimas devienen tales, principalmente por ofrecer poca resistencia al delito, como por su poca capacidad de repuesta —venganza—, lo que le han hecho, en cierto sentido, más atractivas para su agresor.

Las deficiencias de la justicia penal son quizá más evidentes en detrimento de las víctimas, cuando de la actuación del Ministerio Público se trata; no sólo por acciones lesivas directamente en contra de sus derechos, sino también por las omisiones en las que no en pocas ocasiones suele caer. Evidentemente las cargas de trabajo han motivado muchas de las lesiones irreversibles para las víctimas, lo que no en pocas ocasiones ha supuesto la necesidad de contratar por la víctima a alguien que le represente ante el Ministerio Público. Seguro, si la víctima tiene esta posibilidad, lo podrá hacer también para llevar directamente la acusación. Cuando se reconoce que los procedimientos penales suelen ser onerosos para las víctimas, entonces esta parte de la Reforma toma un significado distinto; idas y venidas a las oficinas del Ministerio Público o a los juzgados, traslados de testigos, recolección de pruebas, etcétera, no entran en el presupuesto de una justicia gratuita, pero sin

duda se vive y también sufre por las víctimas o los ofendidos por el delito.

Ampliar el espectro de posibilidades en la toma de decisiones de las víctimas ante la justicia penal es al final lo que trasciende en este tipo de previsiones.

c) Derecho a recibir asesoría jurídica

Por su parte, el derecho a recibir asesoría jurídica es el presupuesto idóneo cuando la víctima no ha podido optar por ejercer directamente la acción penal, ya sea porque simplemente no quiere, el agresor no quiere, materialmente no puede o porque no exista la previsión jurídica para el supuesto de que se trate. Sin embargo, este derecho deberá de subsistir para la víctima aun cuando haya decidido ejercer directamente a acción penal, sin que ello suponga eximirle de su responsabilidad de probar. La ley en la materia deberá aclarar en qué condiciones y quién será el obligado de salvaguardar este derecho para las víctimas o los ofendidos por el delito.⁶⁹

Este derecho ha sido considerado, como se analizó, desde la primera vez que se incorporaron potestades para las víctimas o los ofendidos por el delito, y si bien ha mantenido su esencia, lo que ha cambiado es la forma en la que la propia Constitución Federal ha previsto su contenido mínimo. La previsión constitucional establece que se deberá al efecto informar de los derechos que en su favor otorga la Constitución y cuando lo solicite ser informado del desarrollo del procedimiento penal. Evidentemente, al tratarse de un presupuesto de rango constitucional, éste no es limitativo, lo que significa que la ley secundaria podrá precisar

⁶⁹ El precepto constitucional del que deriva este derecho no especifica que quien tiene la obligación de hacerlo sea el Ministerio Público, aun cuando evidentemente es el principal obligado si consideramos que es quien representa a la víctima ante la justicia penal. En el estado de Tabasco opera la figura del *asesor jurídico del ofendido*, cuya función implica, entre otras, principalmente la de asesorarla.

en qué debe consistir tal obligación para el Ministerio Público y/o en quien recaiga; por esta razón se habrá de poner especial atención en que no sólo se les informe sobre sus derechos sino que además se les explique las formas y mecanismos para que los mismos se hagan efectivos y, de proceder, los gestione como corresponda. Sin duda, la asesoría jurídica debe implicar comunicación permanente entre víctima u ofendido y el Ministerio Público, quien deberá mantenerles informados en todo momento de las actuaciones y sus alcances dentro del procedimiento.

La legislación en la materia habrá entonces de proveer lo necesario para que la asesoría a las víctimas sea puntual y sobre todo eficaz; para ello podría abrirse la posibilidad de que instancias públicas o de carácter privado asesoren a las víctimas e incluso coadyuven con el Ministerio Público; todo ello, por supuesto, en el marco que la propia ley señale y abonando al espíritu del legislador que ha querido dar a las víctimas el protagonismo que merecen.

Por el respeto irrestricto a este derecho, muchas de la anomalías en los procedimientos que padece la víctima, en una especie de sobrevictimización, podrían evitarse si conocieran sus derechos; podría exigir, por ejemplo, respuesta pronta, información completa y de calidad, ser tratados con dignidad y en general todo aquello que el día a día de las oficinas públicas, como las cargas de trabajo, la corrupción, etcétera, va mermando su capacidad de resistencia y de respuesta, sumiéndola paradójicamente en un proceso más de victimización, cuando lo que pretende es salir del otro.

Por supuesto que la asesoría deberá tener un carácter gratuito y deberá consistir al menos en orientarles sobre la forma y el modo de hacer valer sus derechos y del desarrollo del procedimiento penal; asimismo, en cumplimiento de este derecho se deberá encauzar a la víctima ante las instancias y autoridades competentes cuando así proceda y de acuerdo con las características tanto de la propia víctima como del delito materia de su afectación.

En el apartado de acceso a la justicia y trato justo de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder se prevé, al sostener que se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, informarles sobre su papel y de su alcance, del desarrollo cronológico y de la marcha de sus actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información (numeral 6, inciso a). En el numeral 5 del mismo apartado se prevé, a su vez, el derecho a que se establezcan y refuercen los mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación y que se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

Finalmente se debe considerar que la asesoría jurídica como derecho para las víctimas es también el presupuesto indispensable de un mejor ejercicio del derecho de coadyuvar con el Ministerio Público que le representa. Si no optó por las variables alternativas ni por ejercer directamente la acción penal, pudiendo jurídicamente hacerlo, significa que, probablemente, no tuvo la posibilidad material de hacerlo, por lo que su posibilidades de participación a través de la coadyuvancia dependerá en gran medida de una puntual y oportuna asesoría de calidad.

d) Derecho a coadyuvar con el Ministerio Público

El derecho para las víctimas de coadyuvar con el Ministerio Público se contiene desde la incorporación de sus derechos en la Reforma a la Constitución de 1993; constituyó para entonces el primer intento real de dar presencia y por tanto protagonismo a las víctimas ante la justicia penal. Para entonces el derecho trascendía en tanto las víctimas no existían para el procedimiento penal; luego, permitirles coadyuvar les daba un poco del protagonismo reclamado pero

nunca antes disfrutado. Al día de hoy, aun cuando el derecho permanece como tal, su significado y, por ende, relevancia se ha modificado, debido a la incorporación —sobre todo a partir de la reforma de 2008— de variables que incluso le dan total protagonismo y libertad de decisión sobre su conflicto. Luego entonces este derecho trasciende hoy día en la medida en que la víctima no ha optado, o no ha podido optar, por los mecanismos alternativos de solución de controversias, ni por ejercer directamente la acción penal; esto es, cuando el protagonismo de la acusación lo tenga el Ministerio Público que le representa, entonces la coadyuvancia será el piso mínimo e infranqueable de participación de la víctima en los procedimientos penales.

La Constitución Federal ha previsto, como en el caso de otros de los derechos analizados, presupuestos mínimos de lo que debe implicar el cumplimiento de este derecho; por ello, la coadyuvancia debe incluir al menos el derecho a que se le reciban los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso; a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Como en los otros casos, estos presupuestos tampoco son limitativos, de ahí las expectativas de una legislación secundaria comprometida con las víctimas, que precise y amplíe las provisiones constitucionales.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, también en el numeral 6 mencionado en el punto inmediato anterior, pero en el inciso b, prevé permitir que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente.

*e) Derecho de solicitar medidas cautelares
y providencias necesarias para
la protección y restitución de sus derechos*

De la mano del derecho de petición —y al amparo de éste— que implica no sólo la posibilidad de pedir, sino además de recibir respuesta pronta, fundada y motivada, este derecho trasciende principalmente por la cualidad de lo que se tiene derecho a solicitar: las medidas cautelares y las providencias necesarias para la protección y restitución de los derechos significan una herramienta importante para evitar que los efectos del delito cesen y evitar que los daños se tornen irreparables. También sirven en tanto se determina la legalidad del proceder, cuando el acto que se reclama es el proceder aparentemente ilegítimo de una autoridad o bajo su anuencia. Evidentemente algunos daños son irreversibles por las formas de consumación de los mismos y entonces sólo se podrán cuantificar, pero muchas veces los efectos se pueden revertir con una pronta y atinada intervención, o al menos, lograr que los daños sean menores —los menos dañinos posible. Por supuesto que este derecho no excluye el derecho a la reparación del daño; por el contrario, lo complementa. Es un instrumento para la consecución del resto de sus derechos.

Como instrumentos que son para la protección y restitución de los derechos, estas medidas y providencias trascienden si se reflexiona respecto de lo largos que pueden ser los procedimientos, debido también al cúmulo de derechos para los imputados, por lo que las posibilidades de distorsionar la verdad histórica, que las pruebas desaparezcan o que los daños se consuman son muy amplias. Lamentablemente la justicia penal suele llegar demasiado tarde; el derecho penal está pensado para reaccionar y sancionar, pero es poco eficaz para prevenir y restituir; por ello, herramientas como ésta, estructurada a manera de “derecho de solicitar”, resulta idónea para una justicia penal que quiere

abandonar aquellas inercias y priorizar los intereses de las víctimas por sobre los propios. Este derecho entonces debe suponer la obligación de las autoridades de acordar y atender favorablemente este tipo de peticiones, si no existiera impedimento legal para el efecto. Estas medidas pueden ser decretadas por las autoridades que, en el ámbito de su competencia, tengan facultades vinculantes respecto de la autoridad requerida o solicitadas también por los organismos no jurisdiccionales de protección y defensa de los derechos humanos. Este precepto de la Constitución no dice cuáles serán estas medidas, sin embargo, sí las acota en el sentido de especificar que se trata de medidas cautelares y providencias necesarias que servirán para la protección y restitución de sus derechos; luego entonces, cualquier disposición que, bajo esta modalidad —y con apego a la legalidad—, sirva de forma idónea a tal fin, podrá ser considerada al amparo de este rubro. En este sentido, al ser la legislación secundaria la encargada de enumerarlas y desarrollarlas, es deseable que la enunciación no sea limitativa, sino abierta a toda acción que en los términos señalados cumpla con las expectativas del derecho en sí. Así como es criticable dejar las potestades del Estado tan abiertas que permitan el arbitrio de las autoridades para la restricción en demasía de los derechos de las personas, deseable es en cambio ampliar el margen de arbitrio cuando se trata de la protección de sus derechos. Luego estas medidas deben tender a una mejor y oportuna protección del derecho a la salud, a que sea viable la reparación del daño, a la protección de su seguridad y privacidad y la de sus familiares, al respeto de su dignidad, a que su acceso a la justicia sea pleno así como su participación en el procedimiento, entre muchas otras.

f) Derecho a impugnar

Este derecho contenido en la fracción VII de la Constitución Federal se consagra para hacerlo —impugnar— ante la au-

toridad judicial por las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

No es ningún secreto que quien ha sido el responsable de representar los intereses de la víctima, investigando su afectación y protagonizando la acusación, sea —paradójicamente— la autoridad que más lesiona los intereses de la víctima tras su afectación, ya por acciones indebidas, ya por omisiones. En un modelo procesal mixto como el aún vigente en México, de tendencias inquisitivas, las posibilidades de justicia y reparación para las víctimas han estado desde siempre en manos del Ministerio Público; es por ello que se entiende, más nunca se justifica, que sea el ámbito en el que los derechos de las víctimas son más vulnerados, por afectación directa o por omisiones en la consecución de la justicia y la reparación. Muy elevado es el porcentaje de víctimas que no encuentran justicia ni reparación; irregularidades y omisiones inexplicables al momento de integrar las investigaciones en sede ministerial son común denominador; la cantidad de denuncias que nunca son consignadas es altísimo en contraste con las que sí llegan a un proceso; entre otras, las cargas de trabajo son sin duda una explicación viable mas no por ello aceptable. Así, de manera cotidiana, expedientes van a los archivos por haber prescrito el ejercicio de la acción o por falta de elementos probatorios para consignarlas, etcétera, y juicios quedan truncados, sin que se haya reparado el daño. La legislación secundaria ya había tomado medidas para proteger a la víctima de omisiones o dilaciones injustificadas en la investigación, al establecer plazos perentorios e incluso fincar responsabilidad administrativa o penal para quienes injustificadamente incurrieran en estos supuestos; pero cuando la vigilancia y sanción deben venir de la misma autoridad, las posibilidades siempre se reducen y los márgenes de even-

tuales corrupciones se amplían. De ahí la importancia de que sea una autoridad diferente —la judicial—, no dependiente de la estructura de la administración pública, la que se encargue de atender este tipo de impugnaciones.

La expectativa principal de las víctimas es que se les haga justicia y que se les repare; ello dependerá, irremediablemente, de un debido proceso para ellas, en el que las acusaciones se prueben y sus intereses se protejan; a ello sirven el cúmulo de derechos procesales para ellas conferido. Sin embargo, las víctimas siempre se han encontrado en estado de indefensión frente a quienes les protegen,⁷⁰ ya que una determinación como la reserva o el no ejercicio de la acción de un expediente de investigación no podía ser recurrido ante nadie; la víctima se quedaba de brazos cruzados. No era lógico que la consecución de los intereses de las víctimas quedara al total arbitrio de una institución; las decisiones, incluso de las autoridades judiciales, siempre deben tener la posibilidad de revisión, pero en materia de este derecho, inexplicablemente por décadas, no existió tal. De ahí la importancia del derecho a impugnar, sobre todo ante una autoridad de naturaleza diferente, esto es, perteneciente a otro poder, en apego a la división de poderes.

Este derecho debe ayudar a que el derecho a la justicia y a la reparación del daño se logren; está pensado para ello e incluso así se asienta al final de la fracción. Es por ello que este derecho es continuación de otros, pero se complementa a su vez con una debida asesoría jurídica; la víctima debe ser informada que tiene derecho a impugnar las decisiones del Ministerio Público que le afectan y debe saber —y entender— por qué le afectan.

⁷⁰ La Recomendación General Número 14, Sobre los Derechos de las Víctimas de Delitos, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, da cuenta de prácticas administrativas que vulneran los derechos de las víctimas y producen —como se afirma— victimización institucional. Recomendaciones Generales 1/2001 a 18/2010. México, CNDH, 2010, pp. 277-300.

Este derecho debe ahora reflejarse en un ejercicio mucho más cuidadoso del Ministerio Público, en beneficio de los derechos de las víctimas, principalmente de justicia pronta, completa e imparcial y de reparación.

IV. JUSTICIA PENAL ACUSATORIA Y VÍCTIMAS DEL DELITO

1. Consideraciones preliminares

Las *garantías procesales* tienen carácter subsidiario respecto de las *garantías penales*.⁷¹ En efecto, todo modelo procesal debe ser congruente con los derechos sustantivos que consagra; en tanto la efectiva consagración de éstos dependerá irremediabilmente de la idoneidad de las fórmulas procesales para su actualización.

En el derecho penal moderno —que significó en su momento un proceso humanizante de las prácticas inquisitivas propias de modelos absolutistas de ejercicio del poder— las penas pretendieron encontrar en la legalidad, necesidad y proporcionalidad su razón de ser y hallaron en el pacto social su legitimación.⁷² Aquel derecho penal de la modernidad de hace por lo menos dos siglos evolucionaría con lentitud hacia variables más correspondidas con el modelo político que motivó su origen: la democracia. Sin embargo, el andar no sólo fue lento sino de regresiones consi-

⁷¹ Luigi Ferrajoli sostiene que el conjunto de garantías penales quedaría incompleto si no fuese acompañado por el conjunto correlativo de las procesales. *Op. cit.*, p. 537.

⁷² César Beccaria, en *De los delitos y de las penas*, basado en la ideología del contrato social, enuncia el principio de *legalidad de las penas* al afirmar que “sólo el legislador las puede dictar” y sujeta su aplicación al principio fundamental de su *necesidad* como criterio, en tanto de lo que se trata es de mantener el vínculo entre los hombres; pero también de su medida: *proporcionalidad*, por lo que toda pena que vaya más allá de la *necesidad* de conservar dicho vínculo será una pena “injusta por naturaleza”, pp. 216 y ss.

derables; las prácticas inquisitivas han sido una tentación constante en este devenir y las fórmulas que las legitimaron no se hicieron esperar. La sanción, en tanto castigo, de origen retribucionista,⁷³ ha sido común denominador del ejercicio punitivo en la sociedad moderna,⁷⁴ por ello no es de sorprender que las variables procesales inquisitivas encontraran “fácil” asidero en un proceso penal que pretendía ser más democrático.

Este derecho, también identificado como derecho penal liberal, desarrolló principios fundamentales que pretendían hacer de éste una fórmula idónea para la preservación del orden jurídico y la consecución de fines sociales. La conservación de los vínculos sociales, en la para entonces nueva forma de organización política y social, sería la razón de ser del recién surgido derecho penal.⁷⁵ Esta fórmula por sí misma excluiría tanto a la víctima como a su agresor en tanto sujetos de derechos, pues uno debía ser reprimido y de la otra habría que evitar su venganza.

Paradójicamente, este derecho penal de orígenes humanistas —que pretendió volcarse contra la pena de muerte

⁷³ El modelo retribucionista como fin de la pena ve en la sanción un castigo legitimado por la necesaria expiación de la culpa. Por su accesibilidad, se sugiere la lectura de la obra de Serafín Ortiz Ortiz, *Los fines de la pena*, pp. 110 y ss.

⁷⁴ En este sentido, David Garland escribe: “el papel del castigo en la sociedad moderna, de hecho, no es tan obvio ni tan bien conocido. Hoy en día el castigo es un aspecto de la vida social profundamente problemático y poco comprendido, cuya razón de ser no queda clara. El que no lo percibamos de este modo es consecuencia de la apariencia de estabilidad e impenetrabilidad que tienen las instituciones formales, más que de la transparente racionalidad de los procedimientos penales en sí”. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, p. 17.

⁷⁵ Juan Bustos, siguiendo a Beccaria, retoma la expresión de éste en el sentido de que el surgimiento de la penas sólo es explicable en virtud de la organización social producida por el Contrato. El autor explica que el fundamento teórico del para entonces naciente derecho penal está en la doctrina del Contrato Social de Juan Jacobo Rousseau y por lo tanto delincuente, delito y pena son producto de la sociedad organizada; “la legitimidad del poder punitivo de ésta —la sociedad— se halla a su vez en su acta de constitución, el contrato social”. Juan Bustos Ramírez, “Criminología y evolución de las ideas sociales”, en Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, dirs., *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, pp. 28 y ss.

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

Esta doble tendencia de difícil conciliación —o imposible de conciliar— daría paulatinamente forma a un modelo de justicia penal al que se calificaría de mixto;⁷⁶ esto es, de fórmulas democráticas pero con —vastas— reminiscencias inquisitivas. Así, contradictorio en su estructura, la mixtura de estas variables conformarían un modelo de justicia cada vez menos correspondido con las aceleradas transformaciones sociales y las exigencias de solución de problemas no vividos antes; inercia que evidenció su imposibilidad de atender las necesidades de una sociedad tan compleja y de riesgos como la actual.⁷⁷

⁷⁶ El origen de los sistemas de justicia penal mixtos habrá de buscarse en los códigos termidoriano y el napoleónico a finales del siglo XVIII y principios del XIX. Legislaciones que, pese a la tendencia humanista de la influencia reformadora ilustrada, que se había vuelto en contra de la irracionalidad y arbitrariedad de los procesos, la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la inquisición, revivieron las variables inquisitivas y dieron origen a modelos mixtos de justicia penal con fase de investigación inquisitiva en tanto escrita y secreta en la que predominaba la acusación pública y se excluía la del imputado además privado de su libertad, y una fase de enjuiciamiento acusatoria de juicio contradictorio y público, incluso oral, pero determinado por lo acontecido en una primera fase difícilmente superable. L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 564-567.

⁷⁷ Bajo el concepto de *la sociedad del riesgo*, Beck designa una fase de desarrollo de la sociedad moderna —que concibe a la modernización como un proceso autónomo de innovación— en la que a través de la dinámica de cambio la producción de riesgos políticos, ecológicos e individuales —deterioro de la modernización, el reverso de la moneda— escapa, cada vez en mayor proporción, a las instituciones de control y protección de la mentada sociedad industrial. Ulrich Beck, “Teoría de la sociedad del riesgo”, en Jostexo Beriain, comp., *Las consecuencias perversas de la modernidad...*, p. 201.

Estos modelos de justicia vieron sobrecargada la actividad jurisdiccional y de investigación de los delitos por una demanda creciente y la falta de alternativas viables que le dieran respuesta, lo que propició la ineficacia de la función, el aumento de la impunidad y la corrupción en detrimento de los derechos humanos de los involucrados. Las expectativas de una justicia pronta se alejaron cada vez más, los centros penitenciarios se sobrepoblaron de gente pobre y marginada y se generó una crisis de credibilidad respecto de las instituciones de la justicia penal; todo lo que motivó el incremento de denuncias por violaciones a los derechos humanos y acrecentó la cifra negra de la criminalidad.⁷⁸

La sociedad, objeto primordial del derecho penal, no vio reflejadas sus expectativas de paz social y convivencia armónica; en tanto, dos sectores en lo particular sufrían las consecuencias directas de una cada vez más desbordada función punitiva: los “delincuentes” identificados como el *enemigo*⁷⁹ —en su mayoría gente pobre y marginada— sufriendo un juicio de pocas garantías efectivas para contrarrestar desde su inferior posición los embates de una justicia penal ensañada con ese sector poblacional y sus “víctimas”, de condición vulnerable y sobrevictimizadas por una justicia penal que nunca les consideró.

La mixtura que suponía —y supone— sí, muchas tendencias represivas, en sus variables democráticas desarrolló paulatinamente derechos para los imputados tratando de contrarrestar aquellos efectos nocivos de una justicia penal preocupada más por encontrar el delito en el *delincuente* que por recuperar la verdad histórica de los hechos. El imputado fue el objeto primero de preocupación y por tanto pre-

⁷⁸ Constituida por los delitos sufridos pero no denunciados, generalmente documentada en los resultados de las encuestas de victimización.

⁷⁹ Zaffaroni afirma: “La esencia del trato diferencial que se depara al *enemigo* consiste en que el derecho *le niega su condición de persona*. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre *ciudadanos* (personas) y *enemigos* (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas”. *Op. cit.*, n. 59, p. 19.

cursor de un modelo más correspondido con los derechos humanos; poco a poco se haría de derechos importantes para su defensa, pero insuficientes para abandonar la inquisición de una justicia que no quería presumir su inocencia sino que partía del presupuesto de su culpabilidad. Otorgarle muchos derechos a los imputados significaba por supuesto —como significa aún— que las potestades punitivas del Estado debían disminuir, de ahí la resistencia a la fórmula. Por otro lado, la víctima debía esperar: la consideración de sus intereses como *privados* la excluían de la naturaleza pública del derecho penal y la reparación del daño como única consideración de su interés, debía ser atendida por el derecho civil —propio de los intereses entre particulares— una vez decretada la responsabilidad penal, pero no más.

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

2. El proceso penal acusatorio

A. Características esenciales

El sistema procesal acusatorio “concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio

como una contienda entre iguales, iniciadas por la acusación a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”.⁸⁰

A diferencia de los modelos mixtos en los que la dependencia de la acusación respecto de quien juzga es casi siempre lamentable y la capacidad manipuladora y controladora de la acusación sobre el imputado todavía más, el principio de separación entre quien acusa y quien juzga es sin duda la principal y más importante característica de un sistema procesal acusatorio, en tanto es el presupuesto de las demás características del modelo. Con la debida separación entre quien acusa y quien juzga se diferencian las funciones y los sujetos encargados tanto de acusar como de juzgar. Así el juzgador no tiene injerencia ni poder alguno sobre las partes, es completamente imparcial, lo que supone la imposibilidad de controlar o manipular las funciones —públicas o privadas—⁸¹ de la parte acusadora y por supuesto tampoco las acciones de los imputados. Asimismo, la debida separación entre acusación y defensa hace énfasis en la calidad de *parte* de la primera y la nula posibilidad de injerencia y de poder alguno de ésta sobre el imputado. Son *pares* en igualdad de condiciones, con lo que se nivela en “igualdad de armas” el conflicto que supone el proceso penal.⁸²

⁸⁰ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, p. 564.

⁸¹ La posibilidad de que la víctima se convierta en parte acusadora, ejerciendo la acción penal y sosteniendo la acusación, la pondrá —para el caso— en una cualidad tal, con las potestades sí, que tal cualidad implica, pero sobre todo con los compromisos y obligaciones de la función. *Cf.* pp. 76-80.

⁸² Observar al proceso como una contienda entre iguales —o pretender que así sea— a manera de conflicto es evidencia de la influencia que en el garantismo penal tiene el modelo sociológico del conflicto de origen marxista. Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, intentando describir el sustrato teórico y epistemológico del garantismo penal —de Ferrajoli—, sostienen: “En el nivel extrajurídico (legitimación externa) encontramos la influencia del pensamiento *marxista de la Nueva Izquierda* (modelo conflictivo, intereses enfrentados, la opción por la defensa del ‘más débil’ y la decisión moral sobre cuáles bienes deben ser protegidos en primer lugar)”. Además, afirman que se pueden distinguir algunos elementos derivados de aquellos supuestos epistemológicos, como el *Materialismo* y el “*Modelo conflictivo*: la idea del derecho

Para Ferrajoli, esta distinción es garantía de imparcialidad.⁸³ A diferencia de los atributos para los ritos inquisitivos que deben considerar que se trata de un juez actor, representante del interés punitivo y por tanto erudito en el procedimiento y con capacidad de investigación, los atributos para un sistema acusatorio consideran a un juez espectador dedicado principalmente a la valoración imparcial de los hechos. Por ello las características y “expectativas” de un juez varían en cada modelo procesal.

A diferencia de la dependencia y subordinación de la actividad jurisdiccional a la discrecionalidad de intereses políticos contingentes, y también manipulables, expresión clara de modelos procesales inquisitivos —y mixtos—, en los modelos acusatorios la colocación del juez respecto de los demás sujetos del proceso y, por ende, de los intereses públicos y de los particulares, será reflejo y garantía de su imparcialidad.

Para la búsqueda de la verdad y la tutela de las libertades, la sujeción sólo a la ley de la actividad jurisdiccional coloca al juez en independencia con cualquier interés de carácter político y discrecional de quienes jerárquicamente pueden —como en otros ámbitos públicos administrativos— dirigir las actividades de sus subordinados regidos por parámetros sólo de mera —formal— legalidad. La imparcialidad de la función del juez está rigida en cambio por la estricta legalidad, no sólo formal sino sustancial⁸⁴ que vincula al juez a la veracidad de sus pronunciamientos. “La

penal como derecho que debe proteger al ‘más débil’ y la creencia de que el estado debe mantener el poder de manejar los conflictos (actos desviados, por ejemplo) nos muestra claramente que Ferrajoli está pensando en un modelo conflictivo de sociedad”. *Op. cit.*, n. 12, pp. 47-49.

⁸³ *Op. cit.*, n. 9, p. 567.

⁸⁴ Luigi Ferrajoli distingue entre *mera* legalidad y *estricta* legalidad, vinculando la segunda a la *sustancia* de las decisiones producidas, propias de la actividad judicial; en tanto las primeras sólo sujetas a actividades regulativas de procedimientos de aplicación de la ley, como en las del ámbito administrativo o legislativo. *Cf.* pp. 578 y 579.

independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a las razones de estado o a intereses políticos contingentes”.⁸⁵

La función jurisdiccional imparcial⁸⁶ debe ser extraña a los intereses en juego. El juez no representa ningún interés y por tanto no puede estar sujeto a ninguno de ellos, más que al interés único de tutela del bien jurídico lesionado; nada más que ello debe condicionar su juicio.

Resulta indispensable identificar que en un modelo procesal acusatorio no es suficiente que quien juzga y quien acusa sean distintas personas, incluso pertenecientes a distintos poderes o funciones públicas, sino además a otras específicas garantías procesales como las relativas a la conducción de la instrucción, a la publicidad del juicio y a las técnicas de formación y refutación de pruebas.⁸⁷ Así, como el juez sólo juzgará libremente las verificaciones y refutaciones expuestas y no podrá ejercer acciones de acusador, quien acusa, sobre todo cuando la acusación es pública (Ministerio Público) no podrá ejercer funciones de juzgador, como por ejemplo privar de la libertad al acusado —como en el arraigo, según se ejemplificó—; las funciones en el modelo procesal acusatorio deben quedar así bien diferenciadas. Todo ello también es presupuesto de la igualdad procesal.

La distinción entre acusación y juez es presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba de quien acusa y fundamento de la presunción de inocencia. A diferencia de los procesos inquisitivos, donde no hay diferencia entre quien acusa y prueba, en los procesos acusatorios la igualdad entre las partes en conflicto supone un juez árbitro, sin

⁸⁵ *Ibid.*, p. 584.

⁸⁶ Para garantizar la imparcialidad resulta indispensable el cumplimiento del principio del *juez natural*, que significa la pre-constitución de competencias por la ley al juicio, lo que supone la no alteración *post factum* del régimen de normas de competencias; un juez pre-constituido por la ley. De este principio se derivan a su vez la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias.

⁸⁷ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, p. 582.

intervención ni influencia en la acusación y una defensa a la que le asiste el derecho de refutar la acusación; luego entonces la obligación de probar debe recaer en quien acusa, quien además es quien motiva —inicia— el proceso.

Para que a un responsable se le considere tal deberá ser oído y vencido en juicio, y para ello la garantía de audiencia supone que nadie es culpable hasta que se le demuestre lo contrario, esto es, hasta ser oído y vencido en juicio, lo que trae como consecuencia inmediata la presunción de inocencia. La estructura de las formas procesales previstas por los códigos de procedimientos en materia penal debe ser consecuencia directa de la consagración de tal garantía, la cual trae aparejados otro tipo de derechos de debido proceso, como el de defensa y contradicción, los que suponen el derecho a defenderse y a probar su inocencia.

La presunción procesal de la inocencia es garantía luego entonces de verdad, libertad y seguridad, en tanto garantiza inmunidad para los inocentes; si la inocencia no está garantizada, tampoco la libertad de los imputados, lo que les generará incertidumbre. El imputado debe tener confianza en el juez y en las instituciones que le juzgan, así debe ser en todo Estado de Derecho; por ello, la justicia penal se legitima en tanto es garantía de verdad, libertad y seguridad para el inocente. En este sentido, el objeto del derecho penal y del proceso debe ser encontrar la prueba que demuestre la culpabilidad de un sujeto pero, en tanto, debe presumir su inocencia: es la inocencia y no la culpa la que debe presumirse desde el principio.

En un modelo procesal acusatorio, el derecho a la defensa tiene una connotación muy distinta en tanto la carga de la prueba recae en quien acusa. Si se considera que la verdad buscada por un modelo procesal tal es formal y por tanto relativa, la posibilidad de contradecir —refutar— las pruebas es esencial. Teniendo —como lo es— las partes en conflicto intereses opuestos, de la exposición máxima de

las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, dependerá el libre desarrollo del procedimiento —conflicto.

Es el derecho a la defensa una derivación lógica de la carga acusatoria de la prueba; desde la sistematización garantista de Ferrajoli, no hay prueba sin defensa. Para el autor no es atendible ninguna prueba de la acusación sin que se halla activado infructuosamente todas las posibilidades de refutación y contrapruebas; por ello la defensa es el principal instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, basado en el conflicto y regulado y ritualizado entre partes contrapuestas. Un método que no permite juicios potestativos.⁸⁸

El proceso penal acusatorio, como contienda que es, exige de una igualdad de las partes, lo que significa que la defensa esté dotada de la misma capacidad y poderes que la acusación; para ello, la defensa debe tener entonces la capacidad de contradecir, en cualquier momento probatorio, cualquier acto probatorio. Si la acusación es pública o incluso privada, la defensa debe estar en posibilidad de competir contra ésta, lo cual exige una defensa técnica, debido al alto grado de complejidad que suponen hoy día los procedimientos penales. El derecho a contradecir, luego entonces, supone el derecho mismo a ser defendido técnicamente, lo cual obliga al Estado a dotar de defensor gratuito a quien no ha podido conseguir especialista que le defienda o simplemente no ha elegido esa opción. Ello exige una defensoría pública fuerte e independiente.

Cuando la acusación es pública —en la mayoría de los casos lo es— contraponerse al poder de la acusación exige de un conjunto de derechos y garantías suficientes para lograr el equilibrio y la igualdad de armas; para ello, a cada facultad de uno debe corresponder una facultad del segundo; de ahí la necesidad de que estén presentes la acusación y la defensa en todas las actividades probatorias.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 613.

Finalmente, habrá de considerarse que tener el derecho a probar la inocencia no significa tener la obligación de hacerlo, en un sistema equilibrado de derechos y obligaciones, presumir la inocencia supone un derecho para el imputado y una obligación para el Estado y sus autoridades; esto es, el imputado tiene el derecho a probar su inocencia y el Estado, a través de las autoridades competentes, tendrá la obligación de probar su responsabilidad. Si el Estado no puede demostrar la responsabilidad de una persona señalada como culpable de la comisión de un delito, entonces debe presumirse su inocencia aun cuando este último no haya aportado prueba alguna para demostrar su inocencia. En suma, el imputado pudiera no hacer uso de su derecho a probar su inocencia y aun así ser absuelto si no se comprueba su responsabilidad o si existe duda.

Finalmente, característica esencial de los modelos procesales acusatorios en materia penal son la publicidad y la oralidad. El secreto y la escritura son rasgos característicos de los procedimientos inquisitivos y mixtos; la publicidad y la oralidad, de los acusatorios. Derivación directa del derecho a defenderse y a que se presuma la inocencia, es sin duda la publicidad que niega acusaciones y procedimientos secretos. Beccaria⁸⁹ escribió, a manera de preguntas —y de reclamo—: “¿Quién puede defenderse de la calumnia cuando está armada del *secreto*, escudo el más fuerte de la tiranía? ¿Qué género del gobierno es aquel donde el que manda sospecha en cada súbdito un enemigo y se ve obligado por el reposo público a dejar sin él a los particulares?”

Gracias a la publicidad y a la oralidad de los procedimientos es posible tener certeza de que el juicio y las pruebas y contrapruebas que en él se presentan han respetado las exigencias garantistas que les reviste. Para ello, expresa Ferrajoli, la legalidad o ritualidad de los procedimientos y la

⁸⁹ C. Beccaria, *op. cit.*, n. 72, pp. 244 y 245.

motivación de las decisiones serán parte fundamental.⁹⁰ La publicidad es un arma contra la arbitrariedad, bajo el control de la defensa y del acusado principalmente, pero también de la opinión pública y de la parte ofendida. Andrés Ibáñez⁹¹ distingue entre publicidad interna y externa; considerando a la primera como garantía del imputado “la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa”. Para el autor, la publicidad externa se supone para el control de quienes como ciudadanos tienen un genérico y objetivo interés en que la aplicación del derecho penal no sea arbitraria y discurra por cauces legales. En este sentido, Binder afirma que la publicidad debe jugar su papel para que la jurisdicción cumpla con el deber social que le corresponde.⁹²

La publicidad de los juicios implica la publicidad de las pruebas.⁹³ Se trata del control público de la veracidad, “es el alma de la justicia” —sostuvo Bentham— y favorece la probidad de los jueces al actuar.⁹⁴

Los modelos procesales mixtos se caracterizaron principalmente por un primera fase —de investigación— secreta, previa a los procesos en los que los principios procesales empezaban a operar, pero evidentemente disminuidos por aquella determinante y “bien aprovechada” *prima facie*. Por ello, es sin duda una medida de control del poder, que reacciona contra aquellas prácticas en las que los testimonios se rinden ante un juez o un secretario y sin la presencia de nadie, principalmente de la defensa. Por ello no es dable

⁹⁰ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 616 y ss.

⁹¹ Perfecto Andrés Ibáñez, *Justicia penal, derechos y garantías*, pp. 259-260.

⁹² Alberto Binder, *Introducción al derecho procesal*, p. 102.

⁹³ Beccaria sostenía: “sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito...” Afirmando que la opinión pública así podía imponer un freno a la fuerza de la acusación. “[...] para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos sino defendidos”. *Op. cit.*, n. 72, p. 243.

⁹⁴ Jeremías Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I, p. 140.

la secrecía de las actuaciones cuando no hay nada que se deba ocultar; es incompatible con los valores de la democracia.

De la publicidad de los procedimientos deriva la oralidad, así como las formas escritas dan lugar a la secrecía: si un secreto quiere ser conservado debe implicar la forma escrita. El juicio oral y público, además, “exige la identidad física de los jueces e implica la concentración temporal de los actos del juicio (continuidad)”.⁹⁵ Para Cafferata Nores, la oralidad implica la actividad procesal del juicio mediante el debate en la producción de pruebas, alegaciones y decisiones de mero trámite del tribunal, desarrolladas de viva voz y por la que se potencia interactivamente las virtudes individuales y combinadas de la publicidad, la inmediación, el contradictorio y la identidad física del juzgador, integradas en una unidad de funcionamiento real, susceptible sólo de separarse conceptualmente. Por la fórmula oral, la inmediación significa la actuación conjunta y el contacto personal directo y permanente durante el juicio del tribunal, las partes: acusación, defensa, imputado y víctima.⁹⁶

La inmediación exige que toda la actividad probatoria se lleve a cabo en el acto del juicio oral en presencia del juez, que valorará la actividad probatoria con la oportunidad, por la proximidad, de apreciar la sinceridad de los testigos, la solvencia de los peritos, las declaraciones del acusado y de la víctima.⁹⁷

B. La discrecionalidad de la acción penal

Si bien de origen garantista, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal es una de las variables más adecuada

⁹⁵ José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, p. 158.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 170.

⁹⁷ En este sentido, Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Nuevo sistema de derecho penal*, pp. 29 y 30.

y, por ende, la que más propicia la participación de las víctimas en el proceso penal y motiva el acrecentamiento de sus derechos. Sin embargo, tal variable no es esencial al modelo garantista en cuanto tal. Es importante reflexionar al respecto: nacida en el seno de la tradición inquisitiva, la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal y el carácter público de los órganos de la acusación contrastan con la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal de quien, en una tradición acusatoria, tiene la potestad de acusar. Para Ferrajoli, sin embargo, la discrecionalidad de la acción penal, aun perteneciendo a la tradición del proceso penal acusatorio, no es lógicamente esencial a ese modelo teórico, por un lado, y por el otro, la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal y el carácter público de los órganos de la acusación, si bien son institutos nacidos en el seno de la tradición inquisitiva, a su juicio no pertenecen a ese modelo de forma exclusiva. El carácter público de la acusación de origen claramente inquisitivo terminó por arraigarse en la época moderna como universalmente válido en todos los ordenamientos procesales evolucionados.⁹⁸

La publicidad de la acción nace, y también se arraiga, con la consideración del carácter público del propio derecho penal y la creación de órganos del Estado encargados de la prosecución, como el Ministerio Público, lo que conllevó a la obligatoriedad de la acción misma en los modelos mixtos de arraigo inquisitivo. Sin embargo, habrá que distinguir —como insiste Ferrajoli—⁹⁹ en que la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal no es ajena ni se contra-

⁹⁸ Para el autor esos elementos pertenecientes a sus respectivas tradiciones históricas no son necesarios lógicamente en ninguno de los dos, pero pueden ser compatibles en ambos. Aclara, sin embargo, que la construcción teórica de lo que es esencial en cada modelo y de lo que es contingente es ampliamente convencional, apareciendo vinculadas tan sólo a la tendencial presencia de los elementos asumidos históricamente, como constitutivos en las respectivas tradiciones. L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, p. 563.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 569 y ss.

pone a los modelos procesales acusatorios. En términos del autor eso es congruente con la garantía de igualdad de los ciudadanos, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y sobre todo la tutela de las partes ofendidas más débiles. Para él, esa alternativa no entra ni en la lógica del modelo ni mucho menos le es funcional. En su argumento, la publicidad de la acusación lleva a la obligatoriedad —para el órgano público acusador— del ejercicio de la acción penal, lo que supone un derecho para los ciudadanos; a su vez, la obligatoriedad de la acción supone la obligación de los órganos de la acusación pública de promover juicio sobre toda *notitia criminis* que llegue a su conocimiento, aunque sea para pedir después el archivo o la absolución.

De considerarse lo anterior, es, sin duda, la crítica de Ferrajoli a las tendencias de negociación del conflicto entre la víctima y su agresor; es evidente su rechazo a la fórmula aun cuando reconoce que ésta se ha asociado históricamente a los modelos acusatorios de proceso penal. Afirma que esta obligatoriedad es aspecto de otros rangos y esenciales y estructurales del sistema garantista como la legalidad, por lo que se sujeta a la ley a toda la función judicial y que en consecuencia excluye su activación conforme a criterios puramente arbitrarios o potestativos. Su crítica la centra asimismo en la afectación a la *indisponibilidad* de las situaciones penales, tales como la confesión y las transacciones, aceptaciones o renuncia entre las partes en causa, y a la *igualdad* penal que excluye toda disparidad de tratamiento ligadas a opciones potestativas de oportunidad del proceso o el comportamiento procesal del imputado y su disponibilidad a entrar en tratos con la acusación por el hecho de que muchos serán obligados a renunciar a una defensa y proceso adecuados, por su situación económica, “como si se tratara —afirma— de un lujo inaccesible”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ *Idem.*

La discrecionalidad de la acción penal, pese a la sustentada crítica aludida, ha sido, como lo reconoce el propio Ferrajoli, una característica históricamente considerada para los procesos penales acusatorios; la explicación a su recurrida incorporación se puede identificar bajo dos argumentos: Primero, si bien es evidente el origen garantista de la fórmula acusatoria de los procesos penales —claramente estructurada en la sistematización garantista de Ferrajoli—, los modelos acusatorios han ido incorporando variables de otras tradiciones jurídicas o modelos teóricos que les han dado matices diversos no siempre homogéneos, pero sí ampliamente difundidos, aceptados e incluidos en la mayoría de los procedimientos evolucionados en la actualidad. Así, en la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal es evidente la influencia de los sistemas jurídicos anglosajones en las fórmulas negociadoras entre acusación y defensa —independientemente de que la acusación sea pública— y los criterios de oportunidad¹⁰¹ en el ejercicio de la acción penal. Lo que no es de extrañar si se recuerda que el modelo *anglosajón* tomó, en las formas del *adversary system*, hacia el siglo XII —y en cierta medida—, el carácter originalmente privado de la iniciativa penal de los aludidos procesos penales acusatorio en Grecia y la Roma republicana.¹⁰² También es clara la influencia del *abolicio-*

¹⁰¹ El principio de oportunidad, comúnmente incluido en modelos procesales presumiblemente *acusatorios*, proviene de la tradición procesal penal estadounidense, en el que el ejercicio de la acción penal está condicionado a la discrecionalidad del *prosecutor*, que es casi ilimitada. Este principio se antepone como regla en aquel sistema por la falta de vigencia del principio de legalidad en materia de persecución penal. Pero en un sistema jurídico continental, la *oportunidad* no puede contraponerse al principio de legalidad, sino que se mueve en torno a la cuestión del carácter esencial o no de la obligatoriedad y al grado de permeabilidad de aquél a criterios de oportunidad. Se trata de una *oportunidad* reglada en tanto la posibilidad de acogerse a él opera sobre la base de una previsión legal. En este sentido, Fanchiotti y Ferreiro Conde Pumpido, citados por Perfecto Andrés Ibáñez, y el propio Andrés Ibáñez. *Op. cit.*, n. 91, pp. 69-71.

¹⁰² L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 564-565.

nismo, modelo teórico que ha propuesto replantear la prioridad del derecho penal hacia la víctima y su reparación.¹⁰³

Segundo, porque la justicia penal de muchos contextos jurídicos es bastante inaccesible, la inoperancia y lentitud de los procedimientos es apabullante y la corrupción un factor a considerar antes de decidir denunciar. Evidentemente quizá en modelos de justicia medianamente funcionales pueda imperar en exclusiva la obligatoriedad de la acción penal por órgano público, pero habrá que recordar que la discrecionalidad en los modelos acusatorios actuales —como se explicará— es exclusiva de ciertos presupuestos legales y por su naturaleza siempre es opcional, aun cuando ello implique reconocer, sin refutación, que la condición económica de la víctima y del imputado acabará por ser, en la mayoría de los casos, un factor determinante. El propio Ferrajoli reconoce que las condiciones de procedibilidad, ligadas a ciertas manifestaciones de la voluntad, no contrarían ni niegan el carácter obligatorio de la acción penal;¹⁰⁴ fórmulas como la querrela las considera incluso necesarias para la procedibilidad penal.

3. El proceso penal como instrumento para la consecución de los fines del derecho penal

La evolución de la justicia penal y de su modelo procesal invita a reflexionar sobre los fines del derecho penal y por supuesto a repensarlos. La cualidad de instrumento para hacer efectivos los derechos sustantivamente reconocidos y

¹⁰³ En palabras de Anitua —al referirse al abolicionismo—: “Aunque su nombre es tomado de la lucha histórica contra la esclavitud primero, y contra la pena de muerte luego, en estos años y en el seno de la criminología crítica recibiría tal denominación la más radical deslegitimación del sistema carcelario y de la propia lógica punitiva”. Gabriel Ignacio Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, p. 431.

¹⁰⁴ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 570-571.

para hacer efectivas las obligaciones impuestas del proceso penal, lo convierte a su vez en instrumento para la consecución de las expectativas teleológicamente planteadas por/ para el derecho penal. Luego, las expectativas de justicia en el derecho penal deben ser congruentes con los procedimientos estructurados para su consecución. De ahí la importancia de identificar las razones de un derecho penal dado, que en su devenir histórico ha requerido cambiar sus pretensiones en aras de una siempre cuestionada legitimación de la potestad punitiva. Luego, los fines del derecho penal deben ser compatibles con su estructura sustantiva y con el modelo procesal que los hace posible; la poca congruencia entre fórmulas de por sí contradictorias por fines penales no siempre —casi nunca— claros son la causa de modelos procesales poco eficaces y sumamente lesivos.

A. El utilitarismo penal y la prevención del delito

Como se ha afirmado, fundado en la filosofía contractualista, el derecho penal nació y se erigió para la defensa social, para la restauración del orden jurídico afectado por el delito, no para anticiparse al delito, tampoco para prevenirlo y mucho menos para resolverlo. Un derecho penal tal, así estructurado, no tendría entre sus objetivos la protección de los intereses privados —ni de víctimas ni de acusados—, luego, sus variables procesales tampoco tenderían a aquéllos. El nascente derecho penal de orden público se diferenciaba tajantemente del derecho civil, haciendo de su preocupación una causa pública diferenciada de los intereses particulares a los que se avocaría el derecho civil; así, el derecho penal y el derecho civil que habían andado caminos comunes en la Roma democrática, por ejemplo, se desligaría uno del otro, diferenciándose, de la misma manera, pena de reparación.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Binding, al distinguir entre pena y resarcimiento del daño, afirmó que la reparación es prestada siempre en favor de quien sufre el daño y la pena, en cambio, es

No obstante la naturaleza reactiva de este, para entonces, naciente derecho penal, la necesaria legitimación que permite al *ius puniendi* existir —y permanecer— encontró en las variables preventivas un pretendido —y difícilmente logrado— fin de la pena.

Desde el nacimiento del derecho penal en la modernidad, hace aproximadamente dos siglos, surgió una modalidad en la aplicación de las sanciones: la privativa de libertad, esto es, la cárcel. Las razones de su surgimiento según la teoría de la pena atienden a muchas variables, todas sin duda complementarias entre sí y motivadoras en cierta medida de su arraigada implementación. Una de éstas, de interés para este argumento, destaca la razón misma del surgimiento de un Estado democrático que consagra los derechos humanos y principalmente las libertades en términos de igualdad, por lo que la vida, como derecho fundamental, no podía seguir siendo el costo del castigo. El nuevo derecho penal —para entonces— se tornó humanista y más respetuoso de la vida, por lo que la pena de muerte, aun cuando se preservó, disminuyó en su incidencia para dar paso a la pena privativa de la libertad.¹⁰⁶

Quedaba clara la necesidad de la sanción para hacer valer la ley, pero la restricción a los derechos por la sanción era válida en tanto no significara dar la vida misma sino sólo parte de las libertades; con ello la noción filosófica del castigo encontró su decadencia en términos expiatorios y dio paso a una nueva concepción más correspondida con la

prestada siempre al Estado, que cumple un deber en infligir una pena. Citado por Claus Roxin, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en Julio B. J. Maier, comp., *De los delitos y de las víctimas*, p. 137.

¹⁰⁶ Deduciendo de la afirmación de Beccaria, que escribió: “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 pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover los hombres para que le defiendan”, se infiere que no es congruente que con fundamento en aquel pacto los hombres cedan no sólo su libertad sino su vida misma. *Op. cit.*, n. 72, p. 217.

nueva forma de concebir la vida y la organización social. El advenimiento de las libertades para entonces —y hasta ahora— reconocidas en términos de igualdad, veía en las acciones sociales, y en las reglas que las determinaban, una tendencia a la utilidad exaltada principalmente en su forma económica. En el derecho penal, la cárcel significaba la restricción de la libertad de sujetos que podrían, en libertad, ejercer su fuerza de trabajo y generar para sí riqueza, sin embargo, reclusos y trabajando, generarían riqueza para otros y con escasa o nula retribución económica, pero sobre todo, se disciplinaban para el trabajo, lo que resultaba indispensable para el naciente “modelo capitalista” de producción.¹⁰⁷ Feuerbach¹⁰⁸ expresa claramente el vínculo entre modelo de producción y pena privativa de libertad al afirmar que de lo que se trataba era de disciplinar a los individuos mediante la coacción sobre su psique de modo que interiorizaran la relación costos-beneficios de su actividad y, evidentemente, la mejor forma para hacerlo patente consistía en afectar su libertad, esto es, su capacidad para disponer de su fuerza de trabajo en el mercado, por eso la pena privativa de libertad pasa a ser la pena por excelencia.

La pena privativa de libertad —la cárcel— encontró así una primera forma de utilidad para la sanción y poco a poco dejó atrás las inercias retributivas y expiatorias del castigo.

Así, la sanción —ya no castigo— encontró en la utilidad su legitimación en un modelo político y de la utilidad económica se pasó a la pretendida utilidad social. Sin embargo, el derecho quiso reaccionar contra actos —derecho penal clásico o liberal— pero acabó tratando de anticiparse a los hechos y prejuzgando a las personas —derecho penal

¹⁰⁷ Michel Foucault escribió: “Las Luces, que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas”. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, p. 255.

¹⁰⁸ Citado por Juan Bustos Ramírez, “Estado y control. La ideología del control y el control de la ideología”, en Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, dirs., *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, p. 15.

de autor— cuando fundamentó sus expectativas en la prevención delictiva. La influencia del positivismo criminológico y de la así denominada Escuela Positiva, en un derecho penal tal —de autor— significó la estructuración de procedimientos nuevamente inquisitivos con variables muy represivas y poco considerados con las conquistas *clásicas* que a manera de derechos y principios el derecho penal liberal había desarrollado. El fin de la pena se concentraría una vez más en el castigo y en la *anulación del delincuente*, nacido tal e incapacitado para la convivencia social.

Definitivamente, prevenir los delitos no es uno de los atributos del que alguna vez siquiera el derecho penal pudiera presumir; y aún superada la influencia del positivismo criminológico del derecho penal de autor, las intenciones de prevención delictiva como fin de la pena desarrollarían sendas explicaciones para su justificación.¹⁰⁹ Ello no obstante, el modelo procesal siguió arraigado en sus cualidades

¹⁰⁹ Con el advenimiento del derecho penal y el abandono de los criterios retribucionistas, se desarrollaron sistematizaciones respecto de los fines de la pena y por tanto del derecho penal que centró —y aún centra— sus expectativas en ella. Así, se ofreció una explicación teórica a lo que nunca se pudo verificar empíricamente, al menos de manera seria; sin embargo el modelo fue aceptado como sistema teórico que es. La división de los fines de la pena es universal “y tal parece que fue Bentham su creador, empero, es de uso generalizado a fines del siglo pasado, atribuyéndose a Franz von Liszt la implementación y divulgación de la versión moderna” (Serafín Ortiz Ortiz, *op. cit.*, n. 73, p. 143). Se sostuvo que el fin de la pena era la prevención del delito, con lo que cruzó los modelos dogmáticos con variables de política criminal y se explicó que la prevención se daba en dos modalidades, a las que calificó de general y especial: por la primera se evitaba que quien no había delinquido lo hiciera y por la segunda que quien había delinquido lo volviera a hacer; así, una dirigida a las personas y la otra al así sentenciado *delincuente*. Ambas expectativas preventivas tendrían dos modalidades: positivas y negativas; así, la prevención general positiva cifraba sus expectativas en la reafirmación del orden establecido y la confianza en la justicia penal y en el Estado que la imparte. La general negativa, por su parte, acudió al argumento de la intimidación con fines disuasorios. La prevención especial positiva, también llamada prevención integración, se sustentó en la resocialización de la pena privativa de libertad y la especial negativa en la neutralización del delincuente que, cooptado por la prisión, no podría delinquir. Evidentemente esta clasificación de los fines de la pena es de mucha utilidad para explicar lo que el derecho penal no es capaz de hacer. Para una crítica seria de esta sistematización se sugiere la consulta de la obra de I. Rivera Beiras, *op. cit.*, n. 63, pp. 20-26.

inquisitivas y las expectativas *preventivas* se pretendieron alcanzar con la aplicación y ejecución de la pena por excelencia: la privativa de libertad.

La pena privativa de libertad se constituyó desde entonces en la principal forma de sanción penal y su utilidad social fue exaltada a manera de readaptación. Si la razón del delito era la desadaptación de ciertos individuos a las inercias y a las formas de la organización social, la cura sería la readaptación para hacer a los individuos útiles para la sociedad misma.

La readaptación social legitimó así a la pena privativa de libertad; por décadas, la cárcel ha sido la razón de ser de la justicia penal, pero los pocos niveles de eficacia, esto es, las escasas posibilidades de que los internos finalmente se readapten, la saturación que han sufrido la mayoría de las cárceles en el mundo y el cúmulo y la frecuencia de las violaciones a los derechos humanos, poco a poco dieron cuenta de su decadencia.

Con la intención constante de legitimar a la pena privativa de libertad, los fines del derecho penal se centraron en ésta en particular, pero los modelos explicativos a manera de teorías han cometido —siguiendo a Ferrajoli—¹¹⁰ un elemental error: confundir el ser con el deber ser. El ser, esto es, la función empíricamente verificable y la motivación (verificable por la descripción normativa) hecho y derecho, no pueden confundirse con el fin (axiológicamente perseguido); se trata de una confusión entre modelos de justificación —fines— y esquemas de explicación —funciones de hecho y de derecho. Para el autor, deducir lo que es de lo que debe ser y viceversa violenta la ley de Hume.¹¹¹

¹¹⁰ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 321 y ss.

¹¹¹ Según la cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa. En este sentido, Ferrajoli sostiene: “mientras las teorías explicativas no pueden ser corroboradas ni desmentidas mediante argumentos normativos extraídos de opciones o juicios de valor, sino sólo mediante la observación de lo que de hecho sucede, las doctrinas normativas no pueden ser respaldadas ni refutadas con argumentos fácticos tomados de la obser-

Los esquemas descriptivos de las normas y explicativos de la realidad no son más que modelos justificativos de funciones apologeticas de respaldo de sistemas penales existentes, responsables de proyectos y estrategias de política penal conservadoras o utópicamente regresivas.¹¹² Para Ferrajoli¹¹³ atribuir a la pena el único fin de prevenir el delito que ha caracterizado al moderno utilitarismo penal, la ha expuesto a tentaciones de autolegitimación autoritaria; un modelo de derecho penal orientado a tal fin “encamina sus opciones hacia la adopción de medios penales máximamente fuertes e ilimitadamente severos”.

En conclusión, dos grandes modelos teóricos desarrollan las expectativas del derecho penal en general o de la pena en particular: el *retribucionismo* que confunde las funciones con los fines al pretender/deducir que aquello que se verifica empíricamente debe ser acreditado como fin, así, del hecho de que la pena retribuye mal con mal, deduce que debe retribuir mal con mal y el *utilitarismo* que acredita como funciones satisfechas lo que sólo son fines teleológicamente perseguidos; por ejemplo: el que se asigne el fin axiológico de prevención del delito a la pena, no significa que efectivamente lo prevenga.

B. La consecución de los derechos de los involucrados como fin del derecho penal

La consecución de los fines del derecho penal y de la pena misma debe estructurarse a través de las fórmulas procesales, esto es claro si se reconoce que el derecho procesal penal, en congruencia con las variables sustantivas del derecho penal, debe ser el instrumento idóneo para que los fines planteados para éste se puedan alcanzar. Pero ni el

vacación, sino sólo mediante su conformidad o disconformidad respecto a valores”.

Ibid., pp. 323-324.

¹¹² *Ibid.*, p. 321.

¹¹³ *Ibid.*, p. 331.

castigo como fin de la pena en tanto retribución ni la prevención de los delitos propia de los argumentos utilitarios de la pena han podido satisfactoriamente responder a las necesidades sociales de convivencia.

De la mano de los argumentos de prevención delictiva y de las políticas públicas para conseguirlo, la preocupación creciente por los derechos de los involucrados ha transformado —lo sigue haciendo— la naturaleza de los procedimientos penales, lo que invita a pensar que las expectativas del derecho penal —sus fines— centrados en aquella intención de evitar delitos resocializando, neutralizando o intimidando, ha cambiado o al menos está en proceso de transformación. Quizá ha llegado la hora de dejar la responsabilidad de la consecución de tales fines en la pena privativa de libertad, que dejará de ser la pena por excelencia, y entender que si el derecho penal quiere contribuir a la solución del problema social del delito, debe centrar sus expectativas en la efectiva actualización de los derechos de los involucrados: víctimas e imputados. La función del derecho penal no es resolver el conflicto, sino decidirlo bajo premisas que validen la resolución en términos de seguridad jurídica, lo cual es la expectativa de un modelo garantista de justicia penal; expectativa que conlleva la sanción para el culpable, la absolución para el inocente y la protección y resarcimiento de la víctima.

Si se acepta que los fines del derecho penal son éstos y no aquéllos, entonces los fines dependen del proceso más que de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y si se reconoce además que el derecho penal no fue diseñado para prevenir el delito y que el discurso prevencionista no ha sido más que la forma de justificar la existencia de la pena privativa de libertad, se entenderá que lo que el derecho penal sí puede hacer es reaccionar al delito —*a posteriori* y no *a priori*—, de ahí el principio de materialidad como fundamento de un derecho penal que sólo puede reaccionar contra actos o hechos empíricamente —materialmen-

te— verificables y nunca anticiparse a los mismos buscando en las personas al del delito. Ello no significa que no se pueda prevenir el delito, sino que el derecho penal no es la vía; el sistema penal no es ni la única ni la mejor manera de prevenir el delito. Si bien el bienestar —como afirma Bergalli—¹¹⁴ es un objetivo que sólo puede alcanzarse en el marco de la ley, el fenómeno de la criminalidad y los aspectos de su control tienen un peso decisivo en los desequilibrios sociales, también por los prejuicios culturales que han deformado tanto el concepto del delito como el conocimiento de sus autores. El autor afirma que

[...] las intervenciones sociales asumen un papel decisivo cuando se pretende que el sistema penal pueda responder a las exigencias de una sociedad democrática, plural y participativa, para asegurar los derechos de todos los ciudadanos, tanto de los infractores del ordenamiento jurídico-penal como de quienes resultan víctimas de delitos o perjudicados por las consecuencias sociales que no puede (porque no está establecido para ello) paliar el sistema penal.

Luego entonces, la prevención no puede ser más el fin —utilitarista— del derecho penal y mucho menos centrar tales expectativas en la pena privativa de libertad.

Sin embargo, un fin que la pena cumple ha de exaltar-se: el de evitar la reacción —a manera de venganza— de quienes a falta de reacción pública —o de penas públicas— pudieran hacerlo, como las propias víctimas, los suyos o fuerzas sociales, en contra del reo o personas a él ligadas. Ferrajoli¹¹⁵ lo denomina el fin de la minimización de la reacción violenta al delito. Así, para el autor, la pena no sólo serviría para prevenir los delitos injustos, sino los castigos

¹¹⁴ Roberto Bergalli y Jock Young, *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*, p. 12.

¹¹⁵ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 332 y ss.

injustos, tutelando no sólo a la persona ofendida por el delito sino al delincuente frente a las reacciones informales. Sirve así para imponer un límite máximo a la pena y para justificar que no se sustituya por penas informales. Este fin de la pena es el que se ha denominado de prevención general positiva y por el que, a diferencia del de prevención general negativa para evitar los delitos, el derecho penal asume la prevención de las penas arbitrarias o desproporcionadas. En este sentido, Ferrajoli afirma que este fin, generalmente más olvidado, es el más significativo y el que en mayor medida merece ser subrayado. A este modelo de prevención Ferrajoli lo identifica como suficiente para justificar un modelo de derecho penal mínimo o garantista. En sus palabras: “la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir al derecho penal de otros sistemas de control social”.¹¹⁶

La pregunta estriba en si la víctima debe estar considerada entre los fines de la justicia penal y de la pena misma, pese a aquella distinción entre derecho penal y civil por la que se afirmó que la pena es por definición algo distinto de la reparación ya que “el derecho penal sirve para la recomposición del derecho de la sociedad, el Derecho resarcitorio de daños de la reparación, al interés individual lesionado”, por ello “no debe contribuir a determinar, ni positiva ni negativamente, la pretensión punitiva del Estado”.¹¹⁷

La inclusión de la reparación como pena pública primero y la estructuración de mecanismos de composición del conflicto después son muestra clara de que en el devenir histórico del derecho penal moderno la reparación va ocupando un lugar cada vez más ascendente en su consideración dentro de los fines de la pena. Sin embargo, el tema no es menor si consideramos el trastrocamiento no sólo del derecho penal originario y de los principios que le rigen,

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 334.

¹¹⁷ Helmer, citado por C. Roxin, *op. cit.*, n. 105, p. 136.

como los de *nulla poena sine lege, ne bis in ídem e in dubio pro reo*, sino además la incompatibilidad de la reparación con los fines que han sido atribuidos a la pena, a los que haría fracasar.¹¹⁸

Reconocer un lugar a la reparación en el derecho penal como se ha hecho en la incorporación de ésta en las variables jurídicas de la especialidad, implica reconocer que la esencia del derecho penal ha cambiado definitivamente, reconocer, además, el evidente fracaso de los modelos preventivos, sobre todo el de readaptación y de la cárcel misma, implica a su vez reconocer que la idea misma —como sostenía Binding—¹¹⁹ de que “la pena debe producir una herida y el resarcimiento del daño curar otra, en lo posible sin causar una segunda” es propia de un modelo de derecho penal autoritario; e implica reconocer, finalmente, que aquella distinción entre pena y reparación debe desaparecer y en consecuencia reconocerse a la reparación como una tercera clase de pena.¹²⁰

Es evidente e irrefutable la cada vez más importante influencia de lo que se ha denominado justicia restaurativa; luego entonces la pregunta debe ser, no si la pena debe formar parte de los fines de la pena, sino más bien ¿debe ser el resarcimiento de la víctima el fin prioritario de la justicia penal, por sobre la prevención del delito y la aún sostenida retribución?

Los modelos acusatorios de la actualidad, con sus diversificadas influencias y no siempre homogéneas tendencias, han incorporado a la víctima y por ende mejorado los mecanismos para su reparación desde el derecho penal, ello es incontrovertible, luego habrá de analizarse y estudiarse las bondades de ello y sopesar los beneficios encon-

¹¹⁸ En este sentido Claux Roxin, en su trabajo de 1992, al referirse a algunas de las críticas que se han hecho a la incorporación de la reparación en el sistema de sanciones. *Cf. op. cit.*, n. 105, p. 137.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 137-138.

¹²⁰ En este sentido, C. Roxin, *ibid.*, pp. 141 y ss.

trados para la víctima en lo individual con los pretendidos para el Estado en lo general.

En este sentido la restauración de la víctima, por qué no, podría ser, a mediano o corto plazo, el fin primordial de la justicia penal.

4. Conclusiones preliminares

Distinguir entre acusar y juzgar, presumir la inocencia, dar protagonismo a las víctimas y priorizar su reparación, son las bases de un modelo procesal más democrático y por tanto susceptibles de hacer efectivos los derechos sustantivos de los involucrados: víctimas e imputados. A tales modelos de justicia penal se les ha denominado acusatorios. Son modelos más democráticos en tanto priorizan los derechos de las personas —involucradas— en detrimento de las potestades punitivas del Estado; es en este sentido un modelo procesal idóneo para desarrollar sus derechos. Un proceso penal acusatorio, para el tema de interés de este trabajo, es un modelo mucho más amigable para las víctimas del delito, para darles un protagonismo nunca antes reconocido en el derecho penal.

El origen garantista de la fórmula procesal acusatoria recuerda que las expectativas son: sí, proteger al imputado de la incriminación penal y de la venganza de la víctima, pero también proteger a ésta por la agresión sufrida. Un derecho penal que se jacte de acusatorio debe tener como una de sus principales preocupaciones la protección de las víctimas; por ello el cúmulo creciente de los derechos sustantivos y sobre todo procesales para las víctimas y ofendidos no se ha hecho esperar. Derechos —de las víctimas— que sin duda le dan el protagonismo necesario para la consecución de sus intereses, al considerarle parte en el proceso penal, dando un nuevo sentido a la naturaleza pública de aquel derecho penal liberal originario.

Las bases de un sistema procesal penal acusatorio y, por tanto, de los derechos de los imputados y de las víctimas, se cimentan en ley suprema, pero es la legislación secundaria de la materia la responsable de precisar los contenidos y desarrollar las fórmulas para su mejor consagración y efectiva actualización. Si bien el modelo procesal acusatorio es idóneo para la consagración de derechos de las víctimas, lo cierto es que no existen modelos procesales acusatorios puros —como tampoco inquisitivos— sino variables que le hacen más democrático —que otros— o de reminiscencias inquisitivas; de ahí la importancia de cómo se estructuren para su desarrollo, en la codificación procesal penal, las fórmulas que a manera de derechos han sido consideradas por la ley. Las variables procesales harán la diferencia entre una efectiva actualización de los derechos sustantivos de las víctimas o el que sigan como letra muerta en ley suprema, lo cual resulta digno de analizar.

V. EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

La pretensión expansiva de un derecho penal —y un proceso— como la única forma —y remedio— para la resolución de cualquier infracción al tejido social lleva a los orígenes de un derecho penal indeclinable —obligatorio para el juez— y de monopolio judicial de la represión penal; un derecho penal pensado para decidir problemas sociales —el problema social delito— no para resolverlos; modelo que se alejó —excluyó/impidió— de la búsqueda de alternativas de control del delito y de resolución de conflictos hacia políticas públicas y administrativas no punitivas. Inercia que hasta la fecha ha llevado a una inflación penal que criminaliza —tipifica— las más minúsculas transgresiones —y las califica de graves— colapsando a la justicia penal debido al

incremento anómalo de asuntos penales, difícilmente atendibles —con eficacia o sin eficacia— por las instituciones públicas encargadas de operar al sistema penal. Sobrecarga que amenaza —hace imposible— el éxito de un derecho penal garantista que exige de los procedimientos penales una depurada y estricta prosecución judicial, acotada al máximo por las reglas a las que se ha hecho alusión.

Por estas razones, un modelo procesal acusatorio está pensado para no permitir el abuso de la potestad punitiva y evitar que se juzguen a las personas por lo que son y no por sus actos. Por ello, los principios que rigen los modelos procesales acusatorios resultan óptimos para la consagración de los derechos de los imputados, pero no sólo para ellos, también para los de las víctimas a quienes ha considerado como sujeto de derechos y parte procesal con las potestades —y también obligaciones— que ello implica.

Al ser un modelo más democrático, los principios que rigen al proceso penal resultan luego entonces benéficos para las partes y no sólo para una de ellas, en tanto se circunscriben a su vez al principio de igualdad procesal. Así, por ejemplo, en atención a la igualdad de las partes, si el juez habla con alguna de ellas, la otra tiene derecho a escuchar. De ahí la importancia de principios como el de inmediación que garantiza no sólo al imputado sino a las partes, y por tanto también a las víctimas, la presencia del juez en la audiencia y en el desahogo de las pruebas.

Rige a estos procedimientos el principio de justicia pronta, lo que resulta benéfico para ambas partes y no sólo al imputado en tanto se resuelva de manera pronta sobre su responsabilidad penal; una justicia pronta significa un beneficio también para las víctimas en tanto sus expectativas de justicia y de su también pronta reparación.

De las anteriores reflexiones se hace necesario identificar el papel que desempeñan las víctimas en los procesos penales de naturaleza acusatoria.

A. La víctima como parte en el proceso penal

Democracia significa participación en términos de igualdad y ello en la justicia supone que los actores en el drama penal deben participar, no importando su posición de víctima, imputado o autoridad, de manera equitativa y en equilibrio; lo que significa a su vez no sólo la igualdad de fuerzas entre acusados y agraviados, sino también entre éstos respecto del Estado.

Al ser diversos los supuestos por los que la víctima participa en los procedimientos penales, es de diferenciarse las formas y los presupuestos de colocación de los actores en el proceso penal, ya que ello redundará en las potestades y las obligaciones de cada quien respecto de los demás.

Al ser el papel de las víctimas cada vez más protagónico en los procedimientos penales, es necesario identificar las posibilidades de participación de éstas en aquéllos, partiendo de la base de que su protagonismo inicia, como ha sido siempre incluso en modelos mixtos de fuerte inclinación inquisitiva, con la presentación de la denuncia ante las autoridades policiales o de investigación —Ministerio Público—; esto es así si se considera que la mayoría de los delitos que se conocen son mediante la denuncia de quien resulta víctima u ofendido y que los delitos iniciados de oficio, en porcentaje, están muy por debajo de aquéllos.

Aun cuando las formas de participación de la víctima en los procedimientos penales varíe —dependiendo el rol a desempeñar y las potestades y obligaciones derivadas del mismo—, debe quedar claro y textualmente expresado en los códigos procesales la consideración —y por tanto el derecho— de la víctima como *parte* en los procedimientos penales, ya sea como acusador, ya como coadyuvante; en los modelos acusatorios de la actualidad, esta consideración ha de ser indispensable. En la República Mexicana, de las entidades federativas que han realizado ya su reforma penal hacía los modelos procesales acusatorios, se obser-

van tendencias en diferentes sentidos; así, el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua si bien no expresa textualmente la calidad de parte de la víctima en el procedimiento penal, la consideración parece tácita; no así otros códigos, como el de procedimientos penales para el estado de Guanajuato, que expresamente, en su artículo 132, establece que la víctima no es parte en el procedimiento penal. Destaca la iniciativa del Ejecutivo Federal con proyecto de decreto del Código Federal de Procedimientos Penales, que en el artículo 134, último párrafo, considera de entre los sujetos procesales a la víctima en su calidad de parte en el procedimiento, incluyendo los procedimientos especiales. En la exposición de motivos de la iniciativa se argumenta que el nuevo esquema acusatorio obliga a replantear las atribuciones, facultades, obligaciones y derechos de las partes y de los sujetos procesales.¹²¹

Evidentemente la calidad de *parte* de la víctima en el proceso penal significa mayor presencia y protagonismo para ellas, reforzándose su libertad de decisión, en mayor o menor medida, en los supuestos que le incumben, pero en el fondo tiene dos consecuencias fundamentales, ya que por un lado resta potestades (poder punitivo) al Estado y por el otro descarga de trabajo al mismo. Permitir, por tanto, participar a la víctima en los procedimientos penales, significa también descargar en ellas un cúmulo de responsabilidades procesales que ayudan a disminuir las responsabilidades de los operadores de la justicia penal, quienes a su vez podrán dedicar más tiempo y recursos a los delitos en los que el daño —también social— sea considerable y no deba haber tregua para la impunidad. Sin duda el protagonismo es mayor cuando se trata de la fórmula de la querrela y de la acción privada, sobre todo por la alternativa que

¹²¹ Publicada en la *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 22 de septiembre de 2011. Número 3353-II. <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/11/sep/20110922-II.html###Iniciativa1>. 26 de octubre de 2011.

supone a la potestad punitiva en la primera de ellas; un cúmulo importante de delitos de esta índole darán oportunidad de enfocar esfuerzos en el resto, con mayores posibilidades de éxito.

a) La querrela

La fórmula de la querrela, al igual que la denuncia, es un requisito de procedibilidad, por el cual el órgano encargado de investigar los delitos tiene conocimiento de la comisión delictiva e inicia el funcionamiento del sistema de justicia penal. Es una variable de la denuncia, pero se diferencia de ésta por las consecuencias procesales a que da lugar. Por la querrela la víctima expresa su deseo de que se ejerza la acción penal, aun cuando la principal característica sea la de permitirle negociar el conflicto, otorgando el perdón o desistiendo de la acusación por la reparación del daño y también, dependiendo del modelo de proceso penal, ejercer directamente la acción penal. Cuando el delito es de acción pública, esto es, se persigue de oficio, la retracción de la víctima o el desistimiento no significa nada para la persecución penal, el desarrollo de las investigaciones, el ejercicio de la acción penal y la sustanciación del proceso. Ahí, el papel de la víctima se reduce al de simple testigo de los hechos, sólo portador de la *notitia criminis*.

En los modelos mixtos de corte inquisitivo la querrela no es un referente y aun cuando algunos modelos la consideran ello no les hace acusatorios, sino sólo un poco más democráticos. Generalmente los modelos procesales inquisitivos, que reservan para sí todas las potestades posibles, persiguen todos los delitos de manera oficiosa, no habiendo espacio para la víctima en el proceso y, por ende, tampoco para ella, posibilidad de negociación aun cuando el delito sea menor. La víctima, como señala Eser, queda en la periferia del proceso penal en el que ocupa un rol de mero objeto del procedimiento, a veces de “tendencias absurdas”:

“cuando, por ejemplo, víctimas de delitos sexuales han sido prácticamente ‘exprimidas’ como testigos, pasando, a veces, de ser víctimas del delito a ser víctimas, incluso, también del procedimiento penal...”¹²² Los delitos de querrela, llamados en otros contextos jurídicos de instancia privada, requieren necesariamente de la voluntad y por tanto iniciativa de la víctima u ofendido, para que el procedimiento inicie, por lo que generalmente se trata de delitos menores en los que incluso la víctima u ofendido no pudiera tener interés en la persecución penal.

Para Ferrajoli,¹²³ la querrela es un residuo de la acción privada y expresa la tendencia de minimización del derecho penal cuando faltan o desaparecen los fines que justifican la pena. Como en la acción privada, la esencia —y también la polémica— está en decidir qué delitos pueden ser susceptibles de querrela. Para el autor en cita, en un sistema garantista existen dos criterios fundamentales: el primero derivado de la distinción entre la lesión de intereses disponibles o indisponibles, los primeros confiados a la autonomía de su titular y los segundos de necesaria tutela pública. “Sería insensato —expresa— proceder de oficio en el caso de delitos que ofenden derechos disponibles, cuando la parte ofendida no tiene interés en su persecución”.¹²⁴ El segundo criterio atiende a lo que denomina la tutela de la autonomía y del interés de la intimidad de la parte ofendida que podría resultar violentada por un proceso público como lo es el penal. Se trata, para este criterio, de ponderar tal autonomía por sobre el carácter indisponible del bien lesionado, en tanto que obligar a un proceso se consideraría

¹²² Albin Eser, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales”, en Julio B. J. Maier, comp., *op. cit.*, n. 105, p. 17.

¹²³ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, p. 572.

¹²⁴ *Idem.*

como una segunda violencia, como por ejemplo en el caso de una violación sexual.¹²⁵

Las legislaciones secundarias han asumido diversos de los criterios mencionados; quizá uno de los más atractivos es el seguido por la legislación de Chihuahua por lo vasto que resulta respecto de la mayoría, en la que proceden los acuerdos reparatorios en los delitos imprudenciales, en los que proceda el perdón del ofendido, los de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas, en los que proceda presumiblemente la sustitución de las sanciones o condena condicional, y aquellos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión (artículo 197 del Código de Procedimientos Penales). Legislación en la que destaca la generalidad de la enunciación y no la individualización de los supuestos; pero además —y principalmente— los delitos de carácter patrimonial, ya que son los que más se cometen y los que suelen poblar las cárceles, incluso —y no en pocos casos—, por montos menores.

b) La acción penal privada o de particulares

Se llama acción privada a la posibilidad en el proceso penal de que los particulares —como la víctima o el ofendido— ejerciten acción ante el juez sin la intervención del Ministerio Público; fórmula que se contrapone —como se vio— al carácter público del órgano acusador en los procedimientos inquisitivos. Históricamente se ha asociado la discrecionalidad de la acción penal a los modelos acusatorios, que cuando de la víctima se trata no puede ser más que enteramente discrecional. En los procesos penales acusatorios, el

¹²⁵ La iniciativa del Ejecutivo respecto del Código Federal de Procedimientos Penales prevé el tipo penal de violación como susceptible de querrela —y por ende de acción penal por particular— en dos supuestos: para el que tenga cópula con mayor de 12 y menor de 18 años obteniendo su consentimiento con engaño (artículo 262 del Código Penal Federal) y cuando la víctima de la violación fuere la esposa o concubina (artículo 265 bis).

carácter público del órgano que ejercita la acción no es universal —al menos no ha sido así históricamente—, por eso distingue a este tipo de procesos la posibilidad del ejercicio de la acción penal por particulares, idóneo para la consecución de intereses de tal índole —como el de las víctimas. Antecedentes premodernos de procesos penales de la antigüedad, como en Grecia y en Roma, dan cuenta de una estructura esencialmente acusatoria por el carácter predominantemente privado de la acusación y la naturaleza —para el caso— arbitral tanto del juez como del juicio.¹²⁶ Bajo esta premisa y no la de la venganza de sangre habrá que entender la titularidad de la acusación de la parte ofendida y como un proceso evolucionado de ésta en el que la atribución de las funciones de enjuiciamiento y sanción permanece en la titularidad de un órgano imparcial público —en Grecia y Roma muy pronto público. Bajo esta modalidad del proceso acusatorio —que en Roma daría paso al proceso ordinario— se sustenta la naturaleza privada de la acción penal, caracterizada entonces por la discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la naturaleza del proceso basada en la igualdad de las partes, la atribución a éstas de toda la actividad probatoria, la disponibilidad de las pruebas, la publicidad y la oralidad del juicio. Habida cuenta que a diferencia de entonces la presunción de inocencia en materia penal deja la obligación de probar en la parte acusadora —la víctima— con el consiguiente derecho del imputado a defenderse; y es que no se pierde el carácter público del proceso penal, más bien lo que cambia es el carácter público del órgano acusador por la naturaleza privada de la acusación de la víctima.

Habrà de distinguirse entre la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal por parte de la víctima —particular— y la consecuente obligación de acusar y probar —carga de la prueba—, y la posibilidad sólo de ejercer la acción

¹²⁶ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, pp. 564-565.

penal, pero sin tal posibilidad, obligando al órgano público acusador a la prosecución penal. Ambas posibilidades persiguen fines particulares distintos aunque su esencia siga siendo la misma. Con motivo de la reforma judicial de 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 21 —al establecer que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público y aclarar que la ley determinará los casos en los que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial—, la iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales del 21 de septiembre de 2011, prevé esta doble modalidad para el ejercicio de la acción penal por particulares en el capítulo IV, al que denomina Acción penal particular.¹²⁷

Cuando sólo se trata de ejercitar la acción penal pero sin llevar y sostener la acusación, lo que se persigue concretamente es que se motive la actuación procesal de los órganos encargados de ello, sobre todo en supuestos en los que el Estado, por la naturaleza de los delitos y de su lesividad, ha decidido que no puede dejar en manos de la víctima la acusación y carga de la prueba, a diferencia de aquellos delitos considerados susceptibles de querrela o de negociación. Se trata generalmente de delitos perseguibles de oficio, generalmente calificados de graves. La acción privada en este supuesto está pensada para evitar que el órgano público acusatorio —Ministerio Público— por acciones u omisiones que puedan ser injustificadas, retrase o de plano obstaculice el inicio del proceso ante delitos que, por su naturaleza, no puedan esperar. Esta fórmula parece ir más allá que el propio derecho de las víctimas de recurrir ante autoridad judicial por las omisiones del Ministerio Público, pues en lugar de esperar la sustanciación del recurso y la eventual instrucción y sanción a éste de aquella autoridad,

¹²⁷ Publicada en la *Gaceta Parlamentaria*, *op. cit.*, n. 121.

para que la acción se ejercite y el proceso inicie, éste iniciará de ya —evidentemente previos requisitos de procedencia a evaluar por el juez— y, si las omisiones no eran justificadas, se ganará —valioso— tiempo para las víctimas y para el éxito mismo de la acusación. Si la víctima no decide ejercitar la acción penal pero considera que hay omisiones por parte de la autoridad investigadora, estará por supuesto a salvo su derecho de interponer el recurso que proceda ante autoridad judicial.

La otra modalidad en el ejercicio de la acción privada estará prevista generalmente para los supuestos en los que proceda la querrela y/o exista la posibilidad de negociación de la víctima por las modalidades que la ley prevea. En este supuesto la víctima que ejercita la acción también asume las responsabilidades de la acusación por lo que se considerará como responsable de la prosecución penal. En estos casos las posibilidades de llegar a un arreglo de reparación y dar fin previo al procedimiento no se perderán. En síntesis, en aquellos delitos en los que es susceptible u obligatoria la querrela como requisito de procedibilidad y las posibilidades de negociar el conflicto sean una potestad prevista para la víctima, es deseable —y congruente— que la víctima pueda ejercer directamente la acción penal ante el juez, sin necesidad de recurrir ante el Ministerio Público; y para aquellos delitos en los que la persecución penal sea oficiosa, pero en los que por la gravedad y los bienes jurídicos afectados a la víctima resulte indispensable la oportuna prosecución penal, ésta podrá sólo ejercitar la acción penal; la prosecución de la acusación y la consecuente carga de la prueba serán obligación para el órgano público acusador. La iniciativa del Ejecutivo Federal aludida prevé para este último supuesto que si la víctima cuenta con datos que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, exista la posibilidad de que el imputado lo cometió o participó en la comisión, el Ministerio Público determine el archivo temporal, la abstención de investigar,

que no existen elementos para resolver el ejercicio de la acción penal o resuelve el no ejercicio, podrá ejercer la acción penal directamente (artículo 512). Los tipos penales susceptibles de este supuesto, según la iniciativa, son varios, pero destacan los delitos cometidos por servidores públicos, como el abuso de autoridad, el cohecho, la concusión y los delitos contra la administración de justicia, y algunos de gravedad, como el homicidio, la violación y las lesiones. Tipos penales que por su cualidad muestran la intención del legislador de evitar impunidad y dejar a la víctima indefensa.¹²⁸

Se trata en ambos casos de una excepción al ejercicio de la acción penal que corresponde al Estado, como sujeto obligado y, por supuesto, estará regulada y sujeta a determinados requisitos. Así, deberá tratarse de un particular, en tanto resulta obvio la calidad de víctima podría recaer en un ente público, caso en los que resulta lógico —y también congruente— sea el órgano público estrictamente encargado para ello —el Ministerio Público— el que acuse y no alguna otra entidad pública destinada a fines distintos. No será procedente, asimismo, cuando exista alguna de las causas de impedimento o requisito previo, previsto en ley para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.¹²⁹ Finalmente, tampoco procederá el ejercicio de la acción privada cuando el Ministerio Público haya aplicado

¹²⁸ Desde la reforma en el 2008 hasta la fecha, las pocas entidades federativas que han adecuado su legislación a ella y, en consecuencia, transitado a un modelo procesal acusatorio de justicia no se han mostrado sensibles a esta variable. Por ello, la iniciativa del Ejecutivo respecto del Código Federal de Procedimientos Penales resulta paradigmática en lo que hay en el país. De las legislaciones reformadas, la de Baja California sí establece la fórmula pero sólo para dos supuestos: Difamación y Calumnia, y para aquellos casos en los que el Ministerio Público haya decidido aplicar criterios de oportunidad (artículo 394 bis); y la de Yucatán, que prevé cinco supuestos: injurias, golpes, difamación, calumnias y violación a la intimidad (artículo 62).

¹²⁹ Tales causas suelen ser cuando el ejercicio de la acción dependa de que se juzgue en proceso independiente alguna cuestión inherente al proceso, cuando se requiera de alguna declaración de procedencia o destitución y cuando se requiera la conformidad de un gobierno extranjero para la prosecución del imputado.

criterios de oportunidad, evidentemente en los modelos procesales en que se permita.¹³⁰

De los supuestos aludidos se deducen en consecuencia dos formas en las que la víctima es parte en el proceso penal. Si la acción penal no sólo se ejercita sino que además se sostiene la acusación, entonces se está ante el supuesto de mayor participación de la víctima en el proceso penal, donde tendrá todas las potestades de la acusación —protagonizará las audiencias; presentará las pruebas; propondrá y participará en su desahogo; decidirá el rumbo, contenido y estrategia de la acusación, etcétera— y por supuesto asumirá también todas las obligaciones inherentes de la acusación, como el tener la carga de la prueba y por tanto la obligación de probar la acusación. Si la acción sólo se ejercita para el supuesto de iniciar el proceso pero la acusación la sostiene y sigue el Ministerio Público, entonces el papel de la víctima se reducirá a las variables de la coadyuvancia con las modalidades que la ley procesal establezca, pero —y ésa es la gran diferencia— sin sostener la acusación.

Queda en el tema, sin embargo, la complejidad mayor en la decisión de qué delitos deben ser considerados susceptibles de acción privada o por particulares; es sin duda, en principio, una decisión de política criminal que implica decidir —por quien tiene tal facultad— qué tantas libertades se quiere conceder a la víctima por un lado, y por el otro

¹³⁰ Según la Iniciativa, la acción de particulares no procede cuando el Ministerio Público haya aplicado criterio de oportunidad, contrario a lo previsto por el Código de Procedimientos Penales de Baja California (artículo que prevé la acción privada para el caso en que el Ministerio Público haya aplicado un criterio de oportunidad). Hacerlo de esta forma quita sentido y razón de ser a la fórmula de los criterios de oportunidad, pero, por otro lado, le da un arma a la víctima para combatir el supuesto y no nada más, en el mejor de los casos, escuchar su opinión antes de decidir. Esto evidencia la disparidad de criterios respecto de estas fórmulas. De proceder la acción privada de la manera prevista por la legislación de Baja California, se deduce que entonces no importará el delito, lo que exige una serie de presupuesto que garanticen la capacidad de la víctima para acusar y el apoyo del Ministerio Público en la recolección de evidencias, por lo menos.

la decisión misma de qué tantas potestades el Estado está dispuesto a ceder. Reflexión inicial que lleva a pensar que si los modelos acusatorios son en principio modelos de justicia penal más democráticos, gracias a la consideración procesal de un vasto grupo de derechos para los involucrados, como las víctimas, luego, la lógica dice que las posibilidades de que ellas puedan ejercer acción fuera en también vastos supuestos; sin embargo, otras consideraciones de fondo deben tomarse en cuenta en tal decisión. Así, habrá que considerar si además del daño al bien jurídico de la víctima existe también un daño social, por el que el derecho penal fue creado y del que aún no pierde su esencia en tanto rama del derecho público, lo cual implica analizar si el Estado debe estar dispuesto a no considerar tal daño social por ser proporcionalmente menor y permitir que la víctima disponga de su bien jurídico y negocie con él y con la sanción; o en su caso, que tal daño social no existe. En palabras de Goitía la acción privada deriva del reconocimiento, en la víctima del delito, de un interés particular que se sobrepone al interés colectivo o público de reprimir el delito.¹³¹ Todo lo que lleva a su vez al análisis de las definiciones que en particular y a nivel de política criminal se hayan asumido respecto de qué debe entenderse por daño social y a la ponderación de cuándo éste debe ceder frente al particular de la víctima. Decisión que al final, sin duda, estará ligada a la primera consideración de qué modelo de justicia penal se pretende en términos de autoritarismo o democracia.

Si se acepta —como se ha asumido aquí— que la tesis de Ferrajoli, respecto de la viabilidad —en un sistema garantista de justicia penal—, sólo de la prevención general positiva, es correcta y que por tanto no es viable la abolición de la pena y del derecho penal mismo,¹³² no así su

¹³¹ C. A. Goitía, *op. cit.*, n. 68, p. 93.

¹³² Bernd Schünemann, al afirmar al derecho penal como un medio para prevenir daños sociales, sostiene que la abolición del derecho penal y de la pena es inmanejable en tanto abolirían también a la propia víctima, argumento que sostiene mediante

disminución y la consecuente priorización de los intereses particulares por los públicos en determinados supuestos —sólo controvertidos en su cualidad—, entonces el derecho penal debe seguir cumpliendo su papel original de protector de la sociedad y de aquellas convicciones morales que un modelo así presupone dignas de consideración. Cabe criticar que al final siempre se tratará de una variable subjetiva a merced de las definiciones de quienes tengan la potestad de hacerlo, por lo que los parámetros decididos para este tipo de supuestos siempre serán criticables y, desde la perspectiva victimológica, seguramente insuficientes.

Finalmente, además de lo limitado que pueda resultar el marco de supuestos —delitos— por los que proceda la acción privada, restringido entonces generalmente a delitos menores, de poco valor y que suceden generalmente en el ámbito de la vida personal, habrán de considerarse las modalidades por las que el Ministerio Público pueda, en aras del interés público, intervenir o asumir la acción penal; todo ello, dependiendo por supuesto de las variables procesales de un modelo dado.

No obstante, esta modalidad se muestra como la de mayor fuerza en la participación de la víctima en el proceso penal, al tener en sus manos no sólo la incoación sino la tramitación del procedimiento penal; sin embargo, esta fortaleza puede ser engañosa¹³³ si se consideran las posibilidades materiales de las que cada víctima podrá disponer

dos razonamientos:1) “separar al Derecho penal enteramente de la esfera de la moral y sustituir la prohibición de actos socialmente dañosos con la mera imposición de costos —es— similar a la imposición de impuestos” y 2) “reduciría al Derecho penal a la forma de responsabilidad por daños, reduciendo los compromisos del Estado simplemente a exigir la compensación en nombre de la persona dañada”, lo que comunica el mensaje “de que cierto comportamiento, tal como la lesión a otro ciudadano, debe llevar hacia una compensación económica”, y no comunica el mensaje de que la conducta socialmente dañosa debe ser omitida. *Op. cit.*, n. 36, pp. 21 y 22.

¹³³ A. Eser, *op. cit.*, n. 122, p. 21.

para sostener la acusación y en general asumir las potestades con las que cuenta el Ministerio Público, excepto las facultades coercitivas, de utilidad siempre para el Ministerio Público al momento de reunir evidencias; la víctima para tal fin sólo podrá solicitarlas.

c) La víctima coadyuvante

El derecho sustantivo de la víctima a coadyuvar con el Ministerio Público ha implicado algunas modalidades para su actualización procesal. Se trata de una de las primeras alternativas encontradas para dar presencia a las víctimas en los procedimientos penales y, por ende, permitir aún de manera indirecta su participación. Esta variable trasciende si se reconoce que las posibilidades de tener el control total de la acusación están sumamente reducidas a algunos casos, pero queda una amplia gama de supuestos —tipos penales— en los que el interés persecutor del Estado —según las definiciones jurídicas— debe ser prioridad y por tanto no puede quedar al arbitrio de la víctima tal persecución. Ello no significa, sin embargo, que la víctima no tenga interés o deba perderlo, ni mucho menos que deje de ser la directamente lesionada y que las formas del procedimiento y las decisiones del conflicto recaigan en su perjuicio o en su beneficio. De ahí la trascendencia de la fórmulas procesales que dan vida a este derecho esencial para las víctimas. Así la víctima, el ofendido o quien pudiera estar legitimado conforme a la ley, puede constituirse en acusador coadyuvante o actor adhesivo —según lo llame la fórmula procesal— y ser sujeto de derechos como parte acusadora pero sin sostener la acusación que queda bajo la responsabilidad del órgano público acusador —Ministerio Público—, quien no quedará por tal circunstancia eximido de sus obligaciones. Si bien la fórmula trasciende para aquellos delitos en los que a la víctima no se ha permitido —jurídicamente— acusar o negociar, lo cierto es que no es —o no tiene por-

qué ser— exclusivo de tales supuestos. Las razones por las que una víctima no asume la acusación no son siempre por la imposibilidad jurídica sino principalmente material. Así por ejemplo, al asumir la acusación y las responsabilidades de ella derivadas, la víctima sería responsable de los gastos y costos en caso de absolución, no así si sólo es acusador coadyuvante, que sólo deberá soportar sus propios gastos. Debe trascender de entre los derechos considerados como acusador coadyuvante el de poder interrogar y solicitar y ofrecer pruebas, señalar vicios formales y materiales de la acusación y pedir su corrección, concretar y reclamar sus pretensiones, y cuantificar el daño, entre las principales.¹³⁴

La participación en las audiencias

La oralidad y publicidad que caracteriza a los procesos acusatorios permite que el proceso se desarrolle bajo el mecanismo de audiencias con la presencia del juez y las partes, haciendo más viable garantizar la igualdad de condiciones. Estas audiencias se caracterizan por hacer asimismo viable la contradicción, la intermediación, la concentración y la continuidad. Para las audiencias, las partes legitimadas¹³⁵ —también la víctima— deberán tener acceso a la información obtenida de las investigaciones y que sostuvieron la acción penal.

Se han identificado las dos principales modalidades de intervención de la víctima como parte en el proceso, en tanto asume la acusación o coadyuva en la misma. Si asume y lleva la acusación, entonces la participación en las audiencias será plena, con las potestades y obligaciones que la ley exprese para la acusación y por supuesto también con las excepciones que ésta señale. Hará la acusación, obtendrá y ofrecerá las pruebas, argumentará y hará los alegatos, etcétera. Como

¹³⁴ En este sentido el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.

¹³⁵ Los sujetos procesales en los modelos acusatorios son, al menos: la víctima u ofendido, el imputado, el defensor, el Ministerio Público —Fiscal.

coadyuvante de la acusación deberá poder señalar los vicios de la acusación y requerir su corrección, complementar la acusación, proponer pruebas e incluso ofrecer las que estén a su alcance, cuantificar el monto de la reparación del daño y al menos deberá poder hacer uso de la palabra después de los alegatos realizados por la defensa y por el Ministerio Público.

En respeto a la dignidad de las víctimas y para garantizar su igualdad en el proceso, será indispensable que, de requerirlo, pueda tener intérprete o traductor, por supuesto no sólo en las audiencias sino desde el inicio hasta el fin de los procedimientos. Asimismo, deberá excluirse cualquier prueba sobre la conducta sexual de la víctima, anterior y posterior, cuando se trate de delitos contra la seguridad y libertad sexual.

d) Fórmulas procesales para la reparación del daño

Las variables procesales para hacer viable la reparación del daño han sido urgidas en tanto el solo reconocimiento del derecho sustantivo y las escasas y casi siempre ineficaces fórmulas para la reparación del mismo no han sido suficientemente satisfactorias en la que, sin duda, es una de las principales preocupaciones de las víctimas. El derecho a la reparación del daño cobró relevancia procesal en tanto se reconoció lo importante de la oportunidad de un resarcimiento pronto y la inoperancia de una justicia penal inquisitiva que centraba sus expectativas en otros intereses. La reparación por la vía ordinaria civil es además de una compleja eventualidad, una fórmula que no se corresponde con la prontitud exigida por unas víctimas de por sí vulnerables y marginadas, con necesidades apremiantes.

La negociación del conflicto

A propósito de los delitos en los que se ha decidido que la víctima puede disponer del bien jurídico y por tanto no hay

interés persecutorio del Estado —porque no existe daño social o por no considerarse éste relevante o prioritario—, la restauración de la víctima como prioridad se ha constituido como una verdadera alternativa a la pena privativa de libertad y al derecho penal mismo. Se ha llamado *justicia restaurativa* a los mecanismos estructurados para la consecución de la negociación, aún revestida ésta de modalidades¹³⁶ en su ejecución: arbitraje, mediación, etcétera. Las modalidades de negociación de conflicto pueden variar según se estructuren y permita en las leyes de la especialidad; suelen distinguirse por el papel que juegan tanto los particulares directamente interesados como la institución pública que la hace posible. Así, el papel institucional puede ser de mero árbitro o como facilitador de la negociación, proponiendo incluso alternativas que ayuden a tomar la decisión a las partes interesadas, cuya voluntad expresa, a fin de cuentas, es la que determina la negociación misma. La neutralidad e imparcialidad como principios rectores de los acuerdos reparatorios es, en este sentido, indispensable.

Estos mecanismos no han salido necesariamente del ámbito procesal penal, sin ser esto un obstáculo para que instancias públicas ajenas a la procuración o administración de justicia se encarguen del cometido reparatorio. En México¹³⁷ han surgido en la mayoría de sistemas jurídicos locales, leyes de justicia alternativa y/o restaurativa que establecen las formas en la que los acuerdos de reparación pueden suceder; se trata de una negociación —y por ello se utiliza de manera genérica el término— del conflicto entre las partes involucradas en él: la víctima y su agresor. La víctima así negocia su afectación con la intención de recibir pronta reparación y para ello requiere negociar con la acu-

¹³⁶ En las leyes de la materia en la República Mexicana se utilizan modalidades como mediación, conciliación e incluso negociación, distinguiéndolas por el rol que desempeña la instancia pública.

¹³⁷ A partir de la reforma de 2008 a la Constitución Federal en materia penal.

sación —y con la eventual sanción—, de la que debe entonces tener control.

Se debe reflexionar sobre la importancia de esta alternativa para hacer posible la reparación del daño y sobre sus bondades, no obstante las severas críticas que históricamente se han erigido, no sin fundamento, y que se han enunciado líneas atrás,¹³⁸ pero no por ello menos dignas de análisis. Así por ejemplo, habrá que contrapesar los riesgos de una eventual confesión del inocente acusado que prefiera evitarse un incierto proceso penal por la eventualidad de su absolución, con la mayor posibilidad de reparar más víctimas, motivar más denuncias —y abatir la cifra negra— y descongestionar la cargas de trabajo de quienes tienen el encargo de operar la ley penal y procesal. Se critica también con contundencia el riesgo que implica las voluntades y afirmaciones expresadas en los procedimientos conciliatorios no consumados que pudieran trascender en el proceso; por ello, de la mano de los principios de neutralidad e imparcialidad se erige el de confidencialidad, todos indispensables no sólo al momento de conciliar sino en el desarrollo del proceso penal de no consumarse el acuerdo reparatorio. Es deseable, por tanto, que no sólo se expresen estos principios, sino que además se estructuren fórmulas procesales que le robustezcan, como el prohibir llamar a declarar a quienes hayan participado en las negociaciones.¹³⁹

Como éstas, las críticas de quienes se postulan contra la fórmula y de quienes por otro lado observan el universo de supuestos insignificante o pobre para hacerla relevante —por todo lo que aquí se ha argumentado— no impiden que se enumeren y evalúen los beneficios que en una justicia penal decadente pueden significar. En el derecho penal es difícil ganar, pero sí se puede perder menos y si la víctima

¹³⁸ Ver crítica de Ferrajoli, en las páginas de la 110 a la 115 de este trabajo de investigación.

¹³⁹ En este sentido, el artículo 276 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León, por ejemplo.

gana entonces hay una razón de peso a considerar. Habrá que tener presente lo significativo de la cifra negra de la criminalidad que nos recuerda que un porcentaje muy por encima de la mitad de los delitos que se cometen no se denuncian, pero que no por ello no existen y, sobre todo, no por ello no se sufre por quienes han decidido, principalmente por desconfianza,¹⁴⁰ no hacerlo. Sin duda la posibilidad de una reparación pronta por negociación del conflicto es un atractivo para denunciar, con lo que se abate la cifra negra, consecuentemente se conocen más delitos y se des congestionan a la justicia penal cuya carga de trabajo le impide resolver oportunamente los asuntos que debería atender, propiciando a su vez mayor atención —por disponibilidad de tiempo y recursos— a los delitos graves a su conocimiento. Luego, más reparaciones en menos tiempo, más delitos conocidos y más tiempo y recursos a dedicar a los de gravedad son razones suficientes para considerar a este tipo de alternativas como viables. Si se considera además que delitos de poca cuantía sobrepueblan las prisiones y que los delitos patrimoniales son en porcentaje los que mayormente se denuncian y son además susceptibles de negociación, sin duda se deducirá que no es menor el beneficio pese a los “perjuicios” anunciados y sufridos.

Sin perder la potestad y naturaleza pública de la función, si se reconoce, como lo hace el garantismo penal, que el derecho penal —y la pena— sigue siendo necesario, sobre todo en sociedades mayormente conflictivas por su densidad poblacional y su grave desigualdad socioeconómica y cultural, esta fórmula es una importante “válvula de escape” para despresurizar —si el vocablo se permite— a

¹⁴⁰ Si se revisa el resultado de las encuestas de victimización es fácil encontrar que lo que éstas arrojan es la desconfianza —con muchas variables— como la principal causa de no denuncia de las víctimas de los delitos. Se sugiere revisar los resultados de las que en México ha realizado el Instituto Ciudadano sobre Estudios de Inseguridad, A. C., por sus siglas (ICESI), en www.icesi.org.mx, de cuyos resultados es evidente esta tendencia.

una justicia penal ávida de alternativas que le den sentido y razón de ser.

Los procedimientos para la negociación del conflicto suponen —al menos deben—, aun con sus modalidades, el papel protagónico de la víctima y el respeto total a su voluntad, ello exige la obligación de informarle y asistirle para que su decisión sea informada y no caprichosa, y no debe conculcar por supuesto ningún derecho del imputado y de su inafectable voluntad en la determinación de los acuerdos de la negociación. El auxilio y la asistencia profesional y especializada por ello no debe ser obviada, no importando el momento procesal en el que la negociación tenga lugar o ante quién o quiénes se lleve a cabo. La víctima puede ser vulnerable tanto por su estado emocional como por sus condiciones sociales, pero también lo puede ser el imputado, de ahí la importancia de generar condiciones de equidad en un de por sí riesgoso acuerdo —inequitativo— de negociación.

El momento procesal en el que los acuerdos reparatorios o las negociaciones se pueden dar, trae a cuenta el principio de oportunidad en materia de reparación del daño, así enunciado por algunas legislaciones procesales, como las de Baja California, Chihuahua y Yucatán, que bajo ese rubro establecen que los acuerdos reparatorios procederán hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral.¹⁴¹ Sin embargo, un criterio diverso se encuentra en la legislación procesal de Nuevo León, que prevé que la conciliación y la mediación se aceptan hasta antes de que cause ejecutoria la sentencia.¹⁴² Evidentemente, también en este aspecto los criterios no son unánimes, lo que amerita su análisis, ya que si bien la oportunidad como principio en materia restaurativa nos lleva a pensar en una reparación pronta —lo que es

¹⁴¹ Es el caso de los Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California (artículo 197), el de Chihuahua (artículo 198) y el Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán (artículo 184).

¹⁴² Artículo 54 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León.

sin duda deseable—, lo cierto es que al poner un límite para “la prontitud” se acaba restringiendo el ejercicio del derecho, lo cual no es deseable; luego, es deseable que la reparación sea pronta, pero no tan deseable resulta el que la potestad se reduzca en temporalidad.

Asimismo, es deseable que la conciliación o mediación interrumpan los plazos de prescripción, sin embargo, en ello tampoco hay criterios uniformes, la legislación sustantiva penal del estado de Nuevo León y la adjetiva penal del estado de Coahuila así lo prevén.¹⁴³ Pero en sentido diverso la legislación del estado de Yucatán, que establece algunas excepciones por las que las negociaciones no extinguen la acción penal; luego, la regla en esta legislación es el que el tiempo para la prescripción no se interrumpe por las negociaciones y las excepciones, sólo son unas cuantas.¹⁴⁴

Resulta obvio decir que el resultado de las negociaciones, también denominados acuerdos reparatorios, debe darse dentro de los marcos de ley, no sólo por el respeto de los mecanismo procesales para ello, sino además del resto del orden jurídico, para evitar otro tipo de afectaciones a los derechos de los involucrados, por acuerdos desventajosos y afectaciones a la dignidad, por ejemplo. No obstante el respeto a la ley, el acuerdo debe ser flexible, dadas la naturaleza del procedimiento, la condición de los intervinientes y la honestidad que les debe revestir. Es deseable que si las obligaciones son para cumplir en el futuro, se prevea la supervisión de autoridad judicial.¹⁴⁵

¹⁴³ Artículos 132 y 196, respectivamente.

¹⁴⁴ Las excepciones son: cuando los delitos sean cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; en homicidios culposos producidos en accidentes de tránsito bajo el influjo de sustancias que alteren la capacidad de conducir o con motivo de la conducción de vehículo de motor de transporte público cuando se ocasionen lesiones que pongan en peligro la vida de más de tres personas o se cause la muerte; delitos graves contra el libre desarrollo de la personalidad, y en los casos en que el juez así lo determine. Artículo 183 del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán.

¹⁴⁵ En este sentido la Ley de Justicia Penal Restaurativa del Estado de Durango, en su artículo 30.

En síntesis, de lo aquí afirmado se deducen los principios rectores para los mecanismos de conciliación, a saber: oportunidad, voluntad de las partes, confidencialidad, flexibilidad neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.¹⁴⁶

La acción civil

La acción civil ha sido considerada por algunas legislaciones como fórmula accesoria al proceso penal —y no exclusiva de éste— para ejercerse por quienes pudieran considerar tener derecho, como la propia víctima, el ofendido, los herederos o legatarios e incluso las personas morales de derecho público con pretensiones para ello. Las variables accesorias al proceso penal, como los así llamados incidentes para la reparación del daño, son un mecanismo más para la consecución de la reparación; las formalidades para su sustanciación por supuesto varían en cada legislación,¹⁴⁷ pero resaltan por la posibilidad de obtener resolución al respecto sin la necesidad de tener que esperar para acudir a una instancia civil para ello. Reglas procesales se estructuran para estos procedimientos en los que la consideración de *parte* en el proceso del actor le hace sujeto de los derechos y de las obligaciones propias de su posición, procedimientos en los que debe garantizarse los principios del debido proceso que hagan del mismo un procedimiento que garantice al actor su derecho a ofrecer pruebas, participar en las audiencias, recurrir las resoluciones, desistirse de la acción, etcétera, si esto no es así y el papel de la víctima se reduce al de simple querellante, entonces en la práctica

¹⁴⁶ Así los enuncian —excepto el de oportunidad como tal— las legislaciones de los estados de Zacatecas, Chihuahua y Oaxaca, entre otros.

¹⁴⁷ Incluyen esta fórmula las legislaciones procesales, ya actualizadas a la Reforma de 2008, de los estados de Chihuahua, Baja California, Oaxaca y Durango; este último, de manera expresa, a manera de incidente. La legislación de Yucatán, pese a haberse actualizado, no incluye esta fórmula en cuanto tal.

puede resultar irrelevante por el poco interés que otros actores pudieran tener en su substanciación.¹⁴⁸ Esta acción, en tanto accesoria al proceso, como las demás de esta naturaleza, sólo son viables en el proceso penal, siempre que no haya dictado sentencia y la absolución del imputado no evita para que el juzgador se pronuncie sobre la misma. La relevancia de este tipo de vías es que ofrecen la posibilidad de no tener que esperar para acudir a una instancia civil bajo el riesgo de que su agresor carezca de medios para resarcir.

Otras variables procesales que ayudan a la reparación

Además de la negociación y de las vías accesorias al proceso penal, otras modalidades procesales han sido estructuradas con la pretensión de hacer posible la reparación del daño a la víctima u ofendido por el delito. Así, desde incluir a la reparación del daño en el catálogo de sanciones,¹⁴⁹ para que sea considerada como una opción más de sanción, aun cuando conlleve otras sanciones inclusive la privativa de libertad a la que puede sustituir o aminorar, hasta la obligación para el Ministerio Público de solicitarle y para el juez de no absolver sobre la reparación si ha condenado al sentenciado, llevadas incluso al texto constitucional en México. La consideración expresa en los textos procesales del derecho de la víctima a solicitar de manera directa la reparación y de manifestarse —y probar— sobre el monto de la misma son indispensables para hacer viable la fórmula.

¹⁴⁸ La crítica de Albin Eser a la equivalente fórmula alemana ayuda a ejemplificar esta preocupación, al referirse, por un lado, a los abogados que no encuentran aliciente suficiente para la combinación entre procedimiento penal y civil dados los honorarios que les corresponden por ese esfuerzo adicional y, por el otro, los tribunales que temen un retraso o complicación del procedimiento y prefieren rechazar su uso. *Op. cit.*, n. 122, p. 29.

¹⁴⁹ Claus Roxin escribió ya en 1987 que “la idea de utilizar la reparación en el sistema de sanciones jurídico-penales como sustituto para la pena o, cuando menos, para su aminoración, no es, según se conoce, extraña al derecho vigente”. *Op. cit.*, n. 105, p. 131.

Por otro lado queda el riesgo latente de que el agresor pueda sustraerse de la justicia penal, para lo que resulta indispensable la consideración de medios indemnizatorios estatales como alternativa de reparación. Esto, a manera de seguro social,¹⁵⁰ para quien haya sufrido graves daños en su salud o capacidad laboral por un hecho violento y no pueda por otra vía obtener reparación, y dado que dejó su protección en manos del Estado, parece legítimo que pueda esperar de éste la reparación, cuando su protección contra el delito haya fallado.

e) El derecho a recurrir

Para que no se pueda abusar del poder, en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos respecto de las lesiones que pudieran venir del Estado, el Poder Judicial es además controlador de la validez —legalidad— de los actos administrativos y legislativos. Por ello, de manera expresa y clara deben quedar establecidos las formas y los momentos en los que la víctima pueda recurrir a los actos u omisiones del Ministerio Público. Este derecho va más allá que el sólo permitir que manifieste lo que a su derecho con venga y, eventualmente, únicamente escucharle. Ello implica establecer un procedimiento específico con audiencia para que se resuelva lo conducente. Es ideal que esta posibilidad de recurrir sea ante la autoridad judicial y no ante la propia institución de la que se queja; derecho que resulta indispensable sobre todo cuando las omisiones en la investigación, el archivo temporal, el no ejercicio de la acción penal o incluso un criterio de oportunidad, puede dejar en estado de indefensión a la víctima y sin la posibilidad de que se le haga justicia y se le repare el daño.¹⁵¹

¹⁵⁰ A. Eser, *op. cit.*, n. 122, pp. 29-30.

¹⁵¹ En este sentido, el artículo 227 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua prevé el derecho a impugnar ante el Juez de Garantías y en contra del

f) La asistencia a la víctima

Las necesidades de las víctimas si bien pueden ofrecer diversos matices y por lo mismo de requerimientos diferentes, según la condición de la víctima y el tipo de delito, la Constitución Federal ha establecido dos supuestos generales en forma de derechos; la asistencia jurídica a manera de asesoría y la médica que incluye tanto a ésta como a la psicológica de urgencia. La legislación secundaria es la encargada de dar contenido a las previsiones y si bien los códigos procesales lo han hecho sobre todo en materia del derecho a la asesoría jurídica, la legislación especializada que le complementa ha, en algunos casos, esquematizado tres rubros asistenciales concretos: además de los ya mencionados agregan el derecho a la asistencia social.

La asesoría jurídica

La asesoría a la víctima tiene por objeto garantizar el ejercicio de todos los derechos consignados para ella en la ley, por lo que deberá ser especializada, puntual y oportuna. Tal obligación recae principalmente en el Ministerio Público, pero al estar éste encargado de la acusación y de la investigación, sus posibilidades materiales de asesorar debidamente a las víctimas, aun cuando haga bien su trabajo, son pocas y en la práctica bastante lamentables. Por ello la figura de un asesor jurídico para la víctima es una opción viable en tanto el cúmulo de derechos ahora consagrados para las víctimas requieren de alguien no sólo especializado en la materia sino además exclusivamente dedicado a asesorar y también representar a la víctima cuando así lo decida. No es extraño por ello encontrar en los sistemas procesales de la actualidad esta fórmula de asesoría y representación de la

Ministerio Público, el archivo temporal, el abstenerse de investigar, el no ejercicio de la pretensión punitiva y la extinción por perdón u omisiones en la investigación.

víctima; sin embargo, ello no debe ser obstáculo para que se permita la participación de instituciones privadas o públicas ajenas al sistema penal, para que desempeñen esta función.

La legislación secundaria, bajo la directriz constitucional, prevé como presupuesto de la asesoría jurídica el derecho de la víctima a ser informada directa, oportuna y adecuadamente de los derechos en su favor; además, es indispensable se le informe y explique las actuaciones, el estado que guardan, su significado y consecuencias, tanto en la investigación como en el proceso; por ello es necesario asentar que la obligación de asesorar es desde la presentación de la denuncia y el inicio de la investigación y hasta concluido el proceso, con todas sus instancias.¹⁵²

Para ejercer debida y oportunamente los recursos a que tiene derecho es indispensable que los conozca y sepa en qué momento es oportuno hacerlos efectivos y el apoyo técnico para interponerlos y sustanciarlos; ello es sensible si se considera que si la obligación de asesorar recae en el Ministerio Público y los recursos son principalmente en contra de éste. De ahí la importancia de la autonomía del asesor de la víctima respecto del Ministerio Público. También es indispensable que la víctima tenga claro el abanico de posibilidades para su seguridad, resguardo y protección, y así, los pueda exigir.

Por las implicaciones del supuesto es indispensable que la víctima sea debidamente asesorada de las consecuencias de otorgar el perdón al imputado. Debe conocer y entender los alcances, beneficios e implicaciones del supuesto; qué sí se logra y qué no. Por ello, incluso algunas legislaciones dan trato separado a este derecho, para hacerlo más puntual y específico. También es importante la asesoría a la víctima respecto de qué hacer y cómo proceder en

¹⁵² En este sentido la Ley de Atención y Protección a la Víctima o el Ofendido del Delito para el Estado de Baja California.

caso de recibir amenazas y estar en riesgo ella o su familia, independientemente de su derecho a la protección especial que de ello deba derivar.

La asistencia médica, psicológica, social y económica

De la atención médica y psicológica, como de la jurídica, debe garantizarse su gratuidad expresamente en la ley; la oportunidad y la calidad sin duda son atributos con los que debe contar este tipo de atención. Este derecho está pensado principalmente para lesiones, enfermedades y traumas emocionales producto de la comisión delictiva. La legislación secundaria suele especificar y por tanto acotar que se debe tratar de afectaciones que son consecuencia directa e inmediata del delito y precisar que sólo debe prolongarse en el tiempo lo estrictamente necesario, de ahí le importancia de la asistencia social. Es importante observar que si bien la atención médica puede exigir un sinfín de especialidades, cuando se trata de la psicológica es importante considerar la asistencia psiquiátrica.¹⁵³

¹⁵³ Así lo prevé, por ejemplo, la Ley de Atención y Apoyo a la Víctima y al Ofendido del Delito en el Estado de Guanajuato (artículo 12, fracción I). Este artículo, pero en su fracción III, utiliza la categoría prevención victimológica y aunque no lo desarrolla, habla de la necesidad de tener un dictamen victimológico que exponga los factores que influyeron en la victimización. Expresión que amerita una reflexión breve. En la historia del derecho penal causa mucha preocupación la elaboración de perfiles criminológicos que históricamente han propiciado etiquetamiento y discriminación de aquellos sujetos identificados como peligrosos; el resultado de ello es perfectamente identificable: penas agravadas, personas detenidas por su apariencia y, en general, afectaciones graves a la dignidad. Prácticas que nos remiten a los modelos del positivismo criminológico y de las consecuentes variables inquisitivas —y mixtas— de los procedimientos penales. La pregunta es si debemos fomentar los perfiles victimológicos y si ello no acabaría en resultados similares a aquellos que queremos dejar atrás en la teoría criminológica. Entender el delito implica conocer sus causas y es muy probable que tanto las víctimas como sus agresores —imputados y condenados— tengan mucho qué decir; el positivismo criminológico hizo la pregunta correcta pero dio la respuesta incorrecta y el problema al final es lo que se ha hecho con esa respuesta incorrecta —discriminar, torturar, tener inocentes en prisión, etcétera. Es evidente, como se ha reconocido aquí, que existen factores intrínsecos y extrínsecos que eventualmente —y no en pocas ocasiones— detonan al delito; es indispensable conocerlos para empoderar a la víctima, para asistirle

Desde la década antepasada, a propósito de los derechos que recién se incluían en la Constitución Federal, la preocupación por la asistencia a la víctima no se hizo esperar y se crearon fondos y fideicomisos para apoyarle y asistirle. La asistencia económica a la víctima se ha estructurado bajo esta fórmula y es deseable que se otorgue no sólo para los gatos que impliquen operaciones, aparatos ortopédicos o los mismos gastos funerarios, también deben tender a ayudar a la víctima a solventar su apremiante económica que le impida solventar las necesidades urgentes originadas por el delito. Los fondos proliferaron y la asistencia a la víctima se ha ido incrementando aun cuando nunca parece suficiente; las necesidades son tantas que ha resultado un verdadero reto poder asistirle en estos rubros. También habrá de reconocerse que si bien la Constitución Federal habla de atención médica y psicológica de urgencia, algunas instituciones públicas han expandido la atención más allá de la mera urgencia, lo que es viable en tanto los derechos de rango constitucional no son limitativos. Algunas de las legislaciones especializadas en materia de víctimas han asentado el derecho de las víctimas a la asistencia social¹⁵⁴ y han articulado para ello todo un sistema de asistencia con las instituciones públicas, como por ejemplo la Ley que Establece el Sistema de Justicia para las Víctimas y Ofendidos del Delito en el Estado de Campeche ya comentada. El derecho a la asistencia social resulta por demás pertinente en atención —como se ha comentado ya— a la doble vulnerabilidad de la víctima, esto es, por su situación socioeconómica seguramente de sí apremiante y su vulnerabilidad por el delito sufrido. La información, ayuda y orientación para superar la problemática familiar y de

correctamente y hacerle más resistente al delito; pero habrá que cuidar mucho que estas políticas victimológicas no acaben discriminándolas y sumiéndolas aún más en su de por sí apremiante condición. De ahí la importancia de una asistencia integral y bien articulada a las víctimas de los delitos.

¹⁵⁴ *Ibid.*, art. 10.

su entorno social a causa del delito sufrido deben ser preocupación de este derecho; para lo que resultará indispensable un estudio que identifique los factores que pudieron influir en la victimización.

g) Las medidas cautelares y resguardo de la identidad

Las medidas cautelares, además de asegurar la presencia del imputado y evitar la obstaculización del procedimiento, tienen como principal función garantizar la seguridad de la víctima u ofendido y asegurarle el pago de la reparación del daño. Lo mismo sucede con la protección de la identidad de la víctima y de sus datos personales para el resguardo de su integridad. En un procedimiento acusatorio debe tomar fuerza este tipo de medidas para las víctimas más que la prisión preventiva, pensada y utilizada para que el imputado no se sustraiga de la justicia y de sus deberes procesales. Si en un proceso acusatorio la prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla, deberán reforzarse y utilizarse con mayor frecuencia —cuando así se requiera— medidas para la protección de la víctima y para la reparación del daño. De ahí la utilidad de la fórmula.

Por lo general las víctimas u ofendidos están expuestas a agresiones y actos violentos posteriores al delito que les victimizó; las amenazas y las intimidaciones también son frecuentes, máxime si se trata de un delito susceptible de negociar y otorgar el perdón. Las medidas cautelares por supuesto podrán ser reversibles si las condiciones que la propiciaron cambiaron,¹⁵⁵ pero en tanto significan un apoyo significativo para las víctimas y además son un elemento de prevención de violencia y de nuevos delitos. Su utilización oportuna e inmediata es indispensable, por ello, no es dable que se establezcan muchos requisitos para su utiliza-

¹⁵⁵ En este sentido se ha legislado en las legislaciones procesales que han adecuado sus variables al sistema acusatorio tras la Reforma de 2008.

ción y también es importante que las establezca la autoridad judicial, por lo que debe estar garantizado el derecho de solicitud de éstas para cualquiera de los sujetos procesales. Deberá, sin embargo, sustanciarse una audiencia y precisar la cualidad de la medida y las circunstancias en las que se aplica, lo que supone un límite para la autoridad por el eventual uso arbitrario o desproporcionado de la medida.

Las leyes procesales deben precisar cuáles deben ser estas medidas, lo que no debe impedir que se tome alguna distinta que resulte idónea y por supuesto respete la legalidad y naturaleza de la fórmula; también las leyes especiales en materia de protección de grupos vulnerables suelen prever este tipo de medidas, por ejemplo, las leyes para la protección de la mujeres contra la violencia, de violencia familiar o contra el secuestro.

Las medidas cautelares en favor de las víctimas suelen ser: prohibición de concurrir a determinadas reuniones o a determinados lugares; prohibición de convivir, comunicarse o acercarse a determinadas personas o víctimas —también testigos y ofendidos, por ejemplo—; separación del domicilio; vigilancia policial; embargo precautorio de bienes o prestación de garantía económica para asegurar la reparación del daño o la reposición o restablecimiento de las cosas al estado que tenían, e internamiento en alguna institución (de salud, hospital psiquiátrico o centro de adicciones, por ejemplo).

Otro derecho importante en la protección de la víctima puede significar la necesidad de restringir la publicidad de las audiencias.

Por su parte, el resguardo de la identidad de las víctimas no es en estricto sentido una medida cautelar aun cuando su finalidad es la protección de la víctima, de su vida, su integridad, sus bienes y familia. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁵⁶ se prevé este

¹⁵⁶ A partir de la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008.

derecho cuya intención primordial es protegerle cuando se trate de delitos graves y de delincuencia organizada. La decisión del resguardo de la identidad deberá estar debidamente motivada en tanto significa la conculcación del derecho del imputado a conocer quien depone en su contra y, por lo mismo, los requisitos procesales deberán estar puntualmente establecidos, pues no se trata de un derecho para las víctimas respecto del Estado y en detrimento de sus potestades, sino de un derecho de las víctimas en detrimento de los derechos del imputado. La protección de los datos personales, por su parte, debe procurarse siempre para evitar poner en riesgo a la víctima de actos de molestia, intimidación, amenazas o agresiones.

VI. CONCLUSIONES

Es clara la inercia creciente, en las dos últimas décadas, de la incorporación de los derechos humanos para las víctimas de los delitos en este país; motivada sin duda por la influencia de los modelos teóricos en materia de víctimas y de los instrumentos internacionales que han propiciado la democratización de la justicia penal, incorporando en él un cúmulo importante de derechos para los involucrados: imputados y víctimas u ofendidos.

La incorporación de derechos para las víctimas y los ofendidos, principalmente de naturaleza procesal, frente a la justicia penal, ha dado un protagonismo a las víctimas nunca antes vivido, lo que ha supuesto por un lado la ampliación de sus libertades para la toma de decisiones y por el otro la reducción de las potestades punitivas del Estado y un consecuente aumento de sus obligaciones.

Los procesos penales acusatorios no son más que la consecuencia lógica y el resultado de una manera diferente de concebir y entender a la justicia penal; una fórmula idó-

nea para evitar el autoritarismo y las prácticas represivas. Son un modelo ideal para priorizar los intereses de las partes en conflicto y garantizar su independencia y autonomía, por sobre los intereses del Estado y sin descuidar el interés mismo que el Estado debe tener respecto de la paz pública y la convivencia social, no abandonando así su naturaleza pública.

Los sistemas procesales penales acusatorios de la actualidad han tomado su influencia de diversos modelos teóricos pese a su origen y arraigo garantista; cada modelo acusatorio ha tomado para sí diversas influencias y, seguramente, también caprichosas tendencias por las exigencias históricas del momento; así, por ejemplo, además del garantismo penal, las variables abolicionistas, la victimología y la influencia resarcitoria de los modelos del *common law*, suelen reflejarse en la mayoría de sistemas penales acusatorios actuales de tradición continental.

Los modelos procesales acusatorios se muestran no sólo menos lesivos, sino mucho más amigables para las víctimas; son idóneos para permitir su participación y regresarles el protagonismo que merecen. No se trata, sin embargo, de recuperarles la venganza, pues el derecho penal nació para prevenirla, no para asumirla.¹⁵⁷

El equilibrio procesal de un modelo acusatorio pone a la víctima como parte procesal, en igualdad de armas respecto de la defensa, gracias a los derechos de ésta frente al sistema penal, más que frente a su agresor, pero también frente a éste. Ello supone que las desventajas *normales* que significan las diferencias individuales y sociales de las vícti-

¹⁵⁷ “Históricamente, en efecto, el derecho penal nace no como desarrollo, sino como *negación de la venganza*; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla. Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. Pero esta situación no es ni explicable históricamente ni mucho menos justificable axiológicamente con el fin de satisfacer mejor el deseo de venganza; al contrario, es con el de ponerle remedio y prevenir sus manifestaciones”. L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 9, p. 333.

mas deben ser abatidas mediante el otorgamiento de derechos para éstas que nivelen el conflicto, con el consecuente aumento de responsabilidades para el Estado y, con la restricción de derechos —la mínima indispensable—, para los imputados en casos justificados de protección de la vida e integridad de la víctima.¹⁵⁸

Los desequilibrios procesales a nivelar, sin embargo, aun cuando generalmente ponen en desventaja a unos respecto de otros —víctima respecto del imputado y de éste y aquélla frente al Estado—, no necesariamente son en el mismo sentido; ello significa que las víctimas *fuertes* tendrán la posibilidad material —mas no sólo el derecho— de asumir y sostener la acusación, aun cuando estos supuestos no sean la regla sino la excepción. Es por ello que las diferencias socioeconómicas y culturales siguen siendo el principal y gran obstáculo para la igualdad formal, y la procesal no es la excepción. Una vez más serán sólo algunos —algunas víctimas— los que se podrán beneficiar o podrán aprovechar de mejor manera las potestades que de forma creciente —y aún precaria— se consagran procesalmente en su beneficio.

Tras los evidentes fracasos de los fines del derecho penal, circunscritos —y esperanzados— en la pena privativa de libertad, es deseable centrar las expectativas del derecho penal en fines materialmente posibles y no axiológicamente legitimantes pero difícilmente alcanzables; las bases de

¹⁵⁸ La Reforma de 2008 estableció un régimen de excepción para el combate a la delincuencia organizada, lo que significó la restricción de derechos para los imputados, algunos de ellos también merced al crecimiento de los derechos conferidos a las víctimas, como el de resguardo de su identidad. Controvertido por supuesto, en tanto una inercia tal de restricciones de derechos de los imputados —aun cuando sean sólo para un grupo determinado, lo que lo hace discriminatorio— no parece congruente con las expectativas de desarrollo democrático de un sistema penal que apunta hacia allá; sin embargo, es a todas luces benéfico para las víctimas en tanto significa mejores posibilidades de protección de su seguridad, integridad y privacidad. Sin embargo, el que sea benéfico para las víctimas no significa que deje de ser preocupante el ejercicio arbitrario que el Estado puede hacer de esta fórmula y la eventual generación de víctimas del abuso de poder.

aquel derecho penal y procesal que se arraigó en las mixturas y en las variables represivas han sido trastrocadas y deben ser finalmente abandonadas; a la protección de los intereses de los involucrados se le debe dar prioridad y la reparación a la víctima puede ser el camino hacia la tan anhelada alternativa a la pena privativa de la libertad.

El derecho a la reparación del daño y la preocupación por su efectividad ha motivado la creación de mecanismos alternos de resolución de conflictos, principalmente conciliatorios, gracias principalmente al advenimiento de variables procesales de corte *acusatorio* motivadas por la Reforma Judicial de 2008. En efecto, un modelo tradicional de justicia penal —como el que aún está vigente en México en muchas de las entidades federativas y en materia federal—, calificado de mixto pero con tendencias notoriamente inquisitivas, no es idóneo para la incorporación de derechos para las víctimas, en tanto la actualización de éstos depende de variables procesales; de ahí que la incorporación de los derechos para las víctimas de las reformas constitucionales de 1993 y de 2000 no hayan sido más que letra muerta carente de efectividad.

El derecho penal no debe abandonar su naturaleza pública para recibir a las víctimas en sus consideraciones y presupuestos. Lejos de la influencia abolicionista, que distingue entre pena y reparación,¹⁵⁹ el marcado acento de las variables garantistas, que más que pensar en la abolición de la pena y del derecho penal se plantea la expresión mínima —necesaria— de éste en beneficio de los intervinientes y de la propia sociedad, debe implicar el armonizar su asidero bajo variables que aun cuando no sean esenciales al modelo eviten su contradicción.

¹⁵⁹ “[...] la teoría de la reparación abolicionista parte del hecho de que la reparación es, por esencia, distinta de la pena y no puede hallar lugar alguno en el Derecho Penal”. C. Roxin, *op. cit.*, n. 105, p. 139.

Las reformas judiciales de 2008 y 2011 en materia de derechos humanos deben ser el “parte aguas” de la justicia penal en México. La estructuración de un proceso penal acusatorio es también idónea para la incorporación de las víctimas en la justicia penal, dándole —quizá recuperándole— el protagonismo que merece. En ello radica la importancia de esta Reforma en la materia. El rango constitucional ahora dado —en la de 2011— a los tratados internacionales repercutirá sin duda en la mejor protección de los derechos humanos de las personas y tratándose de derechos para las víctimas el beneficio será más evidente por los derechos especializados de víctimas pertenecientes a grupos en condiciones de vulnerabilidad, materia en la que los tratados internacionales tienen un desarrollo importante y a los que México se ha adherido; ello ayudará a empoderar también a las eventuales víctimas del delito y del abuso de poder. Sin embargo, la Reforma —al artículo 1o.— sólo habla de tratados internacionales —cuya naturaleza es vinculante—, pero parece excluir al cúmulo de instrumentos internacionales no vinculatorios que, para el caso, en materia de víctimas, son abundantes; por ello, salvo la eventualidad de una interpretación en otro sentido de la propia Reforma, estos instrumentos no vinculantes serán sólo de función complementaria de los contenidos de aquéllos, para recomendar e indicar mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos convencionales.

Las estructuras para la víctima en los modelos procesales acusatorios del derecho penal parecen estar cimentadas pero ahora falta su expansión; ello debe implicar por un lado la consideración —procesal— de más supuestos de intervención victimal, más delitos perseguibles por querrela, más delitos susceptibles de acción privada y más delitos susceptibles de negociación, por ejemplo. Todo lo que además deberá frenar el proceso históricamente común y lamentable de expansión punitiva. Las consideraciones pro-

cesales para las víctimas, en tanto potestades, pueden y deben ser el real contrapeso. De ahí que la incorporación de la víctima sea una unidad de medida del desarrollo democrático de la justicia penal en este país.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Peter Alexis, "La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia criminal", trad. de Luis Reyna Alfaro, en Bernd Schünemann et al., *La víctima en el sistema penal*. Lima, Grijley, 2006.
- ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Del Puerto, 2005.
- BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*. México, FCE, 2000.
- BECK, Ulrich, "Teoría de la sociedad del riesgo", en Josetxo Beriain, comp., *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. Trad. de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona, Anthropos, 1996.
- BENAVIDES, Luis Ángel, "La reparación del daño a víctimas de violaciones a los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 14, México, CNDH, 2010.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. 1. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- BERGALLI, Roberto y Jock Young, *Sistema penal e intervenciones sociales: algunas experiencias nacionales, regionales y locales en Europa*. Barcelona, Hacer, 1993.
- BERISTÁIN IPIÑA, Antonio, *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1993.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Criminología y evolución de las ideas sociales", en Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, dirs., *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*.

- Bogotá, Temis Librería, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, en Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, dirs., *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá, Temis Librería, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José y Hernán Homazábal Maralée, *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid, Trotta, 2004.
- CÁCERES NIETO, Enrique, *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*. México, CNDH, 2005.
- CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos*. 2a. ed. actualizada por Santiago Martínez. Buenos Aires, Del Puerto, 2008.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona, José María Bosch Editor, 1998.
- CARR, Edward H. et al., *Introducción a los derechos humanos*. 3a. ed. Trad. de Margarita Nelken et al. Barcelona, Laia, 1975.
- CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*. 1a. reimp. de la ed. en castellano. Trad. de Cecilia Espeleta y Juan Iosa. Buenos Aires, Del Puerto, 2008.
- ESER, Albin, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales”, en Julio B. J. Maier, comp., *De los delitos y de las víctimas*. Trad. de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba. Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3a. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid, Trotta, 1998.
- FIX-FIERRO, Héctor, “Artículo 17. Comentario”, en Miguel Carbonell, coord., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, t. I. 15a. ed. México, UNAM / Porrúa, 2000.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. 2a. ed. Trad. de Aurelio Garzón del Camino. México, Siglo XXI, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Artículo 20. Comentario”, en Miguel Carbonell, coord., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, t. I. 15a. ed. México, UNAM / Porrúa, 2000.

- GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Trad. de Berta Ruiz de la Concha. México, Siglo XXI, 1999.
- GOITÍA, Carlos Alberto, "La situación de la víctima del delito en el proceso penal boliviano", en Víctor Bermúdez et al., *La víctima en el proceso penal. Su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires, Depalma, 1997.
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel et al., *El sistema de justicia penal y su reforma: teoría y práctica*. 2a. ed. México, Fontamara, 2006.
- GONZÁLEZ VIDOSA, Fely, "Los derechos de las víctimas contemplados en la Decisión Marco del Consejo Europeo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. Función de los servicios de asistencia a la víctima", en *Victimología. Ley y Víctima. Panorama Internacional*, núm. 10, Córdoba, Argentina, 2011. (Serie: Victimología, 10)
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima / Bogotá, Palestra / Temis, 2007. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 6)
- LEA, John y Jock Young, *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Trad. de Martha B. Gil y Mariano Alberto Ciafardini. Buenos Aires, Del Puerto, 2001.
- LEFRANC WEEGAN, Federico César, *Holocausto y dignidad: significado y fin de la invocación a la dignidad humana en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. México, Ubijus, 2009.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Los fines de la pena*. México, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, 1993.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, "Los derechos humanos y las víctimas del delito en el procedimiento penal", en Mario Álvarez Ledesma, coord., *Derechos humanos y víctimas del delito*, t. II. México, Inacipe, 2004.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*. Lima, Grijley, 2009.
- PRITTWITZ, Cornelius, "La resurrección de la víctima en la teoría penal". Trad. de Luis Reyna Alfaro, en Bernd Schürmann et al., *La víctima en el sistema penal*. Lima, Grijley, 2006.
- REYES CALDERÓN, José Adolfo y Rosario León-Dell, *Victimología*. México, Cárdenas, 1998.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, coord., *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*. Barcelona, María Jesús Bosch, 1996.

- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología: estudio de la víctima*. 3a. ed. México, Porrúa, 1996.
- ROXIN, Claus, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en Julio B. J. Maier, comp., *De los delitos y de las víctimas*. Trad. de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba. Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas", en Bernd Schünemann *et al.*, *La víctima en el sistema penal*. Lima, Grijley, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*. México, Coyoacán, 2007.
- ZAITCH, Demián y Ramiro Sagarduy, "La criminología crítica y la construcción del delito", en *Delito y Sociedad*, año 1, núm. 2, Buenos Aires, CINAP, 1992.
- ZAMORA GRANT, José, *Derecho victimal: la víctima en el nuevo sistema penal mexicano*. 2a. ed. 1a. reimp. México, Inacipe, 2010.

Los derechos humanos de las víctimas de los delitos, fue editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. La copia se realizó en 1,000 discos.

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Rafael Estrada Michel

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

Norma Inés Aguilar León

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Secretario Ejecutivo

Héctor Daniel Dávalos Martínez

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

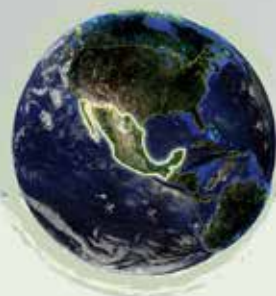
Manuel Martínez Beltrán

Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O



José Zamora Grant

Doctor en Derecho por la UNAM, posgraduado en la Universidad de Barcelona, y licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, donde es profesor. Es miembro del SNI; se desempeñó como Secretario Técnico del Consejo Consultivo e investigador del Cenadeh, dentro de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.